



**Centro de Desenvolvimento Sustentável**

**TERRA E AUTODETERMINAÇÃO:  
O USUFRUTO INDÍGENA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

**Carolina Augusta de Mendonça Rodrigues dos Santos**

**Orientador:  
José Antonio Vieira Pimenta**

Brasília – DF, abril – 2017

**Universidade de Brasília (UnB)**  
**Centro de Desenvolvimento Sustentável (CDS)**  
**Mestrado em Sustentabilidade junto aos Povos e Terras Tradicionais**

**TERRA E AUTODETERMINAÇÃO:  
O USUFRUTO INDÍGENA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

**Carolina Augusta de Mendonça Rodrigues dos Santos**

Dissertação submetida ao Centro de Desenvolvimento Sustentável, da Universidade de Brasília, como parte dos requisitos necessários à obtenção de título de Mestre em Sustentabilidade junto a Povos e Terras Tradicionais.

Aprovado por:

---

Prof. Dr. José Antonio Vieira Pimenta  
Orientador

---

Profa. Dra. Alcida Rita Ramos (DAN/UnB)  
Examinadora

---

Prof. Dr. Cristiano Otávio Paixão Araújo Pinto (Faculdade de Direito/UnB)  
Examinador

---

Dr. Gustavo Hamilton de Souza Menezes (FUNAI)  
Examinador Externo

Brasília – DF, 17 de abril de 2017

Aos meus pais, com todo amor.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente à FUNAI, por me acolher, e aos seus indigenistas, que tanto me ensinam diariamente sobre o amor ao próximo.

Aos amigos Giovana Tempesta, Andrea Prado, Gustavo Hamilton, Jorge Bogéa, Cristine Menezes, Luciana Nóbrega, Thiago Fiorotti, Luiz Fernandes, Evangelista Apurinã, Manoel Prado, Maira Smith, Solange Alves, Paula Mafra, Clarissa Tavares e Márcia Gramkow, por me ensinarem de tantas formas o nobre ofício de servidor público.

À AGU, por me permitir viver minha vocação.

À PFE-FUNAI, por todo apoio neste longo processo. Ao Flávio Chiarelli, pela amizade e por abrir tantas portas. À Fátima e ao Carlos, meu grupo de partilha e de luta...

Às colegas e aos colegas da APD, pela fraternidade militante.

Ao MESPT, por ser um divisor de águas.

Aos professores do MESPT, pelo ensino engajado e, especialmente, ao meu orientador, José Pimenta, por todo cuidado, incentivo e seriedade, que servirão de referência na minha vida acadêmica.

Aos membros da minha banca, Professores Alcida Ramos, Cristiano Paixão e Gustavo Hamilton, pela generosidade em colaborar com o meu trabalho.

À minha querida turma do MESPT, por todas as vivências e aprendizados. Ao Gilmar e ao Moisés, por compartilharem sua sabedoria. Ao Tiago Geisler, por toda hospitalidade mineira. Às *kupens* Andrea, Kátia e Lídia, por tantos colos, risadas e referências bibliográficas...

À Ana e ao Rafael, minha família Xavante.

Ao Gustavo Kenner, da 6ª Câmara, pelo companheirismo na jornada. Ao Tião, do CIMI, pela gentileza com que me apoiou no penoso processo das entrevistas. À Clarisse Jabur, pela delicadeza na indicação de valiosas referências e traduções. À Luísa e à Manu, pelas horas de balada perdidas em degravações. Ao Lucivaldo, por me auxiliar com uma infinidade de transcrições. À Renata Costa, pelo zelo e dedicação na reta final. À FAP/DF, por ter financiado a apresentação do meu trabalho na Costa Rica.

Às lideranças e aos servidores entrevistados, pela paciência e disposição em colaborar.

À Alda, ao Gu e à Fabi, por me trazerem de volta ao meu eixo.

Às amigas Jane, Meg, Izabela, Fabíola e Samira, minhas irmãs de alma e de coração. Ao Leopoldo, Luiz Felipe e Guilherme, meus parceiros de vida e de letras jurídicas. À vizinhança do Bloco C, minha comunidade de reciprocidade.

À Rozi e à Alice, por terem sido mães quando eu não pude ser.

À Larissa, ao Ricardo e à Dona Gilce, minha família sempre que precisei. Ao Leco, meu irmão.

À Patrícia, por me mostrar o caminho.

À Daniela por me sustentar na caminhada.

Aos meus pais, por tudo.

Ao Bento e ao Diogo, pela paciência em aguardar meu retorno.

Ao Herman, por todo amor.

E aos povos indígenas, por me reconectarem ao meu *daimon*.

Não há diálogo, porém, se não há um profundo amor ao mundo e aos homens. Não é possível a pronúncia do mundo, que é um ato de criação e recriação, se não há, amor que a infunda. Sendo fundamento do diálogo, o amor é, também, diálogo. (...) Como ato de valentia, não pode ser piegas; como ato de liberdade, não pode ser pretexto para a manipulação, senão gerador de outros atos de liberdade. A não ser assim, não é amor. (...) Se não amo o mundo, se não amo a vida, se não amo os homens, não me é possível o diálogo. (FREIRE, 1987, p. 45).

## RESUMO

A Constituição de 1988 reconheceu aos índios os direitos originários sobre as terras que ocupam, garantindo o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. Por meio da análise do Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Popular nº 3.388 (Terra Indígena Raposa Serra do Sol), bem como de entrevistas realizadas com servidores da FUNAI e com lideranças indígenas, constatou-se que o discurso estatal tem propiciado interpretações restritivas acerca da definição de usufruto, dificultando o exercício do direito de autodeterminação pelos indígenas. O presente trabalho tem como proposta pesquisar de que forma o instituto jurídico do usufruto, originado de uma tradição jurídica privatista, permite a efetivação da livre determinação dos povos indígenas em relação ao uso de seus territórios, possibilitando sua reprodução física e cultural em condições de dignidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Usufruto exclusivo. Terras Indígenas. Constituição Federal. Autodeterminação.

## **ABSTRACT**

The 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil recognized Indians' original rights to the lands they traditionally occupy, assuring their exclusive usufruct of the riches of the soil, the rivers and the lakes existing therein. The analysis of the Supreme Federal Court's ruling about people's legal action nº 3.388 (Raposa Serra do Sol) as well as the interviews with FUNAI employees and indigenous leaders, has shown a restrictive interpretation about usufruct in the government's speech that raise difficulties to indians' self-determination right. The present dissertation aims to research how the legal instrument of usufruct, created by a private law tradition, allows effectively the free self-determination of indigenous people related to their territories in order to ascertain their physical and cultural reproduction under condition of dignity.

**KEYWORDS:** Exclusive usufruct. Indian Reservation. Constitution of the Federative Republic of Brazil. Self-determination.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	11
<b>Meus Territórios</b>	12
<b>Percurso Metodológico</b>	16
<b>CAPÍTULO 1 POVOS INDÍGENAS E OS ESTADOS NACIONAIS</b>	19
<b>1.1 O Projeto Colonial e a Construção dos Estados-Nação</b>	19
<b>1.2 O Surgimento dos Direitos Coletivos</b>	27
<b>1.3 Autodeterminação e os Estados Nacionais</b>	31
<b>1.4 O Constitucionalismo na América Latina no Século XX</b>	38
<b>CAPÍTULO 2 OS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL E A CONSTRUÇÃO DA AUTONOMIA SOBRE SEUS TERRITÓRIOS</b>	43
<b>2.1 O Indigenato e a Tutela: as duas faces do processo de desterritorialização</b>	43
<b>2.2 A Tradição Privatista do Direito Brasileiro</b>	55
<b>2.2.1 O usufruto e os direitos reais</b>	58
<b>2.3 A Carta de 1988: uma virada paradigmática?</b>	64
<b>2.3.1 O usufruto exclusivo e a territorialidade indígena</b>	70

<b>CAPÍTULO 3 O DISCURSO DO ESTADO E A TUTELA DO SÉCULO XXI</b>	80
<b>3.1 A Jurisdição como Discurso de Poder</b>	80
3.1.1 O caso Raposa Serra do Sol e o usufruto indígena	82
3.1.2 “Interesse Nacional” versus Direitos Indígenas	85
<b>3.2 A Prática Indigenista e a Tutela Pós-88</b>	107
<b>CAPÍTULO 4 E O QUE DIZEM OS ÍNDIOS?</b>	129
<b>4.1 Interferência do Estado e Direito à Autonomia</b>	130
4.1.1 Os donos do território	136
4.1.2 O ônus da sustentabilidade	142
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	151
<b>REFERÊNCIAS</b>	158
<b>LEGISLAÇÃO</b>	173
<b>DECISÕES JUDICIAIS</b>	175
<b>LISTA DE ENTREVISTADOS</b>	177

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende trazer luz sobre o instituto do usufruto das terras indígenas no Brasil, bem como discutir seus limites e possibilidades. A Constituição de 1988 avançou significativamente ao reconhecer aos índios os direitos originários sobre as terras que ocupam. No entanto, a tradição jurídica brasileira e a prática indigenista têm impedido, de várias formas, o pleno exercício do usufruto e até mesmo a posse dos territórios pelos povos indígenas. No dizer de Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 33), “o importante não é ver como o conhecimento representa o real, mas conhecer o que determinado conhecimento produz na realidade; a intervenção no real”.

A pesquisa procura, então, unir dois assuntos muito caros para os povos indígenas no Brasil. O tema do território é sempre atual. Falar sobre autodeterminação, por outro lado, é inadiável.

A ideia de autodeterminação caminha junto com a noção de liberdade, que adquiriu múltiplas definições a partir do individualismo ocidental e encontra sentidos diversos nas racionalidades ameríndias, mas ganha corpo na luta pelo direito à alteridade.

A Constituição Federal, ao garantir aos índios o usufruto exclusivo das terras tradicionalmente ocupadas, acolheu também o direito à diferença, que se vincula em essência ao direito à **inviolabilidade do projeto de vida**<sup>1</sup>. Assegurar o direito à terra, portanto, não esgota a demanda por dignidade dos povos indígenas. Sem a possibilidade de escolher os meios de vida, os direitos territoriais passam a ser apenas garantia de sobrevivência e não de existência plena.

A relevância de priorizar a discussão sobre esse tema fica evidente quando se constata que praticamente não existe produção teórica no âmbito jurídico especificamente sobre o conceito de usufruto indígena. O obscurecimento desse assunto na doutrina se reflete numa jurisprudência refratária a ir além do marco civilista que domina a compreensão sobre os direitos reais. Aliado a tais fatos, o tradicional hermetismo do meio jurídico impede que as descobertas da Antropologia

---

<sup>1</sup> Antonio Augusto Cançado Trindade, em voto proferido perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, entendeu que “el proyecto de vida se encuentra vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino [...]” (SOUSA JÚNIOR, 2011, p. 38)

sobre os povos tradicionais tragam novos ares aos velhos e empoeirados institutos jurídicos coloniais, que apenas perpetuam os modelos de dominação e exclusão.

A complexidade do tema, portanto, demanda ferramentas teóricas de diversos campos do conhecimento, que permitam adotar uma perspectiva não reducionista e apresentar alternativas de tratamento do assunto que não desconsiderem as distintas dimensões epistemológicas e culturais implicadas na questão territorial.

O objetivo deste trabalho, então, é perceber de que forma o instituto jurídico do usufruto das terras indígenas tem possibilitado a efetivação do direito à livre determinação. Além disso, o estudo tem a intenção de propor a criação de um novo discurso jurídico, mais condizente com o reconhecimento do direito à alteridade no uso dos territórios, a partir da noção de que a construção dos direitos se dá por meio de processos dialógicos em que outras racionalidades devem ser incluídas na tarefa de dizer o que é ou não justo.

Por fim, a pesquisa sobre o usufruto indígena pode oferecer uma importante reflexão sobre as concepções e as práticas do Estado brasileiro, no que concerne ao reconhecimento dos povos indígenas enquanto categoria identitária nacional, de forma a compreender os modos pelos quais operam os sutis mecanismos de exclusão e subalternização social desses sujeitos.

## **Meus Territórios**

Filha temporã de um casal de advogados que criou a prole nos idos da ditadura na Capital Federal, cresci em meio a infindáveis discussões dos adultos à mesa sobre direitos, garantias e democracia, coisas raras naquela época. Vivi minha infância na asa sul do avião, pelos gramados, cobogós e pilotis que se constituíram no território desta cidade.

Paulistas radicados em Brasília na década de 60, meus pais acabaram seduzidos pela exuberância do Planalto Central. Nas férias de julho, a família partia em caravanas de pescaria nos afluentes do Araguaia, contrariando a tradição machista por excelência dessas confrarias.

A convivência com uma família de aposentados, que compartilhou generosamente seu território conosco, marcou definitivamente a infância das três irmãs. Anos mais tarde, Seu Epitácio teve que abandonar seu retiro na Ilha do Bananal, em razão da demarcação da Terra Indígena Parque do Araguaia, em que pese tantos latifúndios

permaneçam ocupando territórios indígenas na região até hoje. Minha irmã Patrícia, tão impactada por essas experiências, acabou se tornando uma luminosa antropóloga e dedica sua vida aos Javaé, aos Avá-Canoeiro e aos povos do Araguaia.

Enquanto isso, em Brasília, minha mãe seguiu carreira no Ministério Público Federal e quis o destino que também se tornasse uma importante defensora dos direitos indígenas, logo no alvorecer da Constituição de 1988. Vários de seus pareceres contribuíram para consolidar a tese da posse indígena dentro do conservador meio jurídico do Supremo Tribunal Federal, possibilitando, por exemplo, a demarcação das Terras Indígenas Krenak e Kayabi do Rio dos Peixes.

Muito dividida entre o encantamento que sentia diante dessas reluzentes trajetórias e pressionada por ser a última esperança de uma filha advogada na família, acabei abandonando o primeiro semestre de Ciências Sociais e optei pelo curso de Direito na Universidade de Brasília, cujo currículo à época era constituído majoritariamente de disciplinas de direito privado, com uma forte inclinação juspositivista.

Tomei posse no cargo de procuradora federal em 2002, carreira recém-nascida vinculada à Advocacia-Geral da União - AGU. Após uma década de advocacia pública, fui convidada a atuar como assistente do Procurador-Chefe da FUNAI, o que trouxe um novo significado à minha carreira. A facilidade de transitar entre o mundo dos povos indígenas e a burocracia do meio jurídico revelou uma aptidão que eu desconhecia e pacificou minha vocação profissional.

Em 2014, fui aprovada para a 2º turma do Mestrado Profissional em Sustentabilidade junto a Povos e Terras Tradicionais – MESPT, vinculado ao Centro de Desenvolvimento Sustentável – CDS/UnB, que traz uma proposta de um mestrado intercultural “com base no diálogo de saberes e em prol do exercício de direitos, do fortalecimento de processos autogestionários da vida, do território e do meio ambiente, da valorização da sociobiodiversidade e salvaguarda do patrimônio cultural de povos indígenas, quilombolas e demais comunidades tradicionais”.

A proposta de ensino multidisciplinar me permitiu enxergar com mais clareza que o discurso jurídico é construído na dialética das lutas sociais e que o Direito necessita de um conteúdo empírico de justiça que somente pode ser alcançado com a colaboração de outras formas de conhecimento. Além disso, aprendi que é preciso

pensar em outras saídas e que o mundo está esperançoso por novas soluções pensadas do lado de cá.

Entretanto, a promessa ainda não realizada do MESPT é a de se tornar um espaço em que esses diferentes sujeitos desfrutem de relações horizontais de respeito e aprendizado mútuos. Mas a monocultura do saber acadêmico (SANTOS, 2007) ainda permeia os ambientes físicos e psíquicos das universidades e somente autoriza que esses agentes contra-hegemônicos sejam considerados de forma segregada ou na posição de objetos de estudo.

A intensa convivência com uma turma multiétnica, em razão do regime de Pedagogia da Alternância<sup>2</sup>, significou longos períodos de estranhamentos e deslumbramentos recíprocos, de conflitos e entendimentos. Do meu particular ponto de vista, que, como todos os outros, não se sujeita a qualquer estereótipo reducionista, vivi a notável experiência de me confrontar com as muitas limitações da minha origem individualista e urbana, mas que anseia por uma reconexão à comunidade ancestral e aos valores de solidariedade e de reciprocidade presentes em cada um de nós.

Tive também a oportunidade de entender que a luta para que esses atores e saberes deixem a invisibilidade tem vários espaços para acontecer e que todas as trincheiras têm seu valor e sua dignidade, inclusive a que eu escolhi.

Durante o período da pesquisa, exerci a função de Coordenadora de Assuntos Estratégicos da Procuradoria Federal Especializada junto à FUNAI, cuja missão, em resumo, é planejar e orientar a atuação das unidades da Procuradoria-Geral Federal na defesa dos direitos individuais e coletivos indígenas e da própria FUNAI.

Os questionamentos sobre os limites do usufruto sempre foram uma demanda constante na Procuradoria, visto que, após a demarcação administrativa, a FUNAI se coloca no papel de reguladora do uso das terras indígenas, em razão do seu “poder de polícia”<sup>3</sup>. Contudo, o conceito de usufruto exclusivo tem sido empregado de forma reiterada pelos agentes públicos para limitar o uso do território pelos índios, até mesmo por meio de normativas da FUNAI que regulam o acesso e a exploração das terras indígenas.

---

<sup>2</sup> Metodologia pedagógica destinada a populações camponesas, que prevê períodos de estudo em internato intercalados com períodos na própria comunidade.

<sup>3</sup> Artigo 1º, VII, da Lei 5.371, de 5 de dezembro de 1967.

Devido à minha formação eminentemente civilista, focada no direito individual burguês, relutei muito em admitir a ideia de que o usufruto indígena, uma poderosa garantia de direitos reais, pudesse de alguma forma restringir a liberdade dos índios em fruir plenamente dos seus territórios, embora constitua um direito coletivo *sui generis*.

Na prática jurídica, entretanto, tem se mostrado um desafio cotidiano vencer as barreiras à concretização dos direitos indígenas utilizando os próprios instrumentos coloniais, sem que essa estratégia possa parecer essencialmente contraditória.

Durante a pesquisa, percebi que a experiência simultânea de frequentar os espaços acadêmicos e de operar junto à burocracia poderia ser uma oportunidade inestimável de encontrar outras saídas para essas questões, ao produzir um diálogo entre esses mundos tão distantes e desconexos. A posição que ocupo permitiu o acesso a uma visão muito privilegiada da política indigenista e a interlocução com diversos agentes que são inacessíveis ou desconhecidos pelo meio acadêmico, mas que têm papel chave no indigenismo estatal.

A academia se reconhece como espaço privilegiado de saber, mas tem dificuldades em identificar suas limitações, principalmente no que se refere à obtenção de dados empíricos qualificados, bem como quanto à possibilidade real de propor soluções factíveis para as questões concretas enfrentadas na relação povos indígenas/Estado.

Por outro lado, o aparelho estatal, embora em contato permanente com a realidade dos povos indígenas, encontra-se imerso em um ambiente ideológico que tende a objetivar, normatizar e reduzir a complexidade dessas relações, sendo geralmente resistente a novas propostas que fujam aos esquemas naturalizados, dificultando um pensar crítico e transformador.

