

UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO AGRÁRIO
MESTRADO

MARÍLIA ARAÚJO CAIXETA

**FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA
PROTEÇÃO DOS ELEMENTOS CULTURAIS IMATERIAIS DOS POVOS
INDÍGENAS**

GOIÂNIA – GO

2023

Processo:

23070.022702/2023-11

Documento:

3997837



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
FACULDADE DE DIREITO

TERMO DE CIÊNCIA E DE AUTORIZAÇÃO (TECA) PARA DISPONIBILIZAR VERSÕES ELETRÔNICAS DE TESES

E DISSERTAÇÕES NA BIBLIOTECA DIGITAL DA UFG

Na qualidade de titular dos direitos de autor, autorizo a Universidade Federal de Goiás (UFG) a disponibilizar, gratuitamente, por meio da Biblioteca Digital de Teses e Dissertações (BDTD/UFG), regulamentada pela Resolução CEPEC nº 832/2007, sem ressarcimento dos direitos autorais, de acordo com a [Lei 9.610/98](#), o documento conforme permissões assinaladas abaixo, para fins de leitura, impressão e/ou download, a título de divulgação da produção científica brasileira, a partir desta data.

O conteúdo das Teses e Dissertações disponibilizado na BDTD/UFG é de responsabilidade exclusiva do autor. Ao encaminhar o produto final, o autor(a) e o(a) orientador(a) firmam o compromisso de que o trabalho não contém nenhuma violação de quaisquer direitos autorais ou outro direito de terceiros.

1. Identificação do material bibliográfico

Dissertação Tese Outro*: _____

*No caso de mestrado/doutorado profissional, indique o formato do Trabalho de Conclusão de Curso, permitido no documento de área, correspondente ao programa de pós-graduação, orientado pela legislação vigente da CAPES.

Exemplos: Estudo de caso ou Revisão sistemática ou outros formatos.

2. Nome completo do autor

MARÍLIA ARAÚJO CAIXETA

3. Título do trabalho

FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PROTEÇÃO DOS ELEMENTOS CULTURAIS IMATERIAIS DOS POVOS INDÍGENAS

4. Informações de acesso ao documento (este campo deve ser preenchido pelo orientador)

Concorda com a liberação total do documento SIM NÃO¹

[1] Neste caso o documento será embargado por até um ano a partir da data de defesa. Após esse período, a possível disponibilização ocorrerá apenas mediante:

a) consulta ao(à) autor(a) e ao(à) orientador(a);

b) novo Termo de Ciência e de Autorização (TECA) assinado e inserido no arquivo da tese ou dissertação.

O documento não será disponibilizado durante o período de embargo.

Casos de embargo:

- Solicitação de registro de patente;
- Submissão de artigo em revista científica;
- Publicação como capítulo de livro;
- Publicação da dissertação/tese em livro.

Obs. Este termo deverá ser assinado no SEI pelo orientador e pelo autor.



Documento assinado eletronicamente por **Alysson Maia Fontenele, Professor do Magistério Superior**, em 28/08/2023, às 14:03, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Marilia Araujo Caixeta, Discente**, em 29/08/2023, às 09:55, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **3997837** e o código CRC **7A8F25BF**.

MARÍLIA ARAÚJO CAIXETA

**FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA
PROTEÇÃO DOS ELEMENTOS CULTURAIS IMATERIAIS DOS POVOS
INDÍGENAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Goiás (UFG), como requisito para obtenção do título de mestre em Direito Agrário.

Área de concentração: Direito Agrário.

Linha de pesquisa: Direito Agroalimentar, Territorialidades, Subjetividades Constitucionais e Convencionais e Proteção Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Alisson Maia Fontenele.

GOIÂNIA - GO

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UFG.

Caixeta, Marília Araújo
FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL NA PROTEÇÃO DOS ELEMENTOS CULTURAIS
IMATERIAIS DOS POVOS INDÍGENAS [manuscrito] / Marília Araújo
Caixeta. - 2023.
CXXXIV, 134 f.

Orientador: Prof. Dr. Alysson Maia Fontenele.
Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Goiás,
Faculdade de Direito (FD), Programa de Pós-Graduação em Direito
Agrário, Goiânia, 2023.

Bibliografia.
Inclui siglas, tabelas, lista de tabelas.

1. função contramajoritária do STF. 2. cultura imaterial. 3. povos indígenas. 4. democracia participativa. 5. interculturalidade. I. Fontenele, Alysson Maia, orient. II. Título.

CDU 349.42



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS

FACULDADE DE DIREITO

ATA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO

Ata nº 10 da sessão de Defesa de Dissertação de MARÍLIA ARAÚJO CAIXETA que confere o título de Mestre(a) em **Direito Agrário** na área de concentração em **Direito Agrário**.

Aos três dias do mês de maio do ano de dois mil e vinte e três, a partir da(s) 09:00h, por meio de videoconferência, realizou-se a sessão pública de Defesa de Dissertação intitulada “**FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA PROTEÇÃO DOS ELEMENTOS CULTURAIS IMATERIAIS DOS POVOS INDÍGENAS**”. Os trabalhos foram instalados pelo(a) Orientador(a), **Prof. Dr. Alysson Maia Fontenele(PPGDA/UFG)** com a participação dos demais membros da Banca Examinadora: **Prof. Dr. Manuel Munhoz Caleiro (PPGDA)**, membro titular interno; **Profa. Dra. Liana Amin Lima da Silva(UFGD)**, membro titular externo. Durante a argüição os membros da banca **não fizeram** sugestão de alteração do título do **trabalho**. A Banca Examinadora reuniu-se em sessão secreta, a fim de concluir o julgamento da Dissertação tendo sido a candidata **aprovada** pelos seus membros. Proclamados os resultados pelo **Prof. Dr. Alysson Maia Fontenele**, Presidente da Banca Examinadora, foram encerrados os trabalhos e, para constar, lavrou-se a presente ata que é assinada pelos Membros da Banca Examinadora, ao(s) três dias do mês de maio do ano de dois mil e vinte e três.

TÍTULO SUGERIDO PELA BANCA



Documento assinado eletronicamente por **Alysson Maia Fontenele, Professor do Magistério Superior**, em 20/06/2023, às 11:25, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Manuel Munhoz Caleiro, Usuário Externo**, em 20/06/2023, às 17:50, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



Documento assinado eletronicamente por **Liana Amin Lima da Silva, Usuário Externo**, em 07/08/2023, às 12:45, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no § 3º do art. 4º do [Decreto nº 10.543, de 13 de novembro de 2020](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **3815064** e o código CRC **265B54D4**.

Dedico esse trabalho a todos indígenas por serem resistência.

Aos meus pais por serem pilares.

Aos amigos por serem serenidade.

*A todas as versões de mim que entraram em consenso e não desistiram pelo
caminho.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço imensamente aos meus pais, Cláudia e Nivaldo, pelos sacrifícios que fizeram para me formar, não só como estudante e profissional, mas como pessoa. Foi pelos sacrifícios de ambos que eu ousei sonhar além das limitações impostas pelo mundo para quem vem da periferia. Foi pelo sacrifício de ambos que entendi que só a educação é o caminho para mudar o meu mundo e o mundo de outras pessoas.

Em especial, agradeço à minha mãe. Aproveito esse espaço para livrá-la de toda a culpa que carrega pela rigidez que teve que na minha educação escolar e dos meus irmãos. A cobrança excessiva na escola foi a alternativa que achou para garantir que nosso caminho não desviasse, pois sabe como as oportunidades são mais difíceis para quem vem debaixo. A você digo, mãe: ao contrário do que pensa, você não criou traumas, você criou filhos fortes e disciplinados.

Aos meus irmãos, Mariana e Matheus, por serem a minha maior fonte de inspiração, me espelho em vocês.

Ao meu orientador, agradeço por tornar essa fase inicial de ingresso na vida acadêmica mais leve. Além das orientações para repensar a minha pesquisa, cada orientação me proporcionou segurança e tranquilidade. Inegável a sensibilidade em perceber meus bloqueios e sua forma de contorná-los.

À Coordenação do Programa de Pós-Graduação de Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás, na pessoa da professora Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega e do professor Rabah Belaidi, pelo tratamento humano de acolhimento e cuidado que têm com os discentes.

Às minhas amigas de mestrado, Milena e Joana, por todo companheirismo e suporte emocional que me proporcionaram nesses dois longos anos de caminhada. Sempre à disposição para tirar uma dúvida ou falar uma palavra amiga nos momentos difíceis, sem vocês teria sido infinitamente mais difícil.

À Lisandra que plantou em mim a semente da esperança, e acreditou no meu potencial quando eu mesma desconfiava.

À CAPES pela bolsa de estudo que me foi concedida.

RESUMO

O tema da dissertação promove uma reflexão sobre o papel do poder judiciário na proteção dos direitos culturais imateriais dos povos indígenas, compreendidos como um espaço cultural subjetivo que demanda de atenção para sua perpetuação no tempo. Assim, o problema da pesquisa é verificar o poder-dever da função contramajoritária na proteção dos direitos culturais dos povos indígenas. Por sua vez, a hipótese reside na afirmação de que essa função na Constituição Federal, ao tempo em que também pode ser um mecanismo sanatório das violências sofridas pelos povos originários. O objetivo geral é penetrar esse espaço cultural subjetivo na dogmática jurídica moderna e valorá-lo. Tendo em vista essas necessidades, a pesquisa adota como referencial as teorias de base e pensamentos construídos por Peter Haberle, Boaventura de Souza Santos e Catherine Walsh, a fim de tentar identificar uma transição paradigmática do sistema judicial atual, de modo que alcance o pluralismo jurídico e a efetivação da diversidade de direitos que estão positivados. O método utilizado é o dedutivo, com utilização de técnica bibliográfica e análise comparativa das decisões judiciais. Por fim, verifica-se na pesquisa a importância de repensar a função do contramajoritarismo pela ampliação da interpretação da norma constitucional para além de instituições estatais, pois para legitimação do Estado Democrático de Direito é necessário que sejam inseridas outras interpretações mais democráticas. A ampliação da interpretação possibilita a ressignificação do direito, enquanto campo social autônomo, para transformação social, pois o atual sistema judicial está enraizado em pressupostos ocidentais hegemônicos que precisam ser rompidos.

Palavras-chave: função contramajoritária do STF; cultura imaterial; povos indígenas; democracia participativa; interculturalidade.

ABSTRACT

The theme of the dissertation promotes a reflection on the role of the judiciary in protecting the intangible cultural rights of indigenous peoples, understood as a subjective cultural space that demands attention for its perpetuation over time. Thus, the research problem is whether there is a power-duty of the countermajoritarian role in protecting the cultural rights of indigenous peoples. In turn, the hypothesis resists in the affirmation that there is a function in the Federal Constitution, at the same time that this function can be a remedial mechanism for the violence suffered by native peoples. The general objective is to penetrate this subjective cultural space in modern legal dogmatics and to value it. In view of these needs, the research supports the basic theories and thoughts built by Peter Habermas and Boaventura de Souza Santos, in order to try to make a paradigmatic transition of the current judicial system, so that it reaches legal pluralism and effectiveness of the diversity of rights that are affirmed. The method used is the hypothetical-deductive, using bibliographic technique and comparative analysis of judicial decisions. Finally, the research shows the importance of rethinking the role of countermajoritarianism by expanding the interpretation of the constitutional norm beyond state institutions, because for the legitimacy of the Democratic State of Law it is necessary to insert other more democratic interpretations. The broadening of the interpretation allows the re-signification of law, as an autonomous social field, for social transformation, since the current judicial system, rooted in hegemonic western assumptions that need to be broken.

Keywords: countermajoritarian function of the STF; immaterial culture; Indian people; participatory democracy; interculturality.

Lista de Tabelas

Tabela 1 – tabela comparativa de propostas apresentadas para regulamentar o fim da tutela sobre os povos indígenas

Tabela 2 - tabela comparativa de propostas apresentadas para regulamentar sobre cultura e diversidade étnica

Tabela 3 - tabela comparativa de propostas apresentadas para regulamentar demarcação de territórios indígenas

Tabela 4 - tabela comparativa de propostas apresentadas para regulamentar sobre educação indígena

Tabela 5 - tabela comparativa de propostas apresentadas para regulamentar sobre função social da terra

Tabela 6 – tabela comparativa das decisões do Supremo Tribunal Federal

Lista de siglas

ACO – Ação Civil Originária

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANC – Assembleia Nacional Constituinte

APIB - Articulação dos Povos Indígenas do Brasil

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CGC - Comitês de Gestão de Crise

CHTP – Companhia Hidrelétrica do Teles Pires

CIMI - Conselho Indigenista Missionário

CNRA - Campanha Nacional pela Reforma Agrária

COICA - Coordenadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica

ECI - Estudo de Componente Indígena

ERR - Equipes de Resposta Rápida

FAB - Força Expedicionária Brasileira

FAO - Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura

FATMA - Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente

FUNAI - Fundação Nacional dos Povos Indígenas

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas

INDL - Inventário Nacional da Diversidade Linguística

IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional

ISA – Instituto Socioambiental

MAPA - Ministério da Agricultura e Pecuária

MinC – Ministério da Cultura

MPF – Ministério Público Federal

OIT – Organização Internacional do Trabalho

ONU - Organização das Nações Unidas

PIN – Plano de Integração Nacional

PSB - Partido Socialista Brasileiro

SPI – Serviço de Proteção ao Índio

STF – Supremo Tribunal Federal

TRF1 – Tribunal Regional Federal da 1ª Região

UNIVAJA - União dos Povos Indígenas do Vale do Javari

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	18
1.1 A gênese da função contramajoritária no Brasil.....	19
1.2 Poder-dever do Supremo Tribunal Federal de exercer a função contramajoritária e imposição de limites ao exercício.....	25
1.3 Contramajoritarismo: democracia e emancipação humana.....	33
1.3.1 (Re)pensar a função contramajoritária pela democracia.....	38
1.3.2 A visão de alguns indígenas sobre o papel dos movimentos de seus povos.....	45
2. PATRIMÔNIO CULTURAL DOS POVOS INDÍGENAS E SUAS TERRITORIALIDADES.....	47
2.1 Desafios e perspectivas para valoração do meio ambiente cultural indígena dentro do sistema democrático atual.....	47
2.1.1 Contexto social e político da CFRB 88.....	54
2.2 Elementos culturais imateriais e a relação com o “lugar”	65
2.2.1 Manifestações de crenças de matriz indígenas.....	71
2.2.2 A importância da língua dos povos indígenas na produção cultural da humanidade.....	78
2.2.3 A riqueza simbólica das práticas alimentares e agrícolas dos povos indígenas.....	84
3. A SINERGIA ENTRE O CONTRAMAJORITARISMO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS.....	89
3.1 A influência do espectro da hegemonia latifundiária conservadora na violência contra os povos indígenas.....	89
3.2 Jurisprudência do STF sobre direitos indígenas.....	96
3.2.1 ADPF nº 709 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	97
3.2.2 Ação Direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 6062.....	102
3.2.3 Ação Civil Originária (ACO) nº 304/MS.....	106
3.2.4 Recurso Extraordinário nº 1012365/SC.....	107
3.2.5 Petição popular nº 3388/RR.....	108
3.3 Análise dos fundamentos jurídicos das decisões do STF	111
CONCLUSÃO.....	122
REFERÊNCIAS.....	127

INTRODUÇÃO

A pesquisa contextualiza após a leitura de uma decisão liminar proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no acórdão foi determinado a suspensão da construção da Usina Hidrelétrica de Teles Pires, pois foi entendido que a obra inundaria a cachoeira do Alto de Sete Quedas, local sagrado para os povos indígenas locais. Mesmo sem estar localizada em territórios indígenas, foi levado em consideração as crenças dos povos indígenas que habitam em torno da região. Após manifestações pessoais dos indígenas afetados, que foram reduzidos a termo no processo, e pelo laudo antropológico, verificou-se que o direito fundamental de liberdade religiosa seria violado.

Após essa leitura, foi realizada a reflexão da força de um elemento subjetivo, impassível de ser materializado e mercantilizado dentro das teias do mercado capitalista, e que possui proteção jurídica pela norma máxima do direito, a Constituição Federal. Dado esse primeiro efeito repentino causado pela leitura da decisão, dado que então possuía uma visão enraizada a um sistema político-normativo ocidental heterogêneo, a reflexão transcendeu para a importância das culturas indígenas e seus lugares dentro do direito, enquanto elemento subjetivo, principalmente quando é contraposta à construção de uma usina hidrelétrica, empreendimento que beneficiará um grande quantitativo de pessoas e cidades.

Isso, porque as culturas indígenas são secundárias sob a ótica do homem moderno capitalista e do Estado neoliberal, fruto do processo de formação ideológica desses sujeitos ao longo da história. Por conta dessa estigmatização sociocultural e pela concepção materialista em retirar tudo aquilo que não pode ser utilizado como mercadoria de troca, os elementos culturais imateriais estão se decompondo na história brasileira em meio a tantos interesses escusos. Dado essa contextualização e diante desse cenário de supressão dos direitos fundamentais dos povos indígenas, **indaga-se**: o Supremo Tribunal Federal (STF) tem o poder-dever de exercer a função contramajoritária em sua jurisdição para proteger o patrimônio cultural imaterial dos povos indígenas nos conflitos judiciais que versam sobre a territorialidades indígenas e a expansão agrícola?

A temática está delimitada na função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, por ser o único tribunal brasileiro com competência para realizar o controle

de constitucionalidade concentrado, atividade esta que, na organização dos poderes constituídos, permite a proteção dos elementos culturais imateriais dos povos indígenas, compreendidos nessa pesquisa as culinárias, as linguagens, e as crenças de matriz indígenas, elementos que são cultuados em um ambiente subjetivo de interrelações, é algo que pode ser visto e sentido, mas não tocado e comercializado.

Tem como hipótese uma resposta afirmativa, o STF possui o poder-dever de exercer o contramajoritarismo, pois está legitimado pela Constituição Federal no artigo 102 e pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição previsto no artigo 5º, inciso XXXV, pode funcionar como um mecanismo paliativo para garantir a ordem constitucional e da legislação internacional quando um direito fundamental está sendo desrespeitado, por uma variedade de razões históricas e repetidas condutas comissivas e omissivas estatais e do mercado, desde que seja exercida de modo a garantir posicionamentos democráticos de grupos étnicos minoritários e desassistidos nos mais diversos níveis da organização social.

Tem-se como objetivo geral demonstrar a necessidade da transcendência do espaço subjetivo das culturas dos povos indígenas no pensamento dogmático-jurídico. Para tanto, há três objetivos específicos que irão auxiliar a demonstração dessa transcendência. O primeiro objetivo específico é repensar a função contramajoritária do tribunal constitucional, a partir de pressupostos democráticos que penetrarão no processo judicial e delimitarão a atividade jurisdicional. Em segundo, o objetivo é valorar o meio ambiente cultural imaterial dos povos originários na atual dogmática jurídica moderna, o que será feito a partir da abordagem de autores indígenas e autores decoloniais que permitirão a análise do sistema normativo sem os traços de interpretações hegemônicas. Por fim, o terceiro objetivo específico é relacionar o papel do contramajoritarismo na reconfiguração do cenário de violação massiva dos direitos fundamentais dos povos indígenas, a partir da análise jurisprudencial em torno da proteção dos direitos dessa minoria étnica.

Há uma urgência em repensar o direito para além do direito estatal, que se mostra cada vez mais ineficiente na proteção das culturas indígenas. Com o crescimento do interesse econômico na exploração dos recursos naturais que existem dentro de suas terras, suas identidades culturais vêm sendo diminuídas na mesma intensidade. É preciso aprofundar a discussão sobre como proteger esses direitos por meio do efetivo exercício da função contramajoritária do Poder Judiciário, na

perspectiva de que a democracia não se resume em regra ditada pela maioria, cabendo à atividade jurisprudencial assegurar o respeito à soberania constitucional pela manifestação dessas comunidades que possuem reivindicações próprias. Trata-se, portanto, da proteção das minorias em legitimação material do Estado democrático de direito.

Por essa razão, justifica-se a discussão do contramajoritarismo além do reconhecimento, mas, sim, baseado em pressupostos democráticos de interpretação do que já está previsto na constituição, na tentativa de alcançar o pluralismo jurídico para transformação social. No caso dos povos indígenas, a reflexão está diretamente ligada à terra, que será tratada na pesquisa como natureza e não um bem de propriedade privada, e também com a questão agrária, por envolver questões de territorialidades e tutela jurisdicional.

A pesquisa emprega três principais teóricos, Peter Haberle, Boaventura de Sousa Santos, e Catherine Walsh. Os autores promoverão um diálogo sobre o papel do judiciário na proteção dos direitos indígenas, a escolha das teorias de base, e para a discussão do tema se funda na composição de uma linha de pensamento que ao final possibilitará a verificação da hipótese da pesquisa.

A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal encontra toda sua legitimação na norma constitucional, afinal, a própria constituição é o parâmetro para que seja realizado o controle de constitucionalidade. Da mesma forma, o contramajoritarismo envolve interpretações de direitos fundamentais e aplicação de princípios norteadores do Estado Democrático de Direito. Entretanto, a interpretação desses direitos pode ficar vencida por interesses antagônicos aos interesses indígenas e, portanto, deve haver uma preocupação sobre como esse papel concedido ao Poder Judiciário deve ser exercido de modo a potencializar um pluralismo jurídico de alta intensidade.

A teoria das sociedades abertas, de Peter Haberle, questiona os métodos de interpretação da Constituição Federal e busca abrir esse processo de hermenêutica para todas as forças pluralistas da sociedade. A partir da abertura da interpretação são inseridos outros posicionamentos mais democráticos e, assim, abre-se primeiro caminho a ser percorrido para que as minorias fiquem protegidas do consenso

produzido pela maioria quando seus direitos forem violados. Afinal, exercer o contramajoritarismo é interpretar a constituição para declarar a invalidade de qualquer lei ou ato normativo que se contrapõe a essa interpretação.

Se a interpretação ficar centrada no tribunal constitucional, há riscos de que, ao final, não atenda aos interesses dos destinatários da norma, principalmente em relação aos direitos indígenas, pois a leitura do texto constitucional nesse caso deve ser feita a partir da compreensão da extensão que esses direitos têm na vivência dos povos originários. O efeito é o alcance do pluralismo jurídico pela interpretação das normas a partir de realidades diferentes. A participação dos povos indígenas na interpretação dos seus direitos culturais mostra que não deve proteger apenas as culturas em si, mas, sim, do espaço natural em que eles são praticados, pois normalmente são indissociáveis. A ampliação do processo de interpretação para os demais grupos sociais reduz o protagonismo dos juízes, além de introduzir a necessidade da participação dos povos indígenas nos espaços públicos.

De outro modo, o pensamento de Boaventura de Sousa Santos ressalta a importância dessa participação ativa, para que os povos indígenas não fiquem subjugados a uma produção de consensos majoritários, buscando potencializar sua emancipação para além dos limites do direito estatal. Boaventura transcende o ideal de democracia, para ele a democracia participativa deve ser exercida junto com a democracia representativa, pois a participação e comunicação são ferramentas para romper com a dominação hegemônica do Estado. Com a participação dos grupos subalternizados pelas mobilizações sociais, pois aqueles que participam da hiper exclusão da sociedade civil e do Estado, é possível desocidentalizar o direito e dar a ele uma interpretação que se afasta do sistema judicial consolidado pela globalização jurídica neoliberal.

A crítica é estabelecida sobre a influência do neoliberalismo, que corresponde ao velho conservadorismo sobre o sistema judicial. As mobilizações são lutas contra-hegemônicas que romperão com as correntes do colonialismo institucional, feita de forma velada e legalizada, propondo uma ressignificação do que é o direito e como deve ser interpretado pelos seus operadores, isto é, pelo tribunal constitucional no exercício do contramajoritarismo.

Ambos os teóricos serão mais utilizados no primeiro e terceiro capítulo, o segundo capítulo será reservado para exploração da temática cultural dentro do sistema normativo. Nesse ponto, a autora Catherine Walsh promoverá uma melhor discussão do assunto, por ser uma autora decolonial que busca a interculturalidade. Por sua vez, a interculturalidade demonstrará uma concepção ainda mais complexa e mais desprendida de concepções ocidentais eurocentrada.

Em relação à abordagem metodológica, a pesquisa utiliza do método dedutivo, a fim de discutir o papel do atual sistema judicial perante a proteção dos direitos constitucionais dos povos indígenas. Essa discussão é viabilizada pela teorização da realidade estudada, para compreender como se formou esse sistema judicial e para desenhar caminhos de uma verdadeira transformação social pela operação do direito, enquanto campo social.

No primeiro capítulo do trabalho, a método de procedimento será a revisão bibliográfica que proporciona a mencionada teorização, essa técnica permite a aproximação mediata da realidade pesquisada. A contribuição dos autores proporciona a discussão sobre a atuação do poder judiciário e confronta perspectivas distintas sobre o assunto, cada um dentro de sua vivência. No primeiro momento, faz-se uma revisão histórica sobre o contramajoritarismo na ordem global e no Brasil para, somente depois, iniciar a discussão sobre a atuação do Poder Judiciário nessa função, atingindo o primeiro objetivo específico;

A partir da revisão histórica, o capítulo demonstra que o atual sistema judicial criou raízes semeadas pela globalização jurídica neoliberal, caracterizada pela modernidade hegemônica. Feita essa identificação, passa-se à projeção de caminhos que conduzam à delimitação dessa atuação jurisdicional, de modo que alcance o pluralismo jurídico de alta intensidade, basicamente voltado à democratização do acesso dos povos indígenas à justiça para construção de uma jurisprudência plural. Pela utilização da revisão bibliográfica nessa primeira parte, os núcleos das teorias de base serão ramificados para os demais pontos da dissertação, conduzindo o pensamento de necessidade de transição paradigmática, uma vez que a dogmática jurídica moderna concentrada no direito estatal é insuficiente para proteção dos direitos dos povos indígenas.

Na segunda parte, além da revisão bibliográfica de autores latino-americanos, também será utilizado como método de procedimento a pesquisa documental, a partir de pesquisa nas atas de assembleias durante a constituinte, relatórios de instituições e órgãos governamentais, bem como notícias e reportagens de meios eletrônicos de comunicação, a fim de buscar informações para valoração das culturas indígenas. Assim, o segundo capítulo apresentará o paradigma legal existente sobre a proteção do patrimônio cultural brasileiro.

É comum que atos normativos sejam elaborados sem observar que as culturas desses povos não se limitam no foro íntimo de cada indígena. Para que esses direitos sejam protegidos, é necessário que protejam também o espaço cultural deles, a natureza, enquanto sujeito de direitos. Quando essa circunstância não é compreendida, o resultado é a violação sistemática de direitos fundamentais.

Terá como recorte dos elementos culturais as crenças, as culinárias e as linguagens indígenas, que servirão para demonstração da valoração das culturas indígenas dentro da dogmática jurídica. Todos esses elementos constituem parte fundamental da história do país e estão amparados pela Constituição Federal. Portanto, podem e devem ser protegidos pela função contramajoritária. Serão abordadas algumas noções de cultura, bem como a contribuição das culturas indígenas para a história e futuro do Brasil, a fim de expandir a visão para além da cultura dominante. Essa expansão é fundamental para ressignificar os direitos culturais desses povos.

Na terceira parte da pesquisa será utilizado o método comparativo pela análise de decisões constitucionais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ações de controle de constitucionalidade, as quais serão elementares para verificação da hipótese inicialmente proposta. Dentro dessa análise jurisprudencial, serão observadas a intensidade e a influência da participação direta das comunidades indígenas no resultado da ação constitucional.

Os critérios de recorte recairão sobre ações constitucionais que tramitam no STF e que enfrentam conflitos normativos que envolvam a interpretação dos direitos indígenas. Os resultados dessas ações podem ser favoráveis ou não aos povos

indígenas. Nesse contexto, busca-se identificar os fundamentos utilizados nas decisões e qual impacto possuem na vivência dos povos indígenas.

Por fim, o terceiro capítulo abordará o caso dos povos indígenas Munduruku, Kayabi, Apiaká e a Usina Hidrelétrica de Teles Pires, processo que contextualizou o nascimento da pesquisa. Embora não esteja dentro da delimitação temática por ser uma ação civil pública que tramita Tribunal Regional Federal, a escolha de mencionar esse caso é importante para fins de aplicação prática das teorias de base, pois envolve a suspensão de uma obra sob o fundamento de que a construção interferiria na cachoeira de Sete Quedas, área considerada sagrada para os povos indígenas locais, confirmando, assim, a pertinência teórica e a adequação da hipótese.

Nesse contexto, a pesquisa sobre a proteção jurídica das expressões culturais imateriais dos povos indígenas, apresentada no Programa de Pós Graduação de Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás, está inserida na linha de pesquisa de “direito agroalimentar, territorialidades, subjetividades constitucionais e convencionais e proteção jurídica”, por abordar o direito interdisciplinar analisado a partir da percepção de relações sociais simbólicas de elementos culturais imateriais herdados da memória coletiva que estão intrinsecamente vinculados ao espaço físico e estão previstos na Constituição Federal.

1. FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

“[...] e a minoria, meus amigos, quase ou nada tem de representatividade no poder [...] Luto porque acredito que é pra isso que nasci. ...É porque dói em mim ver gente chorando, Crianças com fome, velhos humilhados, pobres pedintes. ...É porque não sou conivente com o erro. Com essa injustiça selvagem. Com a riqueza de poucos enquanto eles têm tudo e tiram o pouco que tem de todos. Assim, enquanto eu for eu, nunca serei a favor da opressão, da ganância, da ignorância, do ódio dos ricos, que são ricos roubando e subjugando os pobres”
- Yaguarê Yamã¹

A função contramajoritária surgiu no debate acadêmico norte-americano no final do século XIX, quando Suprema Corte dos Estados Unidos declarou a inconstitucionalidade de uma lei no julgamento do caso Madison e Marbury. Essa declaração foi vista como uma revisão judicial e gerou inquietações nos constitucionalistas.

A inquietação estava fundada na competência da Suprema Corte para realizar a revisão judicial. A questão é que as leis foram elaboradas por pessoas que atravessaram um processo eleitoral e, ao final, foram eleitas pela população. Assim, qualquer decisão dessas pessoas estaria representando a vontade da população que as elegeram, não cabendo a um magistrado que não participou desse processo decidir sobre a validade dessa lei, pois estaria em confronto com os interesses da maioria, daí o termo contramajoritário. (VIEIRA, 2018, p. 281)

Em segundo plano, também havia a preocupação do tribunal constitucional em ter a palavra final sobre o direcionamento da interpretação da constituição por meio da revisão judicial (VIEIRA, 2018, p. 282). Essa atuação poderia impactar na corrente denominada constitucionalismo popular, conceituada por Larry Kramer como a

¹ Yaguarê Yamã é escritor indígena, formado em geografia pela Universidade de Santo Amaro (UNISA), e filho do povo Maraguá. Segundo informações retiradas do *blog* eletrônico de Yaguarê Yamã, o povo Maraguá vive na região do rio Abacaxis, no estado do Amazonas, e são distribuídos em quatro aldeias distintas. Possuem língua própria e sua cultura é baseada na antiga cultura tapajônica, devido a sua origem Aruak e influência Tupi. Esse povo é representado no geral pelo animal Guru-guá, popularmente conhecido como peixe-boi, e têm como ícones culturais a “prática da luta corporal Piãguá, a crença no wirapurú empalhado, o culto no muirakitã e sua mitologia repleta de deuses, seres encantados, fantasmas e heróis civilizador”. Estão organizados em duas associações, ASPIM (Associação do Povo Indígena Maraguá) e AmIMA (Associação das mulheres Maraguás), e dentre suas lutas destaca-se a luta pela reafirmação étnica e cultural da nação Maraguá. Mais informações estão disponíveis em: <http://blogdeyaguare.blogspot.com/p/povo-maragua.html>.

inclusão do povo na interpretação e efetivação da constituição (KRAMER, 2009, p. 89), retirando do poder judiciário a condição de intérprete supremo.

O próprio Kramer defende que pode existir um conflito entre a corrente do constitucionalismo popular e as revisões judiciais, mas é um conflito dialogável e contornável a depender das peculiaridades de cada caso, principalmente pelas consequências negativas que algumas tendências majoritárias poderiam acarretar. (KRAMER, 2004, p. 80)

Sobre o papel de intérprete supremo da constituição, Kramer alerta que há uma diferença entre supremacia judicial e soberania judicial: a primeira refere-se a característica da Suprema Corte em ter a última palavra acerca de uma determinada interpretação, enquanto a última é a condição de a Corte ter a única palavra. A partir dessa concepção, entende-se que para solucionar algumas demandas a supremacia judicial seria uma via alternativa para sanar algumas questões históricas e jurisprudenciais. (KRAMER, 2000, p. 13)

Entretanto, essa atuação deve estar restrita às questões procedimentais e estruturada no aspecto material da lei. A função contramajoritária pode ser uma forma de proteger as minorias da opressão das majorias, pois merecem o mesmo respeito e consideração na construção de um projeto político comum a todos. Assim, o exercício da função contramajoritária não está relacionado a uma postura autoritária e impositiva do tribunal constitucional sobre todos, devendo ser exercida de modo que a interpretação de outros posicionamentos mais democráticos seja inserida nesse processo decisório.

1.1 A gênese da função contramajoritária no Brasil

No Brasil, não há um recorte temporal exato que permite fixar a partir de quando o assunto se tornou alvo do debate acadêmico. Presume-se que o termo 'contramajoritário' foi incorporado pela doutrina constitucionalista. O tema ganhou destaque após o advento da Constituição Federal de 1988, quando foram inseridos no sistema normativo novos direitos que, até então, não integravam o bloco constitucional de direitos fundamentais, como os direitos de segunda e terceira

dimensão. Essa inovação fez com os juristas adotassem teorias estrangeiras voltadas ao protagonismo dos magistrados, as quais Streck² classifica como teorias alienígenas (STRECK, 2017, p. 43).