Essa localização ambivalente de servidora/pesquisadora diversas vezes se mostrou desconfortável, mas facilitou a coleta de informações e, principalmente, permitiu grandes reflexões pessoais sobre a influência da burocracia nas minhas próprias práticas enquanto servidora pública.

Por meio dessa singular experiência, foi possível em alguma medida aproximar essas linguagens antagônicas, de modo a apontar algumas questões que merecem a meu ver mais atenção no que diz respeito às garantias territoriais dos povos indígenas, mas que não substituem seus próprios pleitos e reivindicações.

## **Percurso Metodológico**

O trabalho foi dividido em quatro capítulos. Os dois primeiros oferecem uma contextualização histórica e teórica dos temas relacionados às questões territoriais e de autonomia indígena. Os dois últimos apresentam as análises dos dados coletados durante a pesquisa.

O capítulo que inicia - Povos Indígenas e os Estados Nacionais – discorre de maneira mais genérica sobre a forma com que a constituição dos Estados na era moderna impactou no reconhecimento das identidades diversas que compõem as nações, sobretudo no que se refere ao direito de autodeterminação dos povos indígenas. Além disso, mostra alguns desdobramentos políticos e jurídicos da luta pelo direito à alteridade dos povos da América Latina, principalmente.

O segundo capítulo – Os Povos Indígenas no Brasil e a construção da autonomia sobre seus territórios – se dedicou a traçar um panorama sucinto sobre o tratamento jurídico do direito à terra no Brasil e o processo histórico de controle dos índios pelo Estado, com ênfase em uma análise do instituto da tutela. O capítulo também descreve as mudanças trazidas pela Constituição de 1988 em relação ao paradigma<sup>4</sup> tutelar anterior e traz reflexões sobre o usufruto indígena.

No terceiro capítulo – O discurso do Estado e a tutela do Século XXI, são mostrados os resultados da pesquisa, no que diz respeito ao discurso do Estado Brasileiro sobre o usufruto indígena. Como objeto de estudo, foi escolhido o acórdão do Supremo Tribunal Federal na Ação Popular (PET) 3.388, que versa sobre a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Além de abordar o tema do processo administrativo de demarcação, os ministros decidiram sobre diversos assuntos afetos ao usufruto nas terras indígenas, bem como sobre os limites da autonomia indígena. Esse importante julgado de 2009, que tem balizado as decisões judiciais sobre direitos dos índios em todo país, evidencia diversos pressupostos ideológicos sobre os quais o Estado tem se apoiado no tratamento da questão indígena, o que demonstra sua relevância ímpar como retrato de uma parte do pensamento institucional no Brasil.

---

4 O uso da expressão “paradigma” no presente trabalho está adstrito à utilização corriqueira do termo pelo senso comum, desvinculado das discussões presentes nas teorias da ciência, notadamente do conceito notabilizado por Thomas Kuhn.



Por outro lado, o terceiro capítulo, dentro da proposta de observar o discurso estatal, aporta também a análise da fala de servidores da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, que é o órgão indigenista oficial em âmbito federal e tem o papel de coordenar as políticas indigenistas no país. Para tanto, foram entrevistados 5 (cinco) servidores efetivos e 1 (um) servidor sem vínculo, que atuam em cargos de chefia como titulares ou substitutos na FUNAI Sede, sendo 4 (quatro) homens e 2 (duas) mulheres. Quatro dos servidores entrevistados estão na FUNAI há menos de dez anos e dois são indigenistas com mais experiência, com mais de trinta anos de atuação. Um deles chegou a ocupar o cargo de Presidente da autarquia e de Diretor de Promoção ao Desenvolvimento Sustentável.

Os servidores foram escolhidos em razão de suas áreas de atuação, as quais têm pertinência direta com o tema do usufruto, ainda que sob diferentes perspectivas, como proteção territorial, etnodesenvolvimento e gestão ambiental. Desta forma, dois entrevistados estão lotados na Coordenação-Geral de Monitoramento Territorial - CGMT, dois estão em exercício na Coordenação-Geral de Etnodesenvolvimento - CGETNO, um atua na Coordenação-Geral de Gestão Ambiental - CGGAM e o último na Diretoria de Promoção ao Desenvolvimento Sustentável - DPDS. As Coordenações-Gerais, subordinadas às Diretorias, são responsáveis por todo direcionamento na atuação finalística dos órgãos descentralizados da FUNAI.

As entrevistas foram realizadas no ambiente institucional e foi pactuado o sigilo de identidade, de forma a não causar constrangimentos aos servidores e possibilitar ampla liberdade de manifestação. Essa escolha considerou que as atuações funcionais estão sujeitas à estrutura hierárquica da autarquia e que a Administração Pública, por ser regida pelo princípio da impessoalidade, restringe o direito de livre manifestação do pensamento dos servidores em relação aos assuntos aos quais estão vinculados administrativamente.

Por fim, o capítulo 4 – E o que dizem os índios? - buscou oferecer um contraponto ao discurso do Estado baseado na fala dos próprios indígenas. A estratégia utilizada foi selecionar doze lideranças (onze homens e uma mulher) de diferentes povos e regiões, que representavam suas comunidades em reuniões com órgãos de governo em Brasília entre os meses de setembro e novembro de 2016.

Todas as entrevistas (com os servidores da FUNAI e com as lideranças indígenas) foram realizadas de forma presencial com o uso consensuado de

gravador, tendo sido questionado o conceito de usufruto indígena, seus limites, possibilidades e obstáculos à efetivação. A duração das entrevistas variou de acordo com a disposição dos entrevistados em colaborar, os quais ficaram livres para comentar o que entendessem pertinente, tendo a duração de cada fala oscilado entre três e vinte e dois minutos.

Com o intuito de alcançar uma mínima diversidade nas falas, foi estabelecido diálogo com indígenas das seguintes etnias: Xavante, Yanomâmi, (2) Wapichana, (2) Kaingang, Tupiniquim, Tuxá, Krenak, Xoklen, Tapeba e Nambikwara.

Os indígenas entrevistados, diferentemente dos servidores, que preferiram o sigilo na divulgação de seus nomes, não se opuseram à revelação de suas identidades, em razão da natureza dos papéis políticos que desempenham, pois a própria notoriedade é um facilitador de acesso aos espaços de decisão.

A escolha dos entrevistados não pretende refletir o movimento indígena no Brasil, o qual possui dinâmicas múltiplas e diferenciadas que não podem ser reduzidas ao esquema de representação na Capital Federal. A pesquisa objetivou apenas oferecer uma base mínima de comparação para confrontar o discurso estatal e, quem sabe, suscitar novas ideias de pesquisa quanto ao tema com base em outros recortes acadêmicos.

O tema também não se esgota aqui. A proposta do presente trabalho foi trazer à superfície um assunto que se encontrava em segundo plano em âmbito político e acadêmico no Brasil, embora represente, de fato, a mais importante pauta dos povos indígenas, que é o direito à autodeterminação.

## CAPÍTULO 1 POVOS INDÍGENAS E OS ESTADOS NACIONAIS

### 1.1 O Projeto Colonial e a Construção dos Estados-Nação

Para compreender as formas atuais de interação do Estado com os povos indígenas, mostra-se necessário perceber como se deu a constituição dos Estados Nacionais em relação aos povos autóctones das Américas.

Contrariamente à ideia de que a Europa era a exclusiva detentora do chamado pensamento moderno, a conquista da América teve uma importância central na construção do ideário iluminista, desenvolvido com a participação do mundo americano (SEGATO, 2013). Segundo aponta Rita Segato (2013), a fundação da América como continente e categoria “reoriginou” o mundo ocidental e gerou a necessidade de construção de novos léxicos para aprender esse novo mundo, que tem uma importância central e não periférica na modernidade.

Miguel Alberto Bartolomé (1998) mostra que à época da invasão europeia coexistiam diversos sistemas sociorganizacionais dos povos originários na América Latina: senhorios, teocracias, monarquias democracias representativas, lideranças xamânicas. Essa heterogeneidade de formas de organização social e de relações de produção existentes na América, segundo Aníbal Quijano (apud SEGATO, 2013), facultou diversas formas de espoliação e dominação cultural, possibilitando a experiência do que posteriormente se chamaria de capitalismo mundial.

O pensamento ocidental moderno, originado na revolução científica do século XVI, se baseia na ideia de que existe apenas um mundo cognoscível a partir de seus próprios critérios epistemológicos eurocentrados. A racionalidade colonial, que corresponde no âmbito político à narrativa construída pelo discurso científico, não abre espaços para outras formas de conceber o mundo.

Sendo um modelo global, a nova racionalidade científica é também um modelo totalitário, na medida em que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que não se pautem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas. (SANTOS, 2010, p. 21)

Boaventura de Sousa Santos (2007, p. 31) revela que a tradição ocidental é baseada no universalismo, ou seja, *“toda ideia ou entidade que é válida independentemente do contexto no qual ocorre”*. Essa *monocultura de saberes*

impregnou as relações estabelecidas entre o Império e a Colônia e permanece como substrato filosófico do *modus operandi* imperialista até os dias atuais. Para Rita Segato (2013, p. 26), “*eurocentrismo y racismo epistémico no son sino dos nombres para el mismo gesto colonial*”.

No plano político, o projeto colonial monocultural se concretizou por meio da criação de Estados Nacionais. A teoria contratualista de Rousseu forneceu a base teórica para uma concepção de Estado ancorada num pacto social celebrado entre os indivíduos. Essa forma de organização do poder funcionou como peça fundamental na manutenção do modo de produção capitalista<sup>5</sup>.

O Estado, legitimado pelo contrato social, passa a ter controle absoluto e supremacia sobre as formas locais ou regionais de organização política. Hegel expressa o pensamento moderno acerca do Estado, o qual seria detentor de uma razão absoluta, acima do indivíduo e da sociedade (WOLKMER, 1995, p. 65).

Além disso, as relações políticas em âmbito internacional passaram a ser estabelecidas apenas entre Estados soberanos, desconsiderando outros sujeitos ou formas de organização coletivas alheias a essa matriz.

O direito internacional clássico reconhece três elementos essenciais como formadores do Estado: território, povo e governo soberano<sup>6</sup>. O vínculo que une o povo ao Estado é chamado de *nacionalidade*. O pertencimento a uma Nação é definido por um sentimento de conexão (*feelings of nationalism*<sup>7</sup>) e não apenas uma circunstância territorial.

Como mostra Alcida Rita Ramos (1993), embora exista um sem número de significados em torno da ideia de nação que se prestam a manipulações políticas, o nacionalismo é baseado na figura ideológica do indivíduo, com “uma boa dose de

---

<sup>5</sup> “Em suas origens, na Europa da Idade Média, o capitalismo, ainda em sua forma mercantil, enfrentou fortes restrições feudais: a diversidade dos tributos, moedas, leis e regras nos vários domínios senhoriais, as rígidas regras das corporações de ofícios, os códigos morais e religiosos impostos pela Igreja romana etc. A burguesia de então, ainda mercantil mas uma classe ascendente e cada vez mais rica e poderosa, apoiou firmemente a formação das monarquias absolutistas e dos Estados nacionais, com o que obteve a eliminação de muitos entraves feudais e conquistou novas posições de poder.” (MIGLIOLI, 1996, p. 141)

<sup>6</sup> O terceiro critério pode ser definido como “*politicidade*”, no dizer de Canotilho (1993, p. 14).

<sup>7</sup> “Nations are not natural units to which human beings automatically belong. Rather, they are units created by feelings of nationalism.” (MAYBURY-LEWIS, 2002. p. 108)

anonimato e impessoalidade” (RAMOS, 1993, p. 6) e criado a partir de uma dimensão imaginada de pertencimento<sup>8</sup>.

A junção dessas categorias – Estado e Nação – foi historicamente construída de forma a aceitar uma só identidade coletiva/nacionalidade sob o manto da soberania. Norbert Rouland, Pierré-Caps e Poumerède (1996, p. 261) explicam que o Estado unitário é a expressão mais comum do modelo político do Estado-nação, porque materializa a proposta ideal uma unidade sociológica e jurídica, expressa também em uma unidade política.

A ideia de Estado-Nação acabou então por afastar a possibilidade de que diversas nações ou povos componham ou controlem um mesmo Estado<sup>9</sup>. Essa concepção oprimiu e ocultou populações contramajoritárias em Estados soberanos na América, África e mesmo na Europa.

Ao mesmo tempo, como mostra Maybury-Lewis (2002, p. 11), as teorias da evolução e o Darwinismo social colaboraram para justificar o racismo<sup>10</sup> no continente europeu no século XIX e para disseminar uma visão científica de que as sociedades indígenas eram atrasadas e iriam desaparecer ao longo do tempo, incorporando-se às populações nacionais.

Para o ideal liberal, determinista e mecanicista, o Estado, tal qual o corpo humano, é uma máquina, cujas funções podem ser previamente determinadas e controladas por leis fixas e universais. O modelo mecanicista tem raízes nas aspirações burguesas, que, após a Revolução Francesa, trabalharam para a construção de uma sociedade homogênea e estratificada, focada na geração de riquezas a partir da exploração da força de trabalho e da natureza.

Sandra Jovchelovitch (2002) aponta que o *outro* não fazia parte do sistema cartesiano e de toda tradição filosófica que se desenvolveu à sua sombra. A admissão da alteridade e da pluralidade coloca em risco os pressupostos desse sistema cognitivo baseado na oposição sujeito (único) e objeto. “Para Descartes e toda tradição filosófica que se desenvolveu à sua sombra, a dúvida só era possível

---

<sup>8</sup> Por este motivo, Alcida Rita Ramos entende como inapropriado o termo “nações indígenas”, pois essas comunidades vivenciam a ideia de pertencimento de uma forma real e não apenas imaginada. (RAMOS, 1993)

<sup>9</sup> “As instituições livres são quase impossíveis em um país formado de diferentes nacionalidades”. (STUART MILL apud SILVA, P., 2015, p. 119)

<sup>10</sup> Esse racismo se transformou mais tarde nas doutrinas nacionalistas, que culminaram com a eclosão da 1ª e da 2ª Guerras Mundiais.

porque entre ele e o mundo exterior sob sua interrogação o *outro* não existia.” (JOVCHELOVITCH, 2002, p. 75/76)

Assim sendo, o projeto colonialista não é compatível com outras formas de pensamento não submetidas ao paradigma cartesiano, que supõe, em essência, a separação entre mente e matéria, entre sujeito e objeto. A partir dessa ótica, o homem, único representante da racionalidade, detentor do *cogito*<sup>11</sup>, deve exercer o domínio e controle sobre o mundo natural, alienado de consciência e carente de sentido em si mesmo. “A concepção cartesiana do universo como sistema mecânico forneceu uma sanção “científica” para a manipulação e a exploração da natureza que se tornaram típicas da cultura ocidental.” (CAPRA, 2002, p. 36)

Essa dicotomia se mostra como uma característica distintiva dos discursos sociais do Ocidente em relação às cosmologias de outras populações do planeta (BARRETTO FILHO, 2012). O antagonismo entre natureza/matéria e cultura/razão não é um fenômeno cultural universal, mas subjaz ao pensamento europeu, que é matriz da lógica econômica da exploração da natureza pelo homem.

A visão eurocêntrica está apoiada na ideia de que a terra se torna produtiva apenas pelo trabalho humano, o qual, por meio da razão, confere utilidade e ordenação ao mundo físico. Marilyn Strathern (2009) relata o conflito entre esse ponto de vista colonial e outras diferentes racionalidades, ao descrever as relações territoriais na Papua, Nova Guiné. Os melanésios concebem a terra como fonte criativa de vida, em clara distinção ao conceito ocidental de terra centrado na produtividade.

So it is not just a question of enlarged and diminished apprehensions of land – there are different aspirations for it. Most stark would seem to be the contrast between rights that come from *land owning the people* and those that come from *people owning the land*. On the one hand, land is perceived as an embracing source not just of livelihood but of life, and not just the life of individuals but the life of society, or at its greatest extent humanity. On the other hand, land is a resource that its owners can exploit, that becomes a source of wealth as well as sustenance, that can be made productive. How do we reconcile these? I suspect the antithesis is more a euro-centric than indigenous centered one. (STRATHERN, 2009, p. 9)

---

<sup>11</sup> “*Cogito, ergo sum*” é a famosa frase proferida por René Descartes, no *Discours de La Méthode*, que significa “penso, logo sou”.

O projeto cultural da colonização elimina as diferenças regionais e os saberes locais, criando uma identidade única, submetida a um Estado central planejador. O indivíduo é a unidade política referencial, concebido de forma singular e uniforme.

As diferentes identidades e sistemas jurídicos concorrentes ao Estado-Nação não interessavam para a progressão da economia de mercado. Após a Segunda Guerra Mundial, o neocolonialismo se utilizou do evolucionismo social para respaldar a dominação política de outras nações (BARBOSA e BARBOSA, 2013, p. 143). Ramos (1993, p. 1) aponta que “etnias são tidas como excrescências sociais que a História impingiu à pátria e que devem ser aplainadas e diluídas na correnteza social”.

O chamado processo civilizatório primou então por negar, excluir, invisibilizar e homogeneizar o quanto pôde todas as demais cosmovisões ou racionalidades, as quais frequentemente são relacionadas ao mundo natural e consideradas selvagens, irracionais, pertencentes a um plano inferior numa escala evolutiva. Essas populações, portanto, sequer seriam capazes de ter organizações políticas híbridas, segundo o pensamento hegemônico.

Por tanto, para Hegel –y él era justamente un brillante representante de sus contemporáneos– la incapacidad para reconocer las leyes universales de la naturaleza dio pie a la existencia de creencias en el poder directo del hombre sobre “los elementos”, lo que a su vez se correlacionaba con lo que él veía como **la ausencia de la razón política**. (grifo nosso) (DE LA CÁDENA, 2009, p. 148)

Conforme acentuou Stavenhagen (2002), a colonização das Américas se deu tanto pelo genocídio<sup>12</sup> e expulsão dos índios de suas terras, que eram vistos como um tipo de trabalhadores sem terra, como pela ausência de reconhecimento das identidades socioculturais. Os índios e negros eram considerados como obstáculos à construção da ideia de nação, de modo que, quando não era possível sua eliminação física, esses sujeitos eram banidos para o interior e forçados a abandonar suas características culturais, com o objetivo de serem “nacionalizados”, tornando-se mão-de-obra útil ao projeto hegemônico do Estado Nacional. (STAVENHAGEN, 2002, p. 26)

<sup>12</sup> Em 1492, estima-se que a população da América Latina contava com 70 a 88 milhões de habitantes, não restando mais do que três milhões e meio cento e cinquenta anos depois, motivo pelo qual não é exagerado o emprego do termo “genocídio” para qualificar o episódio da conquista das Américas. (ROULAND; PIERRÉ-CAPS; POUWERÉDE, 1996, p. 293)

Norbert Rouland, Pierré-caps e Poumerède (1996, p. 309) mostram como a célebre decisão da Suprema Corte Americana (Johnson x Mc Intosh), em 1823, permitiu vincular a ideia de “descoberta” aos direitos dos colonizadores, de forma a fazer crer que os territórios americanos eram vazios demográficos, legitimando o direito de apropriação do “primeiro ocupante”<sup>13</sup>.

Entretanto, o reconhecimento dessas identidades coletivas diversas e de seus direitos se mostrou inexorável e os Estados Nacionais foram obrigados a repactuar e transigir com as manifestações sociais excluídas do modelo colonial. Embora sejam notórias as oposições bélicas dos indígenas americanos à conquista, a resistência se deu também de forma sutil por meio de um “*contre-feu allumé*” dos autóctones face aos sistemas coloniais (ROULAND; PIERRÉ-CAPS; POUMERÉDE, 1996, p. 296).

No campo do indigenismo, o Frei Bartolomé de Las Casas, que chegou a ser *encomiendero*<sup>14</sup> de índios, foi o principal representante na América espanhola de um primeiro pensamento indigenista, durante o século XVI. Conforme relata Souza Filho (2009), baseada no Direito Natural, a teoria de Las Casas enunciava que a cada povo caberia uma jurisdição e, por isso, os católicos deveriam levar a “boa nova” sem interferir na vida, na organização social, nos direitos e propriedades dos indígenas.

A Espanha, entretanto, acabou por construir um “Direito Indiano”<sup>15</sup> durante a colonização, ou seja, normas que vigoravam para as terras conquistadas na América, com a natureza de um direito internacional, destinado a mediar as relações entre os diversos povos existentes. Souza Filho (2009) aponta que esse regramento foi influenciado pelas ideias de Las Casas, mas prevaleceu a posição de Francisco de Vitória<sup>16</sup>, no sentido de reservar à Espanha a possibilidade de ditar normas jurídicas para os povos nativos americanos.

Esse sistema, que perdura até a contemporaneidade em toda a América Latina, se destinou, de fato, a promover a eliminação física e cultural dos povos indígenas, tanto pelas estratégias de “integração” ao sistema colonial, quanto pelo

---

<sup>13</sup> No Brasil, em 1750, o Tratado de Madri definiu as fronteiras da América Portuguesa e adotou o princípio do *uti possidetis*, que reconheceu o direito de posse a partir da “efetiva exploração da terra”. Essa legislação desconsiderava o indigenato e a ocupação pretérita indígena.

<sup>14</sup> As *Encomiendas* se constituíam em uma forma de exploração do trabalho indígena nos séculos XVI e XVII, regulada pela Coroa espanhola.

<sup>15</sup> “*Leyes de Indias*”.

<sup>16</sup> Teólogo espanhol que ajudou a criar a Teoria das Guerras Justas.



genocídio praticado pelas mais diversas formas, sob patrocínio dos Estados Nacionais.

Rita Heloísa de Almeida (1997) mostra que “civilizar” os índios sempre foi uma forma de colonização no Brasil. Para a autora, a civilização foi uma intervenção deliberada e autoritária de promover a conversão aos valores e comportamentos dos colonizadores portugueses durante todo o processo colonial, agindo como “graduações de um processo de aniquilamento da soberania do vencido dentro de uma lógica em que seu conquistador tem um propósito de preservação física”. (ALMEIDA, R., 1997, p. 29)

Além disso, as distintas formas de promover a assimilação forçada dos índios, com a experimentação de várias doutrinas e estratégias, foram patrocinadas ou autorizadas pelo Estado, que historicamente considerou os indígenas como questão de ordem pública.

Missionários de ordens regulares, párocos, procuradores gerais, procuradores de aldeia, tesoureiros, clérigos, diretores de aldeias, diretores-gerais, inspetores, chefes de postos, sertanistas, enfim todas estas representações tutelares, só estiveram à frente de trabalhos de atração, civilização, catequese e assistência aos índios mediante concessão do Estado”. (ALMEIDA, R., 1997, p. 36)

Para Manuela Carneiro da Cunha (1987a), a independência do Brasil marcou ainda um retrocesso, pois os índios passaram a ter a cidadania e a soberania enquanto nações negada<sup>17</sup>.

A análise da trajetória de José Bonifácio de Andrada e Silva revela também em grande medida os rumos da política indigenista a partir do Império. Como afirma Miriam Dolhnikoff (1996), José Bonifácio exerceu enorme influência sobre a política brasileira durante o século XIX. A independência do Brasil requeria a consolidação da unidade territorial e a criação de uma identidade nacional, que deveria ser obtida por meio do fim da escravidão e da integração dos índios.

Dolhnikoff (1996) aponta que José Bonifácio foi um dos primeiros a defender a miscigenação como fundamento da identidade nacional, o que possibilitaria eliminar as diferenças raciais e civilizar índios e negros. Inspirada no “Diretório dos Índios”,

---

<sup>17</sup> Marco Antônio Barbosa ensina que “ao longo do século XVI, acabou por firmar-se nesses países ibéricos a teoria de que as nações indígenas tinham plena soberania sobre seus territórios – a maior autoridade a sustentar a tese foi Francisco de Vitoria.” Entretanto, esse reconhecimento do direito de autonomia se mostrou por diversas vezes contraditório quando se analisa a legislação em conjunto. (2001b, p. 56)

que vigorou de 1757 e 1798, sua proposta repudiava ao isolamento dos índios (RAMOS, 1999) e entendia a educação como essencial para viabilizar a integração física e cultural dos índios, considerados por ele como seres dotados de racionalidade. “Daí a necessidade dos aldeamentos promovidos pelo governo para que, sujeitos à lei e à religião, se tornassem aptos à educação”. (DOLHNIKOFF, 1996, p. 128)

Embora tivesse sofrido grande resistência da elite e nunca tenha sido implementado em sua plenitude, o projeto de José Bonifácio abriu caminhos para uma política indigenista inspirada no positivismo de Augusto Comte que, na virada do século XX, “impregnava boa parte da *intelligentzia* e, muito particularmente, o exército nacional com anseios humanistas” (RAMOS, 1999, 277). Como explicam Teófilo e Lorenzoni (SILVA et all, 2012, p. 9), a moldura evolucionista presente no Diretório dos Índios do Marquês de Pombal e na ideologia de José Bonifácio foi mediada pela filosofia positivista em fins do século XIX e início do século XX.

O positivismo cresceu, sobretudo, nos meios militares, onde floresceu a ideia de “salvação da pátria” (SOUZA LIMA, 1987). O Marechal Cândido Rondon, que comandou primeiramente o Serviço de Proteção ao Índio e Localização dos Trabalhadores Nacionais – SPILTN, criado em 1910, foi um dos expoentes dessa tradição e “fundou a tradição do sertanista pacificador que ainda sobrevive nas dobras da política indigenista dos dias de hoje com a incumbência de trazer povos indígenas recalcitrantes para o controle estatal” (RAMOS, 1999, p. 277).

As práticas indigenistas do Estado continuam, até os dias de hoje, apoiadas nas concepções positivistas, as quais exerceram grande influência na legislação, especialmente sobre o Estatuto do Índio, Lei 6.001/1973 (SILVA e LORENZONI, 2012, p. 26).

No século XX, a ideologia da “democracia racial” também se mostrou eficiente na criação de um imaginário nacional em que a identidade brasileira estava ancorada na mestiçagem. A visão de que o povo brasileiro se constituiu a partir da mistura pacífica e harmoniosa entre brancos colonizadores, índios e negros foi construída principalmente nas obras de Gilberto Freyre (2005) e de Sérgio Buarque de Holanda (1994), escritas na década de 30. O mito da democracia racial, que se alastrou na academia e no senso comum foi chamado por Abdias do Nascimento (1978, p. 93) de racismo “estilo brasileiro”, um potente instrumento de desmobilização social e política que concede aos negros (e por consequência aos

índios e demais alteridades excluídas) um único privilégio: “aquele de se tornarem brancos, por dentro e por fora”.

A visão de Freyre, que se converterá num novo discurso fundacional, numa nova teoria da nacionalidade brasileira nos anos 30, é, ela mesma, uma retradução das teorias em voga internacionalmente, inaugurando um novo imaginário a respeito do lugar dos componentes étnicos na brasilidade, como veremos adiante. [...] Cabe a ela, poderosos sistema representacional, parte do trabalho de integrar essas diferenças na identidade brasileira. (ARRUDA, 1998, p. 28)

No entanto, esse insistente projeto colonial de exclusão da alteridade não foi inteiramente bem sucedido, na medida em que esses povos mostraram uma insuperável capacidade de resistência e continuam ocupando parte de seus territórios e mantendo suas identidades, a despeito do grande esforço em torná-los invisíveis.

## 1.2 O Surgimento dos Direitos Coletivos

A crise do Estado Liberal, no período pós-guerras, e o nascimento do chamado Estado Social deram origem à doutrina moderna dos direitos humanos, a qual resgata o conteúdo jusnaturalista, em razão do fracasso do positivismo jurídico, que afastou por completo a perspectiva valorativa do Direito.

Hans Kelsen (1979), na sua *Teoria Pura do Direito*, que é a grande obra do positivismo jurídico, proclama o Direito como estatal, neutro, dogmático e afastado dos fatos sociais, alienado da discussão moral e ética. A despolitização que o positivismo jurídico provocou no debate jurídico favoreceu a manutenção do *status quo* e a permanência das estruturas sociais coloniais baseadas na exploração do trabalho e no capital.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, é o marco inicial protetivo inspirado nos ideais da Revolução Francesa e, embora represente um importante avanço, é centrada no resguardo da pessoa humana, individualmente considerada, a partir de uma perspectiva ocidental, concentrando-se na proteção dos direitos civis e políticos. O sujeito dos direitos humanos era o homem branco, ocidental, desvinculado de qualquer laço de pertencimento étnico ou racial.

Outras categorias de direitos humanos, surgidas já no século XX, são focadas na proteção ao meio ambiente e aos consumidores e iniciam uma preocupação com a dimensão coletiva dos direitos, mas existe ainda uma visão orientada por uma perspectiva colonizadora e globalizante, embora já se considere a existência de outros sujeitos de direito. O *direito à autodeterminação dos povos* encontra-se incluído nesse âmbito de proteção.

O contexto epistemológico do surgimento da ideia de direitos humanos coincidiu com os ideais liberais que predominaram no Ocidente nos séculos XVIII, XIX e XX. Entretanto, nos séculos XX e XXI, a questão da universalidade e da abrangência dos direitos se tornaram assuntos inadiáveis em razão da multiplicidade de sujeitos e coletividades emergentes.

A definição do conteúdo dos direitos que os cidadãos – em sentido amplo, não apenas o cidadão nacional detentor de direitos políticos *stricto sensu* – se atribuem reciprocamente é sempre problemática, mesmo no contexto de uma comunidade que, supostamente, compartilhe elementos culturais relativamente homogêneos. Dessa forma, o apelo a uma perspectiva mais ampla de justificação, que remeta para além de um determinado ethos é constitutivo do processo de luta por reconhecimento de direitos. (RODRIGUES, 2011, p. 13)

O rol de direitos humanos, inicialmente devotado a abranger indistintamente todos os indivíduos, passou por um processo de especificação frente às demandas por direitos. “A especificação leva à necessidade de serem explicitados novos direitos, adequados às particularidades dos seres humanos na vida social” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 244). Neste sentido, os direitos coletivos de comunidades e populações diferenciadas passaram a ser objeto de atenção.

Importante reconhecer, contudo, que os direitos dos povos indígenas não se enquadram na teoria das gerações dos direitos fundamentais<sup>18</sup>, a qual tem sido criticada principalmente em face de seu viés evolucionista. Ademais, como mostra Alexia Brotto (2009, p. 137), os direitos indígenas encontram guarida em todas as espécies de direitos, sendo um contrassenso excluí-los das garantias referentes às instâncias mínimas de sobrevivência física e cultural e confiná-los aos supostos direitos coletivos atribuídos às ditas “últimas gerações” de direitos fundamentais.

---

<sup>18</sup> “A doutrina divide os direitos humanos em gerações ou em dimensões, com intuito meramente didático, bem como para identificar as diversas fases de afirmação de certos direitos na história ou aspectos que lhes sejam comuns”. (PORTELA, 2014, p. 187)

Raquel Yrigoyen Fajardo (2009) aponta para a existência de quatro instrumentos de direito internacional que trataram especificamente dos direitos de povos indígenas e tribais. A Convenção sobre o Instituto Indigenista Interamericano de 1940, firmada por 18 países, criou um organismo intergovernamental para colaborar com a coordenação das políticas indigenistas nos estados membros da Organização dos Estados Americanos – OEA, ainda sob uma perspectiva de buscar a “[...] ‘integração’ dos indígenas no Estado e no mercado através de políticas estatais que reconhecem as especificidades culturais dos indígenas” (FAJARDO, 2009, p. 18).

A Convenção da Organização Internacional do Trabalho - OIT nº 107 de 1957 também foi produzida a partir de um paradigma assimilacionista e se destinava, em seus próprios termos, “à *proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes*”. Apesar de almejar principalmente a habilitação dos indígenas ao mercado de trabalho, a Convenção nº 107 trouxe visibilidade à questão indígena e abordou o direito à terra.

Em 1989, após intensos debates internacionais, a Convenção nº 169 da OIT rompeu como a orientação integracionista dos instrumentos anteriores e adotou um olhar pluralista e multicultural, enfatizando o direito à consulta livre, prévia e informada dos povos indígenas e sinalizando a importância de que essas populações assumam o controle de seus processos de desenvolvimento. Entretanto, a Convenção nº 169 ainda parte de uma perspectiva eminentemente colonial, principalmente no que se refere à supremacia dos direitos humanos universais sobre a jurisdição dos povos originários.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007, ainda que não constitua um tratado vinculativo de direito internacional, deu importantes passos para aprofundar o reconhecimento da livre determinação dos povos, fortaleceu e ampliou o rol de direitos previstos na Convenção OIT nº 169.

Deborah Duprat (PEREIRA, 2012, p. 228) lembra ainda da Convenção sobre a Proteção e a Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, que celebra “a importância da diversidade cultural para a plena realização dos direitos humanos e das liberdades fundamentais proclamados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e outros instrumentos universalmente reconhecidos”.

Mesmo com forte resistência em âmbitos locais, esse cenário internacional abriu uma trincheira para o reconhecimento de Estados plurinacionais e de direitos coletivos dos povos contramajoritários.

Para que haja essa proteção jurídica, é preciso um diálogo intercultural, pois “não há como submeter os povos indígenas ao Direito oficial – positivo se não há qualquer compartilhamento entre as concepções de território, soberania, propriedade, uso da terra, etc.” (BROTTO, 2009, p. 138). Portanto, há um risco de se falar de forma reducionista sobre uma suposta contradição *a priori* entre direitos individuais e coletivos. Os indígenas não são sujeitos somente de direitos individuais, sob uma perspectiva liberal, e nem também estão adstritos apenas à titularidade de direitos coletivos.

A discussão teórica a esse respeito viceja. Rodrigues (2011, p. 59) mostra, por exemplo, uma tentativa de “reabilitação teórica da noção de direitos individuais”, capitaneada por Jürgen Habermas, o qual procura demonstrar que o sistema dos direitos requer a prioridade dos direitos individuais sobre políticas públicas de distribuição de bens coletivos, as quais teriam como critério de validade o atendimento aos interesses individuais.

Por outro lado, o autor retrata uma nova tendência nas ciências sociais, ao afirmar que as políticas de proteção multicultural não devem retirar dos membros de comunidades específicas sua autonomia “até para que as próprias condições hermenêuticas de reprodução das culturas sejam preservadas” (RODRIGUES, 2011, p. 67).

À parte a discussão referente às intersecções entre os direitos culturais e individuais, é fato que a proteção aos direitos culturais não pode ser vista como um degrau na escala dos direitos humanos, mas deve estar internalizada em todos os passos, de forma transversal e dialógica, sob pena de excluir categoricamente os povos tradicionais de sua órbita de proteção.

Como mostram Rouland, Pierré-Caps e Poumerède, até bem recentemente, o direito internacional considerava os povos autóctones tão somente como objetos. Entretanto, “al'heure actuelle, nous les voyons en devenir des sujets, constitués par divers progrès normatifs”. (ROULAND; PIERRÉ-CAPS; POUMERÉDE, 1996, p. 290)

### 1.3 Autodeterminação e os Estados Nacionais

Essa nova conjuntura em que os povos indígenas passaram a ser considerados titulares de direitos específicos trouxe também inusitadas questões políticas e jurídicas.

A integração da proteção aos direitos culturais ao rol dos direitos humanos não pode ser dissociada do reconhecimento do direito à autodeterminação, pois ambas esferas decorrem logicamente uma da outra. Para Marco Antonio Barbosa (2001a, p. 324), a autodeterminação é o instrumento adequado para proteger a identidade cultural dos povos e, por conseguinte, garantir o direito à diferença.

A Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais da UNESCO (United Nation Educational, Scientific and Cultural Organization), em 1978, afirmou esse princípio ao preconizar que “todos os indivíduos e grupos têm o direito de ser diferentes, de se considerarem diferentes e de serem vistos como tal” (UNESCO, 1978). O direito à diferença invoca a possibilidade de exercício das faculdades inerentes à alteridade, dentre elas o direito à identidade e os direitos culturais. No entanto, os limites para o exercício desses direitos no âmbito dos Estados-Nações são ainda uma zona nebulosa, tendo em vista que a discussão sobre autodeterminação e interculturalidade ainda está sendo gestada na contemporaneidade.

O debate mais atual nesse campo se relaciona aos estudos sobre a colonialidade, ou, ainda, sobre a decolonialidade. O eurocentrismo, como já foi dito, tem historicamente promovido todas as formas de dominação, controle e subordinação em relação aos povos colonizados e se estendeu para depois da independência política das nações colonizadas. A luta pela autodeterminação tem vínculo estreito com a decolonialidade, pois foram os povos colonizados que historicamente mais sofreram restrição à sua autonomia.

Para Catherine Walsh (2012), a colonialidade, para além da ideia de dominação política e econômica, se materializa em quatro eixos: por meio da racialização, “instrumento de clasificación y control social”; com a monopolização da racionalidade e do conhecimento e a desqualificação de outras epistemes; através da inferiorização e desumanização desses corpos e, por fim, por meio da colonização da relação com a natureza, explorada para a satisfação do bem-estar individual-neoliberal. Os povos indígenas são sujeitos preferenciais de um racismo

epistêmico, que desconsidera e invisibiliza suas formas próprias de organização social e impõe uma lógica colonial.

O conceito de colonialismo interno<sup>19</sup>, bastante discutido na Antropologia, foi definido por Pablo Casanova (2006, p. 197) como “una estructura de relaciones sociales de dominio y explotación entre grupos culturales heterogéneos, distintos”. O colonialismo interno se revela por meio do racismo e da discriminação, que são denominados por Casanova como a psicologia e a política tipicamente coloniais.

Roberto Cardoso de Oliveira (1978) entendia que a noção de colonialismo interno de Casanova se aproxima da ideia de fricção interétnica<sup>20</sup>. Segundo o antropólogo, a abordagem meramente culturalista oferece poucos subsídios para explicar os fenômenos advindos do contato entre os índios e a sociedade envolvente, que retratam um amplo processo de conquista de territórios e de sujeição de seus ocupantes.

Segundo Walsh (2012), o caminho para a decolonialidade passa necessariamente pela interculturalidade. A autora alerta, entretanto, que a interculturalidade deve ser compreendida à luz de uma perspectiva crítica que não seja funcional ao modelo dominante, de modo a estabelecer o foco no problema estrutural-colonial-racial. Todavia, esse modelo crítico ainda é um projeto em construção e exige a transformação das instituições e das relações sociais a fim de que se concretize.