Dentre as principais teorias, destaca-se a revisão judicial do realismo norte-americano. A revisão judicial assumiu contornos no ordenamento jurídico brasileiro em forma de controle de constitucionalidade, que pode ser exercido, em caráter difuso, por qualquer magistrado, dentro dos limites da sua competência. Inserida na realidade brasileira, Luís Alberto Barroso afirma que na democracia contemporânea os tribunais constitucionais possuem três funções, quais sejam, contramajoritário, representativo e iluminista:

[...] contramajoritário, quando invalidam atos dos outros Poderes; representativo, quando atendem demandas sociais não satisfeitas pelas instâncias políticas; e iluminista, quando promovem determinados avanços sociais que ainda não conquistaram adesão majoritária, mas são uma imposição do processo civilizatório. (2018, p. 2173)

Dado o conceito formulado por Barroso, para invalidar atos de outros poderes é imprescindível que realize o controle de constitucionalidade. Dessa forma, a função contramajoritária carrega esse nome porque invalida atos do poder legislativo e/ou executivo, mas ambos são representantes da sociedade nacional porque passaram por um processo eleitoral e foram eleitos pela maioria dos votos da população, então sob a ótica superficial sobre democracia representativa, em teoria esse ato representa a vontade da maioria da população, daí o termo contramajoritário.

A partir dessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal (STF) passou a exercer esta função, por meio da realização do controle de constitucionalidade concentrado³ ou difuso. O controle concentrado permite invalidar as leis que se contrapõem à Constituição e garante que as relações jurídicas não sejam regulamentadas por

² Lênio Streck é jurista constitucionalista que contribui para a discussão do tema da função contramajoritária, pela escassez de pesquisas na temática, as obras do autor auxiliam na contextualização do surgimento do contramajoritarismo no sistema normativo brasileiro e delimita a atuação de um tribunal constitucional contramajoritário. Entretanto, no dia 18 de agosto de 2021, o autor produziu um parecer técnico que desfavorece e prejudica os povos indígenas na luta pela demarcação de terras. O parecer foi produzido em prol dos interesses dos latifundiários nos autos do Recurso Extraordinário nº 1017365, que tramita no STF, processo em que se aprecia a tese do marco temporal, a qual será mais bem explicada em momento posterior.

³ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

normas inconstitucionais, mediante ações endereçadas ao STF. Essas ações são veiculadas por meio da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC), ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

A ação direta de inconstitucionalidade busca analisar a validade formal e material de uma norma. No âmbito do STF, o parâmetro do controle é a Constituição Federal para controlar leis e atos normativos federais e estaduais (MARINONI, 2020, p. 1172). A tutela da ordem jurídica advém da possibilidade de declaração de inconstitucionalidade de norma incompatível com a ordem constitucional.

A ação declaratória de constitucionalidade foi instituída através da emenda constitucional nº 03/1993 e dá um importante papel ao STF, que é de eliminar uma dúvida criada por decisões judiciais acerca da constitucionalidade de uma norma. Essa ação objetiva afirmar a constitucionalidade de leis ou atos normativos com eficácia *erga omnes* e vinculante, de modo a dissipar todas as suspeitas. (MARINONI, 2020, p. 1226)

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão visa suprir uma omissão inconstitucional do Estado pela tutela jurisdicional. É a situação em que o legislador infraconstitucional é inerte para tutelar os direitos afirmados pela constituição, sua inércia não dá vida e efetividade a esses direitos. Portanto, perante uma supressão de direitos fundamentais causados pela letargia legislativa, é cabível a mencionada ação. (MARINONI, 2020, p. 1364)

A arguição de descumprimento de preceito fundamental tem por objeto a prevenção ou a reparação de lesão a preceito fundamental em decorrência de ato do Poder Público. Endereçada ao STF, tem importante função diante do direito constitucional, pois nesse caso a Suprema Corte não admite a ação direta de inconstitucionalidade, pois não há logicidade jurídica em declarar inconstitucional norma que não foi recepcionada pela Constituição Federal. (MARINONI, 2020, p. 1394)

Todas as ações pertencem ao controle concentrado e são feitas de forma abstrata, ou seja, examinando a compatibilidade da norma com a Constituição em um processo autônomo, independentemente de qualquer situação concreta. Diferente da

revisão judicial da suprema corte norte-americana, o controle abstrato difundiu nos sistemas judiciais europeus no início do século XX. Desses sistemas destaca-se o sistema austríaco de controle de constitucionalidade, concretizado em 1929. Pouco tempo depois, a Itália (1948) e a Alemanha (1949) se inspiraram na reforma constitucional da Áustria e instituíram um sistema de controle similar (MARINONI, 2020, p. 1038). Mais adiante, no período de redemocratização do Brasil, esse modelo foi adotado na Constituição de 1988.

Com efeito, o controle de constitucionalidade difuso é distribuído aos órgãos do Poder Judiciário, ou seja, pode ser exercida por qualquer juiz e permite a verificação da compatibilidade de uma determinada norma com o texto constitucional diante de um caso concreto. É realizado de forma incidental, tratando a questão constitucional como prejudicial à solução do litígio processual. (MARIONI, 2020)

Nessa forma de controle a norma é afastada somente naquela relação processual por meio de ações incidentais, a exemplo do habeas corpus, habeas data, mandado de segurança, mandado de injunção, ação civil pública, além da ação popular. Assim, trata-se de controle difuso e concreto, devido as suas características procedimentais e à extensão dos seus efeitos.

O STF, na situação de decisão que declara inconstitucional tratado ou lei federal em julgamento de recurso extraordinário⁴, faz surgir a necessidade de sua atuação para dar a última interpretação sobre a constitucionalidade de uma norma diante de uma situação concreta. O mandado de injunção também é um exemplo de ação que é direcionada ao STF e é feita de forma concreta, pois tem o objetivo de impugnar uma inconstitucionalidade por omissão para proteger direitos e liberdades constitucionais. (MARINONI, 2020, p. 1039).

Ambas as formas de controles estão previstas na Constituição Federal e torna legítima a atuação contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, devido à

⁴ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

- a) contrariar dispositivo desta Constituição;
- b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
- c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição.
- d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

competência constitucional que lhe foi atribuída, ao invalidar uma norma que foi aprovada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo, poderes constituídos que possuem representantes eleitos pela população na democracia representativa.

Com efeito, o Estado Democrático de Direito segue alguns princípios norteadores, como o princípio democrático e o princípio do pluralismo político. Em relação ao princípio democrático, a ideia de democracia leva à busca de um consenso, mas consenso não significa unanimidade, normalmente ele é produzido pelo princípio da maioria, ou seja, uma maioria qualificada para aprovar uma emenda constitucional, ou uma maioria simples para aprovar demais legislações, por exemplo (SARLET, 2020, p. 284).

No entanto, a democracia não pode se restringir a um consenso; o princípio democrático pressupõe e impõe o respeito e a proteção das minorias, não podendo elas se tornarem submissas ao simples consenso majoritário. Os consensos devem ser submetidos aos limites impostos expressamente ou implicitamente pela própria Constituição (SARLET, 2020, p. 285). Quando esses limites são ultrapassados, existem alguns instrumentos que são ministrados a favor das minorias para bloquear essas deliberações majoritárias, possibilitando que invoque o controle de constitucionalidade concentrado ou difuso (SARLET, 2020, p. 285). Por esse motivo, o princípio democrático deve ser transcender a produção de consensos, oportunizando espaços para as minorias para atuarem como oposição na defesa dos seus direitos.

Sobre o princípio do pluralismo político, não se confunde com o princípio democrático, mas com ele guarda relações porque também pressupõe o elemento democracia. Objetiva alcançar diversos segmentos da sociedade e proporciona a abertura política para diversas posições diferentes que se concretiza pela participação política de todos os indivíduos, no exercício da cidadania. (SARLET, 2020, p. 286)

O pluralismo político objetiva superar a exclusão de alguns grupos sociais, mas não significa que esses grupos terão seus interesses bem representados e protegidos, principalmente quando se trata de grupos subalternizados. Os subalternos, segundo Boaventura de Sousa Santos, são os grupos oprimidos e excluídos pela sociedade

hegemônica e pelo Estado, eles vivenciam trocas de poder desiguais (2003, p. 28). Muitas vezes esses grupos possuem representantes políticos, mas que são vencidos na produção de consensos pela maioria dos votos dos demais representantes.

Assim, há questionamentos acerca do alcance do mesmo nível de pluralismo adotado por demais países latinos, como Equador e Bolívia, que se assumiram enquanto Estados plurinacionais. Há outras vertentes de pluralismo que também integram as pautas de discussão, é o caso do pluralismo jurídico, pluralismo cultural, pluralismo social.

A constituição brasileira ainda possui lacunas causadas pela essência liberal e o espectro dos interesses da hegemonia latifundiária conservadora, grupos conservadores majoritários que foram fortalecidos na ditadura pelo Estado desenvolvimentista e que tiveram grande influência na constituinte (SILVA, 1989). Essa influência se traduz, por exemplo, na pendência de elaboração de uma lei que regulamente política agrária.

É uma hipótese do porquê o Brasil ainda não conseguiu se consolidar como Estado plurinacional, porque ainda há muitos interesses escusos que se sobrepõe aos direitos de grupos sociais, como os povos indígenas. Esses interesses partem de empresas que buscam satisfazer o capital para manutenção de suas atividades, e até mesmos de órgãos e entidades governamentais, esses interesses consistem em retroceder os direitos indígenas já existentes, como o direito sobre seus territórios. Estado plurinacional, sob a ótica do movimento indígena boliviano katarista, é a consolidação do poder político, econômico e social dos diferentes povos e nacionalidades que existem dentro de um país, mas unidos e todos sendo dirigidos por uma constituição que respeita essas diferenças, ou seja, é uma nova forma de organização do estado e da instrumentalização do governo. (CONAIE, 2003, *apud* WALSH, 2007, p. 50)

É preciso refletir sobre até que ponto a nova ordem constitucional foi inovadora e abraçou os interesses de grupos sociais subalternizados e considerados minoritários perante a cultura dominante. José Gomes da Silva menciona que durante a constituinte foi alertado que de nada adiantaria reconhecer direitos sociais se no

capítulo da ordem econômica é retirado os meios materiais de exercer esses direitos. (SILVA, 1989, p. 200)

Diante desse contexto e do fato de que a própria Constituição concedeu o poder do contramajoritarismo ao Poder Judiciário, indica que a função aqui tratada é fruto de uma globalização jurídica que foi expressa no texto constitucional, devido à importação de teoria constitucional de países do norte-ocidental. Da mesma forma, ainda há luta para descolonização, para construção de um Estado plurinacional e alcance do pluralismo jurídico.

Assim, objetivando enfrentar duas questões sobre a função contramajoritária e abordar caminhos para superá-las, deve-se investigar a delimitação da atuação contramajoritária do STF, e em como potencializar o contramajoritarismo de modo que possa proteger os povos indígenas diante dos interesses hegemônicos dominantes sem que essa tutela jurisdicional reflita em uma proteção especial, considerando-os incapazes.

1.2 Poder-dever do Supremo Tribunal Federal de exercer a função contramajoritária e imposição de limites ao exercício

Segundo Barroso, o exercício do papel contramajoritário se legitima dentro do sistema democrático quando protege os direitos fundamentais que são o esteio para a estrutura de uma nação democrática, além de garantir que a ética e justiça a serem cumpridas pelas forças políticas não sejam aniquiladas pela deliberação política majoritária. Ainda, está fundamentada na proteção dos procedimentos democráticos e dos canais de participação política de todos (2018, p. 2198).

Os direitos fundamentais são essenciais à dignidade da pessoa humana e são os pilares para estrutura organizacional do Estado, todos os poderes devem atuar no sentido de proteger esses direitos. Nos conflitos que versem sobre a violação de direitos fundamentais, o papel contramajoritário do poder se faz imperativo (DE VICO ARANTES, 2019).

Assim, no controle de constitucionalidade a ser feito pelo STF pode-se avançar na ideia de que a democracia vai além do governo representativo da maioria pelo

simples motivo de ter sido eleito por essa; é necessário que se observe a incorporação de outros valores fundamentais, protegendo aqueles grupos e indivíduos expurgados das dinâmicas de poder.

Nas demandas que não envolvem os direitos fundamentais e os pressupostos da democracia, o STF deve atender a liberdade do legislador no exercício da sua função e a discricionariedade do administrador. Isso porque se o “[...] tribunal constitucional for contramajoritário quando deveria ter sido deferente, sua linha de conduta não será defensável” (BARROSO, 2018, p. 1219).

Essas considerações são importantes porque, caso contrário, poderia gerar excesso de intervenção do Poder Judiciário na esfera legislativa e executiva, além do limite de suas atribuições, e configurar eventual ativismo judicial e inconveniente ditadura do judiciário na interpretação constitucional, o que levaria a uma situação de incongruência com o Estado Democrático de Direito.

Fundamental esclarecer que é preciso observar e delimitar o exercício do contramajoritarismo pelo tribunal constitucional. Porém, quando é exercida de maneira correta a função contramajoritária se difere de ativismo judicial, já que este último é uma forma de os juízes, a partir da interpretação constitucional, expandirem o seu sentido e alcance, enquanto a primeira objetiva a legitimação material da lei a partir dos direitos fundamentais já previstos.

Sobre o Supremo Tribunal Federal possuir a condição de último interprete do texto constitucional, Streck faz apontamentos para evitar um fenômeno que ele denomina como pamprincipiologismo, isto é, quando os juízes utilizam de pseudoprincípios para julgar de forma discricionária, com fundamento frágil em álibis teóricos. Isso levaria a uma série de julgamentos contraditórios e consequente violação a isonomia, a qual fragilizaria a autonomia do direito (STRECK, 2017, p. 213).

O autor se refere a uma interpretação equivocada de conduzir os princípios quando aborda os álibis teóricos e, assim, transformá-los em meros álibis para agir de acordo com a própria vontade, seguido de orientação pessoal. Dessa forma, considera que os princípios “[...] não são ornamentos e nem conceitos vazios que apontam para a direção que aprouver ao intérprete. Diferentemente, sua normatividade direciona sentidos que espelham a comum-idade que pertencem” (STRECK, 2017, p. 243).

Isso significa que quando a Suprema Corte for exercer seu papel contramajoritário deve se atentar para os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito para proteger os direitos fundamentais, para isso a constituição federal deve ser o sustentáculo de sua decisão, pois

[...] o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um plus normativo/qualitativo em relação às fases anteriores, porque agora é um auxiliar no processo de transformação da realidade. E é exatamente por isso que aumenta sensivelmente - e essa questão permeou, de diversos modos, as realidades jurídico-políticas dos mais diversos países europeus e latino-americanos - o polo de tensão em direção da grande invenção contramajoritária: a jurisdição constitucional, que, no Estado Democrático de Direito, vai se transformar, no limite e na inércia dos Poderes Públicos, no garantidor dos direitos fundamentais sociais e da própria democracia. (STRECK, p. 25)

A Constituição tem perante uma estrutura democrática o papel de estruturar o Estado em sentido amplo, pois norteia também o seguimento público e privado, ou seja, toda a sociedade. É por essa razão que Peter Haberle conceitua constituição como uma ordem jurídica essencial do Estado e da sociedade e nem mesmo a vontade da maioria pode se opor a ela. (HABERLE, 2007, p. 272)

No entanto, o processo de interpretação da Constituição deve ser aberto às forças pluralistas ativas da sociedade, pois somente com a abertura do diálogo é que as decisões constitucionais vão ser fortalecidas. Entende-se por decisão constitucional, por exemplo, a aprovação de emenda constitucional pelo Poder Legislativo e até mesmo a decisão judicial do STF em uma ação de controle de constitucionalidade. (HABERLE, 2002)

Nesse formato, o Poder Judiciário consegue aplicar a norma ao caso concreto de maneira que atenda os interesses dos destinatários da norma. A existência a independência funcional dos juízes e a vinculação à lei não afasta o fato de que interpretam a lei sob o aspecto jurídico e também sob as questões da realidade, a partir da necessidade fática dos outros intérpretes, já que todos aqueles que vivem uma norma ou são destinatários dela são sujeitos ativos do processo hermenêutico (HABERLE, 2015). Para ele,

O poder de conformação de que dispõe o legislador enquanto intérprete da Constituição diferencia-se, qualitativamente, do espaço que se assegura ao juiz constitucional na interpretação, porque este espaço é limitado de maneira diversa, com base em argumentos de índole técnica. [...] Para o Legislador,

existe o controle “técnico” da Corte Constitucional e o controle “não técnico” exercido por meio de eleições, para capacidade de sustentação de coalizões e pelo processo interno de formação da vontade político-partidária. Para o juiz da Corte Constitucional não existe um controle técnico. Ele em sua conduta “regulada” pelo “espaço público” (“die Öffentlichkeit”). A esfera pública estrutura-se, porém, para ele, com fundamento em sua concepção profissional, sua socialização na ciência do Direito Constitucional, a expectativa de conduta profissional a que se encontra submetido. (HABERLE, 2015)

Em sua teoria da interpretação constitucional, Haberle busca questionar sobre os objetivos da interpretação constitucional e sobre os métodos utilizados nessa hermenêutica. Propõe que em uma sociedade plural os critérios de interpretação devem ser amplos, no sentido de incluir de todos os cidadãos, todas as comunidades, órgãos estatais e poderes públicos. Todas essas figuras compõem uma força produtiva de interpretação, são integrados enquanto sujeitos. (HABERLE, 2015, p. 27)

Com essa teoria, busca-se adicionar valores pluralistas do sistema democrático na construção da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a partir do acesso do cidadão na justiça. Isso, porque a Constituição Federal tem função integrativa, na situação de divisão da opinião pública a Suprema Corte deve garantir o alcance dessa função, e ela vai fazer isso incluindo na sua decisão os interesses daqueles que não participaram do processo, isto é, os interesses não representados⁵. (HABERLE, 2015, p. 45)

Este é um caminho para o exercício da função contramajoritária na proteção da cultura imaterial dos povos indígenas, grupos étnico-raciais minoritários do Brasil que sofre em várias camadas diferentes violações aos seus direitos fundamentais, embora sejam os povos originários desta terra. Os povos indígenas representam menos de 1% (um por cento) da população brasileira, segundo último censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) do ano de 2010⁶, e possuem apenas sete representantes autodeclarados indígenas no Congresso Nacional, sendo cinco

⁵ A utilização do termo “interesses não representados” é um termo utilizado pelo próprio autor, Peter Haberle, pensado dentro de um contexto macro. Esse termo sobre os povos indígenas não significa necessariamente que não estão ou não foram representados, mas, sim, de que situados dentro desse contexto macro os povos indígenas possuem representação mínima e ainda sofrem com subjugações por parte dos representantes não-indígenas. Entretanto, se reconhece que há representação indígena, e os povos indígenas conduziram uma enorme mobilização social na década de 70 para modificar o cenário político-social deles, ponto que será abordado mais para frente.

⁶Disponível

em:

<https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?busca=1&id=3&idnoticia=2194&view=noticia#:~:text=A%20popula%C3%A7%C3%A3o%20ind%C3%ADg ena%20residente%20no,os%20Censos%201991%20e%202000.>

<https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?busca=1&id=3&idnoticia=2194&view=noticia#:~:text=A%20popula%C3%A7%C3%A3o%20ind%C3%ADg ena%20residente%20no,os%20Censos%201991%20e%202000.>

parlamentares na Câmara dos Deputados e dois no Senado Federal. Além dos representantes, foi instituído no ano de 2023 o Ministério dos Povos Indígenas, ministado pela indígena Sônia Guajajara, cujo papel é garantir aos povos indígenas acesso aos direitos fundamentais, como saúde e educação, bem como o direito sobre seus territórios por meio da demarcação de terras indígenas.⁷

Assim, parte-se da premissa de que os povos indígenas são uma minoria étnica que possuem poucos representantes políticos e, conseqüentemente, os seus direitos não estão bem representados. Diante dessa invisibilidade político-social, suas tradições também são invisibilizadas e desconsideradas pelo atual sistema mundo-moderno⁸, ainda estreitados com práticas coloniais que estão instituídas em novas formas de dominação e precisam ser rompidas.

Há uma expectativa de que essas correntes possam ser quebradas a partir da promoção da voz indígena na tomada de decisões e no processo hermenêutico, na construção de uma jurisprudência mais justa, embora não se possa considerar a luta no poder judiciário como única via de rompimento. Os seus direitos, em linhas gerais, já estão positivados, tendo a Constituição Federal brasileira, inaugurado os direitos de segunda e terceira dimensão, e inovado também nos direitos indígenas; porém, para a sociedade é difícil compreender a extensão desses direitos nas vivências dessas comunidades tradicionais.

Por essa razão, a abertura do processo de interpretação para os povos indígenas é necessária para que os direitos já existentes sejam interpretados da forma correta, repensando o direito. Há ainda uma maioria com representantes políticos que protegem seus interesses antagônicos aos interesses indígenas, por consequência, não há interesse nacional comum a todos. Essa maioria detém *status* social e a prerrogativa de utilizar o direito como mecanismo de dominação, como é o caso do estabelecimento do marco temporal para demarcação das terras indígenas, por exemplo.

⁷ Esse quantitativo foi atualizado na última eleição de 2022, até então possuía apenas uma representante indígena no Congresso Nacional, deputada Joênia Wapichana.

⁸ Sistema mundo moderno, para Aníbal Quijano, é um novo padrão de poder mundial, esse novo padrão resiste em uma forma de dominação em que a Europa não tem apenas o controle sobre o mercado mundial, mas também o controle de articular diferentes culturas de regiões e populações diferentes para satisfazer o capitalismo mundial. Nesse sistema, as experiências e culturas são reduzidos a uma única ordem global e que orbitam em torno dos interesses da Europa ou do Ocidente. (2005, p. 121)

O marco temporal é uma tese de ação constitucional que tramita no Supremo Tribunal Federal. O principal objetivo dessa ação é estabelecer a data 05 de outubro de 1988, ano de promulgação da Constituição Federal para demarcação de terras indígenas. Embora a CRFB/88 determine no artigo 231 que são reconhecidos aos indígenas as terras tradicionalmente ocupadas por eles, a bancada política ruralista defende que os povos indígenas só poderão reivindicar as terras que estiverem ocupada desde a data mencionada. Para os povos indígenas a delimitação do marco temporal é prejudicial porque impede o reconhecimento de terras que eram ocupadas por seus ancestrais, e ofende todas as suas territorialidades.

Assim, o que se reclama não é o simples reconhecimento de um direito que já é intrínseco ao ser e que já existe, essa luta já foi conquistada pelo movimento indígena na constituinte, durante o processo de redemocratização do país pós-ditadura. A Constituição Federal é muito clara quando reconhece proteção aos elementos culturais imateriais dos povos indígenas⁹ e de seus territórios, o que se precisa é que esses direitos sejam interpretados de forma que atenda aos interesses dos destinatários da norma, isto é, os próprios indígenas.

Na medida em que os indígenas ficam isolados eles se tornam mais vulneráveis à utilização do direito como estratégia de poder, da mesma forma que a comunicação na esfera pública também lhes é prejudicial. As decisões constitucionais devem refletir a vontade coletiva organizada através da participação política em fóruns públicos de debate, isso para possuir legitimidade. Novamente, decisões constitucionais são a aprovação de alguma lei pelo Congresso Nacional ou a decisão proferida pelo STF para declarar a validade ou invalidade de uma lei. Já por esfera pública entende-se que é o local no qual os problemas que afetam o conjunto da sociedade são absorvidos, discutidos e tematizados. (HARBERMAS, 1929)

Com a abertura do processo hermenêutico e fortalecimento da comunicação das forças pluralistas, os povos indígenas vão se manifestar as razões de porquê um determinado direito fundamental está sendo violado e como essa violação impacta nas suas vivências. Esse modo de interpretação remete ao método hermenêutico

⁹ 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.

científico-espiritual, definida como “[...] fundamento e ponto de partida para definir o método que reputam adequado ao compreender constitucional”, pois trata a Constituição Federal como um mecanismo de absorção e superação dos conflitos sociais, sob o aspecto político e sociológico. (COELHO, 2017, p. 16)

Por outras palavras, nesse método o intérprete deve visualizar a essência dinâmica da norma constitucional, que se remodela de acordo com as transformações sociais, uma vez que considera a realidade que o direito constitucional se propõe em regular (SMEND, 1985, p. 66 e 201). Já este último, o direito constitucional,

[...] é uma positivação das possibilidades e funções próprias do mundo do espírito – um conjunto de normas que só se compreendem com referência a essas mesmas realidades espirituais, as quais, por seu turno, não se realizam, de forma plena e continuada, senão por força dessa positivação, que lhes confere normatividade. (SMEND, 1985, p. 66, 201).

Assim, o Estado não é estático, mas, sim, um fenômeno espiritual por estar vinculado a realidades diferentes que vão se reconfigurando no decorrer do tempo, essas metamorfoses sociais devem gerar uma renovação de propósitos da ordem estatal para tentar ao máximo a harmonia social. (SMEND, 1985, p. 62, 63)

Da forma como disposto o organograma do judiciário brasileiro, o STF já possui a última palavra sobre a interpretação da norma constitucional, circunstância que não há como ser alterada, já que não existe outro órgão judicial com hierarquia superior. Assim, esse entendimento vai ser construído a partir de um debate democrático, com a presença de todos os interessados, todos os destinatários da norma. Propõe-se que em uma sociedade plural os critérios de interpretação devam ser amplos, no sentido de incluir de todos os cidadãos, todas as comunidades, órgãos estatais e poderes públicos na discussão.

Com efeito, no caso dos conflitos entre povos indígenas, o contramajoritarismo não é defensável pelo simples fato de serem indígenas, uma minoria étnica, mas, sim, porque podem estar em situação de violação massiva aos direitos fundamentais. A inclusão desses povos no processo hermenêutico permite compreender o porquê de os direitos fundamentais estarem suprimidos, bem como a aplicação de uma decisão constitucional mais compatível com a norma.

Na esfera mais subjetiva, aquilo que não é notório aos olhos do homem no sistema-mundo moderno é ainda menos respeitado e compreendido, como o direito à liberdade de expressão e a proteção do patrimônio cultural. Isso, porque os elementos culturais estão diretamente vinculados aos elementos naturais, a destruição deste último impede a manifestação do primeiro. Junto com a morte da natureza, morre a dança indígena, morrem as religiões de matriz indígenas, morre a culinária indígena, morrem as lendas indígenas, morrem rituais festivos indígenas, as línguas de diferentes povos indígenas são exterminadas. Enfim, morre uma parte da história do Brasil.

Nesse contexto, a partir do momento em que o processo de interpretação da Constituição Federal é aberto para as forças pluralistas, os povos indígenas manifestam a experiência de vida e reivindicam o que já lhes é de direito. Essa manifestação irá vincular obrigatoriamente a decisão do tribunal constitucional, pois uma vez externada deverá ser considerada na tomada de decisão. Isto é, as suposições não externalizadas pelos ministros deverão obrigatoriamente levar em conta as reivindicações e manifestações levantadas pelos indígenas e, por essa razão, adquirem importância e manterão a ordem social por meio dessa decisão.

Habermas, na sua ideia de agir comunicativo, fala que esse fenômeno acontece porque o agir comunicativo faz com que o indivíduo falante seja atuante por meio da sua linguagem que vai conduzir a sua ação e, portanto, a suposição que ainda não foi externalizada pelo indivíduo ouvinte adquire importância para construção e manutenção da ordem social (1929).

Contudo, não basta ter a voz, é importante que o indivíduo possua autoconsciência e saiba que sua voz é importante. A voz é o elemento que legitima as democracias modernas, mas os países vivem uma crise de voz dentro das esferas sociais, culturais e políticas. O neoliberalismo vem negando o direito a voz, e a substitui por modos de organização da vida que a ignora, e, desse modo, o indivíduo não acredita que sua voz é importante dentro do sistema (COULDRY, 2010).

Por sua vez, voz deve ser pensada como processo e valor. Como processo, é utilizar a voz para dar sentido às vidas das pessoas e torná-las válidas. Como valor, é valorizar a voz e inseri-la no contexto contemporâneo. Para o autor do livro “Porque

vozes importam”, Nick Couldry indica que com o uso da voz o indivíduo pode acessar outras camadas de democracia e justiça, até então desconhecida, por esse motivo o neoliberalismo tenta descriminalizá-las (COULDRY, 2010).

Assim, embora ainda que existem muitas ponderações a serem feitas sobre a função contramajoritária, acredita-se que ela pode ser uma via alternativa que sanará algumas questões históricas e jurisprudenciais, além de evitar que o direito seja utilizado como estratégia de poder para atender somente interesses majoritários e opressores.

1.3 Contramajoritarismo: democracia e emancipação humana

Até o momento, partiu-se do pressuposto de que a função contramajoritária a ser exercida por meio do controle de constitucionalidade a partir da participação dos povos indígenas no processo hermenêutico é um caminho possível para proteger os elementos culturais dos povos indígenas e que essa atuação só será defensável quando envolver direitos fundamentais e pressupostos democráticos.

Por outro lado, é necessário observar as implicações dessa função, se seria uma forma de emancipação dos povos indígenas, isto é, o direito sendo utilizado para proteção especial desses povos, considerando-os seres incapazes. Essa forma de utilização seria em relação de dar ao direito e, conseqüentemente ao tribunal constitucional que irá operá-lo, o papel de conceder igualdade, liberdade e autonomia aos povos indígenas. Se assim fosse, os povos indígenas estariam subordinados ao direito e seus operadores, uma nova forma de dominação institucional.

O questionamento deve ser feito, porque há de se preocupar com a atuação dos tribunais, por serem órgãos estatais e, nesse caso, o direito está centrado no Estado. O perigo está na consolidação de um tribunal seletivo, bem como em uma atuação que assuma contornos de uma nova forma de colonialidade desses povos mascarada de legalidade e emancipação social compulsória.

Como já mencionado a função contramajoritária é definida como a atuação do judiciário para julgar inconstitucional lei ou ato normativo elaborado e sancionado pelo poder legislativo e executivo, essa atuação foi inspirada nos sistemas judiciais de

controle de constitucionalidade concentrado da Europa e no controle de constitucionalidade difuso dos Estados Unidos.

Assim, a discussão está em torno da globalização jurídica neoliberal e caminhos para enxergar a emancipação do direito de uma outra maneira, desprendida dos moldes ocidentais e que rompa com as correntes coloniais. Isso porque a emancipação ainda está alinhada aos pressupostos das ocidentais, e quando esses pressupostos são enxergados além da modernidade Ocidental surgem alguns outros problemas, basicamente baseado na dificuldade de as culturas não-europeias visualizarem o direito como um campo social dissociado do Estado e homogêneo. (SANTOS, 2003, p. 9)

Para fazer essa reflexão, Boaventura de Sousa Santos propõe ressignificar o que é direito e seu papel na sociedade. Segundo ele, o direito pode ser emancipatório, mas com relativizações. O autor pensa à emancipação pelo direito a partir das mobilizações dos grupos subalternizados, e assim dá ao direito e a emancipação uma nova concepção, fazendo essa construção de pensamento pelo contexto histórico que foi estabelecida a emancipação social (2003).

A emancipação social tem origem na ascensão do liberalismo mundial com a revolução francesa no ano de 1848, quando algumas classes sociais que eram consideradas perigosas ao regime político e vencidas na revolução lutavam por um ideal de democracia, a partir daí emancipação social e regulação social que eram diferentes passaram a ser enxergadas como se fossem uma coisa só. (SANTOS, 2003, p. 5).

Então, surgiram duas classificações possíveis de emancipação social. A primeira realizada legalmente por meio de parlamentares constituídos, exprimiu sua forma em Estado de Direito e buscou conceder práticas liberais que incluíssem as classes sociais de maneira que não ameaçasse a consolidação da democracia e do capitalismo na Europa Ocidental, mas que aboliu diversos direitos. (SANTOS, 2003, p. 5)

A segunda classificação foi inspirada na revolução russa, surgindo na periferia e confrontava o Estado Liberal e o colonialismo estatal que estava embutido na nova

reformulação institucional estatal, mas não teve a mesma força da primeira. (SANTOS, 2003, p. 5)

Já no século XX, o primeiro modelo político inaugurado pela revolução de 1848 não conseguiu se sustentar. Nos países periféricos ou semiperiféricos, como o Brasil, a crise buscou saída na formação do Estado Desenvolvimentista e, então, o velho conservadorismo foi retomado sob forma de neoliberalismo. (SANTOS, 2003, p. 6)

No Brasil, o Estado Desenvolvimentista se potencializou na ditadura militar e o modelo de crescimento econômico adotado foi estruturado na modernização conservadora da agricultura e das relações sociais no campo. Um período marcado pela opressão de grupos sociais que possuíam um vínculo com a terra, inclusive os povos indígenas, e pela expansão agrícola.

Os latifundiários, empresas ou fazendeiros, eram os protagonistas desse modelo de crescimento. A atuação deles, alinhada à atuação do Estado, possibilitou uma articulação de manobras políticas que freou os avanços dos direitos sociais em vários momentos, mas principalmente na constituinte, quando se consolida a hegemonia latifundiária conservadora. Na Constituição Federal há o espectro dos interesses desse grupo conservador que ainda refletem nas causas que envolvem os interesses indígenas.

Compreender o contexto histórico é fundamental, porque reflete nos problemas sociais atuais, além de ser necessário que se discuta a emancipação humana por meio do direito de forma que rompa com os ideais dos países centrados na Europa Ocidental. Por consequência, conduz também a pensar o exercício da função contramajoritária apartado desses pressupostos ocidentais consolidados pela globalização jurídica hegemônica.

Ainda, ressignificar o direito e a emancipação humana a partir das mobilizações sociais, como proposto por Boaventura, dá continuidade à discussão já iniciada sobre a participação dos povos indígenas na abertura do processo hermenêutico da Constituição Federal, defendido por Haberle. Sobretudo porque a globalização jurídica neoliberal reafirma o Estado de Direito e cria um sistema judicial inspirado na tradição ocidental, atribuindo-lhe as características de honestidade, independência, previsibilidade e eficiência. (SANTOS, 2003, p. 11)

A função do Judiciário nesse modelo é regular a sociedade civil de acordo com o mercado capitalista, ou seja, um direito reduzido ao direito de propriedade e obrigações contratuais (SANTOS, 2003, p. 11). Tendo em vista esta globalização jurídica neoliberal, toda a reflexão sobre emancipação ficou bloqueada e, portanto, necessita que atualmente o objetivo da luta pelo direito seja contra-hegemônica para formar uma nova globalização jurídica.

Boaventura define globalização jurídica contra-hegemônica, como sendo aquela que desocidentaliza a concepção de direito e o adequa aos movimentos dos grupos subalternizados (SANTOS, 2003, p. 12). Por outras palavras, repensa o direito pelas reivindicações de todos os grupos sociais excluídos pelo atual sistema, principalmente por aqueles que pertencem a sociedade civil incivil.