Para que um padrão intercultural se estabeleça, o reconhecimento da autodeterminação dos povos excluídos da matriz colonial é requisito indispensável. A questão da autodeterminação, no entanto, é um dos pontos mais sensíveis para os Estados nacionais, embora, em princípio, a ideia de autodeterminação se afine com o ideal de liberdade iluminista. “Ce droit est déjà implicitement présent dans la pensée des Lumières” (ROULAND; PIERRÉ-CAPS; POUWERÉDE, 1996, p. 377).

Bartolomé (1998, p. 185) afirma que autodeterminação é sinônimo de autonomia, autogoverno, e não se vincula à ideia de soberania estatal, pois “de ninguna manera representa una orientación necesaria hacia la configuración de

---

<sup>19</sup> “La estructura colonial y el colonialismo interno se distinguen de la estructura de clases, porque no son sólo una relación de dominio y explotación de los trabajadores por los propietarios de los bienes de producción y sus colaboradores, sino una relación de dominio y explotación de una población (con sus distintas clases, propietarios, trabajadores) por otra población que también tiene distintas clases (propietarios y trabajadores).” (CASANOVA, 2006, p. 198)

<sup>20</sup> A noção de fricção interétnica foi desenvolvida por Roberto Cardoso de Oliveira e consiste na ideia de que o contato interétnico se processa por meio de uma relação dialética contrastiva e assimétrica.



separatismos o de comunidades políticas independizadas de los Estados que ahora las incluyen”. Além disso, autonomia não seria a única formulação possível para autodeterminação indígena. Algumas sociedades andinas teriam optado por representação no parlamento, por exemplo.

Por outro lado, João Mitia Barbosa e Marco Antônio Barbosa (2013, p. 150) entendem que o direito à autodeterminação é um direito de escolha em que os povos podem “decidir por um status político e se integrarem a um Estado já pré-existente, ou acordar com um determinado Estado uma relação especial de associação ou, por fim, decidir por uma total independência política e territorial”.

Para Consuelo Sánchez, o direito à livre determinação não pode sequer ser determinado *a priori* e não deve necessariamente ter que se sujeitar às formas de Estado atualmente existentes. De acordo com a autora, trata-se de um princípio de que os povos dispõem para escolher livre e coletivamente sua “condição política” e seu modelo de desenvolvimento econômico e sociocultural. (SÁNCHEZ, 2017, p. 20-21)

Na América Latina, de modo geral, não tem sido uma reivindicação dos movimentos indígenas a independência política e separação territorial. Ao contrário, no Brasil, a demanda indígena historicamente é no sentido de resgatar sua autonomia e de exigir maior presença do Estado como provedor de políticas de bem-estar social.

No que se refere aos instrumentos internacionais que tratam do tema, em 1960, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais<sup>21</sup>, que, em suma, afirmou que “a sujeição dos povos a uma subjugação, dominação ou exploração constitui uma negação dos direitos humanos fundamentais” e proclamou que “todos os povos têm o direito de livre determinação”. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 1966, estabeleceu em seu artigo 1º que “todos os povos têm direito à autodeterminação”.

A Corte Internacional de Justiça<sup>22</sup>, quando de sua manifestação sobre o conflito entre o Saara Ocidental, Marrocos e Mauritânia, firmou um importante precedente no sentido de que a autodeterminação está vinculada a um povo e não a um território.

---

<sup>21</sup> Resolução 1514 da Assembleia Geral da ONU de 14 de dezembro de 1960.

<sup>22</sup> A Corte Internacional de Justiça (CIJ) é o principal órgão judiciário das Nações Unidas, situada em Haia (Holanda).

Importante porque a Corte, apesar dos argumentos de ambos os países no sentido de que esse povo tinha relações históricas e mesmo de fidelidade com seus respectivos governos, decidiu que isso não é motivo para negar-se o direito de autodeterminação. E mais, a decisão afirma com toda a clareza que “*não é ao território que cabe decidir sobre o povo, mas sim, ao contrário*”. É ao povo que cabe decidir sobre o território. Ademais, para a identificação de um povo com direito de autodeterminação, não é necessária a existência de um governo com tais ou quais características, como gostariam muitos Estados, mas tão-somente que existam relações entre os membros do povo capazes de demonstrar sua unidade, e que seja visível a capacidade do grupo de manter a coesão social e a observância pelos seus membros das regras de convivência. (BARBOSA e BARBOSA, 2013, p. 153)

O uso do termo “povos”, bem como “nações”, no entanto, sempre foi evitado pelo discurso oficial brasileiro, justamente por remeter à ideia de autodeterminação, cujo alcance suscita ainda muitos debates<sup>23</sup>. Por se qualificarem como povos, titulares do direito à autodeterminação, os indígenas se diferenciam de outras minorias. (ROULAND; PIERRÉ-CAPS; POUMERÉDE, 1996, p. 370)

A ameaça de fratura territorial do Estado-Nação justificou historicamente a recusa ao reconhecimento da autonomia indígena, sob a crença de que a autodeterminação dos povos indígenas impediria a convivência com o restante da sociedade nacional num mesmo território soberano.

E não apenas o termo “nações” tem o caráter de tabu nos círculos oficiais. Como mencionei antes, “povos” é igualmente banido do vocabulário nacionalista, uma vez que “povo” implica autodeterminação e autonomia, o que torna a palavra tão inaceitável quanto “nações”. De fato, foi a mudança de “populações indígenas” para “povos indígenas” no texto da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho -- OIT -- que levou o Brasil a se abster de votar a sua aprovação (Cordeiro 1993:114). (...) Para os representantes do Estado, conceitos como povo, nação, Estado e soberania são todos parte de um pacote inviolável. De modo a contornar essa truculência semântica do poder, têm sido propostos termos politicamente diluídos como “populações” e “sociedades” (Cordeiro 1993:117; Santilli 1996). Dada essa gênese do Estado

<sup>23</sup> Nas tratativas para aprovação do texto do projeto que mais tarde se constituiu na Lei 13.123/2015, a qual dispõe “*sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade*”, o uso do termo “povos indígenas” e “povos tradicionais” foi objeto de intensa polêmica no Congresso Nacional, dominado predominantemente por forças conservadoras, e acabou sendo substituído no texto final pelas expressões “populações indígenas” e “comunidades tradicionais”. Os argumentos centrais utilizados remetiam novamente a uma suposta ameaça à soberania nacional.

brasileiro, como poderiam "nações" e "povos" ser tolerados mesmo como um gesto retórico, uma vez que a idéia de nações/povos internos ao Estado-nação é contrária àquela outra idéia de Estado como indivíduo coletivo? (RAMOS, 1997, p. 10-11)

Por ocasião da Assembleia Constituinte de 1987/88, a disputa sobre a incorporação da expressão “povos” levada a cabo pelo CIMI<sup>24</sup>, como relatado por Alcida Rita Ramos (1997, p. 6), resultou em um episódio que quase colocou a perder a causa indígena na Constituinte, quando o jornal *O Estado de São Paulo* veiculou uma série de matérias que faziam alusão a uma suposta conspiração internacional envolvendo o CIMI, com o objetivo de dividir o Brasil e colocar em risco a soberania nacional.

A Convenção OIT nº 169 procurou pacificar o assunto ao prescrever, em seu artigo 1º, que “a utilização do termo ‘povos’ na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional”. Assim, excluiu-se qualquer interpretação sobre autodeterminação dos povos que ameaçasse a integridade territorial dos Estados Nacionais.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada em 2007, seguindo a linha adotada pela Convenção OIT nº 169, estabeleceu, no artigo 46, que suas disposições não podem ser interpretadas “no sentido de autorizar ou de fomentar qualquer ação direcionada a desmembrar ou a reduzir, total ou parcialmente, a integridade territorial ou a unidade política de Estados soberanos e independentes”. No âmbito interno dos Estados nacionais, de outro lado, a Declaração aprofundou de forma significativa o reconhecimento do direito à autodeterminação, em que pese não disponha de força jurídica vinculante em relação aos países signatários.

#### Artigo 3

Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

#### Artigo 4

Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, assim como a disporem dos meios para financiar suas funções autônomas.

---

<sup>24</sup> Conselho Indigenista Missionário – CIMI, organismo vinculado à Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB, órgão da Igreja Católica devotado ao trabalho indigenista.

#### Artigo 5

Os povos indígenas têm o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo ao mesmo tempo seu direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado. (OIT-C.169, 2007)

Norbert Rouland, Pierré-Caps e Poumerède (1996, p. 376) afirmam a existência de duas formas de descolonização: externa, que se aplica aos países colonizados e que se resolve com a independência; e a interna, que ocorre nos dias de hoje, sobretudo com povos indígenas, na medida em que reivindicam participação no Estado e nas decisões que lhes afetam, mas não pleiteiam secessão.

Para Marco Antônio Barbosa (2001, p. 326), a descolonização interna tem o significado de autonomia e não se confunde com autodeterminação, que tem fundamento no direito internacional. Segundo esse autor, não há como se minimizar a diferença entre autodeterminação e autonomia, pois esta última se restringe a uma conquista no campo governamental ou administrativo, enquanto que a autodeterminação permite a um sujeito atuar investido em poder próprio e não por mera delegação concedida por outro.

O caráter absoluto atribuído internacionalmente ao direito à autodeterminação acabou escoando então para a discussão sobre os sujeitos beneficiários, por meio da definição do conceito de povo, bem como da identidade étnica.

Um dos instrumentos de poder que os Estados Nacionais se utilizaram longamente é a estratégia de dizer quem é sujeito de direito. No que se refere aos povos com pertencimento étnico, o processo de racialização descrito por Walsh (2012) assume direção inversa, no sentido de negar identidades que constituam direitos, principalmente num contexto integracionista.

Neste ponto, a Convenção OIT nº 169 retirou dos Estados essa prerrogativa, ao dispôr que a consciência individual e coletiva sobre o pertencimento é o critério fundamental para identidade indígena. A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, na mesma esteira, estabelece, em seu artigo 33, que os povos indígenas têm o direito de determinar sua própria identidade ou composição conforme seus costumes e tradições.

No que se refere ao conceito de povos, a decisão da Corte Internacional de Justiça, no caso do Saara Ocidental, firmou entendimento de que um povo se define

pelo seu sentimento de identidade coletiva, pelo estabelecimento de regras políticas que lhes são próprias e por um território de atividades econômicas identificáveis (BARBOSA, 2001). Além disso, a Corte entendeu que o critério dessa identidade “é a capacidade do grupo de exercer sua autoridade sobre seus membros, quer dizer, de exigir deles o cumprimento de certos deveres” (BARBOSA, 2001, p. 332).

Portanto, o direito ao território se encontra totalmente esvaziado sem o conteúdo do direito à livre determinação. Para Norbert Rouland, Pierré-Caps e Poumerède (1996, p. 391), o território é “l’ancrage du droit à la différence”. A autonomia sobre um território pressupõe uma possibilidade de domínio sobre uma coletividade e sobre um espaço físico e simbólico.

El derecho al territorio se encuentra directamente relacionado con el derecho a la libre determinación y a la existencia, tanto física, como cultural, que es aquella que hace preceptivo el reconocerlos como pueblos culturalmente diferenciados, pues al ubicarse en determinados territorios se define cómo quieren vivir y qué pueden hacer, así como características geográficas que determinan significativamente las actividades que podrán realizar, los cultivos que podrán sembrar, las actividades de subsistencia que deberán llevar a cabo, los alimentos que podrán consumir y los rituales que podrán practicar y agrega El magistrado Humberto Antonio Sierra Porto en la Sentencia T-513 de 2012: (SANTAMARIA, 2015, p. 32)

A questão do pluralismo jurídico adquiriu, então, maior relevância, na medida em que se admite a existência de diversos povos autônomos, com diferentes sensibilidades jurídicas<sup>25</sup>, sob um mesmo manto estatal. Ultrapassado o argumento sobre o risco de secessão dos Estados-Nações, diante da nova definição de autodeterminação adotada pelo direito internacional, surge o desafio de promover a interculturalidade por meio da convivência entre esses sistemas jurídicos diversos, sob o ponto de vista de um Estado que se concebeu originalmente como monista.

A tradição jurídica de matriz europeia, embora tenha incorporado os direitos culturais no bojo da proteção dos direitos humanos, resiste a uma concepção plural de sistemas jurídicos. Como mostra Rodolfo Stavenhagen (2002, p. 37), há um

---

<sup>25</sup> O termo sensibilidade jurídica é utilizado por Clifford Geertz para comparar as diferentes formas de produzir o Direito. “O direito, como venho afirmando um pouco em oposição às pretensões encobertas pela retórica acadêmica – é saber local: local não só com respeito ao lugar, à época, à categoria e variedade de seus temas, mas também com relação a sua nota característica – caracterizações vernáculas do que acontece ligadas a suposições vernáculas sobre o que é possível. É a esse complexo de caracterizações e suposições, estórias sobre ocorrências reais, apresentadas através de imagens relacionadas a princípios abstratos, que venho dando o nome de sensibilidade jurídica.” (GEERTZ, 2004, p. 325)

senso comum difundido entre os juristas latino-americanos de que sistemas consuetudinários e costumeiros não oferecem proteção suficiente para direitos e liberdades individuais<sup>26</sup>, bens jurídicos muito prezados pelo liberalismo.

Fato é que, no Brasil, o pluralismo jurídico é ignorado pelas cortes judiciais e tem sido praticado de forma clandestina<sup>27</sup>. Em contrapartida, a justiça estatal<sup>28</sup> é inoperante nos territórios tradicionais, ora porque não aceita conceber e dialogar com valores e éticas diversos, ora porque realmente não se apresenta, por ineficiência, discriminação ou desinteresse.

Por esse motivo, as terras indígenas no Brasil são espaços onde essa insegurança jurídica se manifesta de forma mais contundente. Justamente em face da recusa institucional em admitir as regulações próprias dos povos indígenas, embora a Constituição de 1988 tenha expressamente reconhecido as organizações sociais dos povos indígenas, como se verá adiante, não são claras as regras que devem prevalecer. Para Boaventura Santos (2007b, p. 81), essa é uma das formas mais presentes de dominação: o fascismo territorial, que consiste na exclusão das condições de exercício da autodeterminação nos territórios tradicionais por atores sociais com forte capital patrimonial.

Nesse campo de luta, o pluralismo jurídico é uma relevante trincheira de resistência política em favor da interculturalidade, pois reabilita as condições de autogestão dos territórios pelos povos tradicionais.

#### 1.4 O Constitucionalismo na América Latina no Século XX

O positivismo jurídico encontrava-se esgotado no pós-guerra, período em que ficaram evidentes as limitações de um sistema jurídico legitimado tão somente pela

<sup>26</sup> A esse respeito, KYMLICKA (apud RODRIGUES, 2011, p. 52) aprofunda a questão dos *direitos coletivos*, que poderiam ser entendidos como *proteções externas* ou *distinções internas*. As primeiras dizem respeito à pretensão de um grupo contra a sociedade em geral e as segundas se referem à *“contenção de dissensos internos”*. KYMLICKA entende que existe um risco de ameaça a direitos individuais caso sejam admitidas as distinções internas e *“defende a intervenção não coercitiva no sentido da promoção das liberdades individuais, por meio do suporte aos esforços internos de mudança social”* (RODRIGUES, 2011, p. 55).

<sup>27</sup> É de se registrar, em face de seu ineditismo, o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Roraima na Apelação Criminal 0090.10.000302-0 – TJ-RR, que manteve a decisão de 1º grau, a qual decidiu não aplicar a pena por homicídio a um indígena Wai Wai, tendo em vista que já havia sido punido conforme os costumes de sua comunidade. <http://www.conjur.com.br/2016-fev-20/estado-nao-punir-indio-foi-condenado-tribo> e <http://blogsemjuizo.com.br/indio-punido-pela-comunidade-ausencia/>

<sup>28</sup> O termo “justiça estatal” neste texto se refere a todo o sistema de justiça, que compreende o Poder Judiciário, Ministério Público, Polícia e serviços auxiliares.

vontade do Estado. As consequências do nazismo e dos regimes nacionalistas favoreceram a compreensão de que as normas deveriam ter um conteúdo mínimo axiológico.

As constituições se apresentaram como mecanismo de sustentação jurídica dos Estados Nacionais e do próprio liberalismo, incorporando os direitos humanos no âmbito interno sob a denominação de direitos fundamentais<sup>29</sup>. Leonel Júnior (2015, p. 83) aponta que a Constituição é uma ferramenta rígida e estável em uma arena política em que vários interesses sociais podem se articular sem que sejam violados direitos considerados indisponíveis.

O Constitucionalismo Social, como ficou conhecido esse período, engendrou um novo movimento teórico do Direito, chamado de Neoconstitucionalismo<sup>30</sup>, que propôs um revigoramento das Constituições frente aos ordenamentos jurídicos com base na teoria dos direitos fundamentais.

Embora o Neoconstitucionalismo tenha fortalecido a participação contramajoritária nos Estados Nacionais, pode-se dizer que não houve uma ruptura do direito estatal monista (LEONEL JÚNIOR, 2015, p. 94) e nem foi superado o problema fundante do jusnaturalismo: a colonialidade dos bens jurídicos positivados, que ainda são o retrato da ideologia liberal. Para Canotilho (1993, p. 64), o constitucionalismo moderno é, sob o ponto de vista histórico, um “produto da ideologia liberal”, pois se consubstancia em um “governo das leis e não dos homens”.

Ingo Sarlet (2001, p. 13) aponta que “os direitos fundamentais constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade”. Os principais modelos do constitucionalismo pós-guerra foram as Constituições de Weimar (Alemanha) e do México, que adotaram como “[...] fundamento do direito o conceito de que a propriedade, para mais de ser um direito é um dever [...]” (SOUZA FILHO, 2009, p. 173).

Por outro lado, a mobilização internacional acerca dos direitos dos povos originários encontrou ressonância na América Latina, especialmente no final do

---

<sup>29</sup> Como ensina Paulo Thadeu Santos (2015, p. 70), “direitos humanos se referem ao sistema político, enquanto que direitos fundamentais, ao jurídico”.

<sup>30</sup> “O Neoconstitucionalismo seria uma teoria do direito e não uma teoria da Constituição, pois visa a uma análise da dimensão positiva da Constituição e, portanto, não busca uma ruptura, mas apenas converter o Estado de Direito em Estado Constitucional de Direito, embora reconheça a centralidade e o fortalecimento da Constituição, principalmente com a forte presença dos princípios no ordenamento jurídico.” (BRANDÃO, 2015, p. 3)

século XX. Nesse período, os movimentos indígenas passaram a ter atuação mais efetiva, ao tempo em que o neoliberalismo impactava severamente os países do continente, recém-egressos de ditaduras militares.

Consuelo Sánchez (2017) relata que, em 1990, a Declaração de Quito, manifestada no Primeiro Encontro Continental de Povos Indígenas, pode ser considerada um dos primeiros pronunciamentos das organizações indígenas na América Latina no qual os povos indígenas definiram a sua posição política com relação à forma como queriam exercer o seu direito à livre determinação.

Este se resume na exigência (1) da transformação de fundo da constituição e das leis dos seus respectivos países e (2) da transformação integral do Estado, (3) a fim de possibilitar o pleno exercício da autodeterminação dos povos por meio de governos próprios. Em outras palavras, a solução para as reivindicações deles implicaria na solução transformadora do Estado. (SÁNCHEZ, 2017, p.22)

Esse contexto na América Latina favoreceu o surgimento de novas Constituições que admitiam a multiculturalidade nos Estados Nacionais. Neste sentido, “a Constituição guatemalteca de 1985, nicaraguense de 1987 e brasileira de 1988 são bons exemplos desse fenômeno”. (LEONEL JÚNIOR, 2015, p. 97)

Um passo além foi dado na década de 1990, quando alguns países com populações majoritariamente indígenas passaram a questionar o modelo constitucional colonial e deram início a um movimento conhecido como Novo Constitucionalismo Pluralista<sup>31</sup>, que, em essência, parte do reconhecimento da plurinacionalidade dentro dos Estados-Nações de alguns países da América Latina.

O Novo Constitucionalismo se caracterizou pelo intenso protagonismo popular que determinou uma nova lógica jurídica às constituições desses países. Segundo Pedro Brandão (2015, p. 81), “é de se observar que nos países do Novo Constitucionalismo surgiram diversas soluções originais para problemas envolvendo o controle do poder e da economia, oriundas justamente da necessidade de organização para se contrapor ao projeto neoliberal”.

---

<sup>31</sup> De acordo com Pedro Brandão (2015, p. 10), o Novo Constitucionalismo adquiriu diversas denominações: constitucionalismo andino, constitucionalismo pluralista, constitucionalismo do sul, constitucionalismo indígena, etc.



Dentre essas soluções originais, destacam-se a positivação, nas Constituições da Bolívia e do Equador, da proteção à *Pachamama*<sup>32</sup> e do *Sumak Kawsay*<sup>33</sup>, que passam a considerar a natureza como sujeito de direitos, em oposição ao modelo eurocêntrico de exploração do meio ambiente, bem como determinam que o Estado se empenhe na efetivação do *Buen Vivir*. (BRANDÃO, 2015, p. 175)

Essas categorias representam importantes reações às concepções hegemônicas de desenvolvimento e de crescimento econômico como principal fator gerador de bem-estar social. Além disso, essas Constituições mostram uma tendência na América Andina de reconhecimento de plurinacionalidades e de diferentes cosmovisões.

A despeito de alguns autores situarem a Constituição brasileira de 1988 no primeiro momento do Novo Pluralismo da América Latina, é fato que foi gestada em um contexto pós-ditadura, com severas restrições à participação popular, embora tenha representado um indiscutível marco no reconhecimento de direitos indígenas.

É necessário salientar, contudo, o papel fundamental que o movimento indígena no Brasil, recém-emergido nas décadas de 1970 e 1980, bem como diversas entidades apoiadoras desempenharam para garantir no texto da Constituição de 1988 as garantias mínimas que sustentam a luta pela efetivação dos direitos indígenas atualmente.

Como mostra Rosane Lacerda (2008, p. 31), a ideia de convocação de uma Constituinte representou a virada de página do regime ditatorial para o Estado democrático e mobilizou os setores da sociedade civil organizada e os movimentos sociais populares, o que não se fez sem a resistência dos setores mais conservadores.

Segundo Maria Helena Ortolan Matos (2006, p. 40), o momento de mobilização da sociedade civil brasileira em defesa da ampliação dos direitos civis, restritos pelo regime ditatorial militar instalado no governo brasileiro após 1964, favoreceu a

---

<sup>32</sup> “O termo pachamama é formado pelos vocábulos ‘pacha’ que significa universo, mundo, tempo, lugar, e ‘mama’ traduzido como mãe. De acordo com vestígios que restaram, a Pachamama é um mito andino que se refere ao ‘tempo’ vinculado à terra.[...] Em suma, a terra é um organismo vivo, é a Pachamama dos índios, a Gaia dos cosmólogos contemporâneos.” (TOLENTINO e OLIVEIRA, 2015, pp. 315-316)

<sup>33</sup> “El “Vivir Bien” en Bolivia, o “Buen vivir” en Ecuador, Suma Qamaña en aymara, y Sumak Kawsay en quechua, es un término incorporado recientemente en el lenguaje político de los pueblos y el Estado, que hace referencia a una cosmovisión donde el hombre se integra a su entorno, con la Pachamama y otros seres no humanos a partir de la reciprocidad, la complementariedad, y no la competencia típica del capitalismo, resumida en la fórmula de [buscar] “Vivir Mejor”.” (SCHAVELZON, 2012, p. 45)

organização e legitimação do movimento indígena e do reconhecimento de seu “status sócio-político coletivo de minoria, condição interétnica imposta aos povos indígenas por meio de sua subordinação à hegemonia política do Estado-nação”.

A União das Nações Indígenas (UNI), constituída no início dessa década, foi um polo de articulação de “lideranças indígenas” e de organizações de apoio (Inesc, Cedi, CPI-SP, ABA etc.) e a principal responsável pela Campanha Povos Indígenas na Constituinte. O Conselho Indigenista Missionário (CIMI) teve, igualmente, papel de destaque no processo, apoiando ações do movimento indígena no Congresso Nacional e nos Estados. (VERDUM, 2009, p. 95)

Sem a atuação incisiva do movimento indígena na elaboração do texto da Constituição de 1988, articulado com a sociedade civil, não teria sido possível alterar o status político dos indígenas frente ao Estado brasileiro, como se verá adiante. Por estes motivos, é impossível não situar a Constituição de 1988 no contexto das transformações constitucionais do fim do Século XX, respeitadas as inevitáveis diferenças em relação aos processos democráticos ocorridos nos demais países da América Latina, em função de suas peculiaridades sociais, culturais e políticas.

## **CAPÍTULO 2 OS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL E A CONSTRUÇÃO DA AUTONOMIA SOBRE SEUS TERRITÓRIOS**

### **2.1 O Indigenato e a Tutela: as duas faces do processo de desterritorialização**

Para compreender o atual estágio dos direitos territoriais indígenas, é necessário fazer uma breve digressão sobre a construção desses direitos no processo histórico brasileiro, com suas particularidades em relação aos países com colonização hispânica.

No início da Colônia, a relação dos indígenas com os portugueses se baseava na troca de mercadorias (CUNHA, 2012). Nos ciclos econômicos que se seguiram<sup>34</sup> e com a intenção da Coroa de ocupar as novas terras, o projeto da colonização portuguesa se dedicou a transformar os índios em mão de obra. A utilização do trabalho indígena cumpriu um papel central na formação econômica do Brasil Colônia, pois a exploração do território era peça essencial para a consolidação do domínio português, segundo a lógica econômica pós-feudalismo que se estabelecia como matriz do pensamento dominante à época.

O trabalho de Rosane Lacerda (2007) aponta a influência de John Locke para o desenvolvimento do liberalismo jurídico e político moderno, principalmente no que se refere à crença de que o trabalho produtivo sobre a terra seria um direito natural. O iluminista entendia que, como “o nativo das florestas da América” não realizava o direito de propriedade, pois não cultivava ou fazia benfeitorias no solo, este seria um motivo para conflagração de guerra justa.

Durante todo o período colonial as guerras justas foram consideradas meios idôneos para apropriação dos territórios indígenas. Baseada na doutrina medieval, que autorizava a guerra contra os pagãos em geral, os índios eram considerados inimigos que deveriam ser convertidos à civilização por meio da catequização e da força.

Manuela Carneiro da Cunha (2012) assinala que, no Brasil Colônia, o trabalho indígena interessava mais do que a propriedade de suas terras. A esse respeito,

---

<sup>34</sup> Cana-de-açúcar, ouro, diamante, pedras preciosas, algodão, café (KAYSER, 2010, p. 96).

importante notar que a escravidão indígena aconteceu durante todo o período colonial, embora tivesse sido expressamente proibida em diversas legislações.

A Lei de 26 de julho de 1596 estabeleceu a liberdade aos índios, mas atribuiu sua tutoria aos padres da Companhia de Jesus (ALMEIDA, 1997). A chegada dos jesuítas no Brasil se deu com a incumbência de converter e “pacificar” os indígenas. Os missionários promoveram o aldeamento dos índios, os quais ficavam sob seu poder ou dos administradores da Coroa (CUNHA, 2012).

Entretanto, a concorrência econômica entre a Companhia de Jesus e os colonos (KAYSER, 2010), bem como disputas sobre o trabalho indígena, causaram conflitos que levaram à expulsão dos jesuítas do Brasil, na gestão do Marquês de Pombal<sup>35</sup>.

Os indígenas aldeados, que estavam sujeitos ao poder temporal dos missionários, foram emancipados em 1755. Em 1757, foi editado o Diretório dos Índios, “um documento jurídico que regulamentou as ações colonizadoras dirigidas aos índios, entre os anos de 1757 e 1798” (ALMEIDA, 1997, p. 14).

Na nova política indigenista formulada pelo Marquês de Pombal a partir de 1750, em especial pelo Alvará de 1758, contrastava-se a filosofia segregacionista dos antigos aldeamentos jesuítas da colônia ao propósito oficial de “integrar” e “assimilar” os índios à vida civilizada. A prosperidade econômica dependeria de uma aliança com os índios, do povoamento do território com os seus nativos, da miscigenação e da transformação dos novos cidadãos em útil mão de obra (Chaim, 1974). A concentração de índios em núcleos populacionais controlados pelos colonizadores liberava grandes áreas para as frentes de expansão e os aldeamentos, nas palavras de Carneiro da Cunha (1992c:144), “*serviam de infra-estrutura, fonte de abastecimento e reserva de mão-de-obra*”. (RODRIGUES, 2008, p. 115)

Conforme mostra Rita Heloísa Almeida (1997), o Diretório foi um grande plano colonizador dos índios, que trouxe embutido um projeto civilizador, destinado a dissipar as diferenças culturais, abordando uma variada gama de questões. Esse instrumento, embora se destinasse a atuar como um regimento de trabalho, acabou se constituindo em “uma proposta mais abrangente de transformação da condição civil do índio, igualando-a à do europeu da época em que é implantado” (ALMEIDA, 1997, p. 194).

---

<sup>35</sup> O Marquês de Pombal foi o ministro mais importante do Rei Dom José I, em 1750 (KAYSER, 2010).

O Diretório entrou também no domínio do conceito de menoridade do índio e a respectiva tutela, isentando-os da condição de escravos e criando a figura do Diretor, que era o responsável por representar os índios em quaisquer circunstâncias (ALMEIDA, 1997). Além disso, o Diretório reafirmou a situação jurídica das terras como pertencentes aos índios e seus sucessores.

Com a Carta Régia de 1798, essa tutela<sup>36</sup> dos diretores sobre os índios aldeados foi afastada, em razão da deserção das povoações (CUNHA, 2012). Os índios independentes, no entanto, ante a possibilidade de se integrarem ao mercado de trabalho, foram entregues aos juízes de órfãos, com a finalidade específica de “zelar para que os contratos sejam honrados” (CUNHA, 2012, p. 84). Nesse período, os índios aldeados experimentaram a possibilidade de um autogoverno (LACERDA, 2007, p. 58).

Num primeiro momento, a tutela dos indígenas assumiu um caráter voltado nitidamente para a proteção de direitos decorrentes das relações de trabalho, aplicando-se apenas aos índios integrados à cadeia produtiva, com um viés de proteção individual. A Lei de 27 de outubro de 1831 estabeleceu que os índios deveriam ser encaminhados pelo juiz de órfãos a empregadores ou mestres de ofício. Além disso, revogou as Cartas Régias de 1808, em que haviam sido declaradas guerras justas aos índios.

Rosane Lacerda (2007, p. 62) assinala que, desde a Colônia, as Ouvidorias eram incumbidas da administração do patrimônio indígena. Com o Decreto de 3 de junho de 1833, os juízes de órfãos passaram a administrar as matérias relativas aos bens dos índios, inclusive os contratos de arrendamento.

Para Souza Filho (2009), o escopo da Lei de 1831 foi totalmente alterado pelas regulamentações de 1833 e de 1842, na medida em que a tutela das Ordenações não tinha nenhum objetivo de restrição de direitos, mas se constituía em um “privilégio” de proteção. O Decreto de 1831 e a Regulamentação de 1842, ao contrário, destinavam-se a regular a administração dos bens, de modo que, “no advento da República era geral o entendimento de que todos os índios estavam

---

<sup>36</sup> A tutela é um instituto jurídico utilizado para atribuir um encargo legal ou judicial a alguém, que fica comprometido com a administração dos bens e da vida civil de um indivíduo considerado incapaz de se auto-gerir. Tradicionalmente, a tutela se destinava à proteção de menores órfãos, tendo sido direcionada historicamente a outras categorias de indivíduos socialmente excluídos, tais como os indígenas e as mulheres.

protegidos, pessoas e bens, pela tutela orfanológica” (SOUZA FILHO, 2009, p. 95-96).

Como mostra Manuela Carneiro da Cunha (2012), a tutela, até então, tinha como finalidade tão somente assegurar a liberdade dos índios, no contexto da escravização. A questão da garantia e da administração dos bens dos indígenas era tratada por regramento distinto.

Em 1845, foi instituído o Regulamento acerca das Missões de Catequese e Civilização dos Índios, Decreto nº 426, que incumbiu o Diretor-Geral de Índios de “exercer a proteção das pessoas e bens dos índios” (SOUZA FILHO, 2009, p. 96). Nesse período, a prática do arrendamento e do aforamento das terras indígenas foi incentivada por meio de contratos firmados pelos Diretores-Gerais, o que acarretou a desterritorialização e até mesmo a extinção de muitos povos, principalmente com o fim dos aldeamentos no Nordeste e Sudeste. (LACERDA, 2007, p. 65)

Importante lembrar que a questão da distribuição das terras no Brasil sempre esteve sob responsabilidade do governo. A primeira forma de ocupação das terras, após a divisão em capitanias hereditárias, foi por sesmarias, que eram destinadas pela Coroa Portuguesa a particulares por meio de concessões públicas. De maneira a estimular a ocupação, as terras não exploradas deveriam ser devolvidas ao Estado – as chamadas “terras devolutas”, à exceção das terras indígenas.

A Carta Régia de 30 de julho de 1609 e o Alvará Régio de 1º de abril de 1680 ressalvaram as terras indígenas em relação às concessões de sesmarias e inauguraram a figura do indigenato<sup>37</sup>. Desde então, o direito territorial indígena sempre foi resguardado como direito congênito, diferenciado do direito de propriedade e das terras devolutas. (BARBOSA, 2001b, p. 55)

De toda a legislação portuguesa para o Brasil, a mais importante é certamente o Alvará de 1º de abril de 1680 que instituiu o indigenato, direito congênito distinto da posse e da propriedade, imprescritível e não sujeito à confirmação, derogador de qualquer outro direito imobiliário, ou outro, incidente sobre terras que os índios ocupassem ou que viessem a ocupar descidos do Sertão. Este Alvará não foi revogado nem no Império, nem na República como sustenta João Mendes Júnior e foi incorporado nas Constituições Republicanas, inclusive na atual. (BARBOSA, 2001a, p. 190-191)

---

<sup>37</sup>“...Os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhes fazer moléstia ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das capitanias e lugares que lhes forem ordenados, salvo quando elles livremente o quiserem fazer ...” (CUNHA, 1987a, p. 58)

O indigenato, reafirmado pela Lei de 06 de junho de 1755, pela Lei de Terras e pelas Constituições do século XX<sup>38</sup>, é, no dizer de José Afonso da Silva (1995, p. 783), "a fonte primária e congênita da posse territorial" e se configura no reconhecimento estatal da existência pregressa dos indígenas e de sua primazia na ocupação do solo brasileiro.

Apesar desse reconhecimento do direito à ocupação indígena, que esteve presente de forma contínua na legislação pátria, a administração dessas áreas por muitos momentos ficou a cargo do Estado, limitando a autonomia indígena em seus territórios. Somente em 1854<sup>39</sup> "se prevê que, conforme o estado de civilização dos índios, o governo imperial, por ato especial, lhes concederia o pleno gozo das terras" (CUNHA, 2012, p. 86).

A Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, foi o primeiro instrumento destinado a regular a apropriação das terras no país. A Lei de Terras, como ficou conhecida, consolidou a lógica burguesa e estabeleceu que as terras devolutas somente poderiam ser adquiridas por meio de compra, o que favoreceu fortemente os grandes produtores e latifundiários. Embora a Lei de Terras tenha sido um dos mais relevantes mecanismos de exclusão social no Brasil, as terras indígenas foram excetuadas da categoria de terras devolutas.

Não obstante, a Lei de Terras inaugurou uma "política agressiva em relação às terras das aldeias": o Império mandou incorporar aos Próprios Nacionais as terras de índios que "vivem dispersos e confundidos na massa da população civilizada" (CUNHA, 2012, p. 79). Manuela Carneiro da Cunha assinala que essa "é uma primeira versão dos critérios de identidade étnica do século XX" (2012, p. 79-80). De fato, os indígenas que fossem considerados "aculturados" deixariam de fazer jus ao reconhecimento de seus territórios, dando um caráter de transitoriedade à condição de indígena. Além disso, a partir da Lei de Terras, as áreas dos aldeamentos passam a ser tratadas apenas como "reservadas e destinadas a uma ulterior doação aos índios" (CUNHA, 1987a, p. 71), negando-se-lhes os títulos que até então eram garantidos pelo indigenato.

---

<sup>38</sup> "Conclui-se com grande clareza que esses princípios do Alvará de 1680, repetidos pela lei de 1755, apesar da diferença de redação, são idênticos aos efeitos do parágrafo 6º do artigo 231 da atual Constituição Federal que declara nulos todos e quaisquer atos jurídicos incidentes sobre terras ocupadas por índios." (BARBOSA, 2001b, p. 69)

<sup>39</sup> Decreto nº 1318, de 30/01/1854.

Em 1910, a criação do Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais - SPI/ITN se deu com a finalidade de promover a assimilação dos indígenas como trabalhadores e de gerir seus territórios. Manuela Carneiro da Cunha (1987a) conta que o órgão foi constituído como resposta a uma denúncia pública sobre o massacre dos povos indígenas no Brasil, feita no XVI Congresso dos Americanistas em Viena. O Marechal Rondon, representante do positivismo Comtiano, foi escolhido para chefiar o órgão indigenista, anos após ter se envolvido em uma polêmica com Hermann Von Ihering, Diretor do Museu Paulista, que pregava o extermínio dos povos indígenas que se opusessem ao projeto de colonização.

Em que pese que a sua lei de criação (Decreto nº 8.072/1910) estabelecesse o compromisso, na exposição de motivos, de “não aldear, nem pretender governar as tribos” (CUNHA, 1987a, p. 79), o SPI (Serviço de Proteção aos Índios), como passou a se chamar mais tarde, foi responsável pelo desapossamento territorial de inúmeros povos indígenas, ao promover o aldeamento forçado, o confinamento e o arrendamento das terras indígenas.

Em “Um Grande Cerco de Paz”, Souza Lima (1995), define o SPI como “os novos bandeirantes” e minudencia as táticas utilizadas de atração, agremiação, concentração, pacificação e outras estratégias, com o objetivo de exercer a ação civilizatória e o controle sobre os territórios. O SPI lutava para “centralizar e manter o monopólio sobre o exercício de diversos poderes sobre os povos nativos” (SOUZA LIMA, 1995, p. 39).

A criação das reservas indígenas resultou na alienação das dinâmicas internas às comunidades indígenas e acabou por instituir um sistema de controle e apropriação fundiária, que serviu para a concentração e a estatização dessas riquezas (SOUZA LIMA, 2013).