Para Boaventura, existe uma estratificação da sociedade moderna que é composta por três sociedades, sendo elas: a civil, a civil estranha e a civil incivil. A sociedade civil é caracterizada pela hiper inclusão social, os integrantes dessa sociedade vivenciam plenamente os direitos políticos-civis, socioeconômicos e culturais. Já a sociedade civil estranha possui vivência híbrida, isto é, não são altamente incluídos, mas também não vivem diretamente a exclusão, bem como não experimentam a mesma plenitude de direitos da sociedade civil. Por sua vez, a sociedade civil incivil são hiper excluídos, sua vivência se limita à invisibilidade social e são vítimas do fascismo social. Cada estratificação está a uma distância do Estado, pois ele seria o núcleo e as camadas estariam ao seu redor, respectivamente (2003, p. 25).

Assim, os povos indígenas compõem a sociedade civil incivil. Trata-se de um grupo subalternizado que participa da hiper exclusão, o resultado é a supressão de direitos e a invisibilidade social. Da mesma forma, Ailton Krenak¹⁰ menciona que os

¹⁰ Ailton Krenak é filho do povo Krén, sua autodenominação, localizados inicialmente na margem esquerda do rio Doce, em Minas Gerais, hoje são encontrados também no Mato Grosso e São Paulo. Falam a língua Borun, pertencente ao grupo linguístico Macro-Jê, mas apenas as mulheres mais antigas sabem se comunicar na língua nativa, pois os mais jovens se comunicam pelo português, mas nos últimos anos elas vêm empregando esforços para que as crianças falem o Borun para a perpetuação da linguagem. Em um débil resumo da grandeza de suas crenças, a religião desse povo na época do contato com o homem branco em 1910 era centrada na figura dos Marét, responsáveis pelos fenômenos da natureza, e os Nanitiong, responsáveis pela reprodução das mulheres humanas e por dar avisos de morte, mas havia ainda os espíritos da natureza e as almas que moravam nos corpos dos indígenas a partir de quatro anos de idade. Esse povo foi alvo de massacres ordenados pelo governo colonial, e atualmente vivem em uma área reduzida quando comparada a originária e que foi reivindicada

indígenas foram colocados em uma classe que ele chama de sub-humanidade, que é uma camada social vista como mais bruta e rústica, devido à ligação umbilical com a terra (2020, p. 22).

No entanto, a transição paradigmática que tenta amenizar a exclusão de alguns grupos por meio da mobilização assume riscos, dentre eles está a emergência do fascismo social. Para os povos indígenas o perigo está no fascismo territorial, que é umas das ramificações do fascismo social, consistente:

Sempre que actores (sic) sociais dotados de quantias de capital extremamente avultadas disputam o controlo do Estado sobre os territórios em que actuam (sic) ou neutralizam esse controlo cooptando ou coagindo as instituições estatais e exercendo regulação social sobre os habitantes desse território, sem a sua participação e contra os seus interesses. Trata-se de novos territórios coloniais, situados dentro do Estados que são, muitas vezes, Estados pós-coloniais. Alguns desses territórios são reivindicações do velho fenómeno do coronelismo e do caciquismo, enquanto outros são novos enclaves territoriais fechados a uma intervenção estatal autónoma e governados por pactos firmados entre actores sociais armados. (SANTOS, 2003, p. 22)

Embora exista risco, já que se trata de movimentos sociais diferentes que possuem interesses diferentes e podem ser passíveis de manipulação, os povos indígenas já sofrem com o fascismo territorial atualmente e sempre sofreram. Em todas as transições de modelo político que já ocorreram na história do Brasil, nenhuma foi capaz de mudar essa realidade.

É por essa razão que sempre lutaram e resistiram¹¹, as mobilizações indígenas, politicamente complexas ou a simples relutância de não saírem de suas terras mesmo sendo violentados, são lutas contra-hegemônica, porque confrontam o ideal de interesse geral, ou seja, de toda a sociedade civil que legitima a hiper exclusão desse grupo. O interesse geral demanda a inclusão social, mas nega a transformação social, a consequência é a supressão massiva de direitos e a afetação do mínimo existencial.

com muita luta. As informações foram retiradas do portal eletrônico do programa Povos Indígenas no Brasil, parte do portal do Instituto Sociambiental (ISA), disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Krenak>.

¹¹ É tanta resistência que Ailton Krenak respondeu quando foi questionado sobre como os indígenas iriam fazer em relação a iminência transição de governo em 2018: “tem quinhentos anos que os índios estão resistindo, eu estou preocupado é com os brancos, como que vão fazer para escapar dessa” (KRENAK, 2020, p.31).

A luta contra-hegemônica é viabilizada pela pluralidade de movimentos de grupos sociais subalternizados diferentes, chamada por Boaventura de cosmopolitismo dos subalternos (2003, p. 28). O cosmopolitismo subalterno é tratado por Boaventura como um caminho para repensar a emancipação social pelo direito, pois dá ao direito um novo sentido e o desassocia dos pressupostos ocidentais, já que os movimentos são contra-hegemônicos e conduzem ao pluralismo jurídico.

1.3.1 (Re)pensar a função contramajoritária pela democracia

O primeiro passo para superar as velhas concepções é repensar a junção estabelecida entre regulação social, entendida como sendo o direito, e a emancipação social, entendida como revolução (SANTOS, 2003, p. 8). No entanto, ressurgir com a tensão entre ambas é uma tarefa difícil, já que é preciso reformular a concepção de direito que está cada vez mais difundida e o papel do Judiciário na sua operação, ao tempo em que a solidificação da cultura jurídica hegemônica impõe obstáculo a uma revolução.

Para Habermas, a modernidade tornou as relações sociais complexas e devido a esse fator passa-se a imaginar a sociedade centrada na figura do Estado composto puramente por indivíduos e que não pode mais existir sem causar confusões (HABERMAS, 1929, p. 17-18).

Perante tal complexidade, o agir comunicativo foi pensado para substituir a razão prática, sendo esta última a possibilidade de representação do indivíduo que o orienta como deve agir e reduz o direito natural a uma única ordem política e social. Ao contrário, o agir comunicativo proporciona ao indivíduo uma atuação ativa por meio da sua linguagem que vai ser utilizada como um instrumento para a discussão entre dois seres ou mais (HABERMAS, 1929).

Dessa forma, não vai ser estipulado a um determinado indivíduo o modo como deve atuar, a comunicação é o elemento medular da reconstrução da sociedade. A reconstrução é realizada quando a democracia é exercitada a partir da comunicação que irá compor e formar o Estado a decisão, esta definida por Habermas como

aprovação de uma lei do Poder Legislativo e até mesmo uma decisão judicial propriamente dita.

Ela toma como ponto de partida a força social integradora de processos de entendimento não violentos, racionalmente motivadores, capazes de salvaguardar distâncias e diferenças reconhecidas, na base de manutenção de uma comunhão de convicções. (HABERMAS, 1929, p. 22)

A separação entre regulação social e emancipação social pode ser instrumentalizada pelo exercício da comunicação. A comunicação, por sua vez, será a ferramenta para revolução dos grupos subalternizados na luta contra-hegemônica, pois se contrapõe à subordinação do indivíduo ou grupo social a uma orientação determinada pelo ouvinte, que aqui pode ser considerado o operador do direito.

É certo que Boaventura e Habermas possuem concepções diferentes sobre participação como forma de repensar o direito e emancipação humana. Boaventura aborda as mobilizações sociais como um ato revolucionário anticolonial e contra-hegemônica, sejam elas legais ou não, enquanto Habermas trata a comunicação dentro de um espaço público onde vai se proporcionar uma discussão politizada entre um interlocutor e um ouvinte. De qualquer forma, ambos possuem um ponto em comum: a necessidade de uma democracia participativa.

Habermas defende o modelo de democracia deliberativa, a qual consiste na participação das pessoas de uma comunidade política na tomada de decisão quanto aos princípios que devem orientá-las. Então, dá atenção à dimensão cidadã da pessoa, e essa cidadania compreende uma dimensão ativa que proporciona uma identidade política e uma ação comunicativa na esfera pública. (Habermas, 1929)

Boaventura pensa a democracia participativa, que não pode ficar restrita a democracia representativa, pois este último modelo fica concentrado no domínio estatal. O objetivo da democracia participativa é reduzir o monopólio do Estado e lutar pela democratização das tarefas de coordenação que o Estado possui, isto é, a participação dos grupos sociais gera a execução de ações estatais e não estatais (empresas privadas, ONGs, movimentos sociais, dentre outros), mas os interesses dessas ações serão coordenados pelo Estado. (2003, p. 65)

Somente com agir híbrido desses dois modelos de democracia, participativa e representativa, é que a esfera pública será reconstituída (SANTOS, 2003, p. 66),

sendo esta última o espaço onde os problemas que afetam o conjunto da sociedade são absorvidos, discutidos e tematizados.

Sob uma outra visão, a interculturalidade concebida pelo pensamento decolonial também é uma ferramenta para descolonizar, pois como é compreendida pelo movimento indígena, introduz o jogo da diferença colonial (WASH, 2007, p. 56), já que

O Estado quer ser inclusivo, reformador, para manter a ideologia neoliberal e a primazia do mercado. Mas, em todo caso, é importante reconhecer as reformas que podem ser realizadas através das políticas de Estado. Do mesmo modo, é importante reconhecer que o projeto intercultural no discurso dos movimentos indígenas está dizendo outra coisa, está propondo uma transformação. Não está pedindo o reconhecimento e a inclusão em um Estado que reproduz a ideologia neoliberal e o colonialismo interno; está reclamando a necessidade de que o Estado reconheça a diferença colonial (ética, política e epistêmica). Está pedindo que se reconheça a participação dos indígenas no Estado, a intervenção paritária e capaz de reconhecer a diferença atual de poder; isto é, a diferença colonial e a colonialidade do poder -ainda existente- dos indígenas na transformação do Estado e, por certo, da educação, da economia, da lei. (Walsh, 2002a, p. 26)

A interculturalidade tem o objetivo de tornar evidente a diferença colonial que ainda existe. Proporciona um pensamento político que transcende a esfera da luta por reconhecimento e inclusão dentro da nossa política cultural, traz uma lógica de incorporação diferente do que os indivíduos pertencentes ao sistema mundo moderno conseguem imaginar, pois busca construir uma alternativa de organização política, social e educacional, no qual a diferença seja constitutiva e não aditiva. (WALSH, 2007, p. 52-57)

A interculturalidade foi pensada por Walsh porque a colonialidade do poder não é vivida e sentida da mesma maneira por todos os grupos subalternizados, e a interculturalidade não se restringe a uma única ordem cultural, ela abraça as complexas implicações da diferença e das histórias locais. (2007, p. 53)

A interculturalidade propõe uma transformação a partir da participação, que também pode ser entendida a partir da mobilização, no Estado, para que seja legitimado o direito à diferença. Para os povos indígenas, o Estado inclusivo é a uma reformulação do neoliberalismo e do colonialismo interno em uma nova institucional, o que Quijano denomina como colonialidade do poder. (Walsh, 2002a, p. 25-26)

Todos conduzem ao mesmo pensamento da necessidade da participação ativa de todos como forma de romper com a cultura jurídica hegemônica que se disseminou e estabeleceu a ordem social. Nesse cenário, os povos indígenas não seriam subordinados ao direito e aos seus operadores, mas, sim, ao contrário, é uma via de condicionar o direito ao movimento que transparece as necessidades e reivindicações deles, a interpretação dos operadores também se vincula a essas manifestações, já que a interpretação foi expandida para outras forças pluralistas.

Em uma ação constitucional no qual o STF vai deliberar sobre a validade de uma norma baseando-se em algum direito constitucional indígena é considerado uma zona de contato, sendo definidas como

[...] zonas em que ideais, saberes, formas de poder, universos simbólicos e agências normativas e rivais se encontram em condições desiguais e mutuamente se repelem, rejeitam, assimilam, imitam e subvertem, de modo a dar origem a constelações políticos-jurídicas de natureza híbrida em que é possível detectar o rastro da desigualdade de trocas. (SANTOS, 2003, p. 44)

Ou seja, é uma área de conflito entre culturas, onde de um lado está as culturas indígenas e do outro está a cultura dominante, que também pode ser vista como a dicotomia entre tradição e modernidade, dicotomia esta criada pela modernidade ocidental (SANTOS, 2003, p. 47). A pluralidade jurídica faz parte da zona de contato justamente por formar uma decisão que foi baseada na manifestação de linguagens diferentes.

Em outras palavras, o cidadão age porque suas próprias necessidades e interesses são dependentes do seu agir para serem atendidas e faz isso de acordo com a sua linguagem natural, mas não porque do outro lado existia uma força que o obrigou a agir e estipulou como essa ação deva ser feita. As mobilizações podem ser feitas de qualquer forma, podem ser expressas da maneira que acharem mais adequadas, mas uma vez que foi expressa, ela deve obrigatoriamente ser escutada e levada em consideração por quem a ela foi direcionada.

O que se pretende demonstrar com essa discussão é que o caminho está na atuação ativa dos povos indígenas na sua própria causa, enquanto seres capazes civilmente e politizados. Não deve o Judiciário condicionar os povos indígenas à sua interpretação do direito. Os povos indígenas é que devem condicionar o Judiciário

para que interprete seus direitos de forma que atenda interesses pelos quais foram elaborados os verdadeiros destinatários da norma de proteção.

Para Habermas, o caminho de transformação está no agir comunicativo, para Boaventura está no cosmopolitismo subalterno pela mobilização dos grupos sociais excluídos, para Walsh está na interculturalidade consistida na participação dos povos indígenas no Estado. Evidente que cada autor exprimiu esses pensamentos baseados em suas próprias concepções e realidades e, embora tenham lugares de chegada diferentes com seus pensamentos, possuem o mesmo ponto de partida: a participação de um indivíduo ou grupo social em reivindicar aquilo que acredita, seja pela comunicação, mobilização ou participação, que aqui serão tratadas como exercício da democracia participativa.

Desse modo, o processo hermenêutico da constituição será aberto para todas as forças pluralistas, a Constituição Federal e o próprio Estado Democrático de Direito serão legitimados. A democracia vai além do que o liberalismo a transformou, o combate democrático está em prol de uma democracia participativa, que combata todas as formas de fascismo, atuando em um campo político que é democrático, pelo menos formalmente. A comunicação e a informação assumem uma tarefa importante nesse combate que é mostrar que não está sozinho (SANTOS, 2003)

A democracia liberal pensada pelas sociedades capitalistas dos países centrais limita a atuação popular dentro do sistema para não sobrecarregar a própria democracia. Em outras palavras, essa concepção democrática mantém o controle sobre a tensão que há entre democracia e capitalismo, ela faz isso quando prioriza a acumulação do capital em relação à redistribuição social, e quando limita a atuação dos cidadãos, indivíduos ou organizados coletivamente, para reivindicar demandas sociais que implicam em riscos para a acumulação do capital. (SOUZA SANTOS, 2002, p. 59)

Pode haver uma problemática no processo de comunicação dos movimentos indígenas que conduzirão suas participações no Estado, pois a linguagem utilizada pelo interlocutor, ou indivíduo falante, deve ser compreensível a todos os ouvintes, e ouvintes nesse caso são os homens brancos pertencentes ao sistema-mundo moderno.

A problemática é resultado do processo de construção histórico-social da identidade indígena, por ser uma imagem estigmatizada. O processo de produção social para formação da ideologia pode ser dividido em três fases, primeiro se cria um conceito, depois fixa esse conceito nas relações sociais até se tornar um senso comum e, em terceiro, esse conceito está apto a se perpetuar no tempo. (GONZAGA, 2021, p. 3)

Foi o que aconteceu com os povos indígenas: criou-se um conceito do que é ser indígena, e essa definição normalmente está voltada para características desumanizadoras, como seres selvagens e primitivos, preguiçosos. Toda essa construção ideológica pode dificultar que o ouvinte entenda a mensagem que o indígena quer passar.

Entretanto, a promoção da participação infiltra nessa construção ideológica, desconstrói definições, e busca deixar clara a diferença colonial que ainda existe nas camadas sociais a partir da participação do destinatário da norma que será o protagonista da sua própria causa. No caso do contramajoritarismo, a participação ocorrerá por meio da abertura do processo de interpretação da constituição.

O Brasil é um país democrático, e ser um Estado Democrático de Direito implica que toda escolha a ser feita está sujeita a risco e a uma sociedade reflexiva (ROCHA, 2011, p. 56). Assim, (re)pensar novas formas de lutas democráticas submete a deliberações democráticas. A democratização do acesso à justiça é necessária para a concretização do pluralismo jurídico, dar voz àqueles que não são representados, mas que são os destinatários da norma.

Portanto, a bússola da função contramajoritária é a democracia, compreendida aqui além da representação da população por meio do Poder Legislativo e do Poder Executivo, mas, sim, definida em um sistema onde todos os cidadãos participam da tomada de decisões, pois todos os poderes e forças públicas devem atuar no sentido de manutenção do Estado Democrático de Direito. Por seu exercício ser inevitável, considerada a permissão constitucional que legitima sua existência, ela precisa ser exercida de modo que não vá contra os pressupostos democráticos, que não atenda aos ideais opressores majoritários. A partir da ressignificação do direito pelas

mobilizações, a função contramajoritária tem potencial para construção de uma jurisprudência plural.

1.3.2 A visão de indígenas sobre o papel dos movimentos de seus povos

Nosso ancestral dizia: Temos vida longa!
 Mas caio da vida e da morte
 E range o armamento contra nós.
 Mas enquanto eu tiver o coração aceso
 Não morre a indígena em mim
 E nem tampouco o compromisso que assumi
 Perante os mortos
 De caminhar com minha gente passo a passo
 E firme, em direção ao sol
 Sou uma agulha que ferve no meio
 do palheiro
 Carrego o peso da família espoliada
 Desacreditada, humilhada
 Sem forma, sem brilho, sem fama
 [...]
 Aí queremos viver para lutar
 E encontro força em ti, amada identidade
 Encontro sangue novo para suportar esse fardo
 (POTIGUARA¹², 2018, p. 115)

Alguns autores indígenas já se expressaram sobre a necessidade da politização e autonomia dos seus povos. Os movimentos indígenas ganharam força na década de 70 e se intensificaram até a década de 90, tiveram um papel importante para repensar o direito, enquanto campo social, e suas tradições. (MUNDURUKU, 2012)

Na transição paradigmática de ditadura para democracia, marcada pela elaboração da Constituição Federal, os líderes indígenas romperam com o direito

¹² A escritora Eliane Potiguara é descendente do povo Potiguara, como se autodenominam, distribuídos em 32 aldeias (em 2004), e integram a três terras indígenas contíguas, localizadas na Baía da Traição, Marcação e Rio Tinto, na Paraíba. Esta localização tem relações com processos históricos de aldeamentos missionários nos séculos XVIII e XIX. Esse povo faz parte da língua Tupi-Guarani, mas hoje se comunicam exclusivamente pelo português. Por estarem localizados próximos a fontes de água, esse povo utiliza bem a área para atividades agrícolas, baseada na lavoura, na pesca, na coleta de crustáceos e moluscos, na criação de animais em pequena escala e no extrativismo vegetal. É esse sistema produtivo que estruturam a economia doméstica local, devido aos conhecimentos tradicionais sabem explorar tanto os terrenos elevados pedregosos e com vegetação rasteira, como os terrenos de várzeas e campinas, sabem exatamente o que plantar e em qual época plantar em cada um. Festejam santos em festas religiosas para pedir proteção, em especial de suas plantações, por vários dias durante o calendário agrícola em ritos de fertilidade e fartura, momento em que se dança o coco-de-roda. As informações foram retiradas do portal eletrônico do programa Povos Indígenas no Brasil, parte do portal do Instituto Sociambiental (ISA), disponível em: https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Potiguara#Contato_direto.

hegemônico que reafirmava o projeto integracionista, e alcançaram o direito à diferença e evolução de políticas indigenistas. Entretanto, a luta não parou com o reestabelecimento da democracia.

Para o autor indígena Daniel Munduruku¹³, o movimento indígena na redemocratização tem caráter educativo na compreensão da realidade que eles abordavam naquele momento. O resultado da luta não alterou a visão dos povos indígenas, mas obrigou a enxergar a diversidade cultural que até então era ignorada. (MUNDURUKU, 2012)

Assim, mesmo com a instituição do Estado democrático e estabelecimento de direitos indígenas que até então não existiam nas outras Constituições, ainda há algumas tentativas de manipulação desses direitos. Essas condutas são espelhadas, por exemplo, na determinação de um marco temporal para demarcação de terras indígenas, mesmo que a norma constitucional reconheça aquelas tradicionalmente ocupadas por eles. Outro exemplo está na elaboração do projeto de lei nº 191/2020¹⁴, o qual viabiliza mineração em terras indígenas, mas que retoma uma visão integracionista.

Esses exemplos são algumas situações que as mobilizações indígenas são importantes para que as novas formas de dominação sejam barradas pelo STF, pois suas manifestações abrem o processo de interpretação da constituição, dão uma nova perspectiva para o direito e evitam violações ao texto da constituição.

¹³ Daniel Munduruku é escritor indígena da etnia Munduruku, autodenominados Wuy jugu, e estão localizados nos estados do Amazonas, Pará e Mato Grosso, habituados às regiões de florestas, nas margens de rios navegáveis, ricos em diversidade sociolinguística. Após contato com homem branco vários elementos culturais desse povo sofreram mudanças, mas a religiosidade tradicional ainda se mantém presente entre os Mundurukus para reger as relações sociais e de trabalho, a relação de seu povo com a natureza. Tinham alguns rituais para as atividades de provisão de alimentos, como o ritual “mãe do mato” que buscava proteção e permissão para as atividades de caça. Algumas das práticas culturais ainda são mantidas hoje, dentro de sua mitologia os homens de algumas aldeias ainda tocam a flauta parasuy, sua cultura é rica em canções tradicionais, poesias incomuns, nesse universo cosmológico tem conhecimentos sobre astros, constelações e via láctea (kabikodepu). Possuem um sistema produtivo agrícola organizado socialmente e em conhecimentos tradicionais tão antigos que não se pode estabelecer suas raízes. Além da pesca e caça, plantam de acordo com a época do ano e os principais alimentos são diferentes tipos de mandioca, bananas, batatas, cana e cará. As informações foram retiradas do portal eletrônico do programa Povos Indígenas no Brasil, parte do portal do Instituto Sociambiental (ISA), disponível em: https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Munduruku#Nome_e_.I.C3.ADngua.

¹⁴ O projeto de lei nº 121/2020 é uma proposta apresentada pelo ex-presidente, Jair Messias Bolsonaro, para se tornar uma lei regulamentadora da atividade minerária em territórios indígenas. O projeto está revestido de várias problemáticas, principalmente porque reflete uma visão integracionista sobre os povos originários, mas sem respeitar suas organizações sociais, suas autonomias, e seu poder decisório sobre o espaço que habitam.

Na opinião do autor indígena Yaguarê Yamã, o fortalecimento de um Movimento Indígena Brasileiro partidário é essencial em época de política anti-indigenista, para proteger as práticas culturais, sociais, econômicas e territoriais. Ele fundamenta a essencialidade na oportunidade de os indígenas fazerem a diferença com sua voz no espaço público. (YAMÃ, 2019)

Ainda menciona que esse pensamento não significa que os indígenas devam se tornar políticos, mas é no sentido de que os indígenas das aldeias precisam ser representados na mesma proporção que eles se sintam representados, e a ausência desse movimento é o maior bloqueio para auto representatividade (YAMÃ, 2019).

Enquanto esse movimento não for fortalecido, os povos indígenas vão continuar sendo personagens de um jogo que interessa aos outros, ao tempo que os interesses indígenas ficam subjugados (YAMÃ, 2019). Nos demais países latino-americanos, os movimentos indígenas são exemplos de organizações na luta ativa pelos seus direitos, No Equador, os povos indígenas se organizaram na sigla *Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica* (COICA), onde um dos objetivos é promover a reavaliação e reivindicação cultural de seus membros¹⁵.

Assim como Daniel Munduruku afirma que a pressão indígena obrigou o Brasil a reconhecer a diversidade cultural, Yaguarê Yamã reconhece a necessidade da participação dos povos originários na luta contra o retrocesso. Esse retrocesso acontece de forma legalizada, por meio de atos normativos que tentam minimizar tudo o que já fora conquistado.

Por consequência, cabe ao tribunal constitucional proteger o que já fora conquistado por eles, essas conquistas estão escritas na legislação brasileira e podem ser protegidas por meio do controle de constitucionalidades desses atos normativos, isto é, pelo exercício da função contramajoritária. Da mesma forma como os movimentos indígenas forçaram o reconhecimento desses direitos anos atrás, há necessidade da vinculação da participação ativa desses povos no presente.

¹⁵ Disponível em: <https://coicamazonia.org/somos/>

Feitas essas ponderações, no capítulo seguinte o trabalho se ocupará de aprofundar nos elementos culturais imateriais dos povos indígenas e valorá-los na atual dogmática jurídica moderna, enquanto cultura que compõe o patrimônio cultural brasileiro e é protegida pela legislação pátria.

2. PATRIMÔNIO CULTURAL DOS POVOS INDÍGENAS E SUAS TERRITORIALIDADES

2.1 Desafios e perspectivas para valoração do meio ambiente cultural indígena dentro do sistema democrático atual

O que se odeia no índio
 não é apenas o ocupado espaço.
 O que se odeia no índio
 é o puro animal que nele habita,
 é a sua cor em bronze arquitetada.
 A precisão com que a flecha voa
 e abate a caça; o gesto largo
 com que abraça o rio; o gosto de
 afagar as penas e tecer o cocar;
 O que se odeia no índio
 é o andar sem ruído; a presteza
 segura de cada movimento; a eugenia
 nítida do corpo erguido
 contra a luz do sol [...]

No capítulo anterior foram estabelecidos os primeiros passos sobre a definição e algumas noções sobre a função contramajoritária do poder judiciário brasileiro. Nesse primeiro momento, buscou-se delimitar a atuação jurisdicional da suprema corte de modo que o exercício do contramajoritarismo não revele uma nova forma de dominação institucional.

Iniciada essa compreensão introdutória sobre a temática, o segundo passo é compreender o lugar das culturas indígenas dentro da produção cultural do Brasil e como ela pode ser protegida pelo poder judiciário brasileiro. No decorrer do texto será utilizado o termo cultura com a flexão gramatical no plural, pois na etnia indígena há várias culturas a depender de cada povo. Isto decorre do fato de que cada povo possui sua própria ancestralidade, o que afeta diretamente na sua cultura, a tornando única sob a ótica de um panorama mais complexo.

A proteção jurídica das identidades culturais é cada vez mais urgente devido às várias influências externas que alteram traços de uma cultura, os valores culturais de um povo são representados por bens, que podem ser materiais ou imateriais (SOUZA FILHO, 1992, p. 153). A pesquisa se ocupa em analisar os bens imateriais, aqueles que são cultuados em um ambiente subjetivo de interrelações, ou seja, é algo que pode ser visto e sentido, mas não tocado.

Embora tenha essa riqueza da diversidade cultural que contribui para a formação da identidade do povo brasileiro, os povos indígenas, a partir de uma estratificação racial iniciada em 1500, foram reduzidos a uma classe inferior, considerados como povos dominados, e seus traços fenotípicos e expressões culturais foram despojados “de seu lugar na história da produção cultural da humanidade” (QUIJANO, 2005, p. 127). Desde a chegada dos portugueses já foram definidos como povos selvagens, sem ordem e sem fé, alheios à noção de propriedade, território, família e casamento (SCHWARCZ, STARLING, 2018, p. 22).

Desde então, são objetificados e suas subjetividades, formada por um mosaico cultural, são reprimidas dia após dia. Isso porque, em um primeiro momento, Portugal expropriou essa população colonizada de suas territorialidades e, após a Europa ocidental se tornar o centro do moderno sistema-mundo, iniciou-se um processo de destruição de seu universo simbólico, tanto no âmbito espacial quanto no espiritual.

O Sistema mundo moderno, para Aníbal Quijano (2005), é um novo padrão de poder mundial e esse novo padrão resiste em uma forma de dominação em que a Europa não tem apenas o controle sobre o mercado mundial, mas também o controle de articular diferentes culturas de regiões e populações diferentes para satisfazer o capitalismo mundial. Nesse sistema, as experiências e culturas são reduzidas a uma única ordem global e que orbitam em torno dos interesses da Europa ou do Ocidente (QUIJANO, 2005, p. 121).

É uma concepção de que o mundo é fundado em um sistema capitalista, dividido em centro e periferia. A Europa consolidou uma ideia de que o continente já era um centro de poder preexistente ao período do iluminismo, e com esse discurso, toda a produção de conhecimento foi concentrada nos países europeus, surgindo as dicotomias entre o moderno e primitivo, principalmente porque essa produção era produzida dentro da modernidade e racionalidade. (QUIJANO, 2005, p. 95)

É necessário compreender o contexto histórico do processo de construção de uma identidade racial negativa dentro desse sistema ao longo dos anos para rompê-la, pois esse é um dos maiores desafios para compreensão das culturas indígenas. A formação ideológica transita por três fases: é criado um conceito, esse conceito é

disseminado nas relações sociais até torná-lo um senso comum e, por último, é perpetuado no tempo, gerações após gerações (GONZAGA, 2021, p. 20).

A definição de povos indígenas perpetuada até o momento, é a imagem de seres distantes da sociedade civilizada, “naturais da natureza”. Quando colocados nesse lugar distante do restante da população, dá a falsa sensação de que são seres diferentes da humanidade, não-pertencentes à sociedade. Daí, há dois problemas principais: surge uma estranheza sobre esses povos e sobre tudo o que lhes pertencem, bem como também surge uma expectativa de imagem indígena que, quando não é atendida, gera intolerância sobre eles.

Ambos os problemas caminham para desumanização, pois esse fenômeno está estruturado em dois alicerces: a categorização social e o essencialismo. A categorização social é quando indivíduos e objetos são agrupados em grupos que possuem como características os mesmos desejos, os mesmos pensamentos e formas de ser. O essencialismo é o desígnio que essas pessoas agrupadas têm de se comportar e viver a partir de algum elemento intrínseco que as transformam no que são (GONZAGA, 2005, p. 24). Assim, a desumanização é um procedimento excludente de compreender o próximo, colocando-o como minoria em grupos em uma situação de vulnerabilidade à várias maneiras de violência, devido a condição desigual de poder que esses grupos têm perante àqueles que os categorizaram. (GONZAGA, 2005, p. 25).

No Brasil, a estranheza perpassa desde a chegada dos europeus em terras indígenas brasileiras, com pessoas que, quando não se submeteram à dominação da cultura portuguesa de início, foram definidas como figuras selvagens ou “não-humanos” no sentido metafórico. A imagem do indígena foi se alterando ao longo da história, e no início do século XIX surgiu a primeira geração do romantismo literário brasileiro, com os povos indígenas retratados em obras literárias como povos pacíficos que viviam em harmonia com a natureza. Desde então, os indígenas são colocados nesse lugar distante, e ainda são retratados nos centros educacionais como seres folclóricos de rostos pintados e com cocares de penas coloridas; essa imagem é reforçada principalmente no ensino infantil quando se comemora o “Dia do Índio”, em 19 de abril de 2023.

Entretanto, a perpetuação dessa imagem mitificada é problemática por consequência da estranheza. Devido ao fato de serem reduzidos em uma única figura, a diversidade da etnia não é explorada e nem alvo de interesse para fins de conhecimento, além remeter a uma imagem de um indígena pacífico, que um dia já existiu, mas que não existe mais. A ausência de conhecimento não permite mostrar como são povos ricos em diversos aspectos e importantes na cultura brasileira.

Sendo assim, buscar conceituar quem é indígena e quem não é com base em uma identidade estática e relacionada ao tempo pretérito, que não considera a autonomia dos povos indígenas para se delinearem e se redefinirem na evolução da história, significa reeditar uma visão discriminatória e excludente. Em muitas ocasiões, esse enfoque acaba por obstar a esses indivíduos e aos seus coletivos o alcance a direitos fundamentais, como o de ir e vir, ou o de se expressar livremente. (GONZAGA, 2021, p. 20)

Assim como no início, quando essa expectativa do ser indígena é quebrada com a imagem de um indígena moderno semelhante ao homem civil moderno, é costumeiro que esse indígena sofra intolerância étnica e cultural. Não é aceito nas relações intersociais que os povos indígenas integrem às suas identidades, modos de viver da sociedade moderna, pois um legítimo indígena deve morar no meio da floresta e viver em harmonia com os elementos naturais.

Se a sua imagem e existência é negada, é natural que seus direitos também sejam. De igual modo, a intolerância cultural é cometida quando esses indígenas ainda exercem as práticas culturais de seus povos e se destoam da cultura ocidental, pois não é aceito que vivam nos ambientes urbanos mantendo as suas ancestralidades, tendo em vista que isso seria uma forma de negar a sua etnia.

Em outras palavras, é um ciclo político-social ardiloso. Há uma expectativa do que é ser indígena no Brasil, e qualquer imagem que destoe dessa expectativa, gera também uma repercussão negativa. Se não atende à tradição folclórica, sofre intolerância pela sua real imagem. Se é aceito, deve se adequar à cultura dominante, pois perdeu sua essência de indígena, recaindo novamente no essencialismo. Essa adequação à cultura dominante é o último passo para a negação de direitos desses povos, pois é comum que ela seja forçosa, justamente para integrá-los e depois negá-los como indígenas.

No poema de Márcia Kambeba¹⁶ é retratado essa situação de negação do indígena que incorporou à sua vivência alguns modos de viver da sociedade moderna, mas sem deixar de pertencer à etnia indígena:

[...] Hoje, no mundo em que vivo,
 Minha selva, em pedra se tornou,
 Não tenho a calma de outrora,
 Minha rotina também já mudou.
 Em convívio com a sociedade,
 Minha cara de “índia” não se transformou,
 Posso ser quem tu és,
 Sem perder a essência que sou,
 Mantenho meu ser indígena,
 Na minha Identidade,
 Falando da importância do meu povo,
 Mesmo vivendo na cidade. (KAMBEBA, 2018)

A intolerância pode ser materializada em forma de menosprezo, perseguição ou coação, contudo, independente da forma que seja, o poder judiciário tem o dever de punir e afastar essa intolerância. Esta produção ideológica é um dos desafios a serem superados, a desmistificação do ser indígena, fruto de uma construção histórica, pois a forma que um povo se identifica com a cultura não se funda em um contexto de afastamento (GONZAGA, 2021, p. 19).