Com a edição do Código Civil brasileiro, em 1916, os índios foram incluídos no rol dos relativamente incapazes, o que os tornou sujeitos a um regime tutelar<sup>40</sup> especial a ser exercido pelo órgão indigenista. Esse regime especial nunca chegou a ser regulamentado de forma diferenciada e os índios, equiparados aos pródigos e

---

<sup>40</sup> É de se observar que o termo “tutor” era utilizado pelo Código Civil apenas para designar os representantes dos absolutamente incapazes. Os índios, qualificados apenas como “relativamente incapazes”, em tese, não fariam jus a um tutor, mas a um assistente. Mesmo assim, o Código Civil optou por fazer menção expressa ao termo “regime tutelar”, certamente em razão do fato de que os índios tenham sido historicamente equiparados aos órfãos.



aos adolescentes, passaram a necessitar de assistência<sup>41</sup> em todos os atos da vida civil.

Este Código sedimenta juridicamente os preconceitos do século anterior de que os índios estavam destinados a desaparecer submersos na "*justa, pacífica, doce e humana*" sociedade dominante. Tal como El-Rei no começo do século XIX, a República do século XX se oferece aos índios como tábua de salvação à sua ignota existência; somente que a lei o diz, agora, envergonhadamente, sem a clareza da lei imperial, deixa apenas sugerido que os índios se acabarão um dia. (SOUZA FILHO, 1992, p. 156)

Em 1928, o Decreto nº 5.484 deu uma feição mais publicista ao regime tutelar indígena. Para Carlos Frederico Marés de Souza Filho (SOUZA FILHO, 2009, p. 101), o Decreto nº 5.484 "já não autoriza mais a se falar em tutela, mas em capacidade e nulidade de atos praticados sem a participação de funcionários responsáveis, o que vale dizer, sem a participação do Estado". Por outro lado, o Decreto autorizou que o Governo Federal empregasse as terras indígenas "para a fundação das povoações indígenas ou qualquer outra forma de localização de índios" (art. 10 do Decreto nº 5.484/1928). De acordo com Souza Lima (2005, p. 215), essa norma possibilitou que o aparelho tutelar dispusesse dos bens indígenas, inclusive no que se refere à negociação com os não índios, e não somente sobre as populações.

Com a Constituição de 1934 e, posteriormente, a Carta de 1946, finalmente os direitos territoriais indígenas foram alçados ao patamar constitucional, que passou a prever o respeito à posse dos "silvícolas", sob um prisma essencialmente assimilacionista. Além disso, os índios foram proibidos de alienar suas terras.

O SPI, em meados do século XX, foi alvo de inúmeras denúncias de corrupção e demonstrou grande ineficiência na tarefa de proteger os direitos indígenas. Em 1967, no contexto da ditadura militar, foi criado um novo órgão, a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, "que vinte anos depois já estava tão corrupto e desacreditado quanto o seu antecessor" (SOUZA FILHO, 1992, p. 160).

Embora o Código Civil tenha previsto tão somente a necessidade de assistência aos índios pelo órgão indigenista, em vista da sua relativa capacidade, é fato que o SPI e, posteriormente, a FUNAI atuaram como verdadeiros

---

<sup>41</sup> Nos termos do artigo 147 do Código Civil de 1910, os atos jurídicos praticados por agentes relativamente incapazes eram anuláveis, caso fossem praticados sem a assistência de um responsável.

representantes dos indígenas, falando em seus nomes, frequentemente desconsiderando por completo a vontade expressamente manifesta dos indígenas.

No entanto, intencional ou desavisadamente, o órgão oficial de proteção ao índio passou ao longo dos anos a fazer uso indevido dos poderes tutelares, desvirtuando o instituto e não o empregando nos limites legais na qualidade de assistente, como há que se ser para o relativamente capaz, mas sim utilizando-se do instituto como representantes, como se os indígenas fossem absolutamente incapazes. (BARBOSA, 2001b, p. 105)

A Constituição Federal de 1967 e, mais tarde, a Emenda nº 1 de 1969, ainda impregnadas pelo paradigma integracionista em plena ditadura militar, inovaram ao assegurar aos índios, além da posse permanente, o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

A propriedade das terras indígenas foi atribuída à União na Constituição de 1967 com o propósito principal de que o usufruto dessas áreas fosse reincorporado ao domínio do ente estatal quando ocorresse a definitiva assimilação dos povos indígenas e, desta forma, possibilitar a distribuição dessas terras de acordo com os critérios econômicos capitalistas. (SILVA, 2004, p. 147) Além disso, a cláusula de inalienabilidade passou a se aplicar também à União e não somente aos índios (QUEIROZ, 2013), como uma reação à espoliação territorial promovida pelo SPI.

Em 19 de dezembro de 1973, foi editado o Estatuto do Índio, a Lei nº 6.001, que revogou o Decreto nº 5.484/1928 e aplicou a tutela de direito comum. No entender de SOUZA FILHO (2009, p 102) “andou mal o Estatuto, deveria ter determinado a aplicação dos princípios de direito público, os privados são do direito de família e nefastos para os índios”.

O Estatuto estabeleceu também três categorias de indígenas, a depender do grau de integração à sociedade nacional: isolados, em vias de integração ou integrados. Os atos praticados em desacordo com o regime tutelar seriam nulos, “salvo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado”<sup>42</sup>. A despeito disso, o art. 2º, IV, do Estatuto assegurava aos índios “a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência”.

Com a efetiva “aculturação” do indígena, o Estatuto previu a possibilidade de emancipação, hipótese em que se configuraria a perda da identidade étnica, o que ensejaria a devolução das terras indígenas ao Estado Brasileiro (SOUZA FILHO,

---

<sup>42</sup> Artigo 8º, parágrafo único, da Lei 6.001/1973.

2009). Note-se, ainda, que existia a possibilidade de emancipação coletiva da comunidade.

Percebe-se, portanto, que a atribuição de capacidade civil aos índios sempre esteve vinculada com a questão do apossamento territorial, embora fossem tratadas muitas vezes por legislações diversas. A partir do século XIX, principalmente, quando o tratamento da questão indígena pelo Estado deixou de ser focado na arregimentação de mão de obra, a tutela, que inicialmente visava proteger a liberdade dos índios, se consolidou como um instituto garantidor do indigenato, concebido como o pagamento de uma dívida histórica aos povos nativos.

A tutela é a consequência dessa dívida: supõe uma espécie de custódia em que o Estado ficaria responsável pela integridade das terras indígenas (que restam) e decorre de imperativos de justiça (aliás a tutela surge no direito relativo aos índios apenas em 1831, no momento em que eles são definitivamente libertos da escravidão). (CUNHA, 2012, p. 112)

Se, por um lado, a tutela se prestou a assegurar a integridade das terras indígenas, por outro operou com um mecanismo de controle para que essas áreas sempre estivessem em poder do Estado. Além disso, criada a título de proteção individual, gradativamente assumiu um viés de supervisão sobre as decisões coletivas comunitárias, ampliando ao longo do tempo seu poder de interferência na autonomia indígena. Os índios começaram, então, a perder a condição de povos independentes de que desfrutaram durante o período colonial (“havia um pensamento culto e uma prática legislativa que em grande medida se posicionaram pela relação de igualdade, simétrica entre povos diferentes”), notadamente em decorrência da acentuação do sistema capitalista de mercado, do advento do Estado-Nação e com o avanço das ideias evolucionistas. (BARBOSA, 2001a, p. 203)

Edson Fachin (2000) reflete sobre como a atribuição de incapacidade depende muito mais de um viés ideológico inspirador de uma racionalidade do que propriamente de uma visão técnica. A construção do sujeito de direito acaba por selecionar as pessoas e a forma com que estas ingressam no mundo jurídico.

Isso significa que o reconhecimento doutrinário e legislativo é recoberto pela aferição histórica da desqualificação de uma pessoa para ingressar no estatuto de um sujeito de direito. Convive mal essa racionalidade com o coletivo. (FACHIN, 2000, p. 181)

A tutela, então, cumpre o papel de mediação para que os indígenas tenham acesso aos direitos de cidadania de forma compatível com sua condição inferiorizada em relação aos demais sujeitos. Esse instrumento se manifestou de forma sutil ou explícita sob diversas roupagens na práxis estatal e na legislação: controle dos atos da vida civil, administração e destinação dos bens e das terras por agentes públicos, demarcação administrativa dos territórios, cláusula de inalienabilidade das terras indígenas e até mesmo a reserva da propriedade das terras à União. Marco Antônio Barbosa (2001b, p. 86) assinala que, a pretexto de tutelar sujeitos ou sociedades, os órgãos de governo frequentemente manipulavam a Constituição e as leis de forma a impedir que os indígenas se aproximassem de pessoas ou instituições que pudessem colocar em risco os desmandos cometidos pelas autoridades que supostamente deveriam proteger seus direitos, utilizando-se, inclusive, do argumento de que se encontravam em estágio inferior no processo civilizatório.

Destarte, a legislação anterior à Constituição de 1988 favoreceu um cenário de controle estatal sobre as decisões dos indígenas, tanto individual, quanto coletivamente, bem como se voltou à finalidade de desconstituir as diferenças étnicas dos povos nativos e incorporá-los à massa nacional, de forma a concretizar o escopo integracionista do Estado.

Como decorrência disso, o Estado brasileiro durante a Colônia e até recentemente, por meio do SPI e da própria FUNAI, colaborou ativamente para o processo de esbulho territorial e genocídio dos povos indígenas. A esse respeito, o Relatório da Comissão Nacional da Verdade - CNV<sup>43</sup> mostra que as diversas violações de direitos humanos perpetradas pelo Poder Público em face dos povos indígenas brasileiros foram motivadas pelo fato de que “os indígenas foram vistos pelo Estado como seus opositores”.

Em síntese, pode-se dizer que os diversos tipos de violações dos direitos humanos cometidos pelo Estado brasileiro contra os povos indígenas no período aqui descrito se articularam em torno do objetivo central de forçar ou acelerar a “integração” dos povos indígenas e colonizar seus territórios sempre que isso foi considerado estratégico para a implementação do seu projeto político e econômico. (BRASIL-CNV, 2014, p. 251)

---

<sup>43</sup> A CNV foi criada pela Lei 12.528/2011.

O Relatório aponta, ainda, que o projeto de emancipação da política indigenista consistia, na verdade, em uma tentativa de que esses povos perdessem seus direitos territoriais. A CNV traz uma importante contribuição ao evidenciar o que chama de “*modus operandi* do Estado brasileiro”, que consistiu em sistematicamente liberar terras indígenas para a colonização e para a realização de grandes empreendimentos. O Estatuto do Índio, em seu artigo 2º, VIII, manifesta claramente essa intenção do Estado em integrar os indígenas ao “processo de desenvolvimento”, concebido a partir de uma perspectiva monista e excludente.

Ainda que tenha assumido diversos contornos ao longo da prática indigenista, a tutela atuou de forma a legitimar a intervenção do poder público junto aos povos indígenas, muitas vezes extrapolando a função de mera assistência prevista no Código Civil.

Além disso, o regime tutelar era interpretado também como legitimador de uma política sistemática de intervenção sobre as estruturas políticas internas das comunidades indígenas. Em 1977, por exemplo, os participantes do Curso de Indigenismo realizado pelo Conselho Indigenista Missionário - Cimi, denunciavam que no Posto Indígena Chapecó (SC), as chefias de duas comunidades indígenas haviam sido arbitrariamente destituídas pelo representante local da FUNAI e substituídas por pessoas alheias à vontade dos índios. (LACERDA, 2007, p. 97)

Antônio Carlos de Souza Lima (2013) esclarece que o poder tutelar teria um importante papel em sedimentar os resultados da guerra de conquista no plano retórico, mediando a relação entre a administração “conquistadora” e o “povo conquistado”, com vistas ao controle dos recursos econômicos, principalmente no que se refere aos territórios, formando uma “equação propriedade da terra e pertencimento cívico”. (SOUZA LIMA, 2013, p. 794 e 800).

A tutela, portanto, foi empregada especialmente com a finalidade de viabilizar o apossamento das terras para o projeto capitalista. Por esse motivo, esse fenômeno não aconteceu apenas em relação às terras indígenas. A política de colonização, estabelecida pelo Decreto nº 59.428/1966 e que vigorou até meados da década de 1980, também impôs diversas regras de conduta aos assentados e colonos. A prestação de serviços ficava inteiramente a cargo das empresas colonizadoras<sup>44</sup>,

---

<sup>44</sup> “29. Seja na Colonização pública, seja nos empreendimentos colonizadores privados, a dinâmica do empreendimento em muito difere dos Projetos de Assentamento. Nos Núcleos Coloniais a autarquia antecessora do INCRA ou a empresa colonizadora eram responsáveis por toda a

nos núcleos de colonização particular, e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, nos núcleos de colonização públicos, os quais estabeleciam aos colonos as condições e requisitos de acesso, frequentemente de forma arbitrária.

Embora a política de reforma agrária tenha superado a lógica da colonização, são frequentes relatos sobre a continuidade do exercício de controle em face dos assentados pelo INCRA, em razão de uma “memória tutelar” da instituição, a qual até os dias de hoje “inventa uma série de outros requisitos que estão fora da lei”:

Cada projeto tinha um servidor do INCRA, que era o executor e que fazia a supervisão do projeto e funcionava como juiz, delegado, resolvia as brigas, fiscalizava, coordenava as obras que eram feitas dentro do projeto. O próprio INCRA tinha trator, máquina, enfim. Então esse cara era meio que o xerife do projeto de colonização. E na época o colono era obrigado a se associar e a relação com o INCRA era feita por meio dessa associação. Não tinha como ele ser colono sem ser associado. Enfim, se criou um pouco essa ideia que o executor do projeto tinha ingerência sobre tudo que o assentado iria fazer, vai fazer ou faz hoje. (GONDIM, 2016, informação verbal)

Assim, ao passo em que o indigenato e a política de colonização se consolidavam na legislação, a tutela se aprofundou como um mecanismo de controle estatal sobre esses territórios, num processo ambivalente dominado sempre pela lógica de prevalência dos “interesses nacionais”. Como lembra Rita Segato (2013), a história da colonização no Brasil é a história da apropriação da terra. E a tutela é parte disso.

---

infraestrutura do empreendimento, providenciando eletrificação, construção de estradas, barragens, escolas, postos de saúde, casas, equipamentos urbanos, pontes etc. Além disso, cada Núcleo de Colonização Público possuía um executor que desempenhava variadas atribuições do Poder Público, dada a distância dos Núcleos de Colonização das zonas urbanas. Os colonos, por sua vez, eram obrigados a associarem-se em cooperativas e conforme já exposto, eram frequentemente recrutados em áreas distantes do Núcleo Colonial, especialmente nas regiões Nordeste, Sul e no exterior.” (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO, 2016)

## 2.2 A Tradição Privatista do Direito Brasileiro

Eroulths Cortiano Júnior (2002) ensina que “dois grandes movimentos – o Renascimento e a Ilustração - iniciam a formatação do direito moderno” (CORTIANO JÚNIOR, 2002, p. 19-20). Enquanto o primeiro deu ensejo à criação dos Estados, durante o segundo “firmou-se a hegemonia ideológica da burguesia, o que iria impulsionar a mentalidade individualista da modernidade” (ibid., p. 19-20).

O Direito que se constituiu a partir de então estava integralmente comprometido com a ordem econômica burguesa, tendo em vista que se mostrou necessário o estabelecimento de uma sistemática jurídica centrada no indivíduo para o florescimento do capitalismo.

Esse novo paradigma econômico suplantou as formas feudais de propriedade, baseadas em vínculos pessoais e de hierarquia sobre a terra, para inaugurar uma lógica liberal de livre acesso aos meios de produção e de circulação de riquezas.

A noção de indivíduo é fundamental para a compreensão desse novo sistema. A concepção de homem livre e igual, festejada na Revolução Francesa, é a base das novas estruturas de pensamento que passam a existir. O indivíduo é concebido à margem de qualquer sociabilidade e a sociedade é construída por indivíduos isolados, “atomizados”. (CORTIANO JÚNIOR, 2002, p. 49-50)

O racionalismo, que se tornou o fundamento teórico da modernidade, advém da ideia de supremacia do indivíduo “pensante” em contraposição ao mundo natural, suscetível de controle e dominação, a partir de uma lógica objetificante da natureza, favorecendo a privatização e a competição pelos recursos naturais, típicas da cultura ocidental. (CAPRA, 2002, p. 36)

Os pensadores iluministas se dedicaram a vincular a ideia de liberdade com a de propriedade privada, no sentido de que apenas o cidadão que fosse capaz de tirar sua subsistência da sua própria terra poderia ser verdadeiramente livre, aproximando a propriedade privada da noção de direito natural. Hegel chega a classificar a propriedade privada como “atributo essencial da efetividade do indivíduo enquanto pessoa em sentido estrito” (ALVES, 2008, p. 3).

O indivíduo, sujeito de direito, passa a ser, então, o proprietário, aquele que pode se fazer livre por meio do domínio da natureza e da acumulação de capital.

Assim, quem pode ter é sujeito de direito, mas somente será sujeito na medida em que tenha. É a propriedade que qualifica o sujeito. Os não-proprietários (apesar de poderem, aos olhos do direito, sê-lo) são como ausentes da ordem jurídica, verdadeiros fantasmas à luz do dia. (CORTIANO JÚNIOR, 2002, p. 121)

As coisas, por sua vez, adquirem o caráter abstrato de mercadorias, onde o valor do uso não é mais tão importante quanto o valor da troca, permitindo a circulação de riquezas e o enriquecimento pessoal (CORTIANO JÚNIOR, 2002).

Além disso, as situações de pluralismo significavam “incerteza incompatível com a racionalidade econômica” (CORTIANO JÚNIOR, 2002, p. 60). O Direito moderno tem um caráter uniformizador, que se reflete principalmente no direito de família e no direito de propriedade, suprimindo outras concepções de mundo, como é o caso dos povos indígenas (MAGALHÃES et al, 2012).

Conforme discutido anteriormente, a construção dos Estados Nacionais ao longo dos séculos XIX e XX foi acompanhada de uma tentativa de homogeneização das identidades sociais, à sombra de um direito estatal branco e colonial. O discurso do logos ocidental afirma que o desenvolvimento civilizatório teria penetrado no continente com a colonização, desqualificando os processos sociais e jurídicos locais, que foram tragicamente bloqueados pela expansão mercantil europeia (BARTOLOMÉ, 1998). O primado do interesse individual do colonizador sobre as coletividades é a base ideológica do positivismo jurídico, que se estabeleceu no período da ascensão do iluminismo, do racionalismo e do liberalismo econômico.

A sistematização do Direito como ordem jurídica estatal, dogmática e monista remonta ao Direito Romano. Essa lógica jurídica, que havia sido abandonada, foi resgatada com o surgimento das universidades na Idade Média e passou a “ocupar um lugar especial na formação do direito moderno”. O Direito moderno, fundido ao racionalismo iluminista, passa a ser centrado num ideal de certeza, imutabilidade, segurança, universalidade e hierarquia. (CORTIANO JÚNIOR, 2002, p. 62)

O Direito Romano foi apropriado pelo positivismo jurídico, como referencial indiscutível de racionalidade legislativa. (...) A cultura urbana do baixo medievo, de inspiração burguesa, propiciou aliança entre papas e mercadores (TIGAR & LEVY, 2000, p. 101), fornecendo as bases conceituais para uma cultura jurídica formalista, garantidora do bom andamento das relações negociais. (GODOY, 2004, s/p)



Dentro desse sistema, o Direito Civil desempenha papel fundamental ao regular as relações de ordem privada entre os cidadãos, em torno das noções de pessoa, família e propriedade privada (SILVA, 2014).