Ao contrário, a cultura é algo variável e vai se alterando quando está inserida dentro de coletivos com identidades culturais de povos diferentes. Por essa razão, a identificação de um povo com a cultura deve ser enxergada sob o prisma de requisitos históricos e cenários em particular, quando essa cultura foi contraposta por identidades culturais diferentes e tomou uma nova forma, mas sem apagar seus elementos originários. (GONZAGA, 2021, p. 19)

Cultura, por sua vez, pode também ser definido como um

conjunto orgânico de comportamentos predeterminados por atitudes diante dos instrumentos de civilização, cujo conteúdo teleológico é constituído pelos valores e símbolos do grupo, isto é, estilos de vida que se manifestam em

¹⁶ O povo Kambeba está localizado na Amazônia, concentrado em cinco aldeias: quatro estão próximas ao Rio Solimões e uma está no baixo Rio Negro. Também conhecidos como Omágua, são povos que sofreram inúmeras violências e, como forma de proteção, pararam de se identificar como indígenas a partir do século XVIII. Entretanto, após o crescimento dos movimentos indígenas na década 80, os indígenas dessa etnia retomaram a força necessária para se auto identificarem como indígenas Kambeba novamente. Atualmente, ocupam posições de lideranças com articulações políticas. No aspecto cultural, não utilizam a língua materna no cotidiano, mas ainda dominam o vocabulário do Tupi-Guarani, especialmente em reuniões formais com não-indígenas e nas escolas de aldeias, com líderes mais velhos.

Informações retiradas do portal eletrônico: <https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Kambeba>.

obras de cultura e que transformam o âmbito físico-animal em um mundo humano, um mundo cultural” (DUSSEL, 1997, p. 34).

Assim, a cultura não é algo estático. Nessa contraposição de estilos de vida diferentes, os povos indígenas adequaram a tradicionalidade para sobreviverem, mas ainda pautada na forma subjetiva e tradicional de compreender o mundo. Para superar esse desafio, Catherine Wash (2019) sugere pensar a interculturalidade a partir da práxis política. Nesse pensamento, busca-se a constituição de um espaço epistemológico que incorpore as diferentes formas de conhecimento, mas que não as torne híbridas. (WALSH, 2019, p. 17)

A produção ideológica dos povos indígenas possui estreita relação com a intolerância sobre a cultura desses povos. Ainda hoje, com a constituição dos Estados modernos, a história é utilizada como ferramenta de formação da consciência de um povo, ou seja, a disseminação de um conceito no senso comum. Em outras palavras, o governo e toda a sociedade próxima a ele, chamada por Boaventura de Souza Santos de sociedade civil, influencia o povo de acordo com suas visões da história, e esse processo se converte em mecanismo político que alcança a consciência cultural da massa. (DUSSEL, 1997, p. 12)

Na situação dos povos indígenas, a consciência cultural produzida pelo Estado ao longo dos anos, está refletida na dificuldade da sociedade civil e das forças políticas em entender o que é territorialidade indígena e a formação do multiculturalismo liberal.

Tal interpretação incide nos desacertos do multiculturalismo liberal, afinal traz consigo disfarçadamente a proposição de que a constituição diz respeito quase que inteiramente sobre uma ideia de “nós”, que são os brancos e suas compreensões hegemônicas, e que alguns capítulos procuraram excepcionalmente fornecer um olhar a “eles”, os indígenas e os quilombolas, cujos direitos, para ser fixados, devem estar subjugados aos direitos do grupo que assume posição superior no sistema hierárquico.” (GONZAGA, 2021, p. 41)

Sobre a demarcação de terras, estima-se que os indígenas ocupam apenas 22,02% das áreas reconhecidas como terras indígenas, e o restante que corresponde a uma parcela de 77,98% das terras, está reconhecido apenas na teoria (GONZAGA, 2021, p. 52). Em relação ao multiculturalismo liberal, a Constituição Federal de 1988 foi um marco importante nas conquistas durante o processo da constituinte, isso porque os povos indígenas eram tratados como povos transitórios na legislação promulgada antes da redemocratização do país, concedendo uma proteção estatal a

eles, mas somente até o momento que ainda mantivessem os hábitos e costumes dos seus povos, ou seja, não fossem incorporados aos hábitos brasileiros. (CUNHA; BARBOSA, 2018, p. 40)

Novamente, remete-se essa circunstância aos problemas da produção ideológica, estranheza e expectativa de imagem. O procedimento de desumanização desses povos é intensificado quando essa imagem é rompida, pois recai no essencialismo, compreendido como a obrigatoriedade de um grupo de pessoas a viver e ser pertencente a algo intrínseco a elas. Se esse elemento inerente que condiciona a sua existência não existe, é natural que tudo lhes seja negado desde então.

A Constituição Republicana foi importante para superar esse paradigma, pois concedeu proteção e reconhecimento aos povos indígenas; porém, os progressos constitucionais não foram tão consideráveis quanto se esperava, ficando ausente, por exemplo, a criação de uma justiça indígena para que o poder judiciário não rejeitasse os interesses de reconhecimento e autodeterminação. (GONZAGA, 2021, p. 48)

Pode-se dizer, inclusive, que no ponto que reconhece os povos indígenas como povos brasileiros e sujeitos de direitos permanentes, ocorre o fenômeno denominado etnogênese, entendido como “reconhecimento de povos que outrora se acreditava estarem extintos”. (GONZAGA, 2021, p. 81)

2.1.1 Contexto social e político da CRFB/88

[...] O que se odeia no índio é o sol.
 A árvore se odeia no índio.
 O rio se odeia no índio.
 O corpo a corpo com a vida
 se odeia no índio.
 O que se odeia no índio
 é a permanência da infância.
 E a liberdade aberta
 se odeia no índio.

- Reynaldo Jardim, “O que se odeia no índio

Pode-se dizer que, até a constituição de 1988, aconteceram duas principais políticas indigenistas: a exterminacionista e a integracionista (MUNDURUKU, 2012, p. 30). A primeira era uma tentativa de extermínio em massa dos povos indígenas,

enquanto a segunda era uma retirada de suas matrizes étnicas para inseri-los na sociedade nacional não indígena. (SOUZA FILHO, 1993, p. 31).

Na segunda fase, inaugurou-se uma política governamental sobre a proteção dos direitos indígenas, quando em 1910, foi criado o Serviço de Proteção ao Índio (SPI). Marcado pela visão assimilacionista, esse serviço buscava conceder proteção especial aos indígenas, considerando-os seres incapazes de viver de forma autônoma e, por essa razão, era preciso integrá-los. Após a criação do SPI, surgiu a Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI) - no auge da política integracionista, em 1967, a qual os povos indígenas eram tratados como tutelados, intensificando a política paternalista, ou seja, os anseios dos indígenas só poderiam ser representados pela fundação.

Abre-se um parêntese para o ano de surgimento da FUNAI, logo após o golpe militar de 1964. Com o golpe militar do governo de João Goulart, o Brasil concentrou-se em expandir a economia com a utilização do campo como elemento medular de crescimento. A partir daí, o governo militar intensificou a incorporação técnico-científica nas atividades produtivas rurais e consolidou o modelo de crescimento econômico brasileiro baseado nas agroindústrias. Isto significa que houve uma crescente expansão agrícola que culminou na expulsão de diversos povos de suas terras originárias, principalmente ao norte do país (PRADO JR, 1979, p. 15). Surgiu, então, o Estado desenvolvimentista¹⁷.

A atividade agrícola proposta pelos militares foi a agropecuária e assim se instalou o latifúndio moderno, muitas “tribos indígenas sofreriam, como sofreram, pesadas reduções demográficas no contato com o homem branco e suas enfermidades” (MARTINS, 1994, p. 99). Esse modelo de desenvolvimento adotado, tornou alvo as terras localizadas no norte brasileiro, pois possuía objetivos econômicos e geopolíticos para ocupar os espaços “vazios” e evitar a entrada de empresas estrangeiras na região, em uma tentativa de integração nacional, sendo que ali já habitava milhares indígenas que ficaram à mercê da proteção paternalista estatal.

¹⁷ Crescimento econômico se opõe ao desenvolvimento econômico, enquanto o primeiro é linear, o segundo abrange o processo mais dialético e histórico. Dentro desse modelo de crescimento ditatorial questiona-se se houve desenvolvimento. (PRADO JÚNIOR, 1979)

Esse plano ditatorial se chamava Plano de Integração Nacional (PIN), que além de avançar na região Amazônica, tinha o intuito de absorver mão de obra indígena na tentativa de integração nacional. Os indígenas, por serem considerados incapazes, dependiam da atuação da FUNAI, mas esta foi o agente governamental fundamental para concretizar os projetos econômicos dentro das terras indígenas. (MUNDURUKU, 2012, p. 40)

A princípio, a consolidação da concentração fundiária que caracterizava a economia agrarista, foi um obstáculo para o desenvolvimento do país e proteção das terras indígenas. Por essa razão, a questão agrária deveria propor a discussão dos interesses gerais da nação, como um caminho para almejar o desenvolvimento econômico e cultural do Brasil (PRADO JR., 1979, p. 15). A centralização de terras nas mãos de poucos formou teias insolúveis e ainda determina os paradigmas materiais e culturais da população brasileira atual, além da falta de democratização de acesso à terra, que sempre condenou seres humanos a uma condição indigna de existência, já que suas vivências dependem dela.

Esse período teve fim com a redemocratização do país e a instituição do Estado Democrático de Direito, em 1988. A nova constituição republicana abandonou, de certo modo, a visão integracionista e paternalista sobre os povos indígenas, e passou a tratar os direitos desses povos de modo transversal e inovador, quando comparado ao contexto pretérito. Os povos indígenas migraram de povos incapazes civilmente para povos capazes.

Contudo, deve-se analisar se o desenvolvimento do Brasil como Estado-nação moderno na América Latina, no processo de independência e redemocratização, que foi uma rearticulação da colonialidade do poder, mas em uma nova forma institucional, sobretudo sobre as noções de propriedade de terras e demarcação das terras indígenas.

Colonialidade do poder refere-se à articulação da hegemonia europeia de todos os produtos culturais, produção de conhecimentos, subjetividades, histórias e recursos naturais em uma única ordem cultural global, como um novo padrão de poder mundial, onde o objetivo é apenas alimentar as necessidades do capitalismo (QUIJANO, 2005). A nova forma institucional de colonialidade de poder, também fica

refletida no processo de redemocratização do país, e é preciso refletir sobre até que ponto a nova ordem constitucional foi inovadora e abraçou os interesses de grupos sociais subalternizados e considerados minoritários perante a cultura dominante.

A colonialidade pertence a modernidade, já que esta última possui uma vertente salvacionista que pressupõe uma lógica opressiva e violenta que a colonialidade exprime; essa lógica, por sua vez, desenrola-se em projetos decoloniais, os quais também integram a modernidade, de último modo. Em outras palavras, a modernidade possui três tentáculos, mas só é mostrado um: a retórica de salvação da humanidade no seu progresso. Contudo, há outras vertentes que estão veladas por trás desses pressupostos vitais, como se fosse algo diferente, a exemplo da colonialidade que se reflete em forma de pobreza. Em primeiro momento, a pobreza se contrasta com a modernidade, mas a primeira integra a segunda devido a lógica opressiva. (MIGNOLO, 2007, p. 27)

Portanto, a modernidade para Mignolo é uma categoria analítica da matriz colonial do poder. (MIGNOLO, 2007, p. 26). Na mesma direção de pensamento, Quijano (2007) traz a teoria da modernidade como um universo de relações intersubjetivas de dominação da hegemonia eurocentrada, onde as relações foram se pautando nas necessidades do capitalismo e se fundando nas experiências do colonialismo. (QUIJANO, 2007, p. 94)

Sob o ponto de vista econômico e filosófico, a perspectiva de Amartya Sen e sua Teoria da Abordagem das Capacitações, pressupõe que o desenvolvimento deve ser percebido, além da acumulação de capital decorrentes de lucros, como meio de expansão da liberdade individual para melhorar a qualidade de vida, ao mesmo tempo que permite maior interação com o mundo em que se vive. A privação aos direitos políticos e civis básicos, é uma forma de privação de liberdade. A negação desses direitos corrobora para o crescimento econômico acelerado, onde só é valorizada a relação útil entre produção e consumo. (2001)

Para essa análise constitucional e também para a real descolonização, o pensamento da interculturalidade traz algumas respostas, já que este pensamento se sustenta na colonialidade do poder e o objetivo não fica restrito somente à comunicação intersocial, mas, sim, ao processo de conhecer o outro na sua

complexidade, uma nova forma de política, uma nova forma de sociedade e outra forma de poder social e estatal, e todos formam um outro paradigma (WALSH, 2019, p. 9).

Na América Latina, e particularmente no Equador, o conceito de Interculturalidade assume significado relacionado a geopolíticas de lugar e espaço, desde a histórica e atual resistência dos indígenas e dos negros, até suas construções de um projeto social, cultural, político, ético e epistêmico orientado em direção à descolonização e à transformação. Mais que a simples ideia de inter-relação (ou comunicação, como geralmente se entende no Canadá, Europa e Estados Unidos), a interculturalidade aponta e representa processos de construção de um conhecimento outro, de uma prática política outra, de um poder social (e estatal) outro e de uma sociedade outra; uma outra forma de pensamento relacionada com e contra a modernidade/colonialidade, e um paradigma outro, que é pensado por meio da práxis política." (WALSH, 2019, p. 9)

Ou seja, a definição da interculturalidade é abordada e explorada pelo movimento indígena equatoriano (WALSH, 2019, p. 9), que vem do próprio movimento étnico do povo e não da academia, principalmente da academia norte global. Coloca como centro o pensamento produzido pelo conhecimento indígena, o que o torna um pensamento decolonial, ou seja, um pensamento sem os enraizamentos dos países ocidentais, detentores da produção de conhecimento global.

Essa produção de conhecimento eurocêntrica é o único admitido no mundo capitalista e é denominada racional, pois no universo de dominação foi formalizado um modo de produzir conhecimento que atendia as necessidades do capitalismo, inclusive com o controle da relação humana com a natureza, além da naturalização formas das experiências e identidades. O eurocentrismo é uma perspectiva cognitiva que não é exclusiva dos europeus, a qual foi produzida ao longo do tempo do conjunto do mundo moderno. (QUIJANO, 2007, p. 94)

A interculturalidade funciona como uma contrarresposta epistemológica materializada em prática política, que vai de frente ao atual modelo, evidencia a diferença colonial, bem como desestrutura o neocolonialismo. Como princípio ideológico, é elemento nuclear para construção de uma nova democracia, que garante "a máxima e permanente participação dos povos e das nacionalidades (indígenas) nas tomadas de decisão" (CONAIE, 1997, p.11, apud WALSH, 2019, p. 10)

Na prática, há exemplos da adoção da interculturalidade no Equador e na Bolívia, países que já há agências voltadas para o movimento indígena, e essas

agências posicionaram os povos indígenas como atores sociais e políticos, é um projeto participativo que oferece redefinições de antigos ideais construídos pela geopolítica do conhecimento e colonialidade do poder. (WALSH, 2019, p. 11-12)

Assim, um Estado plurinacional caracterizado pela interculturalidade, representa a transição de um Estado elitista que abraça somente a sociedade civil, para um Estado pluralista que abrange também a sociedade civil “estranha” e sociedade “civil-incivil”, na estratificação da sociedade moderna pensada por Boaventura de Souza Santos (2003).

A lógica da interculturalidade pensada pelo movimento indígena, contribui para a superação dos desafios, porque pensa na diferença colonial que esses povos vivem, diferença essa que é fruto da subordinação de linguagens e conhecimentos impostas a eles, ou seja, dominação cultural. Essa subordinação é o que Álvaro de Azevedo chamou de categorização social, o agrupamento de pessoas diferentes em um único grupo, dando a eles a mesma característica e razão de viver.

Para Walsh, a interculturalidade deve acontecer em um lugar e/ou forma de pensar a partir da enunciação indígena, isto é, o ato do falante enunciar algo que faça sentido no seu contexto comunicativo e com o uso da sua própria linguagem por meio de um programa político e cultural com natureza epistêmica (WALSH, 2019, 14-15). Essencial que os desafios sejam assim pensados para que ocorra a ruptura, pois para delimitar a função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal, é preciso que seja incluído ao máximo a voz dos povos indígenas por meio de suas atuações nos espaços públicos.

De forma diferente e em realidade diferente, com ideais mais eurocentrados, remete a ideia de democracia participativa viabilizada pelo agir comunicativo pensado por Habermas, onde o falante também usa da sua linguagem para construir uma nova ordem social (1929). Mais próximo da realidade latina americana, o Boaventura exprime o pensamento do direito ser emancipatório por meio das mobilizações sociais dos subalternos, aqueles invisíveis para o Estado, sendo que a comunicação e participação desses seres como atores políticos é basilar. (2003)

Segundo Sen, a liberdade tem como função ampliar a capacidade das pessoas levarem o estilo de vida que valorizam, bem como aumentar o potencial de cuidarem

de si mesmas e influenciarem o mundo, o que é fundamental para o processo de desenvolvimento. Assim, ampliar as capacidades dos indivíduos constrói uma relação recíproca, pois “a direção das políticas públicas pode ser influenciada pelo uso efetivo das capacidades participativas do povo”. (2001, p. 32/33)

Por essa razão, reforça sua noção filosófica sobre justiça estruturada no valor moral substantivo da liberdade, a fim de alcançar a legitimidade das sociedades, de modo que atenda suas necessidades humanas com base no princípio da sustentabilidade, sem minimizar as diferentes culturas existentes. (SEN, 2001)

Na Assembleia Nacional Constituinte (ANC) - (1987-1988) -, os movimentos sociais dos povos indígenas tiveram caráter educativo, dando abertura para uma transfiguração étnica, mesmo em um contexto histórico desfavorável, por terem se organizado politicamente e rompido um paradigma político-jurídico predominantemente dominador (MUNDURUKU, 2012, p. 39). Alguns líderes indígenas compuseram comissões que buscavam revitalizar direitos de grupos minoritários subalternizados.

Além da participação nas assembleias no período da constituinte, os povos indígenas começaram a organizar as assembleias indígenas a partir de 1970, quando líderes indígenas transcenderam os limites das comunidades originárias e passaram a tentar resolver demandas locais. A primeira reunião da assembleia indígena aconteceu em 1974 e contou com a participação de dezessete líderes indígenas, momento em que já se preocuparam em tomar atitudes à nível macrorregional, daí em diante os movimentos foram crescendo tomaram proporções nacionais até que ingressaram em subcomissões na constituinte para garantir que os direitos estariam positivados na nova ordem constitucional (MUNDURUKU, 2012). É uma demonstração de como a participação é eficaz na transformação de uma realidade, por mais que ela já esteja historicamente estabelecida.

Por essa razão, é preciso aprofundar a discussão sobre como proteger esses direitos por meio do efetivo exercício da função contramajoritária do Poder Judiciário, na perspectiva de que a democracia não se resume em regra ditada pela maioria, cabendo à atividade jurisprudencial assegurar o respeito à soberania constitucional pela manifestação dessas comunidades que possuem reivindicações próprias.

Em relação à autonomia dos povos indígenas e sua participação no Estado democrático pós-ditadura militar (1964-1985), um dos assuntos enfrentados na constituinte, foi justamente o fim da tutela dos povos indígenas, a fim de dar mais voz e protagonismo às suas causas. Em consulta realizada nas atas das assembleias que aconteceram na constituinte e as propostas de textos apresentados pelas comissões e subcomissões, percebe-se que o fim da tutela especial e política paternalista sobre os povos indígenas foi uma questão enfrentada. Sobre o fim da tutela:

TABELA 01

<p>Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias¹⁸</p>	<p>Art. 15. Os índios, suas comunidades e organizações, o Ministério Público e o Congresso Nacional, são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa dos interesses e direitos dos índios.</p>
<p>Anteprojeto apresentado pela Comissão da Ordem Social¹⁹</p>	<p>Art. 104. O Ministério Público Federal, de ofício ou por determinação do Congresso Nacional, os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressarem em juízo em defesa dos interesses e direitos indígenas, cabendo também ao Ministério Público Federal, de ofício ou mediante provocação, defendê-los extrajudicialmente.</p>
<p>Texto Promulgado na CRFB/88</p>	<p>Capítulo das atribuições do Ministério Público: Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;</p> <p>Capítulo dos direitos indígenas: Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo</p>

Pela leitura das propostas e do texto promulgado, os povos indígenas ainda podem ser representados pelo Ministério Público, mas o próprio povo também pode ingressar em juízo ou promover processos extrajudiciais. O texto promulgado é similar

¹⁸ Atas das Reuniões da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Senado Federal, p. 180. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/7c_Subcomissao_Dos_Negros_Populacoes_Indigenas.pdf.

¹⁹ Anteprojeto da Comissão da Ordem Social. Brasília: Senado Federal, p. 15. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-187.pdf>.

ao texto proposto pela subcomissão de grupos minoritários, e se difere do texto apresentado pela Comissão da Ordem Social, a qual tinha proposto que no âmbito extrajudicial cabia ao Ministério Público a função de defendê-los.

Daniel Munduruku considera que esse foi o ponto mais importante da CRFB/88, pois deu protagonismo aos indígenas quando admitiu a legitimidade processual para figurarem como parte em processo que verse sobre interesses próprios (2012, p. 37). É mais um aspecto que corrobora a ideia de que deve ser oportunizado mais espaços nos debates públicos aos povos indígenas, para que sejam ouvidos e participem das decisões enquanto partes diretamente interessadas, a fim de que a função contramajoritária seja baseada na essência da democracia.

Com efeito, a participação ativa desses povos foi crucial para os primeiros rompimentos da produção ideológica concebida pelo poder estatal e que influenciou a noção cultural da massa, bem como conquistou muitos direitos que até então não existiam. No entanto, no contexto de promulgação, é preciso compreender a diferença entre interculturalidade e multiculturalidade, já que a multiculturalidade liberal é um dos reflexos da produção ideológica construída pelo Estado e que influencia a consciência cultural nacional.

A interculturalidade faz parte desse pensamento "outro" que é construído a partir do particular lugar político de enunciação do movimento indígena, mas também de outros grupos subalternos; um pensamento que contrasta com aquele que encerra o conceito de multiculturalismo, a lógica e a significação daquele que tende a sustentar os interesses hegemônicos. Além do mais, isso se relaciona precisamente com a predominância desse último pensamento, o que faz com que a interculturalidade e a multiculturalidade sejam empregadas frequentemente pelo Estado e pelos setores brancos-mestiços como termos sinônimos, que derivam mais das concepções globais ocidentais do que dos movimentos sócio-históricos e das demandas e propostas subalternas. O termo, por si só, instala e torna visível uma geopolítica do conhecimento que tende a fazer desaparecer e a obscurecer as histórias locais, além de autorizar um sentido "universal" das sociedades multiculturais e do mundo multicultural. (WALSH, 2019, p. 20-21)

O Brasil participa dos países que reconheceram a multiculturalidade ou pluriculturalidade na sua constituição, e nessa orientação há um Estado-nação singular que possui diversidade, o que Walsh chama de diversidade na unidade (2019, p. 21). Contudo, nesse contexto, o espaço para questionamentos é reduzido, afinal já houve o reconhecimento. De outro modo, a interculturalidade é transversal, transcende o reconhecimento e vai além, busca a construção de uma práxis política a

partir do “outro” baseada na reforma educativa, como aconteceu no Peru, Bolívia e Equador. (2019, p. 21)

Para Raquel Yrigoyen Farjado, o constitucionalismo dos países da América Latina se divide em três fases: o constitucionalismo multicultural (1982-1988), o constitucionalismo pluricultural (1989-2005), e o constitucionalismo plurinacional (2006-2009). A formação do Brasil enquanto Estado-nação aconteceu na primeira fase da multiculturalidade, predominando nesse modelo a natureza social integracionista, em que se busca integrar os indígenas ao Estado e ao mercado, mas sem romper o monismo jurídico. (2011, p. 140)

Monismo jurídico é um único sistema jurídico dentro do Estado, onde há uma lei geral para todos os cidadãos que é processada em um sistema jurídico uno, e nessa lei geral, são conhecidas diversas formas de culturas diferentes (FARJADO, 2011, p. 139). A constituição brasileira se enquadra na primeira fase do constitucionalismo latino-americano, tanto no aspecto temporal, quanto no aspecto de agrupamento de diversas culturas em uma só ordem jurídica; por outro lado, traz algumas abordagens que a aproxima um pouco do segundo ciclo, o pluricultural, quando incluiu o direito sobre as terras e ampliou o espaço de consulta e participação dos indígenas (FARJADO, 2011, p. 141).

No caso do tema cultura e da diversidade étnica, as temáticas foram assim abordadas pelas comissões e subcomissões destinatárias da norma:

TABELA 02

<p>Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias²⁰</p>	<p>Art. 10º, § 3º. São reconhecidos aos índios a sua organização social, seus usos, costumes, línguas, tradições e seus direitos originários sobre as terras que ocupam. Art. 12, § 1º. São terras ocupadas pelos índios as por eles habitadas, as utilizadas para suas atividades produtivas, e as áreas necessárias à sua reprodução física e cultural segundo seus usos, costumes e tradições, incluídas as necessárias a</p>
---	--

²⁰ Atas das Reuniões da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Senado Federal, p. 179-180. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/7c_Subcomissao_Dos_Negros,_Populacoes_Indigenas_.pdf.

	<p>preservação do meio ambiente e do seu patrimônio cultural.</p> <p>Art. 1º. A sociedade brasileira é pluriétnica, ficando reconhecidas as formas de organização nacional dos povos Indígena</p>
<p>Anteprojeto apresentado pela Comissão da Ordem Social²¹</p>	<p>Capítulo III dos Negros, das Minorias e das Populações Indígenas Art. 100 - São reconhecidos aos índios seus direitos originários sobre as terras que ocupam, sua organização social, seus usos, costumes, línguas, crenças e tradições.</p> <p>Art. 1º, V. A sociedade brasileira é pluriétnica. São reconhecidas as formas de organização próprias das nações indígenas (...).</p>
<p>Texto Promulgado.</p>	<p>Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais. § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afrobrasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.</p> <p>Capítulo VIII - Dos Índios Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.</p>

Ou seja, a subcomissão que representava os direitos dos povos indígenas, invocaram o Estado para se assumir como pluriétnico, além dos reconhecimentos de direitos; no entanto, o constituinte restringiu a nova constitucional à proteção das culturas indígenas na qualidade de participantes da sociedade civil nacional, de forma igualitária às demais culturas populares e afro-brasileiras. Ou seja, foi introduzido

²¹ Anteprojeto da Comissão da Ordem Social. Brasília: Senado Federal, p. 14. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-187.pdf>

formalmente a concepção de diversidade cultural, mas recaiu no problema de integração do multiculturalismo liberal: diversidade na unidade, todos tratados sob o mesmo prisma.

O pluriculturalismo jurídico só surgiu na segunda fase de constitucionalismo adiante, decorrente da crescente demanda indígena por proteção de seus territórios, e é caracterizado pela existência de vários sistemas normativos dentro de um espaço geopolítico, expandindo o discurso do multiculturalismo (FARJADO, 2011, pp. 143-145). Contudo, nem mesmo nessa fase foram desenvolvidos procedimentos institucionais para enfrentar conflitos de violação de direitos humanos de forma plural, isto é, baseado no princípio da dignidade das culturas e no diálogo intercultural (FARJADO, 2011, p. 149). Esse estágio avançado de sistema político-estatal, só é conquistado apenas pela Bolívia e Equador na terceira fase de constitucionalismo, o plurinacional.

A diferença é que os povos indígenas não são reconhecidos apenas como detentores de culturas diversas, mas sim, como uma nação étnica dotada de autodeterminação. Em outras palavras, são sujeitos políticos coletivos com direito a definir seu destino, governam a si mesmos em autonomia e participam dos novos pactos estatais, que assim configura como um "Estado plurinacional" (FAJARDO, 2011, p. 149). Por ora, a constituição brasileira estagnou na concessão de capacidade civil postulatória e redução de políticas paternalistas.

A confusão dessas concepções conduz à utilização do termo intercultural como escape para práticas excludentes e de tendências hegemônicas. Normalmente essas práticas assumem contornos no âmbito educacional, como, por exemplo, na elaboração de livros didáticos e formação de professores que reproduzem apenas a tradição folclórica criada ao longo da história, novamente a perpetuação da produção ideológica (WALSH, 2019, p. 22). Entretanto, os reais conhecimentos e culturas tradicionais dos povos são negados por não seguirem os modos convencionais da ciência acadêmica.

Na verdade, utilizam o termo estratégia de Estado para simular que incorporou as necessidades dos subalternos dentro do sistema (WALSH, 2019, p. 22), com a implantação de um sistema neoliberal marcado com nuances do velho

conservadorismo. A constituição que abraça o multiculturalismo está longe da plurinacionalidade, pois ainda tem essência multicultural e liberal, um novo modelo que velou a subordinação colonial e manteve as desigualdades sociais na ideologia neoliberal.

Por outro lado, a essência intercultural transcende o reconhecimento, não busca o reconhecimento de culturas diferentes a partir da igualdade, ao contrário, reclama que seja explicitado a diferença de poder, a diferença colonial e a colonialidade do poder que ainda se distende nos indígenas. Para isso, requer a transformação do Estado, da educação, da economia e da lei por meio da participação na esfera estatal. (Walsh, 2002a, p. 26)

2.2 Elementos culturais imateriais e a relação com o “lugar”

Vocês devem ensinar às suas crianças que o solo a seus pés é cinza de
nossos avós.
para que respeitem a terra, digam a seus filhos que ela foi enriquecida com
a vida de nosso povo.
Ensinem as suas crianças o que ensinamos as nossas, que a terra é nossa
mãe.
Tudo o que acontecer à terra, acontecerá aos filhos da terra.
Se os homens cospem no solo, estão cuspiendo em si mesmos.
Isto sabemos: a terra não pertence ao homem; o homem pertence à terra.
Isto sabemos: todas as coisas estão ligadas, como o sangue que une uma
família.
Há uma ligação em tudo (...)
O homem não tramou o tecido da vida; ele é simplesmente um de seus fios.
Tudo o que fizer ao tecido, fará a si mesmo.”
- Cacique seattle (Povo Suquamish/EUA)

A Constituição Federal²² reconhece a cultura material e imaterial como patrimônio cultural brasileiro, incluído os modos de ser, fazer e viver, além da liberdade de expressão. Também reconhece suas organizações sociais, suas línguas, crenças e tradições, os seus modos de produção e uso da terra. A proteção destes elementos culturais imateriais dos povos indígenas está vinculada à proteção dos territórios indígenas, e isto remete a demarcação de terras indígenas, pois as culturas indígenas

²² Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
I - As formas de expressão;
II - Os modos de criar, fazer e viver;

são repassadas de forma oral e pela tradicionalidade, ou seja, dentro daquele território há uma ancestralidade que é passado para a geração mais nova.

Em todas as propostas apresentadas no tópico anterior, os elementos materiais se confundem com a proteção de suas terras originárias, em razão de ambos possuírem uma relação híbrida. Diferente do indivíduo que é dotado de direitos individuais, os povos indígenas possuem direitos coletivos, transcende a dogmática individualista, pois considera a comunidade como titular de direitos, já que o aspecto de viverem de forma coletiva é fundamental para garantir a cultura, o idioma, a religião e o território (SOUZA FILHO, 2009).

Na nossa tradição, um menino bebe o conhecimento de seu povo nas práticas de convivência, nos cantos, nas narrativas. Os cantos narram a criação do mundo, sua fundação e seus eventos. Então, a criança está ali crescendo, aprendendo os cantos e ouvindo as narrativas. Quando ela cresce mais um pouquinho, quando já está aproximadamente com seis ou oito anos, aí então ela é separada para um processo de formação especial, orientado, em que os velhos, os guerreiros vão iniciar esta criança na tradição. Então acontecem as cerimônias que compõem essa formação e os vários ritos, que incluem gestos e manifestações externas. (...) Os sinais internos, os sinais subjetivos, são a essência mesma daquele coletivo. Então você passa a compartilhar o conhecimento, os compromissos e o sonho do seu povo. (KRENAK²³, 2007)

Segundo a teoria antropológica da territorialidade de Paul Little, a territorialidade pode ser conceituada como o “esforço coletivo de um grupo social para ocupar, usar, controlar e se identificar com uma parcela específica de seu ambiente biofísico, convertendo-a assim em seu território”. (2018, pág. 253-263). Já a concepção étnico-territorial de autonomia e diferença cultural concebida pelos movimentos sociais indígenas não é irreal e romântica, mas é um entendimento profundo da vida, que funciona como uma estratégia política avançada, evidencia uma aguda consciência da conjuntura planetária e manifesta uma utopia realista com relação a multiplicidade de estruturas humanos-naturais. (ESCOBAR, 2015, p. 95)

Assim, a preservação do seu modo de vida está diretamente ligada com a manutenção do território nativo. Essas práticas são recriadas por meio da interação com a natureza, com o espaço geográfico físico, e essa relação,

Para começar, para muitos grupos indígenas e rurais, “a ‘cultura’ não fornece uma quantidade particular de objetos com os quais se possa manipular ‘a

²³ KRENAK, Ailton. Entrevista concedida à revista Teoria e Debate, n. 07. Disponível em: www.fpa.org.br.

natureza' [...] a natureza não se 'manipula'. A "natureza" e a "cultura" devem ser analisadas, portanto, não como entes dados e pré-sociais, e sim como construções culturais, se é que desejamos determinar seu funcionamento como dispositivos para a construção cultural, da sociedade humana, do gênero e da economia (ESCOBAR, 2005, p. 71)

Escobar analisa a temática a partir da dimensão ontológica nos movimentos étnicos territoriais na resistência indígena em defender seus territórios do projeto moderno, dentro de um mundo que busca todos os diferentes mundos culturais em uma única ordem global; o rompimento desse projeto se denomina luta ontológica. "As lutas pelos territórios se convertem em luta para defesa dos variados mundos que existem no planeta" (ESCOBAR, 2015, p. 92-93)

Essas lutas têm grande impacto na contribuição das transições ecológicas e sociais que o sistema-mundo moderno tenta reduzir a uma única ciência universal, é uma proposta avançada defronte as crises sociais e ecológicas dentro dos territórios, pois produzem conhecimento e estratégias sobre identidade e vivências (ESCOBAR, 2015, p. 99). É por essa razão que a territorialidade não está vinculada ao formalismo de leis ou títulos, embora haja o reconhecimento constitucional, ao menos em teoria, da propriedade da terra aos quilombos, isso porque, trata-se de ocupações longínquas resguardadas pelo peso histórico das reivindicações desse povo.