Privar, possuir e pertencer. A segurança desse sistema outorga um título a um sujeito sobre um objeto. Por aí se vê ao menos dois séculos estacionados contemplam o indivíduo-centrismo, apto a captar um individualismo do século XVIII que atuou no regime civilista. (FACHIN, 2000, p. 11)

O Direito Civil que vigora<sup>45</sup> no Brasil está impregnado desses ideais iluministas inspiradores do Código Civil francês de 1804, que estabeleceu que o direito de propriedade é absoluto. O conceito de propriedade privada, em vista disso, tem uma evidente centralidade em relação aos demais direitos no modelo normativo hegemônico. O Direito Civil é a “pedra fundamental” de todo o Direito Privado, exercendo grande influência mesmo no Direito Público. (MONTEIRO, 1958, p. 88)

Assim, o “discurso proprietário” (CORTIANO JÚNIOR, 2002) integra na racionalidade ocidental o que Pierre Bourdieu (1989) denomina como sistemas simbólicos. O conhecimento opera ativamente por meio de subjetividades estruturantes de modo a construir realidades e:

[...] tornam possível o consensus acerca do sentido do mundo social que contribui fundamentalmente para a reprodução da ordem social. [...] As ideologias, por oposição ao mito, produto colectivo e colectivamente apropriado, servem interesses particulares que tendem a apresentar como interesses universais, comuns ao conjunto do grupo. (BOURDIEU, 1989, p. 10)

Desta forma, ainda que pareça óbvio que o discurso da propriedade privada beneficia apenas o sujeito proprietário, trata-se de uma narrativa que se encontra de tal forma impregnada no sistema jurídico, que é usada indistintamente por todos os estamentos sociais. O discurso proprietário passa, então a atuar na perpetuação das estruturas de opressão fundadas na propriedade privada. Como ensina Fachin (2000), “a história do direito é, em boa medida, a história da garantia da propriedade” (FACHIN, 2000, p. 11).

---

<sup>45</sup> É necessário considerar, entretanto, que a Teoria Crítica do Direito Civil aponta para a superação desse modelo clássico, principalmente no que se refere ao ingresso da ideia de igualdade nos três pilares de sustentação do Direito Civil: família, patrimônio e contrato. Assim, as novas concepções de família e a inserção do conceito de função social do contrato e da propriedade privada retratam essa transformação em relação ao civilismo patrimonialista do século XVIII (FACHIN, 2000).

### 2.2.1 O usufruto e os direitos reais

A definição de 'coisa' tem importância central na epistemologia jurídica, na medida em que se diferencia da noção de 'sujeito', mas lhe confere qualificação: o sujeito proprietário. Como mostra Herman Benjamin (2011), o Direito clássico, pós-Revolução Francesa, é fundamentado num modelo antropocêntrico que situa a natureza e seus componentes na categoria de coisa ou bem, os quais se encontram a serviço direto da pessoa, com a única função de satisfazer os desejos humanos.

Para Clóvis Beviláqua (2003), o Direito das Coisas, principal ramo do Direito Civil, é "o complexo de normas reguladoras das relações jurídicas referentes às coisas susceptíveis de apropriação pelo homem" (BEVILÁQUA, 2003, p. 9). Neste sentido, essa disciplina jurídica tem como escopo criar as normas sobre a apropriação, o controle e o domínio da natureza pelo homem, considerado individualmente e não como pertencente a uma coletividade.

O Direito das Coisas engloba os chamados direitos reais<sup>46</sup>, os quais, segundo a teoria realista (GOMES, 1998), se caracterizam por conferirem poder absoluto à pessoa sobre a coisa em si, sendo oponíveis contra todos os outros sujeitos, ou seja, podem ser exercidos em face das demais pessoas.

Para a teoria personalista, os direitos reais apenas se distinguem dos direitos pessoais na medida em que não possuem um sujeito passivo certo e determinado contra quem se pode exercer a obrigação. O direito real gera uma obrigação passiva universal negativa, de modo que todos os outros sujeitos devem se abster de praticar condutas em desacordo com a vontade do titular, diferentemente do que acontece nas obrigações contratuais, exemplo clássico de direito pessoal, em que somente as partes se obrigam às estipulações acordadas.

Em que pese a doutrina diverja sobre o mérito das classificações entre direitos reais e pessoais, Orlando Gomes (1998) aponta para a importância prioritária de se discutir o aspecto interno dos direitos reais, bem como sobre seus modos de exercício. Desta forma, uma das características essenciais dos direitos reais é "o fato de se exercer diretamente, sem interposição de quem quer que seja, enquanto o direito pessoal supõe necessariamente a intervenção de outro sujeito de direito." (GOMES, 1998, p.5)

---

<sup>46</sup> Real vem do latim *res*, que significa *coisa*

Assim, os direitos reais representam a expressão máxima da vontade do homem sobre a 'coisa', uma vez que o sujeito não se submete a qualquer interferência de terceiros para exercer o poder imediato sobre o bem.

Se sou dono disso, qualquer pessoa que chegue, se aproxime, basta dizer – e é a oposição que eu faço -: “É meu”. É uma oposição contra todos, porque não posso dizer-: “Para você isto é meu, mas com relação a quem outro, não é meu”. Ou é, ou não é.(...) É meu em face dele e em face de todos. Este “ser meu” tem caráter absoluto, tem caráter contra qualquer um. (AMERICANO, 1956, p. 95)

Para compreender os demais direitos reais, é essencial resgatar a importância da propriedade privada como paradigma do direito das coisas, constituindo-se no pilar do Direito Civil, pois agrega todos os poderes suscetíveis de serem exercidos em face de um bem.

Segundo Washington de Barros Monteiro (1958), a propriedade apresenta um traço de plenitude e se aplica não só a bens corpóreos, mas também a bens imateriais. A propriedade engloba as faculdades de usar, gozar e dispor (*jus utendi, fruendi et abutendi*). Para o autor, o direito de propriedade é o mais sólido de todos os direitos subjetivos, “o eixo em torno do qual gravita o Direito das Coisas”. (MONTEIRO, 1958, p. 88)

O usufruto, por sua vez, é categorizado como um direito real limitado, pois não confere a seu titular a plenitude dos direitos de que o proprietário dispõe, embora também possua natureza jurídica similar à da propriedade. Segundo Petit (2003 apud FIORILLI, 2009), o usufruto é classificado como *jus utendi*, isto é, uma servidão pessoal que dá ao titular o amplo direito de retirar toda a utilidade da coisa e de seus acessórios além dos frutos (como o direito de habitar) e *jus fruendi*, ou seja, concede o direito de perceber os frutos da coisa (frutos naturais, industriais ou civis), sem alterar a sua essência. O usufruto, então, autoriza o uso e gozo de um bem alheio, conservando o dono/proprietário apenas a substância e o poder de alienação, o *jus abutendi* (MONTEIRO, 1958).

O direito de usar se refere à possibilidade de dar o emprego regular ao bem, de utilizar a coisa para todas as suas finalidades, sem a possibilidade de alterar sua essência. Na doutrina do Direito Civil, o *jus utendi* não autoriza seu detentor a dar destinação diversa daquela estipulada nas ‘convenções sociais’.

Usar quer dizer das às coisas e aos bens o seu emprego normal, ou, mesmo, anormal, desde que não colida com a normalidade da vida dos outros.(...) Notem que posso dar um uso absurdo, mas mantido dentro da vida normal dos outros, isto é, usar sem causar dano a outrem. (AMERICANO, 1956, p. 98)

No *jus utendi*, a utilização da coisa deve ser feita de “modo regular para a satisfação de uma necessidade pessoal” (NASCIMENTO, 2004, p. 65). Deste modo, esse instituto está inexoravelmente atrelado à ideia de subsistência.

O direito de gozar, por outro lado, faculta aproveitar os frutos que o bem possa render, na sua posse ou na de terceiros, podendo ser esses frutos de natureza física ou civil. O direito de fruição, ou de gozar, na concepção clássica, está vinculado a uma disposição econômica do bem em toda sua magnitude. Conforme ensinamentos de Jorge Americano, o direito de gozar quer dizer tirar para si os frutos ou cedê-los para outrem:

Gozar importa em fruir. Se se trata de coisas que dão renda, os frutos são as rendas do arrendamento. Quando alugo minha casa, estou fruindo dela, gozando dela, não por via de uso, mas por outrem; o arrendamento produz. (AMERICANO, 1956, p. 99)

Considerando que o direito de uso limita o emprego do bem aos ‘fins regulares’, segundo os costumes sociais, pode-se entender, por contraposição, que o direito à fruição concede ao seu titular faculdades mais amplas em relação ao emprego do bem, tendo em vista que a fruição complementa o direito de uso para conferir ao sujeito todas as faculdades de exploração de um bem.

Neste sentido, o artigo 1.394 do Código Civil de 2002 também confere ao usufrutuário **o direito de administração**. Para Orlando Gomes, o usufruto excede as definições mais restritivas, constituindo-se em um “direito real de desfrutar um objeto na totalidade de suas relações, sem lhe alterar a substância”. (GOMES, 1998, p. 293)

Verifica-se, pela análise dos dois institutos que integram o usufruto, que, enquanto o direito de uso se refere à sobrevivência, o direito à fruição se relaciona à utilização plena do bem para atividades econômicas mais complexas, que não envolvem apenas o mínimo existencial. Assim, o usufruto não está restrito à mera subsistência, mas também incorpora o direito de plena fruição do bem.

Essas categorias, que foram pensadas em um passado já não tão recente, sequer atendem às necessidades do próprio capitalismo contemporâneo, haja vista

que a subsistência nos dias de hoje não passa ao largo das práticas mercadológicas.

Por outro lado, o direito de transferir a terceiros o bem (*jus abutendi*) é o único poder que resta ao nu-proprietário<sup>47</sup>, pois é vedado ao usufrutuário aliená-lo. O direito de disposição está intrinsecamente relacionado ao princípio da circulação de riqueza. O direito de propriedade é o direito mais prestigiado no capitalismo, justamente porque ele favorece a lógica da circulação (GOMES, 1998, p. 294), ao passo que atribui ao proprietário o direito de transferir o bem. Além disso, o proprietário pode reaver seu patrimônio de quem “injustamente” o possua.

Geralmente, quando se confere a alguém o usufruto de um bem, objetiva-se tirar aquele patrimônio das regras do capitalismo, protegê-lo da avidez do mercado e garantir a sobrevivência do usufrutuário. No entanto, esse direito geralmente é temporário e sua transferência é vedada, visando sempre à consolidação da propriedade. Isto porque não interessa às regras do mercado que um bem esteja imune à apropriação e à acumulação por longos períodos.

O usufrutuário, portanto, está adstrito apenas à utilização do bem, não pode se desfazer do patrimônio, mas pode retirar dele todos os seus benefícios, de natureza física, imaterial ou mesmo simbólica. Ao fim do usufruto, existe ainda a obrigação de entregar a coisa no estado em que foi recebida (cláusula *salva rerum substantia*).

Outros direitos reais, como a habitação, ou mesmo direitos reais de garantia, também podem coexistir sobre um bem. Entretanto, o regramento jurídico privilegia a propriedade privada em relação aos demais direitos reais, tendo em vista que se destinam apenas a garantir usos para sustento ou sobrevivência.

O caráter absoluto do direito de propriedade se mostrou, contudo, incompatível com o constitucionalismo contemporâneo, após a assunção dos direitos sociais. O artigo 1.228 do Código Civil de 2002 estabeleceu que o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha, devendo a propriedade ser exercida “em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais”. Trata-se da função social, que não apenas limita a propriedade, mas passou a integrar definitivamente seu conceito.

---

<sup>47</sup> Nu-proprietário é o sujeito que cede o usufruto de seu bem a terceiro.

Conforme analisam José Antônio Gediél e Adriana Corrêa (2015), a Constituição de 1988, como um instrumento de mediação política do Estado Social Democrático de Direito, introduziu o conceito de função social da propriedade de modo a compatibilizar o exercício desse instituto eminentemente liberal com os demais valores sociais. Entretanto, a propriedade privada continua a ocupar um lugar de destaque no discurso jurídico dos tribunais, os quais têm sistematicamente esvaziado a função social, deixando de concebê-la também como um dever e não só como um direito.

Por fim, importante tratar brevemente sobre o conceito civilista de posse, tendo em vista que o usufruto pressupõe a posse direta, restando ao nu proprietário a posse indireta sobre a coisa. O estudo da posse tem uma considerável magnitude no Direito Civil, sendo objeto tradicionalmente de duas principais teorias que disputam sua conceituação: a teoria subjetiva de Savigny e a teoria objetiva de Rudolf Von Ihering<sup>48</sup>.

Segundo a teoria subjetiva, em suma, a posse é resultado da coexistência do *corpus* e do *animus*. Assim, o mero poder físico sobre a coisa não pode ser definido como posse se o sujeito não tiver a vontade de ter como próprio o bem. Para a teoria objetiva, em contrapartida, apenas a destinação econômica da coisa e sua exteriorização caracterizam a posse, sendo desnecessário investigar o domínio da subjetividade. As controvérsias sobre a natureza jurídica da posse também se estendem quanto à sua constituição como fato ou direito, ou mesmo se a posse é um direito real ou pessoal.

O Código Civil brasileiro atual adotou majoritariamente a teoria objetiva, considerando possuidor “aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”<sup>49</sup>, mas existem menções claras à teoria subjetiva, especialmente quando se considera o regramento da usucapião.

Entretanto, a nova teoria sociológica da posse mostra que a posse é um fenômeno social e anterior à propriedade. Para o jurista argentino Guillermo Borda (2003), “en el poseedor, no hay una pretensión de apropiación jurídica de la cosa, sino um propósito de apropiación económica” (BORDA, 2003, p. 33).

---

<sup>48</sup> A título de curiosidade, interessante notar que Rudolf Von Ihering era pai de Hermann Von Ihering, Diretor do Museu Paulista que se envolveu na polêmica com o Marechal Rondon, ao defender o extermínio dos índios, já relatado neste capítulo.

<sup>49</sup> “Estou na posse enquanto disponho”. (AMERICANO, 1956, p. 35)

Tem-se discutido atualmente sobre a existência de uma função social da posse, superior à da propriedade, tendo em vista que o escopo maior do direito de propriedade é a circulação de riqueza, enquanto que a posse se estabelece na ocupação e no uso efetivo do bem. Edson Fachin (1988) afirma isso, a partir das lições de Hernández Gil:

Antes e acima de tudo, aduz, a posse tem um sentido distinto da propriedade, qual seja o de ser uma forma atributiva da utilização das coisas ligadas às necessidades comuns de todos os seres humanos e dar-lhe autonomia significa constituir um contraponto humano e social de uma propriedade concentrada e despersonalizada, pois, do ponto de vista dos fatos e da exteriorização, não há distinção fundamental entre o possuidor proprietário e o possuidor não proprietário. A posse assume então uma perspectiva que não se reduz a mero efeito, nem a ser encarnação da riqueza e muito menos manifestação de poder: é uma concessão à necessidade. (FACHIN, 1988, p. 21)

O princípio da função social visa dar concretude a conteúdos que o Direito Civil historicamente trata como abstratos (FACHIN, 2000), conferindo efetividade aos direitos subjetivos na vida real. No entanto, ainda que se tenha avançado significativamente na legislação fundiária ao integrar o conceito de função social, ao “repersonalizar” o Direito e ao admitir a valoração ética, o Direito privado ainda reproduz de forma majoritária os interesses do capital.

A Constituição de 1988 introduziu a ideia de posse indígena, que tem sido amplamente discutida na doutrina e jurisprudência<sup>50</sup>. A posse indígena não estaria adstrita aos parâmetros do Direito Privado, pois está atrelada ao reconhecimento dos direitos culturais indígenas. Sua conceituação transborda a ideia de ocupação com o simples intuito de exploração da terra e *“ganha um sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana”*. (SILVA apud SANTILLI, 1993, p. 49)

---

<sup>50</sup> “Aqui não se trata do direito de propriedade comum: o que se reservou foi o território dos índios. Essa área foi transformada num parque indígena sob guarda e administração do Serviço de Proteção aos índios, pois estes não têm a disponibilidade das terras. O objetivo da Constituição Federal é que ali permaneçam os traços culturais dos antigos habitantes, não só para sobrevivência dessa tribo, como para estudo dos etnólogos e para outros efeitos de natureza cultural ou intelectual. Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, nem de domínio, no sentido civilista dos vocábulos: trata-se do habitat de um povo”. (Recurso Extraordinário n.º 44.585/STF, Relator Ministro Víctor Nunes Leal, Parque Nacional do Xingu)

A discussão teórica sobre a especificidade do usufruto constitucional indígena, previsto no §2º do artigo 231, já não encontra tanto espaço na doutrina e na jurisprudência. É notória a omissão da doutrina em debater o tema e apresentar novas interpretações alinhadas com uma proposta intercultural, enquanto que o conceito de posse indígena desfruta de alguma estabilidade em razão de precedentes jurisprudenciais que reconhecem sua especificidade. O usufruto indígena, ao contrário, tem sido interpretado ainda mais restritivamente do que o usufruto civil, como se verá no próximo capítulo.

Enquanto a posse é um fato, que investe o sujeito de um direito sobre o bem, o usufruto já nasce como um direito. Essa característica talvez explique a resistência da doutrina e da jurisprudência em reconhecer o usufruto indígena como uma categoria supra-legal e diferenciada, tendo em vista a notória dificuldade em se reconhecer direitos a sujeitos contra-hegemônicos.

### **2.3 A Carta de 1988: uma virada paradigmática?**

A Constituição de 1988 representa um inquestionável marco na proteção aos direitos dos povos indígenas. Sua promulgação foi muito festejada porque pôs fim a um longo período de ditadura no país e estabeleceu as bases para um Estado Democrático. Além disso, inovou diversos conceitos, acolheu direitos emergentes e se propôs a fundar uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social<sup>51</sup>”.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um preceito basilar desse texto e visa garantir que todos os indivíduos tenham direito a tratamento justo e digno pelo Poder Público e que seja preservada sua integridade física e moral. Como um princípio conformador, traz identidade à Constituição, orientando sua interpretação.

Ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, a propriedade e a igualdade são fundamentos do direito burguês liberal e individualista. A igualdade jurídico-formal, no entanto, cedeu lugar a uma compreensão vinculada ao ideal de justiça: a isonomia material.

Esta igualdade conexas-se, por um lado, como uma política de “justiça social” e com a concretização das imposições constitucionais

---

<sup>51</sup> Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.



tendentes à efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais (...). Por outro lado, ela é inerente à própria ideia de igual dignidade social (e de igual dignidade da pessoa humana) (...). (CANOTILHO, 1993, p. 567)

Além disso, no que diz respeito à isonomia, José Afonso da Silva lembra que “o princípio não pode ser entendido como individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos” (SILVA, 1994, p. 211). A Carta de 1988, portanto, rompeu a hegemonia individualista das legislações anteriores e passou a reconhecer direitos coletivos, ainda que sob uma perspectiva eurocentrada.