Para Little (2018), o conceito jurídico de reconhecimento fundiário estabelecido pelo Estado, confunde-se com os conceitos políticos e etnográficos, dado a finalidade de controle social dessas populações. Em virtude disso, vislumbra a busca pela titulação jurídica como uma "luta de mão dupla, já que as categorias utilizadas para a dominação política também podem servir para reafirmação social e territorial, processo em que passam a agir como fonte de novas identidades socioculturais". (LITTLE, 2018, p. 271)

Por sua vez, terra indígena é definido juridicamente no artigo 231 da CRFB/88 como aquelas tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, por eles habitadas em caráter permanente, utilizadas para suas atividades produtivas, que são imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários, a seu bem-estar e sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Embora tenha essa previsão legal, restou algumas lacunas relacionadas a esses direitos. Ao contrário, aos povos quilombolas foi reconhecida a propriedade

definitiva da terra, enquanto aos povos indígenas foi concebida apenas a posse permanente. A diferença está na segurança jurídica entre os dois institutos, o direito de propriedade definitivo torna em caráter inquestionável o título de domínio sobre a terra e concede à comunidade amplos direitos de propriedade. Já na posse, não há essa higidez jurídica necessária, por ser uma situação de fato abre margem para questionamentos.

O exemplo mais recente é a tentativa do estabelecimento jurídico do marco temporal para demarcação das terras indígenas. Essa tese foi desenvolvida no Supremo Tribunal Federal para demarcação da terra indígena “Raposa Serra do Sol” no ano de 2009, e busca estabelecer o marco de 1988, ano que foi promulgada a CRFB/88 e reconheceu a posse indígena, para demarcar as terras ocupadas pelos indígenas. Isto significa que não serão demarcadas as terras que não eram ocupadas antes desse marco, violando totalmente o que está expresso na Constituição Federal.

Esse julgamento é uma oportunidade da função contramajoritária ser exercida em prol dos povos indígenas, não por serem simplesmente um grupo minoritário, mas, sim, porque violam o direito que possuem sobre suas terras. Justamente pelo aspecto de tradicionalidade que envolve a ocupação indígena é que não pode ser delimitado nenhum marco temporal, tornando essa tese inconstitucional, afinal a concepção de propriedade para os povos indígenas é diferente da noção de propriedade construída pelo direito ocidental hegemônico.

A concepção de propriedade para um povo tradicional é a de que um território social é formado pelo binômio: lugar e memória. Assim, o ambiente físico compõe-se de vínculos sociais e simbólicos, além dos rituais como manifestação cultural (LITTLE, 2018, p. 253-263). Já a concepção de propriedade construída pelo direito ocidental pertence ao sistema mundo moderno, e possui o objetivo de alimentar o sistema capitalista de produção, essa concepção fez com os modos de produção agrícola se voltem para satisfação de esse sistema, que, por sua vez, é inteiramente antagônico ao objetivo principal que deveria a propriedade deveria ter: a satisfação das necessidades humanas e transformando-se em negócio internacional altamente lucrativo. (TÁRREGA; LAMBERT, 2018, p. 34)

Assim, para a preservação das culturas indígenas, é preciso que preserve o espaço físico, pois a cultura transforma esse o ambiente físico em ambiente subjetivo. A preservação do espaço geográfico demanda a emancipação pelo direito a partir da desocidentalização dos direitos pelos movimentos dos subalternizados, isto é, a participação destes nos espaços públicos. Quando há conflito entre a manutenção de um modo de vida tradicional e benefícios da modernidade, as pessoas diretamente envolvidas devem participar da decisão de escolha. Trata-se da liberdade participativa de um reconhecimento básico de legitimidade. (SEN, 2001, p. 47/48)

Esses pontos de espaços vazios na CRFB/88 já eram alvo de preocupação dos povos indígenas na época, assim foram as propostas relacionadas às terras:

TABELA 03

<p>Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias.²⁴</p>	<p>Art. 13. A União dará início à imediata demarcação das terras RECONHECIDAS ocupadas pelos índios, devendo o processo estar concluído no prazo máximo de 4 (quatro) anos. § 1º. Caberá ao Serviço Geográfico do Exército implementar a medida prevista no caput, devendo, 185 a cada ano, concluir, pelo menos, a demarcação de 25% (vinte e cinco por cento) das terras reconhecidas ocupadas pelos índios. § 2º. As Terras ocupadas pelos índios, e atualmente não reconhecidas, terão, quando de seu reconhecimento, sua demarcação concluída no prazo máximo de 1 (um) ano.</p>
<p>Texto Promulgado na CRFB/88</p>	<p>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.</p> <p>§ 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.</p> <p>§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.</p> <p>§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas</p>

²⁴ Atas das Reuniões da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Senado Federal, p. 180. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/7c_Subcomissao_Dos_Negros,_Populacoes_Indigenas_.pdf.

	<p>minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.</p> <p>§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.</p> <p>§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.</p> <p>§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.</p> <p>Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: Art. 67. A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.</p>
--	--

A proposta apresentada pela Comissão da Ordem Social não menciona nenhum prazo para demarcação, e o texto geral acerca do reconhecimento das terras indígenas é bem próximo ao apresentado pela Comissão dos Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Desta forma, o texto promulgado não atendeu aos interesses das comunidades indígenas de acelerar o processo demarcatório, somente trouxe no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), na redação do artigo 67.

O retardamento nesse processo demarcatório acarretou prejuízos, muitos em caráter permanente, para diversos povos, como a expulsão de seus territórios em lutas desiguais pela terra e ausência de proteção sobre seus espaços. Por esse motivo, não há como tratar cultura sem enfrentar esse problema fundiário, ainda mais porque os modelos locais de conhecimento, apartados do modelo ocidental que enraizou no Brasil, sustentam o vínculo contínuo de três esferas, o mundo biofísico, o humano e o supranatural, sendo que a construção moderna as separa. (ESCOBAR, p. 72, 2005).

A ontologia dualista baseada na modernidade separa a natureza e o homem, o “nós” e “eles”, “natureza” e “cultura”, “razão” e “emoção”, consolida uma máquina de devastação que se volta sobre os territórios desses povos. A ontologia dos movimentos étnicos rompe essas dicotomias criadas, bem como conduz para outra dimensão, a prática política ontológica. Nessa dimensão, há a defesa do território como mecanismo de manutenção da vida, a retomada e controle sobre o território, a autonomia, e a participação nas estratégias amplas de transformação. (ESCOBAR, 2015, p. 93-94).

2.2.1 Manifestações de crenças de matriz indígenas

a nossa cultura é diferente. Cada parente, de cada etnia, tem sua cultura. É que nem vocês brancos, cada um não tem o direito de ter a sua religião? (...) Mas é muito difícil pra (sic) vocês entender a nossa religião. A gente respeita mais vocês do que vocês respeitam a gente.
- José Agnaldo Munduruku²⁵

As crenças e tradições são ramificações dos direitos indígenas que estão legitimadas constitucionalmente no artigo 231 e devem ser protegidas. Em uma sociedade moderna marcada pela hegemonia cultural, onde tudo deve ser objetificado e mercantilizado para servir o capital, é difícil pensar na valoração de um espaço físico que não dará nenhum retorno financeiro para o homem. Valorar esse espaço se torna ainda mais complicado quando se trata de um lugar natural envolto por proteção dos elementos culturais imateriais.

Aquilo que não é palpável e pertence ao foro íntimo de outra pessoa, como é o caso da crença, tem seu valor diminuído perante a ordem cultural global, principalmente em relação às crenças dos povos indígenas. É na natureza que conseguem manifestar suas crenças e exteriorizá-las em rituais, sendo os elementos naturais fundamentais para o exercício de suas religiosidades. Os lugares considerados sagrados pelos povos indígenas devem ser preservados, pois a Constituição Federal assim determina, em obediência ao princípio da liberdade religiosa e seus desdobramentos, além de outras normas internacionais.

²⁵ Fala que foi retirada do acórdão proferido pelo TRF1 no julgamento do recurso de agravo de instrumento nº 0018341-89.2012.4.01.0000/MT (processo origem nº 39474420124013600)

Conceituar religião é muito difícil dentro de uma sociedade plural, pois são diversas crenças diferentes, e no universo de uma crença há uma infinidade de vertentes que são seguidas. Há quem seja monoteísta, enquanto outros já acreditam em vários deuses que regem o mesmo mundo comum a todos; têm aqueles que creem em espíritos ou outros seres sobrenaturais; também existem aqueles que estudam a influência dos astros na vida humana; há os que não creem em absolutamente nada, entre outros tipos de religiosidade.

Estudos antropológicos, arqueológicos e históricos indicam que a história do nascimento da religião se mistura com a história do surgimento da humanidade e que a religião sempre ocupou o lugar central na vida humana. Isso porque o ser humano começou a fazer desenhos que representava sua realidade e “através dessas imagens interpretava as suas próprias experiências e tentava descobrir-lhes um sentido ordenador, que reproduzia através de um modelo discursivo”. (MACHADO, 1996, p. 14)

Ainda, Machado afirma que há um ponto em comum entre todas elas: a referência ao transcendente, ao sobrenatural, ao absoluto (MACHADO, 1996, p. 9). É impossível taxar tudo o que se possa acreditar dentro da humanidade, e dentre todas essas crenças, a única coisa que se pode concluir é que a espiritualidade de cada ser humano deve ser respeitada e protegida para continuidade da essência da vida humana. A espiritualidade dos povos indígenas não se exclui dessa perspectiva.

Entretanto, o núcleo de crenças dominantes da sociedade brasileira é composto por segmentações etnocêntricas moldadas pelo cristianismo, em relação aos modelos de desenvolvimento e noções de bem estar. Estas crenças continuam sendo dominantes no âmbito político e se sobrepõem aos direitos fundamentais dos povos indígenas. (BISPO; RAIOL, 2018, p. 114)

Propõem-se pensar o direito fundamental da liberdade religiosa pelo princípio jurídico da dignidade da pessoa humana. Uma das formas de proteção desse direito é pela proteção das áreas sagradas para consequente manifestação religiosa. Kant explica que o dever de respeitar o próximo é abrangido pelo dever de não degradar o “outro”, pois uma pessoa não respeita a outra quando a utiliza, no sentido de objetificação do ser humano, como um instrumento para atingir o seu fim” (KANT,

2009, p. 239). Nesse pensamento, a pessoa só pode ser utilizada como meio para atingir um fim, quando ela própria assume essa condição a partir do consentimento pessoal e consciência integral de toda conduta daquele que a deseja.

Então, segundo o pensamento kantiano, o homem é o fim em si mesmo, e a dignidade da pessoa humana está fundamentada na sua capacidade de ser um ser racional,

Ora, eu digo: o homem – e de modo geral todo ser racional – existe com um fim em si mesmo, não meramente como meio à disposição desta ou daquela vontade para ser usado a seu bel-prazer, mas tem de ser considerado em todas as suas ações, tanto as dirigidas a si mesmo quanto a outros sempre ao mesmo tempo como fim. (KANT).

Assim, a dignidade da pessoa humana está incumbida pelo dever de respeitar o próximo enquanto um sujeito dotado de direitos, deveres, e capacidade de raciocinar quais são os seus fins enquanto ser pertencente à humanidade, independente das suas ações. O fundamento da racionalidade advém do fato de que apenas o ser racional possui dignidade, os demais seres irracionais ou inanimados possuem somente valor, mas não dignidade.

É por essa razão que a dignidade de ninguém está à venda, e por consequência, o direito de ser respeitado também não está, bem como o dever de respeitar o “outro” não pode ser submetido a nenhum preço. É, justamente, devido a dignidade que ninguém pode ser reduzido a uma coisa para ser usada em detrimento de outros, pois qualquer falta de respeito em relação a sua personalidade vai ofender a sua dignidade.

No entanto, embora a noção de dignidade da pessoa humana trazida pelo pensamento kantiano seja bastante agregadora para compreensão da temática, merece ser feitas algumas considerações sobre ela quando se trata das culturas indígenas, principalmente as crenças. Deveras, ele separa o homem racional que possui dignidade e a coisa que possui apenas preço.

Então, nesse sentido, a natureza seria considerada uma coisa, um objeto de valor relativo que pode ser usado como meio para atingir um fim designado pela humanidade, já que ela é composta por elementos irracionais (os animais), e elementos inanimados (as plantas). É nesse ponto que se propõe uma ampliação da

concepção de dignidade humana, pois essa relação de sujeito e objeto deve ser rompida dentro da cosmovisão indígena.

A proteção das expressões culturais dos povos indígenas, bem como de seus territórios, já está salvaguardada na Constituição Brasileira de 1988. Em termos gerais, sob qualidade de direito fundamental, à inviolabilidade do princípio fundamental da liberdade religiosa, a qual se desmembra em liberdade de consciência, liberdade de crença e liberdade de culto. A violação ao direito de manifestar determinada espiritualidade fere o foro mais íntimo do ser humano, e respeitar as necessidades imateriais dos povos indígenas é uma maneira de utilizar o direito como ferramenta para valoração da vida pela dignidade humana.

Sarlet faz a distinção entre os desdobramentos da liberdade religiosa. A liberdade de culto “guarda relação com a exteriorização da crença, diz com os ritos, cerimônias, locais e outros aspectos essenciais ao exercício da liberdade de religião e de crença” (2015, p. 829). A liberdade de crença, por sua vez, é a faculdade que cada pessoa tem para escolher qual religião seguir, bem como trocá-la ou alterar seu sentido na forma que entender ser melhor para si. (SARLET, 2015, p. 829)

Isso significa que, pelo menos na maioria das vezes, a liberdade de crença precede a liberdade de culto, interferências externas em um anula o outro. Por exemplo, o desmatamento de uma floresta, o desvio de um rio e demais destruições do meio natural podem causar danos espirituais para os povos que ali vivem, pois vai destruir também a relação que acreditam ter com os ancestrais e entidades que ali permaneciam, com as entidades espirituais que ali viviam.

Essas interfaces da liberdade religiosa advêm da simples interpretação da Constituição Federal de 1988, porém ela ainda é dividida em relação a sua eficácia, a qual reflete na dimensão objetiva e dimensão subjetiva dos direitos. A primeira nada mais é do que a qualidade do Estado em ser neutro quanto às religiosidades, a partir de um processo político livre na legitimação do Estado democrático de direito, ou seja, não adotar nenhum posicionamento religioso. Já a dimensão subjetiva garante a proteção de poder assumir uma fé e não a ter perturbada pelo Estado e nem por civis. (SARLET, 2015, p. 829)

Além do ordenamento jurídico pátrio, a legislação internacional também garante a livre expressão de crenças. A convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, a qual o Brasil é signatário, disciplina que “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.”

Ainda, na Convenção para Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial, a qual o Brasil também é signatário, foi considerado que o Estado deve proteger o patrimônio cultural imaterial, e que ele se manifesta em particular nos seguintes campos: práticas sociais, rituais e atos festivos; conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo.

No Brasil já existe alguns locais considerados sagrados que foram registrados como patrimônio cultural imaterial brasileiro²⁶. Para os povos indígenas que habitam nas margens dos rios Uaupés e Papuri, a cachoeira Iauaretê é um lugar sagrado; esta cachoeira foi registrada como um bem cultural imaterial no “Livro de Registro de Lugares”, porque esses povos manifestam suas espiritualidades nesse ambiente. Para o povo Guarani o sítio arqueológico denominado Tava é o local onde viveram seus antepassados, caracterizado pela ancestralidade, o local também foi registrado em 2014 como um lugar sagrado. Neste espaço, os guaranis repassam a narrativa e história de seu povo para os mais jovens, motivo pelo qual enseja o sentimento de pertencimento.

Assim, as manifestações de suas espiritualidades estão intimamente ligada ao meio ambiente em que vivem, considerando que a manutenção de um garante a extensão do outro. Por essa razão é de extrema importância preservar o espaço físico desses povos, pois

a floresta está viva. Só vai morrer se os brancos insistirem em destruí-la. Se conseguirem, os rios vão desaparecer debaixo da terra, o chão vai se desfazer, as árvores vão murchar e as pedras vão rachar no calor. A terra ressecada ficará vazia e silenciosa. Os espíritos xapiri, que descem das montanhas para brincar na floresta em seus espelhos, fugirão para muito longe. Seus pais, os xamãs, não poderão mais chama-los e fazê-los dançar

²⁶ Informação retirada do portal eletrônico do IPHAN. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/498>.

para nos proteger. Não serão capazes de espantar as fumaças de epidemias que nos devoram. Não conseguirão mais conter os seres maléficis, que transformarão a floresta num caos. Então morreremos, um atrás do outro, tanto os brancos quanto nós. Todos os xamãs vão acabar morrendo. Quando não houver mais nenhum deles vivo para sustentar o céu, ele vai desabar. (KOPENAWA, 2015, p. 5)

O indígena Ailton Krenak traz no seu livro “Ideias para adiar o fim do mundo” a conexão profunda que a terra, no seu sentido amplo, tem com a reprodução social e cultural do seu povo, os Krenak. Relata que a humanidade não há como ser concebida sem a comunhão com a terra, pois essa é um lugar sagrado que deve ser compartilhado por todos. A destruição desse espaço físico, a intervenção humana em face de algum elemento natural, os deixam órfãos, uma vez que a Terra é sua mãe. (KRENAK, 2020, p. 25)

Há um abismo entre a perspectiva indígena e a perspectiva do homem branco não indígena em relação ao uso dos recursos naturais. Os indígenas enxergam o rio como um lugar sagrado, a montanha os comunica se o dia será próspero ou não, e quando o homem despersonaliza esses elementos e reduzem à condição de objeto, e não de sujeito, a natureza se torna resíduo da atividade industrial e extrativista (KRENAK, 2020, p. 25). Essa transcendência do significado material que se torna incompreensível para o restante da sociedade, todas essas crenças são consideradas como tradições folclóricas.

Assim, como a liberdade de culto representa a exteriorização da liberdade de crença, a manifestação física mediante rito (MORAIS; COSTA; SILVA, 2019, p. 32), a proteção dos locais que os indígenas consideram sagrados é um direito fundamental que deve ser respeitado e seguido, tanto pela natureza jurídica, como pela proteção do patrimônio cultural imaterial.

No cristianismo que é uma das religiões predominantes no Brasil também há um certo tipo de culto da fé. Foi encontrado no rio Paraíba do Sul no estado de São Paulo, no dia 12 de outubro de 1717, a imagem de Nossa Senhora Aparecida que logo foi considerada a santa padroeira do Brasil. Foi um acontecimento tão importante para os fiéis que até hoje a data é mantida como feriado nacional e o rio ainda atrai milhares de romeiros que acreditam que ali é um local sagrado capaz de realizar milagres. Para os cristãos, destruir esse rio seria inadmissível, devido a importância

espiritual que carrega consigo. Contudo, o caminho inverso de preservar os locais sagrados dos povos indígenas não é caminhado na mesma proporção.

O discurso dominante, um discurso universalista e competente que excluiu as sociedades indígenas ao longo da história, ideologizou e naturalizou as diferenças culturais ora como bárbaras e selvagens, ora românticas e folclóricas, mas, sempre, e principalmente, como óbices à integração, unificação e desenvolvimento do Estado. (CARVALHO DANTAS, 2011, p. 42)

A manifestação das expressões religiosas é essencial para autodeterminação enquanto ser e para continuidade das relações simbólicas que são passadas por gerações, fator que lhes garantem a continuidade de suas identidades enquanto povo. É nesse contexto que se defende a valoração da dignidade humana. Os missionários da Aborigenes Protection Society relataram, ainda na década de 70, que a cultura indígena é tão sólida que dificilmente é rompida. Essa afirmação adveio da dificuldade de converter os indígenas Yanomami²⁷ ao cristianismo para acreditarem na palavra de Jesus Cristo, ao final concluíram que eles estão satisfeitos com sua cultura e que é ineficaz subestimar o mundo espiritual deles, pois é bem real para esse povo.²⁸

Com a compreensão da relação do homem indígena com a natureza, retoma-se o debate com o pensamento de Kant acerca da dignidade humana. A cosmovisão indígena proporciona a oportunidade de compreender que tudo que vive são seres importantes para um equilíbrio perfeito e dinâmico, abrange os seres humanos, os animais, os rios, as montanhas, todos os elementos naturais. No campo jurídico esse ponto de vista implica que a lei não pode tratar o ser humano como sujeito superior ao meio ambiente, esse um objeto, mas sim uma relação entre sujeito e sujeito. (HUANACUNI MAMANI, 2016, p. 159)

Se para os povos originários não há essa distinção entre homem e natureza, pois todos são sujeitos integrantes de um mesmo mundo, o meio ambiente não pode ser usado como um meio para atingir um fim, tal situação ocasionaria a separação da

²⁷ O povo Yanomami estão localizados na floresta tropical no norte da Amazônia, esse povo constitui um conjunto cultural e linguístico de quatro outros grupos, Yanomae, Yanomami, Sanima e Ninam, que falam línguas da mesma família. Um povo populoso, estimado em 35.000 indígenas pertencentes a essa etnia no Brasil e Venezuela no ano de 2011. Para eles, a uhiri (terra-floresta) é uma entidade viva com enorme complexidade cosmológica, mas vêm sofrendo ataques massivos por não-indígenas, compostos de garimpeiros, mineradoras, fazendeiros e governantes que querem destruir sua uhiri e, por consequência, destruí-los também. Em meio a uma intensa tentativa de genocídio, esse povos luta por resistência para perpetuar suas identidades étnicas no tempo. Informações retiradas do portal eletrônico: <https://pib.socioambiental.org/pt/Povo:Yanomami>.

²⁸ Informação retirada do livro "A queda do céu" de Davi Kopenawa, p. 825 (kindle edition).

relação entre esses dois seres. Dessa forma, acredita-se que a dignidade humana de Kant é devida quando se baseia que todo ser deve ter sua personalidade respeitada, independente se pratica boas ou más ações, e que o indivíduo não pode ser reduzido em detrimento de outro indivíduo.

Só que, por outro lado, entende-se que no caso dos povos indígenas, em específico, essa concepção de dignidade merece ser ampliada para conseguir efetividade prática. Pelo respeito às suas personalidades e aos seus direitos, não é possível embutir um valor financeiro nos elementos naturais, mesmo que seja considerada por Kant como uma coisa de valor relativo. A preservação dos locais sagrados é a única forma de manter suas culturas e suas memórias vivas, pois são inerentes a suas personalidades e devem ser respeitadas.

No capitalismo moderno, até mesmo nas chamadas economias verdes que carregam a máscara da sustentabilidade, essas relações simbólicas não fazem sentido e, ainda passado mais de quinhentos anos desde o início da colonização, os indígenas têm que lutar pelos últimos espaços físicos naturais que restam para perpetuar no tempo.

2.2.2 A importância da língua dos povos indígenas na produção cultural da humanidade

A língua é o que liga eu você, por isso tem ter um cuidado, não se grita um com o outro, pois do mesmo jeito que a língua liga aqui tem o Wuirã, um pássaro, um espírito que habita na nossa fala, e liga nosso corpo, se gritar ele pode voar, você pode assustar o pássaro, e matar o espírito.

(Fala do professor indígena Kaiowá, Izaque João)

O Brasil é um país de mais de 160 línguas. Estima-se que atualmente há mais de 160 línguas e dialetos indígenas falados pelos povos indígenas no Brasil²⁹. Embora esse número seja voluptuoso quando comparado à língua portuguesa, foi reduzido

²⁹ Informação retirada da plataforma do Instituto Socioambiental – ISA. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/L%C3%ADnguas>.

bastante desde a chegada dos portugueses em solo brasileiro, pois teóricos apontam que existiam mais de mil línguas indígenas faladas pelos povos originários.

As línguas constituem outro elemento cultural imaterial e foi reconhecido na CRFB/88 como tal. No capítulo destinado à educação, está determinado que o ensino fundamental regular deve ser ministrado com uso do português, sendo que deve ser assegurado aos indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem. A respeito da temática, essas foram as proposições no período da constituinte:

TABELA 04

<p>Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias.³⁰</p>	<p>Art. 10. § 1º. Compete à União a proteção às terras, às instituições, às pessoas, aos bens, à saúde e a garantia à educação dos índios. § 2º. A educação de que trata o parágrafo anterior será ministrada, no nível básico, nas línguas materna e portuguesa, assegurada a preservação da identidade étnica e cultural das populações indígenas.</p>
<p>Anteprojeto apresentado pela Comissão da Ordem Social.³¹</p>	<p>Art. 100, § 1º. Compete à União a proteção das terras, instituições, pessoas, bens e saúde dos índios, bem como promover-lhes a educação. § 2º. A educação de que trata o parágrafo anterior será ministrada no nível básico na língua materna e na portuguesa, assegurada a preservação da identidade étnica e cultural das populações indígenas.</p>
<p>Texto Promulgado na CRFB/88</p>	<p>Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. § 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.</p>

Os povos indígenas possuíam o anseio de que a educação das crianças indígenas ocorresse na língua materna e língua portuguesa de forma simultânea e obrigatória, no intuito de que essas crianças não se afastassem da sua origem e,

³⁰ Atas das Reuniões da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Senado Federal, p. 179. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/7c_Subcomissao_Dos_Negros_Populacoes_Indigenas.pdf.

³¹ Anteprojeto da Comissão da Ordem Social. Brasília: Senado Federal, p. 14. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-187.pdf>

portanto, mantivessem o uso contínuo da língua nativa. Contudo, a redação da constituição retirou o caráter simultâneo no uso de ambas as línguas e deu maior prevalência ao uso da língua portuguesa, ficando à critério do próprio indígena o uso da sua língua.

O desaparecimento dessas línguas se dá pelo etnocídio cometido, a exterminação de um povo e suas linguagens, e pelo aspecto da oralidade. A língua é uma tradição cultural oral, também considerada imaterial e, portanto, para mantê-la viva é necessário que seja passada de geração para geração, dos anciãos aos mais jovens. A sua oralidade não é estática, por ser um elemento cultural que é contraposto por identidades diferentes, a língua sofre modificações de acordo com o povo falante e as vivências mútuas. Na língua portuguesa, por exemplo, a língua *tupinambá* era a mais falada na costa do atlântico, local que os navios portugueses atracaram, e muitas palavras foram integradas no vocabulário do português brasileiro, principalmente porque os colonizadores adotaram e modificaram essa língua. (RIBEIRO, p. 34, 1957)

Não é incomum que um indígena saiba falar mais de uma língua, devido a parentalidade e origens comuns que há entre algumas línguas, as quais se englobam no mesmo tronco linguístico. A raiz do tronco linguístico é uma língua falada há milhares de anos, a exemplo da língua portuguesa que vem da família latina, que tem origem na língua raiz indo-europeu. Nas línguas indígenas brasileiras, há dois troncos principais que se ramificam para dezenas de famílias linguísticas e línguas faladas, o *Tupi* e o *Macro- Jê*. Além desses dois troncos, consideram que há dezenove famílias linguísticas autônomas por não possuírem similaridade entre si, são elas: *Aikaná, Arawá, Arúak, Gauikuru, Iranxe, Jabuti, Kanoê, Karib, Katukina, Koazá, Máku, Makú, Mura, Nanambikwára, Pano, Trumái. Tikúna, Tukano, Txapakúra, Yanomani*³².

A língua supera as barreiras da compreensão da outra pessoa, independente de qual seja. Normalmente, quando duas pessoas ou mais com identidades diferentes são contrapostas, essas pessoas utilizam as línguas francas, aquelas que ambos compreendem (RODRIGUES, 1986). Os povos indígenas utilizam desse recurso para

³² Trata-se de uma revisão especial realizada por Ayrton Dall'Igna Rodrigues para o ISA (setembro/1997) das informações que constam de seu livro *Línguas brasileiras – para o conhecimento das línguas indígenas* (São Paulo, Edições Loyola, 1986, 134 p.)

se comunicar entre si e, por outro lado, também utilizam a língua portuguesa quando têm que se comunicar com pessoas não pertencentes à cultura indígena.

O exemplo mais clássico estudado pelos especialistas, é referente aos indígenas que falam a língua da família *Tukano*, povos que habitam próximos ao Rio Negro. Darcy Ribeiro já dizia em sua obra publicada no ano de 1957 que esses povos perderam sua língua materna para se comunicar em outra língua indígena, variante do *Tupi*, que foi introduzida pelos civilizados e denominado de línguas gerais (p. 34). Da mesma forma, anos depois Ayron Dall'Ígna Rodrigues trouxe em sua obra publicada em 1986, revisada no ano de 2019, que os homens desses povos chegam a falar de três a cinco línguas, pois para eles as línguas constituem a identidade pessoal de cada integrante.

Sobre a importância das línguas indígenas, menciona-se o caso dos indígenas que integraram a Força Expedicionária Brasileira (FAB) e lutaram contra os nazistas durante a segunda guerra mundial, na Itália. Embora a contribuição dos indígenas tenha sido apagada das linhas da história ensinada, eles tiveram grande participação ao tomar o Monte Castelo e vencer uma batalha sangrenta. Nessa guerra havia dezenas de povos como os *guaranis*, *kinikinaus*, *terenas* e *cadiués*. O combatente indígena Aurélio Jorge, pertencente ao povo Terena, informou que durante as batalhas eles usavam a língua nativa para se comunicarem em segurança, a palavra "*Vucapanavo*", de origem do povo Terena, era muito utilizada como grito de guerra e significa: "vamos em frente!".³³

Logo, a proteção jurídica das línguas é de extrema importância, pois é um dos elementos imateriais mais persistentes à cultura, e ela exprime as experiências vividas pelo povo (RIBEIRO, 1957, p. 32). As línguas nativas indígenas vão se diversificando com os processos de interação entre indígenas e não indígenas. Embora tenha a singularidade de comunicação entre pessoas integrantes de grupos diferentes, há uma problemática que resiste no desaparecimento das línguas indígenas em decorrência do uso da língua dominante: a língua portuguesa.

³³ Entrevista concedida pelo Aurélio Jorge ao jornalista Geraldo Ferreira, jornal Folha de São Paulo, ano 2000.

Há, ainda, o preconceito, que é um fator relevante para não ensinar a língua nativa para a geração mais nova, a fim de que se tornem mais integrados à sociedade e ao mercado. Muitas crianças, inclusive, frequentam centros educacionais que ensinam somente a língua portuguesa, e acabam por inutilizar sua língua materna. Isso significa que a próxima geração imediata a essa criança vai receber menos ainda a tradição oral de seu povo, e assim as línguas vão desaparecendo.

A simples necessidade de comunicação com os representantes da sociedade nacional leva rapidamente alguns indivíduos a se esforçarem para dominar o português. Com a intensificação dos contatos cresce continuamente o número de bilíngues de modo que, ao alcançarem a etapa de convívio permanente, via de regra, todos os homens adultos já são capazes de se exprimir em português. Nos grupos integrados se observa uma verdadeira competição entre as duas línguas tendendo a conduzir ao abandono da língua materna quando interferem certos fatores sociais desfavoráveis. (RIBEIRO, p. 33, 1957)

É certo que não há um problema propriamente dito no indígena se integrar à sociedade e deixar de falar sua língua materna, afinal, não se pode colocar essa expectativa de imutabilidades aos indígenas brasileiros. A problemática resiste nas consequências, que é o desaparecimento natural dessas línguas tão importantes para a cultura brasileira, assim como o abandono da língua materna por parte dos indígenas, a fim de não sofrer intolerância.

Por um lado, cresce a população indígena muito pelo fato do avanço no acesso a atendimento de saúde, medicamentos e alimentação. Por outro, se diminuem os falantes das línguas nativas, porque estes abandonam suas línguas com base na crença errônea de que para falar bem a língua portuguesa eles precisam deixar de falar suas línguas nativas. (STORTO, 2019)

O povo *Potiguara*, localizado nos municípios de Baía da Traição, Marcação e Rio Tinto, na região Nordeste, foi o primeiro a ter contato com os colonizadores e sofreu imposição das aldeias missionárias. Hoje, busca manter a identidade do povo por meio do reaprendizado da língua *Tupi-Guarani*, pois hoje a comunicação se dá somente pelo português. A tentativa de reintrodução da língua *Tupi-Guarani* nas relações sociais, ocorre por meio da produção cultural dentro do turismo étnico que acontece na região. A perda da língua materna ocorreu por meio da interação dos

indígenas *potiguaras* com vilas e cidades, tendo ali um contato frequente com as pessoas não indígenas em eventos, comércios e até mesmo como vizinhos³⁴.

É comum que o contato entre as pessoas pertencentes à comunidade seja reduzido quando essa comunidade é dividida em duas ou mais subcomunidades. A nova comunidade que se origina distancia-se do local geográfico que pertencia originalmente, e por consequência, diminui a necessidade de ajuste de comunicação entre elas, aumentando a diferenciação linguística. (RODRIGUES, 1986, p. 18)

Por essa razão, uma das principais maneiras de proteção das línguas indígenas é a demarcação de terras, para que as comunidades não tenham que se distanciar forçosamente do seu local geográfico natural, da sua territorialidade, onde estão as raízes da sua coletividade, já que é nesse espaço que é reproduzido e preservado as tradições culturais do povo.

Em recente pesquisa sobre as línguas indígenas, Luciana Storto menciona que apenas 13% do território nacional são territórios indígenas demarcados e, além dessas áreas preservarem outras áreas no entorno, essa parcela demarcada assume protagonismo quando o assunto é preservação da língua materna e demais elementos culturais. Dentre esses locais, a região do alto Rio Negro, o sul de Rondônia e Parque Indígena Xingu se destacam com a maior diversidade linguística (STORTO, 2019).

Ainda, deve ser incentivada a documentação e proteção dessas línguas por serem importantes para o patrimônio cultural brasileiro. Já existem alguns projetos nesse sentido, como a publicação do Decreto nº 7.387/2010, publicado no mandato presidencial de Luiz Inácio Lula da Silva, o qual instituiu o Inventário Nacional da Diversidade Linguística (INDL) como instrumento oficial de identificação, documentação, reconhecimento e valorização das línguas faladas pelos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira; a instituição desse projeto determina que a língua incluída receba o título de “Referência Cultural Brasileira”³⁵.

³⁴ Informação retirada na plataforma digital do Instituto Socioambiental – ISA. Disponível em: <https://live-nh06.mconf.mp.br/html5client/join?sessionToken=oayenbfdz1ulamms>.

³⁵ Art. 1º Fica instituído o Inventário Nacional da Diversidade Linguística, sob gestão do Ministério da Cultura, como instrumento de identificação, documentação, reconhecimento e valorização das línguas portadoras de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Parágrafo único. O Inventário Nacional da Diversidade Linguística será dotado de sistema informatizado de documentação e

Até o momento, há seis línguas indígenas registradas no INDL: a) a língua *Asurini*, pertencente à família linguística do *Tupi-Guarani*, do tronco *Tupi*; b) a língua *Guarani M'bya*, pertencente à família linguística do *Tupi-Guarani*, do tronco *Tupi*; c) as línguas *Nahukuá*, *Matipu*, *Kuikuro* e *Kalapalo*, todas da família linguística *Karib*, não pertencente a nenhum tronco linguístico. Todas essas línguas foram registradas pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN) e pelo Ministério da Cultura (MinC)³⁶.

Além desse projeto, há o “Projeto de Documentação de Línguas Indígenas” de iniciativa pública e governamental, que busca registrar digitalmente exemplos de uso da língua de diversas etnias em um contexto cultural apropriado. Existe atualmente o registro de línguas das seguintes etnias: *Apiaká*, *Desano*, *Haliti-Paresi*, *Kaiabi-Kawaiwete*, *Karajá*, *Kanoê*, *Kisêdjê*, *Ikpeng*, *Maxakali*, *Rikbaktsa*, *Shawãdawa*, e *Yawanawa*. Para cada etnia há o registro do perfil tipológico da língua do povo indígena correspondente.

Todos esses projetos públicos representam atos positivos do Estado em documentar as línguas indígenas, pois esse trabalho deve ser realizado prontamente tendo em vista os riscos que a omissão pode causar à preservação da cultura, principalmente quando o risco de desaparecimento acontece pela interação forçosa imposta pela sociedade nacional. A tarefa da etnologia e da linguística, é retardar o processo de desaparecimento dessas línguas frente ao acelerado processo de industrialização e urbanização, sendo o retardamento instrumentalizado pelo registro público das línguas (RIBEIRO, p. 50, 1957).

2.2.3 A riqueza simbólica das práticas alimentares e agrícolas dos povos indígenas

De acordo com a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO), há cinco motivos basilares que levam a concluir que os povos indígenas contribuem no combate à fome mundial; são eles: a) suas formas de cultivos

informação gerenciado, mantido e atualizado pelo Ministério da Cultura, de acordo com as regras por ele disciplinadas. Art. 3º A língua incluída no Inventário Nacional da Diversidade Linguística receberá o título de “Referência Cultural Brasileira”, expedido pelo Ministério da Cultura.

³⁶ Informação retirada da plataforma digital do IPHAN. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/indl>.

se adaptam às mudanças climáticas; b) eles preservam o meio ambiente e restauram a natureza onde exploram; c) suas culinárias podem auxiliar na expansão e diversificação dos alimentos; d) eles lidam com boa parte da biodiversidade natural que ainda resta no mundo e preservar a biodiversidade é o caminho para segurança alimentar; e) suas safras são mais resistentes, dentro de seus limites comparativos³⁷.

Essa conclusão partiu da premissa de que eles conseguem produzir em locais extremos, com técnicas de terraceamento para evitar erosões, até jardins flutuantes nos locais inundados. Por viverem em contato direto com a natureza, tiveram que adaptar suas vivências a um modo que respeite todos os recursos naturais; essa capacidade adaptativa sugere que esses povos conseguem cultivar de maneira sustentável.

Há ainda a diversificação da dieta, mas normalmente o imaginário comum popular relaciona a culinária deles somente à mandioca, a qual eles usam para fazer beiju, tapioca, farinha, mingau, tucupi, caxiri (cerveja) e maniçoba (KATZ, 2009, p. 34). Essa condição é um demonstrativo de que eles possuem alta capacidade transformativa também. Nas suas roças também existem uma variedade de frutas nativas, ervas e grãos, e nos seus pratos a principal fonte de proteína são os peixes. A FAO considera que

os povos indígenas são parceiros inestimáveis no fornecimento de soluções para as mudanças climáticas e na criação de um mundo sem fome. Nunca alcançaremos soluções a longo prazo para as mudanças climáticas e para a segurança alimentar e nutricional, sem buscar ajuda e proteger os direitos dos povos indígenas (FAO, 2020).

Ainda, dentro da estrutura social dos povos originários, as mulheres indígenas desempenham um papel importante no manejo das lavouras no combate contra a fome e insegurança alimentar, pois a terra e os recursos naturais possuem significados especiais para elas. Essa relação recíproca está baseada no dever de respeitar, cuidar e alimentar a vida para que essa também cuide e alimente a geração atual³⁸ (ONU, 2018).

³⁷ Fonte: <https://www.fao.org/brasil/noticias/detail-events/pt/c/1302179/>.

³⁸ Relatório da Organização das Nações Unidas intitulado "Acceso de las mujeres indígenas a la tierra, el territorio y los recursos naturales em América Latina y el Caribe".

Essas mulheres são consideradas guardiãs dos conhecimentos tradicionais relacionados aos modos de produções agrícolas, pois são elas que transmitem o conhecimento para geração mais nova, mantêm viva a cultura e as formas de produção de seus povos. Fazem isso porque trabalham no campo, em casa e em prol da comunidade, suas redes de relações são extensas e garantem que as próximas gerações saibam como produzir alimentos e cuidar da terra.

A nível global, as mulheres do campo produzem mais da metade de todos os alimentos que se consomem, e as mulheres indígenas fazem um papel chave na conservação dos ecossistemas, bosques e fontes de água, e a adaptação dos cultivos às mudanças climáticas para diminuir a emissão do dióxido de carbono e contribuir para segurança alimentar e autossuficiência de suas comunidades e países. (López Tarabochia, 2017 *apud* ONU MUJERES, 2018)

No âmbito territorial da América Latina, por exemplo, as mulheres indígenas *Machupe*, de origens chilenas, estão na mesma posição que os homens e têm sido fundamentais para defender seus povos e territórios, além disso, também são responsáveis pela medicina tradicional que depende da conservação da biodiversidade e demais conhecimentos tradicionais que assegurem a soberania alimentar. (SEGUEL *apud* ONU MUJERES, 2018)

O fomento à proteção dos conhecimentos tradicionais indígenas sobre solos, cultivos e variações microclimáticas, bem como a complementação de pesquisas científicas, podem oferecer um caminho alternativo ao sistema de monocultura altamente dispendioso e ecologicamente perverso que predomina atualmente (POSEY, 1989, p. 17).

Os índios modificam o solo utilizando diversos tipos de cobertura vegetal, que afetam a umidade e a temperatura. Para isso empregam troncos, folhas, palha e casca de árvores. Às vezes, enchem de buracos com matéria orgânica, tal como detritos e cinza, produzindo bolsões altamente centrados de solo fértil. Folhas de bananeira maduras, espigas de milho, palha de arroz e outros materiais orgânicos são empilhados – e, às vezes, queimados – em partes selecionadas dos campos para criar adicionais variações microzonais. (POSEY, 1989, p. 17)

Esse estudo realizado por POSEY (1989) com os *Mebêngokrê* evidencia que a forma que os povos indígenas manipulam e enriquecem o solo são oriundos de conhecimentos tradicionais transmitidos dentro de suas relações simbólicas, bem como permite prever quais recursos genéticos da fauna e flora vão desenvolver melhor dentro desse ecossistema.

Esses conhecimentos podem contribuir para o alcance da segurança alimentar do país, pois essa pode ser definida como o direito que todo cidadão possui em ter acesso regular a alimentos, mas em quantidade necessária para atender suas necessidades básicas e com qualidade nutricional, bem como também tem que atender a outros requisitos, quais sejam, a necessidade cultural e a obrigação de ser social, econômica e ambientalmente sustentáveis (II Conferência Nacional de SAN. Olinda, 2004).

Essa definição foi desenvolvida em uma ação conjunta da atuação governamental e movimentos sociais, e carrega uma finalidade pública, estratégica e permanente, o que a torna um elemento fundamental para desenvolvimento do país (MALUF, 2009, p. 17). Dessa forma, os povos indígenas podem ser os protagonistas desse processo, já que o desenvolvimento envolve questões dialéticas e históricas, não apenas econômicas.

A característica mais misteriosa desses conhecimentos que estão abraçados pela conexão entre indígenas e as plantas, está nos entendimentos sobre qualidades de solo, que podem ser bastante eficazes por oferecer explicações alternativas para as atuais relações produtivas e, em consequência, substituir a monocultura (POSEY, 1989, p. 17). Sem dúvidas, os povos indígenas têm o potencial de revolucionar a agricultura, pois permitem produzir no mesmo solo uma variedade de espécies.

Além disso, o próprio excesso de utilização de agrotóxicos é um fator que afeta a segurança alimentar nacional, já que o alimento deve ser produzido de uma forma que não coloque em risco a saúde de quem o consumiu (MALUF, 2009, p. 18); no entanto, as pesquisas com foco nas práticas agrícolas dos povos indígenas apontam para resultados promissores, no sentido de que eles conseguem controlar as pragas sem aplicar aditivos químicos, somente com predadores e fertilizantes naturais (POSEY, 1989, p. 19).

Além do estudo realizado por Posey sobre o povo *Mebêngokré*, o Sistema Agrícola Tradicional do Rio Negro também é uma demonstração dessa vertente, pois se baseia em conjunto de práticas ancestrais milenares e foi considerado como patrimônio imaterial brasileiro pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN.

As devolutivas positivas para população local são evidentes: segundo dados trazidos pelo Instituto Socioambiental, já foram catalogadas mais de trezentas variedades de plantas produzidas por vinte e três povos indígenas diferentes, bem como trinta e duas espécies de peixes passíveis de serem consumidos.³⁹

Esses efeitos foram alcançados pela formação de teias indissolúveis de relações sociais das diferentes comunidades locais, a qual possibilitou o aprimoramento de técnicas de cultivo, elaboração de utensílios próprios de produção e a troca de sementes e plantas.

Por exemplo, um grupo mais especializado na caça troca carne por peixe de outro grupo. Além disso, celebra-se a coleta de cada tipo de fruta (ingá, pupunha, etc.). Tanto recursos alimentares como objetos são trocados, já que alguns grupos são especializados na fabricação de certos objetos (ralos baniwa, cestos de carga maku, etc.) (KATZ, 2009, p. 34-25)

Assim, a diversidade de alimentos produzidas nas roças de cada comunidades no Alto do Rio Negro, proporcionou uma revolução nutricional nos pratos de todas as famílias locais. Por esse motivo, é necessário que o incentivo dessa reestruturação das perspectivas agrícolas seja uma ação de Estado, principalmente. Para elaboração de uma política alimentar democrática, é essencial a educação política dos consumidores, organização cooperativa de produtores e empreendimentos locais que incluam ambos (MALUF, 2009, p. 48).

No primeiro capítulo foi realizada contextualização da função contramajoritária, enquanto o segundo capítulo ficou concentrado nas nuances das culturas indígenas propriamente ditas. No próximo capítulo será aprofundada a proximidade que há entre ambas as temáticas a partir da abordagem de decisões proferidas pelo STF em ações de controle de constitucionalidade.

³⁹ Fonte: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/riquezas-do-rio-negro-alimentos-indigenas-chegam-a-merenda-escolar>.

3. A SINERGIA ENTRE O CONTRAMAJORITARISMO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS

3.1 A influência do espectro da hegemonia latifundiária conservadora na violência contra os povos indígenas

A gente quer ter voz ativa
 No nosso destino mandar
 Mas eis que chega a roda-viva
 E carrega o destino pra lá
 [...]

A gente vai contra a corrente
 Até não poder resistir
 Na volta do barco é que sente
 O quanto deixou de cumprir
 Faz tempo que a gente cultiva
 A mais linda roseira que há
 Mas eis que chega a roda-viva
 E carrega a roseira pra lá

- Chico Buarque, trecho da canção "Roda Viva"

Embora os países do mundo, inclusive o Brasil, tenham se preocupado em conceder a proteção jurídica aos bens culturais, o simples reconhecimento constitucional e nas demais legislações não é suficiente para imortalizá-los. Isso porque são desconfigurados e destruídos com as ameaças de secas e enchentes, conflitos civis, especulações e a ganância predadora do homem (SOUZA FILHO, 1992, p. 153).

Para proteger as culturas, é necessária uma relação entre Estado e o direito. Essa proteção não pode ser geral, no sentido de que toda manifestação cultural ou interação do homem com a natureza deve ser preservada. Se assim fosse, não existiria o desenvolvimento social e a humanidade não evoluiria devido a imutabilidade de todas as relações. Para um bem cultural ser preservado, é imprescindível que seja individualizado, no intuito de que ele seja identificado, reconhecido e publicado. Esta individualização é viabilizada quando a Constituição Federal reconhece a cultura e o seu processo de formação (SOUZA FILHO, 1992, p. 154).

O bem cultural, assim reconhecido pelo Poder Público, passa a estar especialmente protegido e se lhe agrega uma qualidade jurídica modificadora, de tal ordem que fica alterada a sua classificação legal. Ele deixa de ser móvel ou imóvel, público ou privado. Além disso, não fica fora do comércio, salvo se for do domínio público, embora sofra restrições quanto à exportação e ao direito de preferência do Estado. (SOUZA FILHO, 1992, p. 155)

A relação do direito e Estado sobre os bens culturais, deu margem para a instituição de uma classificação de bem, os de interesse público, os quais são alvo de maior vigilância estatal e diferem da limitação colocada pela subordinação da propriedade privada à função social. Nessa perspectiva, consolida entre a sociedade e o Estado relação de via de mão dupla, pois o cidadão possui direitos sobre o bem cultural, no sentido de ter acesso a ele e exigir que o Estado e seu administrador o conserve, mas tem o dever de proteger e qualquer ato violador se torna um crime (SOUZA FILHO, 1992, p. 155-156).

Os elementos culturais imateriais dos povos indígenas compõem essa classificação jurídica de interesse público. Na CRFB/88, o constituinte adotou o termo “patrimônio cultural” quando tratou da proteção das culturas indígenas, significando que há um acervo cultural híbrido, com diferentes bens e proprietários, mas todos constituem um patrimônio nacional que interessa ao Estado.

Todas essas nuances são problemas gerados pela necessidade de proteção dos bens culturais. O Estado deve criar normas transcendentais e o judiciário deve garantir a aplicação exata dessas normas, pois o patrimônio cultural é ameaçado pela ação predatória e ganância do homem em obter lucro máximo, por meio do aumento da produção em menor tempo possível (SOUZA FILHO, 1992, p. 157). Pode-se dizer até mesmo que há um interesse capitalista sobre os elementos culturais imateriais, considerado que não é incomum serem transformados em mercadorias.

Esse é um problema latente, pois, embora o processo de industrialização e modernização no campo tenha se potencializado no final do século XX após o golpe militar, a terra no sentido amplo é o tema do século atual. O problema não reside na falta de terras, mas, sim, na sua abundância, que ocasiona uma corrida fundiária causada pela ganância na conquista de terras, por pessoas que possuem uma noção reduzida da terra enquanto matéria. Nessa corrida, os povos indígenas correm em paralelo, não para conseguir terras, mas para proteger os seus territórios, uma noção muito mais abrangente, onde a terra nada mais é do que um elemento material que integra um equilíbrio ecológico e é fonte de vida.

Desde esse processo de industrialização consolidou-se um modelo de agricultura conservadora, o agronegócio, que é revestido pela característica de

comportar atividades predatórias. Desse modo, a terra, enquanto elemento, torna-se tema central de discussão para além de mero meio de produção capitalista, e isso ocorre pelas quatro crises que esse modelo de agronomia gerou: crise alimentar, crise ambiental e climática, crise energética e crise financeira (SAUER, 2016).

A crise alimentar é a matriz da própria ganância, faz com que as produções agrícolas dobrem em menor período, sem que o intuito seja produzir alimento, pois objetiva gerar renda e emprego, além prestigiar a macroeconomia para retomada de crescimento. A crise ambiental é ocasionada pelos impactos ambientais que as atividades do agronegócio praticam, como desmatamento a partir de queimadas ilegais, contaminação de solo e águas em decorrência de aplicação de agrotóxicos. As crises financeira e energética ecoaram por volta do ano de 2008, a partir do aumento do preço do petróleo e da combinação de políticas neoliberais com o capitalismo encabeçado pelo setor financeiro, nesse período foi fomentado o aumento de créditos rurais, e novamente agora retoma-se a discussão de fontes alternativas aos combustíveis fósseis (SAUER, 2016).

Inclusive, o Brasil integra o BRICS, um agrupamento econômico de países emergentes (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), e nesse grupo tem como modelo de crescimento econômico o uso dos elementos naturais para proporcionar os processos de exportação de *commodities* agrícolas e não agrícolas (SAUER, 2016, p. 9). Todas essas crises possuem relação com a realidade agrária brasileira e, por essa razão, possuem relação com os territórios indígenas e manutenção de suas culturas.

Isso porque há grande pressão fundiária sobre os territórios indígenas, e muitas invasões para concretizar essas atividades predatórias, e as demandas judiciais orbitam sobre a discussão do direito que os indígenas possuem sobre o território que ocupam. Uma vez que o território é invadido, conseqüentemente o modo de vida orgânico do povo é alterado, muitos elementos culturais se perdem nesse contato coercitivo ou na própria evasão, simplesmente por não ter mais o espaço físico que viabiliza sua transformação em espaço subjetivo.

O imenso segmento do agronegócio é muito poderoso em termos estritamente econômicos, mas não foi capaz de gerar um equivalente jurídico. Não há um consenso

se esse modelo carrega um paradigma social, um projeto político que abrange todos os interesses da sociedade. Daí uma das razões pelo qual ainda não há um projeto nacional brasileiro de reforma fundiária, incluindo a demarcação de terras indígenas: é em decorrência da polarização que existe no campo (MORAES, et al, 2008).

Na interpretação do resultado da Constituição Federal de 1988, é necessário avaliar a posição que ela colocou a parte mais frágil da sociedade brasileira, pois conceder privilégios a uma parte da população que já ocupava um razoável patamar, não significa melhorar o conjunto (SILVA, 1989). De certo modo, aumentou a desigualdade social no campo, a luta desigual pela terra, a violência dos conflitos fundiários, já que estabeleceu uma série de entraves políticos-jurídicos bastante pertinentes aos donos de terra. Então, impossibilitou que a questão agrária pudesse ser resolvida de forma pacífica. Segundo Marés,

Quando a Constituição foi escrita, porém, os chamados ruralistas, nome gentílico dado aos latifundiários, foram construindo dificuldades no texto constitucional para que ele não pudesse ser aplicado. Como não podiam desaproveitar claramente o texto cidadão, ardilosos e habilmente introduziram senões, imprecisões, exceções que, contando com a interpretação dos juizes, Tribunais e dos próprio Poder Executivo, fariam do texto letra morta, transportando a esperança anunciada na Constituição para o velho enfrentamento diário das classes dominadas, onde a lei sempre é contra. (2021, p. 194)

Esses entraves abrem margem para que o Estado, os proprietários conservadores e o grande capital reduzam esses direitos sociais alcançados que foram mencionados anteriormente, reinterpretem de acordo com seus interesses, ou simplesmente não deixem ter aplicação prática. Em relação ao direito de propriedade privada, a partir da Constituição de 1988 houve um avanço expressivo, conforme já foi mencionado, que é a inovação da função social quadripartite da propriedade, bem como a inclusão da função social nos direitos fundamentais.

Sem dúvidas, foi um grande avanço nesse processo de redemocratização, mas se comparar com as propostas apresentadas pelos representantes dos movimentos populares e com a proposta apresentada pelo centrão, é possível perceber que o atual texto constitucional se aproxima mais dessa última. Sobre algumas propostas sobre a função social da propriedade, destaca-se as seguintes:

Tabela 05

Proposta apresentada pela Campanha Nacional pela Reforma Agrária (CNRA)	a) é racionalmente aproveitado; b) conserva os recursos renováveis e preserva o meio ambiente; c) observa as disposições legais que regulam relações de trabalho e produção e não motiva conflitos e disputas pela posse ou domínio; d) não excede a área máxima prevista como limite regional; e) respeita os direitos das populações indígenas que vivem nas suas imediações.
emenda coletiva nº 2.043 do centrão⁴⁰	a) é adequadamente aproveitada; b) é explorada de modo a preservar o meio ambiente; c) o proprietário observa as disposições gerais que regulam as relações de trabalho; d) a exploração favorece o bem-estar do proprietário e dos trabalhadores.
Texto promulgado na CRFB/88	a) aproveitamento racional e adequado; b) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; c) observância das disposições que regulam as relações de trabalho; d) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A proposta apresentada pela Campanha Nacional pela Reforma Agrária (CNRA) não previa uma função social, mas sim uma obrigação social. Ou seja, a proposta da CNRA é muito mais complexa e completa, sob o ponto de vista socioambiental, mas pouco dela foi aproveitada no resultado final. Ela pensou nos direitos dos povos indígenas, tentou evitar eventual desequilíbrio ecológico causado pelo esgotamento dos elementos naturais renováveis, além de ter tido maior preocupação com a situação dos trabalhadores rurais e o emprego de violência nas guerras fundiárias ideológicas.

As únicas vitórias dessa proposta foram a inclusão do termo “simultâneo” na redação legal, bem como o aproveitamento racional da terra. Assim, tem-se que, em comparação ao passado, de fato o legislador levou a propriedade privada para um patamar superior. No entanto, em comparação ao que poderia ser no futuro, o avanço não foi tão grande quanto poderia ter sido, ficou mais estreitado com os interesses dos conservadores.

⁴⁰ Centrão é nome dado ao grupo formado durante a constituinte, composto por fazendeiros e donos de empresas do ramo do agronegócio, como por exemplo a UDR – União Democrática Ruralista, liderado pelo goiano Ronaldo Caiado. Esse grupo formou o que hoje chama-se de bancada ruralista e empenharam no sentido de manter suas atividades após a constituinte, a esse grupo a pesquisa os denominam hegemonia latifundiária conservadora.

Ainda, há outro ponto a ser destacado sobre a propriedade privada e sua função social constitucional. Conforme foi mencionado, por mais que poderia ter sido melhor, o instituto da propriedade passou por mudanças inegáveis no aspecto econômico e social com imposição de uma função social quadripartite. Entretanto, a legislação ordinária, mais especificamente o Código Civil, não acompanhou essas mudanças (BERCOVICI, 2017, p. 29).

O Código Civil de 1916 elaborou o direito de propriedade a partir de uma perspectiva estritamente liberal e essa situação se manteve no Código Civil de 2002. Isto significa que não há definição fechada de propriedade, há um conceito vago construído a partir do seu aspecto estrutural dos direitos subjetivos do proprietário, isto é, os direitos de gozar, usufruir, reaver e dispor (BERCOVICI, 2013, p. 500).

Os reflexos disso na propriedade privada rural é que, assim, o Estado deve existir apenas para garantir o exercício do direito de propriedade fundada nos direitos individuais, por meio do seu poder coativo (BERCOVICI, 2013, p. 500). Porém, é fundamental que o Estado tenha um papel maior sobre a sociedade, ele deve garantir a construção do bem-estar de toda sociedade, incluindo as massas populares rurais. Essa concepção liberalista de propriedade atrapalha a proteção dos direitos desses grupos não tão bem representados.

O Estado sempre foi assentado pelos direitos individuais, o direito se preocupou em construir a ideia de propriedade como um bem privado que pode ser usado como mercadoria. Desse modo, o titular do direito deve ser uma pessoa individual e a propriedade tem que ser um objeto determinável e passível de ser avaliada economicamente (SOUZA FILHO, 2000, p. 166).

Nesse sistema não possui relevância jurídica a propriedade que não é individual, como as terras das comunidades tradicionais que pertencem a um coletivo; também não têm importância econômica as terras que não podem ser exploradas para maximizar lucros e levar o Brasil para uma posição de potência exportadora, como as terras destinadas à agricultura familiar e aos pequenos agricultores.

Dentro dessa lógica, é inimaginável um direito de propriedade que não tenha como sustentáculo apenas os direitos individuais e quando esse direito existe, não consegue ser aplicado de forma efetiva e perene. É o que acontece com os direitos

coletivos dos povos indígenas sobre suas terras, por exemplo, embora tenham passado a existir após a constituição federal de 1988, o alcance efetivo não se estende a longos passos.

O que aconteceu após a CRFB/88 não foi uma mudança dos direitos subjetivos civilistas do proprietário sobre sua propriedade, senão a função social jamais seria aprovada, no caso, houve uma mudança de mentalidade, isso porque a função social não é uma limitação negativa ao proprietário de terra, ela é um conceito próprio do capitalismo, pois ela legitima o lucro e a propriedade privada dos bens de produção, ela faz isso quando protege a atividade do grande produtor rural dentro de parâmetros constitucionais (BERCOVICI, 2017, p. 30).

Em outras palavras, a norma constitucional criou novos paradigmas para propriedade privada, mas a legislação ordinária não reforçou esse novo modelo e ainda segue uma denominação liberal, essa forma civilista atende mais os interesses dos donos de terra, já que ela ainda é muito estruturada nos direitos individuais. Da mesma forma, impede de enxergar e respeitar os tantos direitos que foram regulamentados na Constituição Federal, devido a falta de relevância político-jurídica.

Embora a concepção de que toda propriedade, não só a terra, deva ter uma função social esteja clara no texto constitucional, a leitura que as elites têm feito omite intencionalmente o conjunto para reafirmar o antigo e ultrapassado conceito de propriedade privada absoluta se apegando em pequenos detalhes e na sacralização da propriedade privada. A interpretação, assim, tem sido e se afirmando contra a Constituição. As decisões judiciais têm sido dadas com pouca atenção à função social e muita ao título formal. (MARÉS, 2021, p. 190)

A consequência é que o latifúndio por dimensão improdutiva continuou existindo após a CRFB/88, resultado dessa construção do direito de propriedade ao longo da história. Já os chamados latifúndios por dimensão produtiva, descumprem a função social porque não respeitam a natureza, não almejam o bem-estar entre os trabalhadores rurais e proprietários, não fazem uma produção agrícola adequada, mas continuam sendo impassíveis de desapropriação por serem meramente produtivos economicamente (MARÉS, 2021, p. 184).

3.2 Jurisprudência do STF sobre direitos indígenas

A metodologia aplicada na escolha das decisões do STF foi baseada na pesquisa de jurisprudências dentro do portal eletrônico do respectivo tribunal constitucional, utilizando como palavra de busca o termo “povos indígenas”. Digitado o termo de busca, apareceram quarenta e cinco resultados relativos a todas as decisões eletrônicas que mencionam essa palavra-chave em algum momento do texto decisório, sendo que muitas dessas decisões pertencem ao mesmo processo. A escolha dos processos foi basicamente na observação do tema tratado em cada um deles, foi escolhido somente aqueles que o objeto da ação eram os direitos indígenas propriamente ditos, ou seja, com discussão voltada para interpretação e aplicação dos direitos indígenas.

Dentro desses processos escolhidos, buscou-se analisar as principais decisões dentro de cada ação para verificar os fundamentos utilizados pela suprema corte na construção do ato decisório. Assim, nos processos que não foram julgados, foram analisadas as decisões que enfrentaram pedidos cautelares. Nos processos julgados, independentemente de estar transitado em julgado ou pela interposição de recursos posteriores, foram analisados os acórdãos principais que julgaram os pleitos iniciais e enfrentaram o objeto da ação. Deste modo, o quantitativo foi reduzido para cinco decisões em cinco processos diferentes.

A função contramajoritária do STF é instrumentalizada por meio do controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso. Das decisões analisadas, duas são de ações de controle de constitucionalidade concentrado, ADPF 709 e ADI 6062, e três são de ações com controle de constitucionalidade difuso, ACO 309/MS, RE 1012365/SC e PET 3338/RR. Na análise dessas decisões, o objetivo foi observar quais direitos foram discutidos, qual o o objeto da ação quais as partes envolvidas, quais argumentos utilizados nas decisões, e se o resultado da decisão repercutiu efeitos favoráveis aos povos indígenas.

As decisões a seguir foram tabuladas da seguinte maneira:

TABELA 06

PET 3388 / RR	Artigo 231 da CRFB/88.	CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA Nº 534/2005 – Demarcação de terra indígena Raposa Serra do Sol	A demarcação de terras indígenas como capítulo avançado do constitucionalismo fraternal.
ADPF 709	Tutela os direitos fundamentais à vida e à saúde face à pandemia da COVID-19, e discute sobre o artigo 231 da CRFB/88.	Ação que tem por objeto falhas e omissões do Poder Público no combate à pandemia da COVID-19 entre os Povos Indígenas, com alto risco de contágio e mesmo de extermínio de etnias.	Após visita às comunidades afetadas e manifestação dos indígenas afetados e seus representantes, foi instituído diversas políticas públicas para protegê-los dos contágios causados pelos invasores.
ADI 6062	Artigo 231 da CRFB/88	Inconstitucionalidade da MP nº 886/2019, pois buscava alterar a competência da União na demarcação das terras indígenas para o MAPA.	Foi decidido que o perigo que da demora na definição de competência demarcatória acarreta aos povos indígenas.
ACO 304 / MS	Artigo 231 da CRFB/88	Demarcação de terra indígena sobre suposta área particular de empresa agropecuária.	A partir da perícia histórico- antropológica, foi atestado que a ocupação dos indígenas Xavante na região onde foi instituída a Reserva Indígena Parabubure é imemorial.
RECURSO EXTRAORDINÁRIO	Artigo 231 da CFRB/88	Reintegração de posse da FATMA em território indígena.	A repercussão geral foi reconhecida pelo STF, e o tribunal invocou a participação de todos os interessados na solução de demandas judiciais que enfrentam conflitos fundiários em terras ocupadas por indígenas, inclusive as próprias comunidades afetadas na qualidade de amicus curiae, por meio de realização de audiência pública.

3.2.1 ADPF nº 709⁴¹ - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709 foi proposta perante o STF para discutir as falhas do poder público, relacionadas ao enfrentamento do contágio da pandemia Covid-19 entre os povos indígenas isolados e não isolados. Entre os autores da ação, destaca-se a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB), e Fundação Nacional dos Povos Indígenas (Funai), Conselho Indigenista Missionário (Cimi), Conselho Indígena Tapajós e Arapiuns, Comissão Guarani Yvyrupa e a União dos Povos Indígenas do Vale do Javari (UNIVAJA), na qualidade de *amicus curiae*⁴².

A inclusão da UNIVAJA no feito como *amicus curiae* foi decidida em sede de liminar. O ingresso na ação decorreu de a região Vale do Javari concentrar a maior quantidade de povos indígenas isolados que foram afetados pela pandemia. Pelo fato desses povos terem necessidades específicas e representatividade que essa entidade tem para esses povos, o ingresso no feito foi deferido.

Os autores consideraram que a crescente invasão nas terras indígenas estava colocando os povos isolados em risco, pois havia um contato frequente com pessoas não-indígenas que levavam e disseminavam o vírus da Covid-19 entre os indígenas do local invadido, levando muitos à morte. O desmonte de políticas públicas e a omissão estatal em transformar essa situação originou a ADPF 709, a fim de tutelar o direito à vida (CF, art. 5º, caput) e à saúde (CF, arts. 6º e 196) desses povos. Ainda, essa situação de invasão, violência e etnocídio recaíram na discussão da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, inc. III) e no direito que esses povos têm sobre as terras que tradicionalmente ocupam (CF, art. 231).

Entre as terras dos povos isolados estão: *Alto Tarauacá, Araribóia, Caru, Himerimã, Igarapé Taboca, Kampa* e Isolados do Rio *Envira, Kulina* do Rio *Envira*, Riozinho do Alto *Envira, Kaxinauá* do Rio *Humaitá, Kawahiva* do Rio Pardo,

⁴¹ As informações nesse tópico foram retiradas do acórdão analisado.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (plenário). Tutela incidental provisória na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Ministro Roberto Barroso, 25 de maio de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962>. Acesso em: 10 jan. 2023.

⁴² Uma forma de intervenção de terceiros no processo previsto no Código de Processo Civil, no qual o interventor não figura como parte, mas como interventor que vai ajudar o juiz a formar sua decisão a partir de manifestações imparciais, e com indicativos mais próximos a realidade das partes.

Mamoadate, Massaco, Piripkura, Pirititi, Rio Branco, Uru-Eu-Wau-Wau, Tanaru, Vale do Javari, Waimiri-Atroari, e Yanomami; e dos povos de recente contato, Zo'é, Awa, Caru, Alto Turiaçu, Avá Canoeiro, Omerê, Vale do Javari, Kampa e Isolados do Alto Envira e Alto Tarauacá, Waimiri-Atroari, Arara da TI Cachoeira Seca, Araweté, Suruwahá, Yanomami, Alto Rio Negro, Pirahã, Enawenê-Nawê, Juma e Apyterewa.

Para esses povos específicos, foi determinada em sede de decisão de medida cautelar pelo ministro Roberto Barroso, decisão que depois foi ratificada em julgamento pelo tribunal pleno, a criação de barreiras sanitárias, salas de situação e de um plano de enfrentamento da covid-19 nacional para os povos indígenas brasileiros.

Para a criação das barreiras sanitárias em volta das comunidades isoladas, no intuito de evitar que invasores adentrassem às terras indígenas afetadas, foi fixado um prazo de dez dias para que o governo federal as criasse. Sobre as salas de situação, é um espaço de deliberação do tema que reúne representantes do governo federal, ministério público e demais instituições públicas, e os representantes das comunidades indígenas. A elaboração e monitoramento de um plano de enfrentamento da covid-19 foi uma ordem judicial direcionada à União para ser cumprida no prazo de trinta dias.

A atitude do relator preocupou em tomar medidas dentro das atribuições institucionais, pois não cabe à suprema corte fixar todas essas necessidades e demandas, mas cabe ao judiciário garantir que os povos afetados, destinatários e viventes da norma constitucional, não fiquem em uma situação de violação a seus direitos fundamentais.

Em relação aos povos indígenas em geral, não só os isolados, o STF deferiu parcialmente o pedido formulado pelos autores da ação para retirada dos invasores das terras indígenas. Foi considerado que o problema de invasão é crônico e não aconteceu somente no período pandêmico, ao contrário, é uma situação consolidada que gera inúmeros prejuízos, ambientais e socioculturais. Assim, diante da complexidade do tema, foi considerado que a decisão judicial é insuficiente para alterar essa situação, razão pela qual o STF decidiu que a retirada dos invasores é uma medida emergencial e, portanto, incluiu no Plano de Enfrentamento e

Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas. Também estendeu o Subsistema Indígena de Saúde para os povos aldeados que não são homologados ou que não tenham suas terras demarcadas, inverso da limitação da Sesai e da Funai.

Para tomada dessa decisão, foi considerado pelo tribunal que os povos indígenas têm maior vulnerabilidade imunológica pela menor exposição às doenças, maior vulnerabilidade sociocultural por viverem em comunidade com intenso contato comunitário e compartilhamento de utensílios, maior vulnerabilidade política por serem grupos minoritários que não possuem representação pelos mesmos meios reconhecidos pelo Estado brasileiro. Essa conclusão partiu de premissas e dados trazidos pelos autores, pois afirmam que, segundo dados da APIB, a taxa de mortalidade por COVID-19 entre indígenas é de 9,6%, contra 5,6% na população brasileira em geral e que:

Em razão disso, as comunidades indígenas enfrentariam enorme dificuldade em ter os seus interesses contemplados nas instâncias majoritárias e teriam baixíssimo acesso a todo tipo de serviços públicos essenciais, tais como: educação, saneamento básico e saúde. Afirmam que tal vulnerabilidade se agravou no curso do atual governo, dada a evidente resistência manifestada pelo Chefe do Executivo à proteção aos direitos dos indígenas e ao meio ambiente de que dependem.” – informação trazida pelos requerentes. (trecho retirado do acórdão)

Intimada para manifestar, a Advocacia Geral da União não manifestou sobre todos os pedidos dos povos indígenas, mas manifestou pela inadmissibilidade da ação ante a ausência de subsidiariedade e pela impossibilidade de alteração de tal política pública pelo Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes. Argumentou que já existe uma multiplicidade de normas e planos de contingência nacional e distrital para enfrentamento da pandemia entre povos indígenas, bem como a criação de Equipes de Resposta Rápida (ERR) e de Comitês de Gestão de Crise (CGC).

Contudo, foi considerado que na situação específica dos povos indígenas os planos de contingências não são suficientes em decorrência das vulnerabilidades desses povos. Ainda, ressaltou os preceitos fundamentais do direito à vida, à saúde, de viverem de acordo com suas tradições culturais. Em relação à limitação da atividade jurisdicional e separação dos poderes, reforçou a primeira diretriz da decisão que é o fortalecimento de um diálogo institucional entre o poder judiciário e o poder executivo. Foi reconhecido que o poder judiciário não pode elaborar planos de

políticas públicas e executá-los, mas que é possível abrir prazo para apresentação de planos pelo poder executivo e depois monitorar o nível de execução desses planos.

A segunda diretriz abordada na decisão, é a necessidade de um diálogo intercultural, pois as comunidades indígenas podem apresentar suas reivindicações, e cabe ao Governo expor suas possibilidades e limites. Depois deste diálogo, o tribunal constitucional delibera sobre o máximo que é possível para assegurar a vida e a saúde dos integrantes dessas comunidades. A necessidade deste diálogo encontra razão legal na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Artigo 2º: 1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

Artigo 4º: 2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados.

Artigo 5º: c) deverão ser adotadas, com a participação e cooperação dos povos interessados, medidas voltadas a aliviar as dificuldades que esses povos experimentam ao enfrentarem novas condições de vida e de trabalho.

Artigo 6º: 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

Artigo 7º: I. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

Segundo trecho da decisão, os povos indígenas têm que participar na construção desses atos-decisões e na elaboração de normas e planos que são voltadas para eles, pois é imprescindível a manifestação coletiva de suas necessidades para auxiliar e condicionar o Estado na busca das soluções cabíveis e possíveis, pois cada povo tem sua particularidade e tradições culturais diversas. Foi

mencionado também que essa manifestação é importante para a quebra da produção ideológica, já que o antropocentrismo deduziu que todos os povos são iguais, mas que são povos diferentes com culturas diversas, os quais têm o direito de vocalizar seus interesses e pretensões (BARROSO).

A terceira diretriz é a aplicação dos princípios da precaução e da prevenção, visto que há um risco de etnocídio pelo extermínio em massa de povos indígenas por meio do contato com outras pessoas não indígenas que carregam o vírus da Covid-19 consigo. A jurisprudência do STF consolidou, no sentido que deve se sustentar em ambos os princípios em situações de riscos à direitos fundamentais e, portanto, deve ser adotadas medidas que sejam mais seguras e certas para aqueles que têm os direitos violados.

Sobre adoção de todas essas diretrizes, os ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux mencionaram sobre a função contramajoritária da suprema corte nos casos que envolvem proteção de direitos fundamentais dos povos indígenas. Segundo falas extraídas da ata do plenário, assim foi abordado, respectivamente:

Tradicionalmente, têm menor exposição a tais patologias; à vulnerabilidade sociocultural, a qual é muito ressaltada não só na inicial, mas nos pareceres e estudos, porque o modo de vida tradicional das comunidades indígenas geralmente é marcado com um intenso contato comunitário, onde se realiza um compartilhamento maior de habitações e utensílios em relação às demais sociedades. **E, principalmente - e aqui é exatamente a função contramajoritária a que a Suprema Corte deve estar sempre atenta -, à vulnerabilidade política dos povos indígenas, por serem grupos minoritários que têm uma menor representação política -econômica que possa defendê-los, principalmente em momentos gravíssimos, como o da pandemia do covid -19 (fala Alexandre de Moraes – grifo nosso - trecho retirado do acórdão).**

Nada obstante, persiste até hoje uma permanente hierarquização, que se materializa no desejo irrefreável de exploração econômica das terras indígenas e seus recursos¹³. Os índios continuam sendo um grupo extremamente vulnerável, tanto no campo social quanto no políticorepresentativo – em toda a história do país, houve apenas um parlamentar indígena. Nesse contexto, como bem ressaltado por John Hart Ely, **emerge a possibilidade de o Judiciário atuar como uma instituição de “reforço de representação”, buscando garantir os direitos dos cidadãos que foram excluídos pelos processos eleitorais majoritários (fala do ministro Luíz Fux – grifo nosso – trecho retirado do acórdão).**

3.2.2 Ação Direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 6062⁴³

A ação direta de inconstitucionalidade foi proposta pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB), com intimação do ex-presidente da república, Jair Messias Bolsonaro, para manifestar. Inicialmente, o PSB ingressou com a ação para questionar a constitucionalidade da Medida Provisória nº 870 editada pelo ex-presidente. Essa medida provisória transferiu a competência para a demarcação de terras indígenas da Funai, situada no âmbito do Ministério da Justiça, para o Ministério da Agricultura e Pecuária (MAPA).

O PSB entendeu a transferência da competência um retrocesso, pois o MAPA está vinculado a interesses antagônicos aos interesses indígenas, por estar relacionado à regulação e fiscalização de atividades do agronegócio produzidas pela bancada ruralistas e grandes produtores rurais. Como medida cautelar, foi pedido a suspensão da medida provisória. Na decisão o ministro relator Roberto Barroso:

E neste pedido eu indeferi a medida cautelar, por entender, Presidente, que a reorganização da Administração Pública e dos Ministérios era, sim, uma competência do Presidente da República, uma competência política do Presidente da República; por entender que a simples transferência de um órgão para outro, por si só, não deveria gerar a presunção de que o novo órgão descumpria o mandamento constitucional; porque a matéria estava sendo debatida no Congresso Nacional, pareceu-me precipitada qualquer ingerência judicial quando a questão ainda estava na alçada política, digamos assim. (trecho retirado do acórdão)

Nesse momento inicial do processo, foi entendido que a função contramajoritária não poderia ser exercida por não haver nenhuma violação legal às normas constitucionais e nem ofensa à direitos fundamentais, pois a presunção de desvantagem que os povos indígenas poderiam sofrer com essa nova norma não tinha higidez necessária para o exercício do contramajoritarismo. Ao contrário, foi entendido liminarmente que a transferência de competência para reorganização da administração pública é uma função conferida pela CRFB/88 ao presidente da república, devendo o judiciário respeitar a discricionariedade do administrador em observância à separação dos três poderes.

⁴³ Todas as informações foram retiradas do acórdão analisado.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade da Medida Provisória 870. Relator: Ministro Roberto Barroso, 25 de abril de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5623726> . Acesso em: 12 jan. 2023.

Durante o andamento processual da ADI 6062-SC, a medida provisória 870 foi convertida na Lei nº 13.844, após deliberação majoritária do Congresso Nacional. Contudo, o Congresso Nacional rejeitou o dispositivo que alterava a competência de demarcação das terras indígenas para o MAPA e, portanto, essa questão trazida pelo PSB não foi incluída na nova lei. Ocorre que, no mesmo dia que o Congresso Nacional aprovou a conversão da medida provisória em lei, mas excluiu a transferência da competência, o ex-presidente editou uma nova Medida Provisória, de número 886, de 2019, para reincluir na lei de conversão a exata medida que havia sido rejeitada pela deliberação do Congresso Nacional.

Diante disso, o PSB aditou a ADI 6062 para incluir como questão inconstitucional essa nova medida provisória 886, pois violava o artigo 62, §10º, da CRFB/88. Isso porque a norma constitucional veda a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada. Então, o tribunal entendeu que a reedição da nova medida provisória sobre matéria que já foi rejeitada na mesma sessão legislativa era uma forma do poder executivo burlar o legislativo.

Em nova decisão, o relator reconheceu o perigo da demora na infinita sucessão de atos normativos, pois tornava incerta a competência para demarcação de terras indígenas e abria espaço para aumento da pressão fundiária por parte de invasores nesses espaços, porque, segundo o relator, “com essa sucessão de medidas provisórias e de decisões do Congresso, criou-se um limbo relativo ao mandamento constitucional de demarcação das terras indígenas, que está expressamente inscrito no art. 231 da Constituição”.

A nova medida provisória 886 foi suspensa cautelarmente até que a ADI 6062 fosse julgada pelo STF, decisão que retomou o ordenamento jurídico à situação pré-existente, ou seja, foi restituída à FUNAI a função de demarcar as terras indígenas. O ministro Roberto Barroso ponderou que há respeito na separação dos poderes, mas que há casos que a constituição deve prevalecer sobre escolhas políticas inconstitucionais dos atores que foram eleitos pela maioria da população, pois esses atores representam a vontade da maioria que os elegeu, porém nem mesmo a vontade da maioria pode se opor à norma constitucional.

Sendo assim, há matérias em que vigoram as escolhas políticas dos agentes eleitos e há matérias em que prevalece a Constituição. E, onde a Constituição

é inequívoca, a competência é vinculada, e não se trata de se fazerem escolhas políticas (trecho retirado do acórdão)

O ministro Edson Fachin complementou no sentido de que a proteção das terras indígenas, das tradições e culturas indígenas, bem como todas as outras matérias que são tuteladas pela Constituição Federal e integram a estrutura do Estado constitucional, não podem ficar subjugadas à conjuntura momentânea da gestão pública.

Por fim, a ADI 6062 foi extinta sem julgamento do mérito, pois o julgamento restou prejudicado. Isso porque o Congresso Nacional rejeitou a nova medida provisória 886 antes que fosse realizado o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e, portanto, ante a rejeição e findado os efeitos da medida provisória, a ADI 6062 perdeu o objeto.

3.2.3 Ação Civil Originária (ACO) nº 304/MS⁴⁴

Esse processo é uma ação cível originária que foi apresentada pela empresa Agropecuária Serra Negra LTDA e, posteriormente o Estado do Mato Grosso ingressou na ação como litisconsorte ativo. Os autores buscaram imóvel cancelar a demarcação da reserva indígena Parabubure, região que abriga indígenas da etnia Xavante, possui 353.40ha, e é uma remanescente da “Fazenda Divina Graça”, situada na região do Vale do Rio Couto Magalhães, Município de Barra do Garças, Estado de Mato Grosso. A demarcação ocorreu por meio do decreto nº Decreto n.º 84.337, de 21/12/79.

A empresa agropecuária defendeu que a reserva foi demarcada sobre terras devolutas estaduais, pois a propriedade tem origem dominial em título definitivo expedido pelo Estado de Mato Grosso, em 24/06/1960, sobre terras devolutas que foram transferidas para o seu domínio pelo art. 64 da Constituição de 1891. A empresa complementou que no momento de publicação do decreto não havia indígenas ocupando a região.

⁴⁴ Todas as informações foram retiradas do acórdão analisado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (tribunal pleno). Ação Civil Originária 304/MS. Relator: Ministro Ilmar Galvão, 21 de maio de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755925097>. Acesso em: 13 jan. 2023.

Contudo, o STF considerou que as terras indígenas não ingressaram ao patrimônio estadual pela Constituição Federal de 1891, pois mesmo que desocupadas na época pertencem aos indígenas por ser imemorial, lê-se:

A saída temporária dos indígenas da região, provocada pela fome, doenças e pela violência perpetrada pelos não índios, não configura abandono das terras tradicionais, o que não as descaracteriza como terras indígenas e não autoriza a transferência das terras do domínio da união para o domínio do estado de Mato Grosso. A posse indígena não se confunde com o conceito civilista de posse ou domínio, mas sim com o habitat de um povo, compreendido segundo seus costumes e tradições. (trecho retirado do acórdão)

A decisão foi baseada em análise de extensa legislação nacional, desde à época colonial, até a CRFB/88, e se sustentou em dois laudos, um elaborado por um perito oficial apresentado pela empresa de agropecuária, e o segundo um laudo antropológico elaborado por um perito antropólogo que foi solicitado durante a ação. Após análises, o ministro relator, Ilmar Galvão, concluiu que a reserva indígena não pertence ao povo Xavante somente porque é pisada por indígenas que são grupos minoritários, mas, sim, porque o espaço geográfico pertence a eles por razões históricas e imemoriais.

O laudo antropológico foi fundamental para a construção da decisão. Pela leitura é possível concluir que o povo Xavante possui uma particularidade própria, a condição de povos seminômades. A história desse povo é marcada pela transitoriedade entre os territórios ocupados, e esse descolamento foi estabelecido pela invasão de colonizados entre os séculos XVIII e XX. Assim, a chegada dos Xavantes no estado do Mato Grosso foi ocasionada por uma busca de isolamento dada a ocupação pelos colonizadores do território localizado em Goiás.

A área reivindicada pela empresa agropecuária é utilizada pelos indígenas para obter os meios de subsistência necessários, e para a reprodução física e cultural desse povo. A história os narra que foram alvos de faccionismos internos e intervenções externas (epidemias, assassinatos, invasões, etc). Assim, os movimentos migratórios se tornaram fundamentais como forma de defesa, além de terem se tornado uma característica de organização sociopolítica dentro desse coletivo específico, sendo que os deslocamentos passaram a ocorrer sempre no interior do território de ocupação indígena mais abrangente. O laudo antropológico

também apontou que o povo Xavante sofreu um massacre ordenado por pessoas não indígenas nos anos anteriores à demarcação da reserva, no ano de 1951.

Deste modo, a história dos povos *AKWE* (*Xavante* e *Xerente*) demonstra que nesse caso não há discussão se eles ocupavam ou não o território no momento de demarcação da reserva, pois eventual ausência é justificada pelo modo tradicional que vivem e por toda violência sofrida. Foi nesse sentido que o relator decidiu e o processo transitou em julgado, foi julgado improcedente a ação proposta pela empresa agropecuária, pois foi considerado que a ocupação indígena é preexistente à colonização dos civilizados.

3.2.4 Recurso Extraordinário nº 1012365/SC⁴⁵

É um recurso interposto pela FUNAI para modificar o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual ratificou a sentença proferida pelo juízo originário. Em julgamento de primeira instância, foi dado procedência ao pedido de reintegração de posse requerida pela Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente (FATMA), em área administrativamente declarada como de tradicional ocupação dos indígenas Xokleng, localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, Estado de Santa Catarina.

A decisão recorrida entendeu que não é possível concluir que a área reivindicada pelos indígenas Xokleng são tradicionalmente ocupadas por eles, na forma do artigo 231 da CRFB/88, já que quem ocupa atualmente para fins de preservação ambiental é a FATMA. A partir dessa conclusão, autorizou a reintegração de posse pela FATMA, alegando que os indígenas locais estavam praticando atos de turbação na área da reserva biológica, isto é, atos de ameaça à posse da fundação autora.

A FUNAI recorreu ao STF por alegação de violação ao artigo 231 da CRFB/88, além de outros artigos constitucionais que versam meramente sobre questões

⁴⁵ Todas as informações foram retiradas do acórdão analisado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1012365/SC. Relator: Edson Fachin, 13 de maio de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749577852>. Acesso em: 15 jan. 2023.

processuais. Em sede de medida cautelar, pediu o reconhecimento da repercussão geral do caso com suspensão de “todos os processos judiciais em curso, notadamente ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação, bem como os recursos vinculados a essas ações até julgamento final da Repercussão Geral, excluindo-se as ações judiciais movidas com a finalidade de reconhecer e efetivar os direitos territoriais dos povos indígenas.”

A repercussão geral foi reconhecida pelo STF, e o tribunal invocou a participação de todos os interessados na solução de demandas judiciais que enfrentam conflitos fundiários em terras ocupadas por indígenas, inclusive as próprias comunidades afetadas na qualidade de *amicus curiae*, por meio de realização de audiência pública. Extrai-se trecho da decisão:

A manutenção da tramitação de processos, com o risco de determinações de reintegrações de posse, agrava a situação dos indígenas, que podem se ver, repentinamente, aglomerados em beiras de rodovias, desassistidos e sem condições mínimas de higiene e isolamento para minimizar os riscos de contágio pelo coronavírus. Incide, no caso, o princípio da precaução, com assento no artigo 225 da Constituição da República, a exigir do Poder Público um atuar na direção da mitigação dos riscos socioambientais, em defesa da manutenção da vida e da saúde. (trecho retirado do acórdão)

3.2.5 Petição popular nº 3388/RR⁴⁶

A petição popular nº 3.388 que tramita no Supremo Tribunal Federal deu origem a tese do marco temporal, e embora a tese ainda não tenha sido julgada, é de extrema importância analisar a decisão que gerou o inconformismo da bancada ruralista e das empresas agropecuárias, pois enfrenta a questão jurídica da demarcação das terras indígenas. É uma ação popular que questionava a existência de vícios no processo administrativo-demarcatório da terra indígena “Raposa Serra do Sol”, por meio da constitucionalidade e legalidade da portaria nº 534/2005 do ministro da justiça, assim como do decreto presidencial homologatório.

A ação foi proposta pelo cidadão, e senador da República, Augusto Affonso Botelho Neto, em face da União. O intuito principal do senador era que o tribunal

⁴⁶ Todas as informações foram retiradas do acórdão analisado. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Popular nº 3338/RR. Relator: Carlos Britto, 17 de abril de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em 19 nov. 2023.

constitucional reconhecesse a nulidade da portaria nº 534/2005, bem declarasse os vícios do processo demarcatório da Reserva indígena. No entanto, por voto da maioria do tribunal pleno, foi declarada a inexistência de vícios no processo administrativo-demarcatório.

Sobretudo, nessa decisão foi considerado que as terras indígenas são parte essencial do território brasileiro, por constituírem bem público federal. Primeiro, porque as terras da União nasceram juntamente com a preexistência dos direitos originários que os indígenas possuem sobre a terra que ocupam. Em segundo plano, porque a titularidade da União sobre esse bem não se confunde com território político.

Embora esse trecho da decisão analisada tenha sido uma interpretação favorável aos povos indígenas, é importante ressaltar que o STF menciona que nenhuma etnia indígena se constitui em unidade federada. Esse pensamento retoma a questão da confusão da multiculturalidade e interculturalidade, pois a multiculturalidade é o reconhecimento da diversidade na unidade (WALSH, 2003), abordagem adotada pelo tribunal na construção da decisão, enquanto a interculturalidade pensa a autonomia da comunidade indígena em um sistema próprio e paralelo. A multiculturalidade não é um problema maior em si, não significa necessariamente um retrocesso, pois já é um avanço à fase anterior do imperialismo. Significa que ainda é um avanço muito prematuro do pensamento decolonial sobre os direitos indígenas, pois ainda esconde perigos coloniais e está longe da verdadeira plurinacionalidade.

Mais adiante, o próprio tribunal reforça essa concepção quando indica a diferença dos termos “territórios” e “terras”. Enquanto território pertence à uma categoria jurídico-político, a qual incide em uma concepção de esfera espacial autônoma, o termo “terra” nada mais reflete do que um lugar sócio-cultural, mas sem nenhuma conjuntura política própria. Ainda, menciona que o constituinte adotou o termo “terras” de forma intencional, do mesmo modo que optou pelos termos “comunidades”, “populações”, ao invés de “povos”, justamente para afastar qualquer pensamento de que os povos indígenas sejam enxergados como nação dotada de dimensão política paralela. Todo esse pensamento construído na decisão conduziu à conclusão de que a demarcação das terras indígenas não representa a extinção de uma unidade federada, pois pertencem a ela. Dessa forma, não há amesquinhação

da unidade federativa onde a terra indígena “Raposa Serra do Sol” está localizada, estado de Roraima.

Fica demonstrado que ainda na redemocratização do país, na formação do Estado republicano e na constituição de novos direitos, os povos indígenas ainda ficam subjugados às articulações de dominação estatal, mas de forma velada. A interpretação dos seus direitos também pode ser equivocada, mesmo quando favoráveis a eles por ainda estarem presos nas raízes coloniais. Em outras palavras, a complexidade das etnias indígenas deve ser considerada sempre que a discussão pública se voltar para essa temática, e a inclusão das vozes indígenas é fundamental para que impeça a propagação de visões dominadoras, formando teias indissolúveis.

Por outro lado, reconhecer a demarcação das terras indígenas deve ser tratado como um capítulo avançado do constitucionalismo fraternal, em busca da igualdade civil-moral das minorias étnicas; essa é uma forma de compensar minimamente as desvantagens históricas, além de que o espaço físico lhes garante subsistência e preservação das identidades culturais.

Ressaltou que o marco de ocupação deve ser enxergado além da temporalidade, fixada na data de promulgação da CRFB/88, 05 de outubro de 1988. O marco da tradicionalidade, consistido pela ocupação coletiva revestida de continuidade etnográfica, e pelo marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Em relação ao último critério, a habitação permanente dos indígenas em determinado lugar foi considerada importante para a preservação dos recursos ambientais e para a posterioridade das culturas.

Mesmo que não estivessem ocupando a “Raposa Serra do Sol” no dia 05 de outubro de 1988, os indígenas locais não poderiam ser prejudicados pela reocupação posterior. Isso, porque sofreram esbulho de suas terras pelos homens não-indígenas e se não habitavam a região à época da redemocratização, é somente porque foram coagidos a sair e não tiveram os meios necessários para resistir às violências. Dessa forma, não podem ser duplamente prejudicados, o artigo 231 da CRFB/88 deve ser interpretado sob a ótica simultânea de outros marcos, já que seus direitos são originários, isto é, preexistente a qualquer sistema normativo.

Outro ponto importante abordado na decisão é a impossibilidade de marcação intraétnica no espaço geográfico “Raposa Serra do Sol”, mesmo com etnias diferentes. Significa que a demarcação não pode ser pontual, apenas onde habita cada etnia, pois nesse modelo restaria espaços de terras remanescentes que poderiam ser ocupadas por pessoas não-indígenas, situação que poderia acarretar até mesmo implantação de municípios nesses intervalos fundiários. Ao contrário, na visão do STF, a demarcação deveria da terra indígena em questão precisava ser contínua para evitar que esses povos sofram pressões no futuro, principalmente porque nos casos das etnias da “Raposa Serra do Sol” há uma relação amistosa, e essa relação gera uma convivência do espaço físico.

A ação foi julgada parcialmente procedente no dia 19 de março de 2009, mas o principal objeto da ação foi julgado improcedente, ou seja, o STF reconheceu a constitucionalidade do processo demarcatório do território “Raposa Serra do Sol”. Inconformados, houve a interposição do recurso extraordinário nº 1017365; nesse recurso que foi elaborada a tese do marco temporal, mas que ainda não foi julgado pela suprema corte, apenas está na iminência do julgamento final que terá natureza vinculativa a todos os outros processos demarcatórios, devido a incidência da repercussão geral do caso.

3.3 Análise dos fundamentos jurídicos das decisões do STF

Todas as decisões analisadas produziram resultados favoráveis para os povos indígenas, ainda que em sede de decisões liminares. Do mesmo modo, todas as decisões trazidas para a pesquisa envolvem a interpretação do artigo 231 da CRFB, pois o objeto da ação é o direito que alguma das partes possuem sobre um território que é ocupado por povos indígenas. Portanto, a questão de abertura do processo hermenêutico e ampliação da participação dos povos indígenas dentro da delimitação da pesquisa está envolto na discussão de demarcação de territórios indígenas ou expulsão de invasores que ocupam lugares habitados tradicionalmente por indígenas.

A teoria constitucional deve estar atrelada à ciência empírica e deve reunir condições de preocupar com os grupos sociais concretos e com os elementos que compõem o espaço público, variáveis pelo tempo, diferentes possibilidades e

necessidades desses mesmos grupos. Dessa forma, o método aplicável ao processo de abertura de interpretação da CRFB/88 deve ser pensado dentro do pluralismo da ciência empírica, sem deixar de considerar as consequências e as novas indagações dos participantes na teoria constitucional (HABERLE, p. 30).

Haberle estabelece um catálogo sistemático para aplicação da teoria hermenêutica constitucional. Em primeiro lugar, define quais são os espaços que podem ser aberto o processo de interpretação, aqui indica as decisões judiciais vinculantes da corte constitucional e nas decisões vinculantes dos órgãos estatais na esfera legislativa e executiva, sendo que nesta última poderão estar submetidos a um processo de revisão, como na hipótese de controle de constitucionalidade (HABERLE, p. 31).

Em segundo, se ocupa em definir quem são os participantes desse processo hermenêutico. Podem ser os autores e os réus no recurso ou ação constitucional, os quais possuem uma pretensão jurisdicional e, a partir das suas manifestações, obrigam o tribunal a assumir um diálogo jurídico. Também podem ser aqueles que possuem o direito de manifestar ou integrar ao processo, como é o caso das intervenções de terceiros previstas no Código de Processo Civil brasileiro. Ainda engloba os pareceristas, os peritos e representantes de interesses nas audiências públicas, os grupos de pressão organizados e, por último, os requerentes ou partes nos procedimentos administrativos de natureza participativa (HABERLE, pp. 31-32).

Em terceiro, define os meios estimuladores para participação democrática, não são participantes no sentido estrito, mas são canais de exprimir a voz dos participantes. Nesse tópico estão incluídos os principais canais da grande mídia, como rádio, televisão, jornais, e dentro da atual realidade, pensa-se também nas redes sociais, além das igrejas, escolas, associações, manifestações artísticas. Embora a lista de potenciais participantes seja bem extensa, podendo resumir inclusive em qualquer indivíduo ou organização social, os doutrinadores constitucionais não são participantes do processo de interpretação, assumem apenas a função de tematizar essas discussões (HABERLE, pp. 31-32).

As decisões trazidas demonstram alguns pontos trazidos pela abordagem da Teoria das Sociedades Abertas de Peter Haberle. Na ADI 709 há uma ampla

manifestação de participantes que construíram a interpretação do direito fundamental à saúde, baseado na realidade dos povos indígenas afetados pela invasão das pessoas não-indígenas em seu território. Além de entidades representativas dos povos, como a APBI, FUNAI e CIMI, a UNIVAJA ingressou na ação como *amicus curiae* para manifestar sobre a questão da saúde para os povos indígenas afetados. A presença da UNIVAJA no processo foi significativa para que o julgamento não se eximisse da análise do direito sob a perspectiva da realidade, pois o Vale do Javari concentra a maior quantidade de povos indígenas isolados, e os povos locais constituíram essa organização representativa.

No RE 1012365/SC, o recurso foi interposto originariamente pela FUNAI para defender os interesses dos indígenas *Xokleng* sobre seus territórios. Contudo, dada a relevância da matéria, o STF reconheceu a repercussão geral e reclamou pela ampla participação de todos os interessados no resultado do processo, com ênfase dos povos que serão diretamente afetados com a resolução final, sendo que essa participação poderá ser realizada em audiência pública destinada para tal fim. Contudo, talvez a indicação de audiência pública não seja a mais adequada para incentivar essa participação, pois devem ser analisadas as características desses povos, suas formas de organizações sociais, se é viável o deslocamento ou a participação no território nativo nessa audiência.

A petição popular nº 3.388 é uma situação jurídica diferenciada das demais ações sob o prisma da ampliação do debate hermenêutico do artigo 231 da Constituição Federal. Uma ação que originou a tese do marco temporal, pensada pela hegemonia latifundiária conservadora presente no poder legislativo e no mercado, e, ao mesmo tempo, estremeceu as raízes dos movimentos populares que estavam encobertas. Nesse processo, que possui expectativa próxima de ser julgado pela suprema corte, é claro tanto a participação da massa popular, em especial de líderes indígenas, como contraproposta à tese formulada, bem como a presença dos canais estimuladores desses movimentos, ou seja, reflexo prático do catálogo sistemático criado por Haberle para abertura do processo de interpretação da CRFB/88.

No dia 15 de setembro de 2022, a ministra Rosa Weber recebeu seis líderes indígenas de etnias diversas nas dependências do STF para discutirem sobre a ação

do marco temporal⁴⁷. Os líderes indígenas, como Brasília Xokleng e Ailton Krenak, também manifestaram em canais jornalísticos os motivos que fundamentam a inconstitucionalidade do estabelecimento do marco temporal para demarcação de terras indígenas. Indígenas ocuparam a frente do Congresso Nacional como forma de protesto à mencionada tese e não é incomum ver cenas em jornais e portais eletrônicos de centenas de indígenas com faixas na mão, velas, e diversos outros objetos que indicam suas indignações.

Todos esses movimentos, desde os populares aos institucionalizados, são formas de participação que pressionam o Supremo Tribunal Federal e auxiliam com argumentos a ressignificação da visão de terra para território, influenciando na construção da decisão final que terá caráter vinculante, bem como também chamam a atenção de um público de pessoas que até então não estavam situados com a temática.

A Ação Civil Originária 304/MS não envolveu a participação direta dos povos indígenas afetados. No entanto, a decisão não ficou presa aos argumentos jurídicos baseados nas legislações, o tribunal considerou o laudo antropológico realizado, onde pôde constatar todo o aspecto imemorial do povo indígena e a razão pela qual o artigo 231 da CRFB/88 deveria ser interpretado com base nessa imemorialidade.

Embora não seja uma decisão do STF, há outra decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região que mostra a importância dos participantes destinatários da norma no processo de interpretação da CRFB/88: o conflito judicial estabelecido entre a Companhia Hidrelétrica do Teles Pires S/A (CHTP) e os povos indígenas *Munduruku, Kayabi e Apiaká*.⁴⁸

Foi concedida uma licença para construção da Usina Hidrelétrica (UHE) Teles Pires, localizada na Amazônia Legal, mais especificamente na divisa dos estados do Pará (município de Jacareacanga) e Mato Grosso (municípios de Paranaíta e Alta

⁴⁷ Informação retirada do portal eletrônico do STF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=494242&ori=1>.

⁴⁸ Embora não esteja dentro da delimitação de análise da pesquisa, o caso da Usina Hidrelétrica de Teles Pires e os povos indígenas afetados norteou a início da pesquisa e, a partir de então, nasceu junção do contramajoritarismo e direitos indígenas. Por essa razão, considera-se importante abordar a decisão do TRF1, pois nela contém diversas manifestações de representantes das comunidades estatais, laudos antropólogos, e a participação direta de alguns indígenas afetados. A decisão enfrenta a interpretação do direito fundamental de liberdade religiosa dos povos indígenas, um elemento cultural imaterial delimitado na pesquisa.

Floresta)⁴⁹. A cachoeira está localizada em uma área fora dos limites da demarcação da Terra Indígena *Kayabi*, porém a construção da barragem interfere na cachoeira de Sete Quedas. Então os povos indígenas locais reivindicaram os impactos socioambientais que o empreendimento causaria para as comunidades *Munduruku*, *Kayabi* e *Apiaká*.

Isso porque, além da cachoeira ser o berço de várias espécies de peixes importantes para alimentação desses povos, o local também é considerado sagrado para estes, pois é onde vive a Mãe dos Peixes, um músico chamado *Karupi*, o espírito *Karubixexé*, e os espíritos dos antepassados. Os povos *Kayabi*, *Munduruku* e *Apiaká* elaboraram um manifesto escrito, que foi utilizado como fonte de argumentação pelo TRF1, onde assim manifestaram:

As cachoeiras de sete quedas, que ficariam inundadas pela barragem, são o o lugar de desova dos peixes que são muito importante para nós, como o pintado, pacu, pirara, e matrinxã. A construção desta hidrelétrica, afogando as cachoeiras de Sete Quedas, poluindo as águas e secando o Teles Pires rio abaixo, acabaria com os peixes que são a base da nossa alimentação. Além disso, Sete Quedas é um lugar sagrado para nós, onde vive a Mãe dos Peixes e outros espíritos de nossos antepassados – um lugar onde não se deve mexer. (trecho retirado do acórdão, p. 24-25)

O Ministério Público Federal (MPF) propôs a ação civil pública com objetivo de suspender o licenciamento da obra por dois motivos: pelos reflexos diretos que a obra causaria no ecossistema local e por refletir, também, nas crenças, tradições e culturas dos povos originários locais. Foi obtido liminar favorável em sede de primeira instância, porém a Companhia Hidrelétrica do Teles Pires S/A (CHTP) recorreu ao Tribunal Regional Federal da 1ª região (TRF1). Entretanto, o TRF1 decidiu no sentido de manter a liminar, devido aos possíveis impactos negativos e irreversíveis que a continuação da construção poderia acarretar.

A decisão foi proferida a partir da aplicação do princípio da precaução e prevenção, no sentido de que “quando houver dúvida sobre o potencial deletério de uma determinada ação sobre o ambiente, toma-se a decisão mais conservadora, evitando-se a ação”. Sobre o aspecto espiritual, a Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI) se posicionou:

⁴⁹ As informações adiantes foram retiradas após análise do acórdão proferido pelo TRF1 no julgamento do recurso de agravo de instrumento nº 0018341-89.2012.4.01.0000/MT (processo origem nº 39474420124013600) que manteve a liminar que suspendeu as obras da UHE.

O rio Teles Pires constitui-se como principal eixo sociocultural dos povos em análise e o Salto Sete Quedas uma das mais importantes referências simbólicas e ecológicas para essas populações (...). (...) este rio, e especialmente, o Salto Sete Quedas, encontram-se engendrados no universo social das populações indígenas e deveriam ter sido observados como parte da organização social desses povos, presentes enquanto categorias territoriais de uso e ocupação, diretamente associados à cultura imaterial e espiritual, e de memória coletiva, assim como deveriam ser melhor analisados no contexto de avaliação de impactos e viabilidade dos empreendimentos. (trecho retirado do acórdão, p. 29)

Os indígenas cultuam diversos cantos sobre a Cachoeira de Sete Quedas, e a suas relações com o local sagrado não foi devidamente analisada no Estudo de Componente Indígena (ECI), segundo a FUNAI, pois não foi analisado a questão cosmológica juntamente com a organização social e política característicos deles. Assim, a decisão foi construída com base em laudos antropológicos e falas que foram colhidas dos próprios indígenas afetados; essas falas ressaltaram a importância espiritual que o lugar possui e deram sentido ao direito fundamental da liberdade religiosa. Dentre essas falas, ressalta a fala de Agnaldo Munduruku, indígena afetado pela barragem, que foi mencionada na decisão e utilizada como fundamento para ressaltar a importância da preservação da cachoeira:

“a nossa cultura é diferente. Cada parente, de cada etnia, tem sua cultura. É que nem vocês brancos, cada um não tem o direito de ter a sua religião? (...) Mas é muito difícil pra (sic) vocês entender a nossa religião. A gente respeita mais vocês do que vocês respeitam a gente.” (trecho retirado do acórdão)

Boaventura de Souza Santos indica que o processo de libertação e de democratização possuem um ponto sinérgico: a transformação a partir de atores sociais diversos no processo de tomada de decisão, que implicará a inserção de temas em debates públicos que até então eram ignorados pelo sistema político. A vulnerabilidade da participação resiste na própria intensificação da democracia, pois a elite excludente combate essas participações ou as descaracterizam por meio do processo de integração (SOUZA SANTOS, 2002, p. 59).

O processo de integração dos povos indígenas é uma tentativa constante do sistema político brasileiro, desde a época da ditadura com as políticas indigenistas até os dias atuais. Na CRFB/88 perdurou essa visão integracionista sobre os povos indígenas quando reconheceu a diversidade na unidade, como se fossem um só povo, uma só etnia que integra à nação brasileira. Diferente seria se o Brasil tivesse se

assumido como Estado plurinacional e os povos indígenas como povos autônomos dotados de organização própria.

Toda essa questão de ampliação do processo de interpretação da norma constitucional de Peter Haberle, por meio do pensamento de Boaventura de Souza Santos sobre a participação ativa dos povos indígenas nos espaços públicos para fortalecer a democracia, ou até mesmo o pensamento mais ousado e decolonial de Catherine Walsh da interculturalidade, retoma a questão inicial do conflito entre a revisão judicial e o constitucionalismo popular.

Rememora-se que a função contramajoritária surgiu nos Estados Unidos por meio da revisão judicial realizada pela suprema corte norte-americana, em outras palavras, a realização do controle de constitucionalidade. A partir dessa atitude judicial, surgiu o questionamento se esse papel do tribunal constitucional se contrapõe à ideia do constitucionalismo popular, compreendido na inclusão do povo na interpretação da constituição, a fim de retirar da suprema corte o poder de intérprete supremo.

Sobre esse tema, foi abordado que Larry Kramer defende que é um conflito contornável, pois esse novo papel do judiciário traria algumas benéficas, como sanar algumas questões de injustiças causadas por uma variabilidade de razões históricas e jurisprudenciais (2000, p 13). De fato, esse conflito é contornável por meio desse processo de abertura do processo hermenêutico e pelo fortalecimento da democracia participativa, quando poderá inserir outras interpretações mais democráticas que vincularão o processo de construção de argumentações do ato decisório. É uma maneira de tornar o direito emancipatório e desvinculá-lo dos pressupostos hegemônicos ocidentais a partir do cosmopolitismo dos subalternos, isto é, a movimentação da massa popular que é destinatária da norma (SOUZA SANTOS, 2003).

Para o fortalecimento da democracia, e conseqüente fortalecimento das participações populares nas tomadas de decisões, é necessário harmonizar a democracia participativa e democracia representativa. A harmonização pode acontecer por dois caminhos, a coexistência ou a complementaridade, esse processo potencializa a pluralização cultural por meio da redefinição de práticas democráticas.

Na coexistência, a democracia representativa é pensada a nível nacional e a democracia participativa a nível local. O método é mais complexo na complementaridade, pois a democracia local é fortalecida pela reforma cultural que está ligada à institucionalidade política. Pautas sociais, como justiça distributiva e reconhecimento cultural, são colocadas em pautas pelos arranjos participativos locais, os quais integrarão aos debates políticos-eleitorais na democracia representativa. (SOUZA SANTOS, 2022, p. 76)

A coexistência é um modelo original de democracia adotado nos países centrais, enquanto a complementaridade é um modelo reproduzido nos países periféricos, como o Brasil, razão pela qual não possuem as mesmas características. Com efeito, a reprodução assume problemas com a inovação cultural desses países que tentaram reproduzir o modelo original, mas que obtiveram resultados diferentes por terem particularidades próprias. Assim, as novas democracias, como a recente brasileira, devem passar por um processo de experimentação distributiva e cultural para que se transformem em movimentos sociais que buscam das suas originalidades. (SOUZA SANTOS, 2022, p. 77)

Para tanto, Boaventura de Souza Santos sugere três teses para a consolidação da existência da democracia participativa, quais sejam, o fortalecimento da demodiversidade, o fortalecimento da articulação contra-hegemônica entre o local e o global, e a ampliação do experimentalismo democrático (SOUZA SANTOS, 2022, pp. 77-78).

Das cinco decisões analisadas, três delas mencionam explicitamente, ao menos em algum momento na construção da argumentação, os princípios da prevenção e precaução, ambos princípios possuem maior aplicabilidade no direito ambiental, e encontram respaldo no artigo 225 da CRFB/88. Esses princípios foram utilizados no julgamento da ADPF 709, da ADI 6062, e no RE 1012365.

A preocupação aparente da suprema corte é de evitar os danos etnoambientais nas terras habitadas por indígenas, pois todas as decisões enfrentaram demandas em que o objeto da ação são os direitos indígenas sobre seus territórios. Isso porque muitas atividades comerciais praticadas por não-indígenas podem acarretar danos

etnoambientais aos povos originários locais, e possuem o dever de indenizá-los, em atenção ao artigo 225 da CRFB/88.

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

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

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

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade;

VIII - manter regime fiscal favorecido para os biocombustíveis destinados ao consumo final, na forma de lei complementar, a fim de assegurar-lhes tributação inferior à incidente sobre os combustíveis fósseis, capaz de garantir diferencial competitivo em relação a estes, especialmente em relação às contribuições de que tratam a alínea "b" do inciso I e o inciso IV do caput do art. 195 e o art. 239 e ao imposto a que se refere o inciso II do caput do art. 155 desta Constituição.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

§ 4º A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio

cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

O artigo constitucional visa a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e possui natureza de direito difuso, ou seja, não possui um destinatário específico porque transcende o direito individual. O degradador de um ecossistema deve ser responsabilizado objetivamente e possui a obrigação de indenizar as pessoas diretamente afetadas por sua atividade danosa.

Entretanto, um dano causado não orbita somente esfera ambiental. Quando esse mesmo dano ocorre em áreas habitadas por povos tradicionais, como os povos indígenas, afeta um corredor etnoambiental, definido como “uma grande porção de terras ligadas entre si, com a natureza bem preservada, rica em floresta e animais, e onde vivem povos indígenas e demais comunidades tradicionais” (ISA)⁵⁰. Por esse motivo, denomina-se que ocorre um dano etnoambiental. Assim, o STF definiu como entendimento pacificado de efeito vinculante o seguinte:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 999. CONSTITUCIONAL. DANO AMBIENTAL. REPARAÇÃO. IMPRESCRITIBILIDADE. 1. Debate-se nestes autos se deve prevalecer o princípio da segurança jurídica, que beneficia o autor do dano ambiental diante da inércia do Poder Público; ou se devem prevalecer os princípios constitucionais de proteção, preservação e reparação do meio ambiente, que beneficiam toda a coletividade. 2. Em nosso ordenamento jurídico, a regra é a prescrição da pretensão reparatória. A imprescritibilidade, por sua vez, é exceção. Depende, portanto, de fatores externos, que o ordenamento jurídico reputa inderrogáveis pelo tempo. 3. Embora a Constituição e as leis ordinárias não disponham acerca do prazo prescricional para a reparação de danos civis ambientais, sendo regra a estipulação de prazo para pretensão ressarcitória, a tutela constitucional a determinados valores impõe o reconhecimento de pretensões imprescritíveis. 4. O meio ambiente deve ser considerado patrimônio comum de toda humanidade, para a garantia de sua integral proteção, especialmente em relação às gerações futuras. Todas as condutas do Poder Público estatal devem ser direcionadas no sentido de integral proteção legislativa interna e de adesão aos pactos e tratados internacionais protetivos desse direito humano fundamental de 3ª geração, para evitar prejuízo da coletividade em face de uma afetação de certo bem (recurso natural) a uma finalidade individual. 5. A reparação do dano ao meio ambiente é direito fundamental indisponível, sendo imperativo o reconhecimento da imprescritibilidade no que toca à recomposição dos danos ambientais. 6. Extinção do processo, com julgamento de mérito, em relação ao Espólio de Orleir Messias Cameli e a Marmud Cameli Ltda, com base no art. 487, III, b do Código de Processo Civil de 2015, ficando prejudicado o Recurso

⁵⁰ (Conceito retirado do acervo do Instituto Socioambiental)

Extraordinário. Afirmação de tese segundo a qual é imprescritível a pretensão de reparação civil de dano ambiental.

A preocupação do tribunal constitucional é válida porque o desaparecimento de uma cultura é tão prejudicial quanto o desaparecimento de uma espécie de animal ou planta. Para garantir a manutenção dos interesses hegemônicos que geram danos etnoambientais, as políticas anti-indigenistas vêm aumentando exponencialmente. O contramajoritarismo pode ser uma ferramenta para frear essas políticas que visam suprimir direitos já reconhecidos pela constituinte. Para isso, é preciso superar a luta pelo reconhecimento e pela inclusão social, pois ficar preso nessa fase é estagnar a situação dos povos indígenas, abrindo espaço para conspirações política contra eles.

Tais ações ora hegemônicas se traduzem em novas formas de dominação, mas de forma institucionalizada, e normalmente visam possibilitar a entrada de invasores nas terras indígenas, a exemplo do Projeto de Lei nº 191/2020 que busca viabilizar a mineração em terras indígenas, mas sem respeitar os direitos à diferença e demais direitos já positivados. Da mesma forma, há a tentativa do estabelecimento do marco temporal para delimitação das terras indígenas, que também conflita com a constituição. Esses exemplos passam por controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, sendo este o momento em que se pede para exercer a função contramajoritária.

CONCLUSÃO

A pesquisa trouxe como tema a junção de dois assuntos importantes, a atuação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal por meio da função contramajoritária, e o debate sobre os direitos culturais imateriais dos povos indígenas. A aproximação entre dois temas que eram, até então, tratados apenas de forma apartada demonstra a relevância do trabalho perante o cenário vivenciado pelos povos indígenas brasileiros, um cenário de constantes violações aos seus direitos, inclusive o de existir. Assim, discutir formas de proteção aos direitos desses povos é imprescindível na atual conjuntura.

Verificou-se que a função contramajoritária possui raízes externas ao sistema judicial brasileiro, tanto na revisão judicial norte-americana, como na instituição de controle de constitucionalidade inspirado no sistema jurídico da Áustria, Alemanha e Itália, o qual funciona como instrumento jurídico que materializa o exercício do contramajoritarismo pelo poder judiciário. Esse meio de instrumentalização está previsto na Constituição Federal de 1988 e, por si só, já legitima essa função jurisdicional, e confere o poder ao STF de exercê-la.

Analisada de forma isolada, procurou-se apresentar formas de delimitação da atuação que já é exercida pelo tribunal de constitucional, a fim de evitar a consolidação de um tribunal que extrapola os limites jurisdicionais, que atua de forma discricionária. No caso do Brasil, a suprema corte tem a função de proteger a CFRB/88, de maneira que toda sua atuação envolve necessariamente a interpretação dos artigos dispostos nela. Assim, a abertura do processo de interpretação das normas constitucionais constrói a primeira parte do caminho para delimitação da atuação.

No primeiro capítulo, a revisão bibliográfica permitiu concluir que, ao exercer a função contramajoritária, o STF deve se atentar para os direitos fundamentais e os princípios norteadores do direito, sem anular os atos discricionários do poder executivo e legislativo, essa é a principal delimitação da atuação jurisdicional. Afinal, a função contramajoritária é exercida por meio do controle de constitucionalidade de um ato praticado por ambos os poderes. Ao contrapor esse ato à CFRB/88, a suprema corte deve interpretar a norma constitucional para decidir se há conflito ou não com o que está disposto na constituição.

Isso significa que todo o tema orbita em torno desse processo de interpretação, afinal, o resultado dessa interpretação produzirá efeitos que determinarão a vida dos destinatários daquela norma contraposta a partir de então. E é justamente nesse ponto que se discutiu a delimitação da atuação jurisdicional a partir da abertura do processo hermenêutico, pois deve inserir nesse processo outros posicionamentos mais democráticos que conduzirão a construção do pensamento jurídico a respeito de um determinado tema.

Para Peter Haberle, o juiz julga sob o aspecto legal, e pelo aspecto da realidade de quem vive aquela norma, isto é, os destinatários da norma. Quando o legislador estabelece sobre o direito de ter um meio-ambiente ecologicamente equilibrado, esse dispositivo não tem um destinatário específico porque transcende o direito individual e, portanto, qualquer cidadão ou organização coletiva pode reclamá-lo. Quando o legislador estabelece o direito de usufruto aos indígenas sobre os territórios que ocupam, esse dispositivo tem como destinatários os povos indígenas brasileiros, quando há um conflito judicial que envolve a interpretação desse direito, os povos indígenas afetados ou seus representantes devem estar inseridos nesse processo para que o juiz possa julgar sob a realidade desses povos, pois eles são os destinatários da norma que vão sofrer os efeitos da decisão a ser proferida.

Longe da utopia de um sistema perfeito, há o risco desse direito ser interpretado de forma equivocada ou de forma discricionária, baseado em argumentos frágeis. Para evitar esses erros, intencionais ou não, além da observação dos direitos fundamentais e os princípios norteadores do direito, é crucial a participação dos destinatários da norma no processo toma importância na proporção que vinculem os futuros argumentos que embasarão o julgamento final da lide. Isso, porque o juiz tem o dever legal de motivar suas decisões, e as manifestações expressas pelos participantes devem necessariamente ser consideradas, para negá-las ou acatá-las.

Analisada de forma concomitante às causas indígenas, minoria étnico racial, a função contramajoritária funciona como uma forma de luta e de freio à violação dos direitos desses povos, mas não pode e não deve ser a única forma de luta. É uma forma dos povos originários exercerem seus direitos e impor ao Estado suas demandas, de modo a forçar um pluralismo jurídico. De imediato, melhora a tutela desses direitos, mas não é o suficiente sob a prisma de um cenário mais complexo.

No segundo capítulo ficou evidente as tentativas de articulações políticas para nova dominação desses povos. O contexto político-social de promulgação da CFRB/88, a partir da análise comparativa de propostas do texto legal, mostra que houve manobras de reconhecer e conceder direitos, mas de maneira limitada que não comprometesse um sistema de Estado e de crescimento econômico que já estava consolidado no Brasil. Após a promulgação da constituição, essas tentativas perduraram com a apresentação de projetos de leis voltados para reformulação de alguns desses direitos, bem como pela protocolização de ações judiciais por não-indígenas perante o STF para reaver terras que estão sendo ocupadas por indígenas, a exemplo da tese do marco temporal.

Nesse cenário, paralelo aos entraves políticos estabelecidos pelo próprio Estado e entidades governamentais, a atuação do poder judiciário não pode estabelecer entraves jurídicos. É nesse sentido que a função contramajoritária na proteção dos direitos indígenas deve ser pensada, de forma paliativa, com os instrumentos jurídicos já existentes para bloquear um retrocesso e o desaparecimento dessas etnias. Quando há essas tentativas de dominação institucionalizada que violem os direitos indígenas já positivados na Constituição Federal, a aplicação do contramajoritarismo é indispensável, não pelo simples fato dos indígenas serem minorias étnicas raciais, mas, sim, pelo risco concreto de violação aos seus direitos. Assim, na situação de violação massiva dos direitos indígenas, o STF não tem mais só o poder de ser contramajoritário, passa a ter o dever de proteger esses direitos constitucionais, daí o poder-dever.

Por fim, os resultados obtidos da análise jurisprudencial das decisões do STF são positivos, no sentido que todas produziram efeitos favoráveis aos povos indígenas e todas versaram sobre a interpretação do artigo 231 da CFRB/88, dispositivo que rege sobre o direito da comunidade indígena sobre os territórios que tradicionalmente ocupam. Em três decisões houve participação dos povos ou de seus representantes durante o curso do processo, como parte ou na qualidade de *amicus curiae*, essas participações mostraram vertentes de interpretação do artigo 231 e comprovaram a importância de interpretá-lo sob o aspecto das realidades indígenas, enquanto as partes adversárias ficavam restritas às noções civilistas de bens imóveis e propriedade.

Nas cinco decisões houve uma interpretação para além do aspecto normativo-jurídico, e isso não significa uma interpretação extensiva (ativismo judicial) da lei constitucional, ao contrário, interpretaram também sob o aspecto da realidade dos destinatários da norma e possibilitou entender que a ocupação tradicional mencionada no artigo 231 da CRFB/88 indica que aquela terra é um território composto pelo binômio: lugar e memória.

Assim, a hipótese da pesquisa foi verificada, o STF possui o poder-dever de exercer a função contramajoritária, por força do que está positivado na Constituição e pela razão de que é um mecanismo paliativo possível e já disponível de ser utilizado quando um direito fundamental está sendo desrespeitado, por uma variedade de razões históricas e repetidas condutas comissivas e omissivas estatais e do mercado, mas essa atuação deve garantir posicionamentos democráticos de grupos étnicos minoritários e desassistidos nos mais diversos níveis da organização social.

De outro modo, ficou demonstrado na avaliação dos instrumentos de coleta de dados que para a proteção jurídica dos elementos culturais imateriais é preciso seja concedido a proteção do território, nesse meio que ocorre a reprodução social e cultural. No estudo sobre as línguas indígenas foi possível perceber que a manutenção da língua materna é mais eficaz quando ainda está dentro dos limítrofes do espaço geográfico que vive. Sobre as crenças, muitas vezes os indígenas dependem de um elemento natural para manifestá-las, acreditam que alguns elementos naturais são seus antepassados. Sobre as práticas culinárias, a tradição das comidas típicas também é reproduzida nesses espaços. Cultura tem esse poder de transformar um lugar físico em um lugar subjetivo.

Dessa forma, a função contramajoritária tem o condão de proteger os elementos culturais imateriais dos povos indígenas na medida que fornece a higidez jurídica necessária para proteger seus territórios, e enquanto não há evolução significativa do Brasil enquanto Estado Plurinacional, é a forma paliativa mais eficaz de proteção. A coluna vertebral para o exercício pleno dessa função é a própria democracia.

Considerado que é comum tentativas de dominações causadas por entraves políticos e que uma ação judicial é um espaço público, fundamental a aprofundar o conceito de democracia para além da representativa. Invoca a complementação da

democracia participativa, onde atores sociais são transformados em atores políticos para serem atuantes com a própria voz. Nesse ponto, constrói-se a segunda parte do caminho para delimitação da atuação. A ampliação do debate das causas indígenas a partir da interlocução dos próprios permite ressignificar antigos ideais e romper paradigmas, mas o mais importante é impor suas necessidades e as revelar perante o tribunal constitucional, que não poderão mais ficar indiferente à situação.

A participação de forma intrínseca e extrínseca, dentro do processo porque gera uma vinculação de argumentos e fora dele porque gera uma pressão social, viabiliza que o Direito não seja utilizado como ferramenta de poder, não deixa que interpretação da norma cresça enraizadas em pressupostos ocidentais hegemônico. De certa forma, aproxima essas etnias, que sofrem de invisibilidade político-social, do Estado.

Por fim, a pesquisa se ocupou em estudar a função contramajoritária para proteção de direitos culturais que já estão positivados na legislação nacional, restringindo à interpretação desses direitos pelo STF e como lidar com eles dentro da atual dogmática jurídica moderna, diante de todas as problemáticas existentes. Contudo, dada a complexidade do tema, caminha-se para direcionamentos futuros a partir da tutela jurídica do patrimônio cultural pertencentes aos povos indígenas para além do que está positivado na Constituição Federal e demais legislações.

REFERÊNCIAS

ANAIS da Assembléia Nacional Constituinte. Brasília: Senado Federal. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/CT_Abertura.asp.

ATAS das Reuniões da Comissão da Ordem Social. Brasília: Senado Federal. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/7_Comissao_De_Ordem_Social.pdf.

Atas das Reuniões da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias. Senado Federal. Disponível em: https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/constituente/7c_Subcomissao_Dos_Negros_Populacoes_Indigenas,.pdf.

Anteprojeto da Comissão da Ordem Social. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-187.pdf>.

BARROSO, Luis Roberto. Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, Vol. 9, n. 4, 2018, p. 2171-2228.

BERCOVICI, Gilberto. **A ordem econômica constitucional e a política agrícola**. In: Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico. Ano 6. N. 10. Belo Horizonte: set. 2017, fev. 2018.

BERCOVICI, Gilberto. **O Estado e a Garantia da Propriedade no Brasil**. In: CARDOSO JR., José Celso e BERCOVICI, Gilberto (org.). República, Democracia e Desenvolvimento: contribuições ao Estado brasileiro contemporâneo. Brasília: Ipea, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto n. 7.387, de 9 de dezembro de 2010. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7387.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (plenário). Tutela incidental provisória na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Ministro Roberto Barroso, 25 de maio de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754033962>. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade da Medida Provisória 870. Relator: Ministro Roberto Barroso, 25 de abril de 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5623726>. Acesso em: 12 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (tribunal pleno). Ação Civil Originária 304/MS. Relator: Ministro Ilmar Galvão, 21 de maio de 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755925097>.

Acesso em: 13 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 1012365/SC. Relator: Edson Fachin, 13 de maio de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749577852>.

Acesso em: 15 jan. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Popular nº 3338/RR. Relator: Carlos Britto, 17 de abril de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>.

Acesso em 19 nov. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tema 999: Imprescritibilidade da pretensão de reparação civil de dano ambiental. Relator: Alexandre de Moraes, 19 de agosto de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=6083656&numeroProcesso=1306505&classeProcesso=ARE&numeroTema=999>. Acesso em: 31 jan. 2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AGRAVO DE INSTRUMENTO 0018341-89.2012.4.01.0000. Relator: Ministro Souza Prudente, 07 de agosto de 2012. Disponível em: <https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=00183418920124010000&pA=&pN=183418920124010000>. Acesso em: 03 abril. 2021.

BUARQUE, Chico. Roda-Viva. Rio de Janeiro: RGE, Som Livre, 1968.

CAIXETA, Marília Araújo; FONTELE, Alysso Maia. O contramajoritarismo do Supremo Tribunal Federal: proteção jurídica dos povos indígenas perante o avanço da mineração em seus territórios. In: **Seminário Internacional sobre Democracia, Ciudadanía y Estado de Derecho**, n. 3., 2021, Ourense. Livro de artigos. Ourense: Universidade de Vigo, 2021. P. 213-231. ISSN 2695-5784.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Métodos de interpretação constitucional**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/119/edicao-1/metodos-de-interpretacao-constitucional>. Acesso em: 22 ago. 2022.

COULDRY, NICK. **Why voice matters**. Culture and Politics after Neoliberalism. London: Sage, 2010. 176 p.

CONAIE. **Políticas para el Plan de Gobierno Nacional. El mandato de la CONAIE**. Quito: CONAIE, 2003.

Convenção n. 169 sobre povos indígenas e tribais e resolução referente à ação da OIT. Brasília: OIT, 2011. POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne.

CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (orgs.). **Direitos dos povos indígenas em disputa**. São Paulo: Ed. Unesp, 2018.

DE VICO ARANTES, C. M.; DE VICO ARANTES, M. A. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SUPREMOCRACIA. **Revista de Direito da FAE**, v. 1, n. 1, p. 6 - 26, 12 jun. 2019. KRAMER, Larry. **The people themselves**. Kindle Edition. Oxford: Oxford University Press, 2004.

DUSSEL, Enrique. **Oito ensaios sobre cultura latino-americana e libertação**. São Paulo: Paulinas, 1997. Disponível em: https://enriquedussel.com/txt/Textos_Libros/49.Oito_ensaios_sobre_cultura.pdf. Acesso em: 29 mai. 2021.

ESCOBAR, Arturo. **Lugar da natureza e a natureza do lugar: globalização ou pós-desenvolvimento?** In: LANDER, Edgardo (Org). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais – perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 69- 86.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. **El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización**. In: Cesar Rodrigues Garavito (coord). *El derecho in America Latina: um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. 1. ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 139-159. Disponível em: https://www.mpf.gov.pe/escuela/contenido/actividades/docs/4939_4_ryf_constitucionalismo_pluralista_2010%5B1%5D.pdf. Acesso em: 13 jun. 2021.

FAO – Organização das Nações Unidas. **Dia Internacional dos Povos Indígenas: 5 maneiras pelas quais os povos indígenas estão ajudando a acabar com a fome no mundo**. FAO, 2020. Disponível em: <https://www.fao.org/brasil/noticias/detail-events/pt/c/1302179/>.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo. **Decolonialismo indígena**. São Paulo: Matrioska, 2021.

Häberle, Peter. **El Estado constitucional**. Buenos Aires: Ástrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2007.

HABERLE, P. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

HÄBERLE, P. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. **Direito Público**, [S. l.], v. 11, n. 60, p. 25–50, 2015. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2353>. Acesso em: 15 nov. 2022.

HABERMAS, Jurgen (1929). **Direito e democracia: entre factividade e validade**. v. 1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HUANACUNI MAMANI, Fernando. **VIVIR BIEN/BUEN VIVIR. Filosofía, políticas estrategias y experiencias de los pueblos ancestrales**. 6. ed,. Bolivia, 2015.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo 2010: população indígena é de 896,9 mil, tem 305 etnias e fala 274 idiomas.** Rio de Janeiro: IBGE, 2012. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?busca=1&id=3&idnoticia=2194&view=noticia#:~:text=A%20popula%C3%A7%C3%A3o%20ind%C3%ADgena%20residente%20no,os%20Censos%201991%20e%202000.>

ISA - Instituto Socioambiental. **LÍNGUAS.** Isa, 2019. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/L%C3%ADnguas.>

IPHAN - Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. **Diversidade Linguística - No Brasil, são faladas mais de 250 línguas.** Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/indl.>

KAMBEBA, Márcia Wayna. **AY KAKYRI TAMA - EU MORO NA CIDADE.** São Paulo: Editora Jandaíra, 2018.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Trad. de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

KATZ, Esther. **Alimentação indígena na América Latina: comida invisível, comida de pobres ou patrimônio culinário?** v. 3. n. 1. Espaço Ameríndio: Porto Alegre, 2009. p. 25-41.

KRAMER, Larry. **The supreme Court. Term Forward: we the court,** 2000.

KRAMER, Larry. **Democracia Deliberativa e Constitucionalismo Popular: James Madison e o “Interesse do Homem”.** In: BIGONHA, Antonio Carlos; MOREIRA, Luiz (org.). Limites do Controle de Constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 89. Tradução de Aduino Villela.

KRAMER, Larry. **The people themselves.** Kindle Edition. Oxford: Oxford University Press, 2004.

KRENAK, Ailton. **Ideias para adiar o fim do mundo.** São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

KOPENAWA, Davi; ALBERT, Bruce. **A queda do céu. Palavras de um xamã Yanomami.** *Kindle edition.* Tradução de Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, 729 p.

LITTLE, P. E. Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade. **Anuário Antropológico**, v. 28, n. 1, pp. 251-290, 19 fev. 2018.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos.** Coimbra: Coimbra, 1996.

MALUF, Renato S. **Segurança alimentar e nutricional.** 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

MARÉS, Carlos. **A Função Social da Terra**. 2ª. Edição. Curitiba: Arte e Letra, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARTINS, José de Souza. **A reprodução do capital na frente pioneira e o renascimento da escravidão no Brasil**. Tempo Social; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 6(1-2): 1-25, 1994 (editado em jun. 1995).

MIGNOLO, Walter D. **El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura - Un manifiesto**. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; Grosfoguel, Ramón (orgs.). El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007. p. 25-46.

MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa; COSTA, Rafaela Cândida Tavares; SILVA, Bárbara Martins Duarte. **A liberdade de crença como direito fundamental: uma discussão acerca da reparação do dano espiritual ao direito ao projeto de pós-vida nas aldeias da terra indígena Capoto-Jarina**. Prisma Jurídico, São Paulo, v. 18, n. 1, p. 25-47, jan./jun. 2019.

MORAES, Reginaldo C. **As cidades cercam os campos: estudos sobre o projeto nacional e desenvolvimento agrário na era da economia globalizada**. São Paulo: Editora UNESP: Brasília, DF: NEAD, 2008.

MUNDURUKU, Daniel. **O caráter educativo do movimento indígena brasileiro (1970-1990)**. São Paulo: Paulinas, 2012.

ONU MUJERES. **Acceso de las mujeres indígenas a la tierra, el territorio y los recursos naturales em américa latina y el caribe**. 2018. Disponível em: https://fimi-iiwf.org/wp-content/uploads/2020/12/Estudio_FINAL_Acceso_de_Mujeres_Indigenas_a_la_tierra-compressed.pdf. Acesso em: 10 dez 2021.

POSEY, Darrel. **A ciência dos Mebêngôkre: alternativas contra a destruição**. Belém: Museu Paraense Emílio Goeldi – MPEG/CNPq, 1989.

PRADO JR., Caio. **A Questão Agrária no Brasil**. 2ª Edição. São Paulo: Brasiliense, 1979.

POTIGUARA, Eliane. **Metade cara, metade máscara**. Lorena: DM Projetos Especiais, 2018.

QUIJANO, Anibal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. In: QUIJANO, Anibal. In: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais, perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 117-142.

QUIJANO, Anibal. **Colonialidad del poder y clasificación social**. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; Grosfoguel, Ramón (orgs.). El giro decolonial: reflexiones para

una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007. p. 93-126.

Ribeiro, Darcy. Culturas e línguas indígenas do Brasil. Rio de Janeiro: Centro de Pesquisas Educacionais, 1957. 102 p.

ROCHA, Eduardo Gonçalves. **Direito à alimentação: teoria constitucional democrática e política públicas.** São Paulo: LTR, 2011.

RODRIGUES, Aryon Dall'igna. **Línguas brasileiras – para o conhecimento das línguas indígenas.** São Paulo: Edições Loyola, 1986.

SANTOS, Boaventura de Souza. Poderá o direito ser emancipatório?, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 2003. Tradução de: João Paulo Moreira. Disponível em: <http://journals.openedition.org/rccs/1180>; DOI: <https://doi.org/10.4000/rccs.1180>.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa.** São Paulo: Civilização Brasileira, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Algumas notas sobre a liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988.** Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, São Paulo, v. 8, pp.829-845, ago. 2015.

SAUER, Sergio. Terra no século XXI: Desafios e perspectivas da questão agrária. **Retratos de Assentamentos**, [S. l.], v. 19, n. 2, p. 69-97, 2016. DOI: 10.25059/2527-2594/retratosdeassentamentos/2016.v19i2.239. Disponível em: <https://retratosdeassentamentos.com/index.php/retratos/article/view/239>. Acesso em: 24 mar. 2023.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** Tradução: Laura Teixeira Motta. Revisão técnica: Ricardo Donisseli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

SILVA, José Gomes da. **O Buraco Negro: A Reforma Agrária na Constituinte.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

SOUZA FILHO, Frederico Carlos Marés. **Tutela dos índios: proteção ou opressão.** In: SANTILLI, Juliana (org). Os Direitos Indígenas e a Constituição. Brasília: Núcleo de Direitos Indígenas. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fábris Editor, 1993. p. 295-312.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito.** Curitiba: Juruá, 2000.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **A proteção jurídica dos bens culturais.** Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, dez. 1992. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/9000>>. Acesso em: 24 mar. 2023. doi:<http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v27i0.9000>.

STARLING, Heloisa Murgel; SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Brasil: uma biografia**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

STORTO, Luciana. **Línguas indígenas: tradição, universais e diversidade**. 1ª edição. Campinas: Mercado das Letras, 2019.

STRECK, Lenio Streck. **Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito**. Imprensa: Belo Horizonte, Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **À guisa da apresentação: levemos os atos de decidir a sério. Apresentação da obra de Georges Abboud**, Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.

TARRÉGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; LAMBERT, Ana Sofia Alencar. **Tutela jurídica dos arranjos produtivos locais e exploração da biodiversidade em goiás: a proteção da propriedade intelectual como mecanismo de desenvolvimento das comunidades tradicionais**. *Revista Videre*, Dourados, MS, v.10, n.20, jul./dez. 2018.

UNESCO. **Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial**, 2003. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/ConvencaoSalvaguarda.pdf>. Acesso em: 29 set. 2021.

VIEIRA, José Ribas; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant; BARREIRA, Jônatas Henriques. **Constitucionalismo popular: modelos e críticas**. *Revista de investigações constitucionais*, Curitiba, v. 5. n. 3, p. 278, set/dez. 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/55478>. Acesso em 21 nov. 2021.

WALSH, Catherine. **Interculturalidade e decolonialidade do poder: um pensamento e posicionamento “outro” a partir da diferença colonial**. In: *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007. P. 47-62.

WALSH, Catherine. **Las geopolíticas de conocimiento y la colonialidad del poder**. Entrevista a Walter Mignolo”. En Catherine Walsh, Freya Schiwy y Santiago Castro-Gómez (eds.). *Indisciplinar las ciencias sociales. Geopolíticas del conocimiento y colonialidad del poder. Perspectivas desde lo andino* (pp. 17-44). Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Abya Yala, (2002a).

YAMA, Yguarê. **A todos indígenas e aliados**. Kindle. São Paulo: Editora Cintra, 2019.