Para WOLKMER (2015, p. 258), a Constituição de 1988, embora de forma limitada, calcada em um perfil “republicano liberal, analítico e monocultural”, colaborou para a superação de uma “tradição publicista liberal individualista e social-intervencionista”, abrindo caminhos para um constitucionalismo pluralista e multicultural, pautado pela ideia de convivência e interdependência de diversos grupos sociais.

Mais do que isso, a Constituição de 1988 foi gestada em um período de grande otimismo, em que se celebrava o fato de que, enfim, os índios brasileiros sobreviveram a séculos de massacre com notória resiliência e mantiveram identidades próprias em meio à pressão homogeneizante da sociedade envolvente.

A Carta de 1988 foi a mais extensa no tratamento aos direitos indígenas, dedicando 11 dispositivos para a questão. (KAYSER, 2010) Além disso, inaugurou um novo momento no constitucionalismo brasileiro, pois reconheceu direitos territoriais em conjunto com os direitos culturais.

Constituição brasileira aprovada em 1988 claramente segue o paradigma do multiculturalismo, ao reconhecer direitos territoriais e culturais aos povos indígenas, quilombolas e outras populações tradicionais e ao romper como modelo assimilacionista e homogeneizador. (...) A Constituição assegurou aos índios o direito de permanecerem como tais e de manterem sua identidade cultural como povos etnicamente diferenciados. (SANTILLI, 2005, p. 51)

O artigo 231 da Constituição introduziu diversos conceitos em aberto que exigem um esforço hermenêutico para sua aplicação. A grande novidade impressa no dispositivo foi o reconhecimento, aos índios, de sua “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições”. Esse enunciado, sem dúvida alguma, significou uma virada normativa que mudou os rumos da política indigenista no país. A partir de 1988, o Estado Brasileiro se comprometeu a abolir todas as políticas

integracionistas, que estejam em desarmonia com os modos próprios de vida dos povos indígenas e com sua autonomia enquanto povos diferenciados. A Carta de 1988, portanto, se direcionou a construir um Estado preocupado com a redução das diferenças sociais, mas orientado para garantir a diversidade cultural.

Segundo Nancy Fraser (2003, p. 13, tradução nossa), existem dois paradigmas que se prestam a equalizar as diferenças sociais. O paradigma redistributivo “(...) é focado nas injustiças, assim definidas como sócio-econômicas, e presume que se originam na estrutura econômica da sociedade”. O paradigma do reconhecimento, em contrapartida, “(...) compreende as injustiças como culturais, o que presume que se originam de padrões de representação, interpretação e comunicação”.

A Constituição Federal adotou, em certa medida, os dois paradigmas no que se refere aos direitos indígenas, visto que atuou tanto na perspectiva da *redistribuição*, quanto na do *reconhecimento*. Ao recepcionar na ordem jurídica nacional as formas próprias de organização social e os costumes indígenas, o artigo 231 da Carta de 1988 permitiu uma inédita esfera de reconhecimento, que, no dizer de Fraser, “[...] pode envolver uma valorização positiva das identidades desrespeitadas e dos produtos culturais do grupo prejudicado; reconhecer e valorizar a diversidade cultural [...]” (FRASER, 2003, p.13, tradução nossa).

Por outro lado, ao reservar o direito de usufruto sobre as terras tradicionais aos povos indígenas, a Constituição adentrou na seara da redistribuição, assentindo explicitamente sobre a existência de um impacto econômico que merecia uma intervenção estatal para restabelecimento da dignidade dessas populações.

Para Fraser (2003, p. 47), é necessária uma concepção bidimensional de justiça, pois apenas uma perspectiva redistributiva não é capaz de promover a distribuição igualitária de poder. Assim, o reconhecimento produz a transformação e reinserção do grupo excluído no espectro de aceitação social, de modo que ambas as formas de intervenção devem caminhar juntas.

O *caput* do artigo 231 é o alicerce do estatuto constitucional indígena e trata conjuntamente de dois assuntos cruciais para a relação dos povos indígenas com o Estado - o reconhecimento dos direitos territoriais e da diversidade cultural, mas é preciso analisar de que forma esses temas se correlacionam.

O direito à diferença não foi concebido na Constituição exclusivamente sob um viés de pluralismo territorial, restrito a um espaço físico. Ao contrário, a Constituição de 1988 não optou por criar espaços necessariamente livres de jurisdição estatal.

Por outro lado, a admissão das formas próprias de organização social e dos costumes implica na aceitação de uma jurisdição plural, que é o substrato do direito à autodeterminação. Por isso, a proteção do direito à diferença se direciona à pessoa do indígena, individual ou coletivamente considerado, pois o bem jurídico protegido é a alteridade. Isto implica em aceitar o fato de que o indígena tem direito de exercer sua alteridade em quaisquer espaços e não somente nas terras indígenas demarcadas.

O pluralismo brasileiro, então, não é um pluralismo exclusivamente territorial, que somente pode ser exercido em um espaço circunscrito, e sim um pluralismo subjetivo, ligado aos sujeitos de direito que a nova ordem constitucional inaugurou. Esse pluralismo subjetivo perpassa por todas as instâncias culturais e se manifesta de formas das mais diversas, inclusive autorizando a coexistência de sistemas jurídicos em paralelo ao direito estatal.

Não obstante, Consuelo Sánchez (2017) afirma que a autonomia requer um território como espaço de realização, que deve ser instituído pelo Estado como uma entidade política com regime diferenciado.

Mas, para que o território se configure como um espaço no qual os povos indígenas podem exercer os seus direitos autonômicos (de autogoverno, jurisdição, instituições próprias, territorialidade, direitos culturais, definição do seu desenvolvimento econômico, social e cultural etc.), ele precisa ser instituído como entidade territorial autônoma e como parte constitutiva de uma nova organização territorial do Estado. (SÁNCHEZ, 2017, p. 31)

A jurisdição indígena no Brasil encontra-se num patamar de transição entre o que Ana Lúcia Sabadell (2008) chama de "direito por delegação" do Estado e um "não direito", que carece de reconhecimento pelo Poder Público. Enquanto a leitura do texto constitucional induz à aceitação de um Estado pluricultural, as práticas governamentais caminham em direção inversa, principalmente quando insistem em não reconhecer as instâncias próprias de decisão. Como mostra Sandra Nascimento (2016, p. 119), "as visões e práticas de inferiorização sociopolítica dos indígenas e, portanto, de fundo racial, são herança moderno/colonial (QUIJANO, 2005) e, nesse aspecto, são estruturais e estruturantes".

De acordo com Brotto (2009, p. 136), "muito embora alguns países da América Latina reconheçam a sociodiversidade (...), ainda há muita resistência da maior parte dos Estados na adoção de um pluralismo sem a interferência do sistema jurídico

nacional”. Essa discussão tem por pano de fundo um profundo racismo epistêmico<sup>52</sup> que insiste em considerar as racionalidades não hegemônicas como inferiores, alternativas, subordinadas e periféricas. (SANTOS, 2006, p. 153)

A questão principal a ser tratada não consiste em uma dicotomia simplificadora de se aferir se essas jurisdições ou *sensibilidades jurídicas* devem ser incorporadas pelo Estado ou desconsideradas como sistemas normativos, mas sim de que forma o Estado brasileiro pode estabelecer bases de convivência e de diálogo com essas ordenações contramajoritárias sem tiranizá-las.

Boaventura Santos (2007) descreve a luta epistemológica entre as correntes teóricas da modernidade que discutem entre as alternativas de regulação (estrutural-funcionalistas) *versus* emancipação (marxistas) dos povos sujeitos à opressão colonialista. O pós-modernismo de Boaventura Santos propõe uma terceira via: substituir essa monocultura por uma ecologia dos saberes, inaugurando uma "hermenêutica diatópica"<sup>53</sup> que estabelece um diálogo intercultural visando "ampliar ao máximo a consciência da incompletude mútua através de um diálogo que se desenrola, por assim dizer, com um pé numa cultura e outro, noutra" (SANTOS, 2001, p. 21).

---

<sup>52</sup> Uma corrente majoritária na doutrina entende que não é possível considerar as normas de organização social dos povos indígenas como Direito. Neste sentido: "Consideramos, porém, extremamente arriscado reconhecer o caráter de "direito" a tais sistemas normativos, por duas razões principais: Primeiro, porque tais sistemas são extremamente fluidos e mudam de modo informal. As regras podem ser alteradas facilmente e muitas vezes os membros do grupo não sabem exatamente quais são as regras válidas. Assim, não é possível distinguir entre direito, preceitos morais, regras de convivência e a pretensão de poder de determinados membros do grupo. Isto nos leva a colocar uma questão: é correto afirmar que qualquer norma social é "direito"? A resposta afirmativa ignora as especificidades do direito moderno estatal: segurança jurídica, Certeza, centralização, estabilidade, execução assegurada pelo emprego de violência legal e legítima, aplicação por juristas profissionais e, sobretudo, utilização da forma escrita que fixa as regras. Estas características não se encontram nos direitos informais. Se nós empregarmos o termo "direito" de forma indiscriminada para qualquer sistema de normas sociais, corremos o risco de banalizá-lo (Sueur, 2001, p. 39). (...) A segunda razão contra o reconhecimento do pluralismo jurídico é que a existência de sistemas normativos paralelos, não exclui a atuação do Estado neste campo. Se existe vontade política, o Estado pode recuperar o espaço, que devido à sua ausência, foi tornado, por exemplo, pelos "chefes" da máfia.' Além disso, os indivíduos que obedecem ao direito informal sabem que existe também um direito oficial que possui validade, e que pode ser invocado a qualquer momento. Em outras palavras, todos sabem que o verdadeiro direito é o estatal." (SABADELL, 2008)

<sup>53</sup> "A hermenêutica diatópica parte da ideia de que todas as culturas são incompletas e, portanto podem ser enriquecidas pelo diálogo e pelo confronto com outras culturas. Admitir a relatividade das culturas não implica adoptar sem mais o relativismo como atitude filosófica. Implica, sim, conceber o universalismo como uma particularidade ocidental cuja supremacia como ideia não reside em si mesma, mas antes na supremacia dos interesses que a sustentam. A crítica do universalismo decorre da crítica da possibilidade da teoria geral. A hermenêutica diatópica pressupõe, pelo contrário, o que designo por universalismo negativo, a ideia da impossibilidade da completude cultural". (SANTOS, 2001, p. 126).

Esse diálogo intercultural, entretanto, exige uma simetria mínima de poder entre os atores, de modo que essa conversa não se transforme em um monólogo legitimador de uma interculturalidade funcional ao sistema, como descreve Walsh (2012). Para Roberto Cardoso de Oliveira (1998), o diálogo interétnico está, via de regra, comprometido pelo discurso hegemônico, o que somente seria superado caso os indígenas pudessem contribuir efetivamente para a institucionalização de uma normatividade inteiramente nova, com base na interação intercultural.

Assim, o reconhecimento dos direitos à diversidade e à alteridade (atribuíveis tanto aos índios quanto à coletividade nacional) implica em uma releitura não apenas da definição de ‘nação brasileira’, mas da política indigenista e de suas bases conceituais. No sistema jurídico estatal, construído a partir de uma perspectiva individualista e padronizante, o diferente sempre foi visto como um ponto fora da curva, sujeito à ‘normalização’.

A admissão dessas novas possibilidades existenciais obriga à inclusão desses sujeitos no campo da participação social. Não existe direito à alteridade sem autonomia. O outro é quem ele quer ser, dentro de suas possibilidades ônticas. Portanto, o substrato ético-filosófico do reconhecimento dos direitos culturais está fundado, antes de tudo, na aceitação de que o outro também é um sujeito com vontades e desejos legítimos.

A tutela, enquanto instrumento de controle dessas identidades subalternizadas, deixou de ter lastro jurídico após a Carta de 1988. O artigo 232 atribuiu plena capacidade civil aos indígenas quando eliminou a necessidade de assistência do órgão de proteção para que os índios e suas associações possam atuar como partes legítimas em juízo, prevista anteriormente no artigo 37 do Estatuto do Índio<sup>54</sup>. O *caput* do artigo 231 também possibilita essa inferência, pois descarta a ideia de que o indígena é uma categoria inferior de cidadão, em vias de civilização.

Isto quer dizer que os índios estão equiparados juridicamente aos não indígenas quanto ao direito de decidir sobre seu destino, sejam estas escolhas consideradas adequadas ou não pela sociedade envolvente. Os riscos desse processo sempre foram suportados de fato por eles, embora o Estado tenha se intitulado fiador, o que na prática nunca ocorreu.

---

<sup>54</sup> Esse entendimento é quase unânime na doutrina, embora existam divergências pontuais: “Alguns sustentam até que, pelo fato do artigo 232 não mencionar a participação da FUNAI, que ela não exerceria mais, por força constitucional, o papel de tutora legal. Acreditamos que não procede esta interpretação, por ser a tutela disposição do Código Civil.” (BARBOSA, 2001b, p. 110)

A humilhante tutela dos índios começou a mudar com a Constituição Federal (Marés de Souza Filho, 1998: 106-108) que se seguiu à extinção da ditadura militar (1964-1985). Pela primeira vez desde 1500, o Brasil tinha uma política não assimilacionista para seus povos indígenas. De acordo com a nova constituição, os índios têm o direito de manter suas culturas e tradições, a posse permanente de seus territórios (mas não do subsolo), e a capacidade de iniciar processos judiciais com a assistência do Ministério Público, sem a interferência do tutor, a FUNAI. Mesmo sem extinguir explicitamente o regime tutelar ou, melhor dizendo, extinguindo-o mais no espírito do que na letra, a nova constituição decretou a sua sentença de morte. A vida civil indígena pode agora ser dividida em A.C. e D.C. – Antes da Constituição e Depois da Constituição. (RAMOS, 2011, p. 69)

A condição de tutelados, entretanto, não impediu que os indígenas, ao longo da colonização, tenham assumido as rédeas de suas histórias e desenhado estratégias para garantir sua sobrevivência física e cultural, ainda que o poder público tenha oferecido todo tipo de obstáculos para tanto. O que muda agora é que o Estado não está mais formalmente franqueado para agir em seus nomes, buscando supostamente protegê-los de si mesmos.

Esse fato tem impactos vertiginosos no campo político, pois esses sujeitos, que muito recentemente adquiriram legitimidade, agora se encontram na disputa ombreando-se, individual ou coletivamente, pela positivação de seus direitos.

### **2.3.1 O usufruto exclusivo e a territorialidade indígena**

Como ensina Marés (SOUZA FILHO, 2009), o sistema jurídico contemporâneo estabelece uma divisão entre Direito Público e Direito Privado<sup>55</sup>, admitindo, como únicas instâncias formais e isoladas, o Estado e o cidadão. Desse modo, tudo que seja de uso coletivo é público e também estatal. Em contrapartida, cabe ao Direito Privado tratar sobre os direitos individuais, por meio de um complexo e detalhado sistema que estabelece regras para os interesses dos cidadãos.

Como já foi dito, a questão indígena historicamente foi tratada como assunto do Estado brasileiro (ALMEIDA, 1997), o que sugere uma interpretação de que seus

---

<sup>55</sup> Conforme ensina Cristiano Paixão Araújo Pinto (2003), a ideia de um direito público apartado dos interesses privados remonta à teoria política medieval e tem sido rediscutida modernamente, com bases nas novas teorias da democracia.

interesses têm uma natureza publicista. Essa tendência permaneceu no texto de 1988, que atribuiu à União o dever de proteger seus interesses.

Contudo, os direitos dos povos indígenas não se enquadram nessa ordem dicotômica, já que fogem à concepção iluminista de indivíduo enquanto centro do sistema jurídico. A ética coletivista dos povos indígenas suplanta as categorias centradas apenas no indivíduo ou no Estado ou baseadas na dialética capitalismo *versus* socialismo, desafiando a implementação dos seus direitos, que desfrutam de uma condição *sui generis*.

Em que pese a Carta de 1988 tenha uma orientação pós-positivista, agregando também elementos jusnaturalistas, vários conceitos por ela adotados procedem do Direito Civil, considerado como o alicerce do positivismo jurídico. Essa combinação de influências retrata as narrativas coloniais que operaram na construção do direito positivado na Constituição, que detém um componente intrínseco de historicidade<sup>56</sup>, cuja análise é imprescindível.

A nova ordem constitucional de 1988 tornou obsoleta essa tradicional divisão entre direito público e privado, visto que os interesses públicos e particulares se interpenetram e se interferem mutuamente<sup>57</sup>. As terras indígenas foram definidas como propriedade da União, mas não podem ser consideradas como bens públicos, no sentido administrativista. Na classificação do artigo 99 do Código Civil, as terras indígenas não se enquadram na definição de bens de uso comum do povo, visto que não se submetem ao uso irrestrito e geral da população. Também não são bens de uso especial, pois não se destinam para as atividades finalísticas da administração pública. Por fim, não podem ser caracterizadas como bens dominicais<sup>58</sup>, pois não se constituem como patrimônio sujeito à livre disposição por parte do Poder Público, já que a Constituição gravou-as como indisponíveis e inalienáveis.

---

<sup>56</sup> “Não há direito fora da sociedade. E não há sociedade fora da história”. (ARAÚJO PINTO, 2006, p. 12).

<sup>57</sup> “Para esse último paradigma, a questão do público e do privado é questão central, até porque esses direitos, denominados de última geração, são direitos que vão apontar exatamente para essa problemática: o público não mais pode ser visto como estatal, ou exclusivamente estatal, e o privado não mais pode ser visto como egoísmo. A complexidade social chegou a um ponto tal que vai ser preciso que organizações da sociedade civil defendam interesses públicos contra o Estado privatizado, o Estado tornado empresário, o Estado inadimplente e omissor”. (CARVALHO NETTO, 2009, p. 17)

<sup>58</sup> Terras dominicais, na dicção do artigo 99 do Código Civil, são bens públicos “que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades”.

Evidentemente que as terras indígenas não são públicas à luz do sistema jurídico, porque não estão destinadas a um fim estatal, nem a um uso público geral. Muito menos são privadas, porque não há sobre elas um ou muitos titulares de Direitos definidos. (SOUZA FILHO, 2009, p. 65-66)

Cavalcante Filho (2007) aponta que reina imensa confusão na doutrina, pois os juristas divergem substancialmente quanto à natureza jurídica das terras indígenas. As terras indígenas podem ser entendidas como um instituto *sui generis*, que não tem as características atribuídas aos bens públicos, tampouco se enquadra nas definições civilistas costumeiras. O autor ressalta que até mesmo a propriedade que recai sobre as terras indígenas tem uma natureza peculiar, pois a União é proprietária a título derivado, já que o usufruto indígena é um direito originário, precedente ao próprio domínio da União.

Por outro lado, o conceito jurídico de terra tradicional, embora tenha se prestado à garantia dos direitos indígenas, não se confunde com as concepções nativas de território. A cosmologia indígena expressa em uma territorialidade específica não cabe na definição burocrática de terra tradicional disposta nas normas, plena de requisitos extrínsecos, carente de organicidade, mas tão cara ao positivismo.

Apesar das expectativas de que as terras indígenas correspondam às concepções nativas desse espaço, os processos de estabelecimento de territórios, levadas a cabo pelo Estado nacional são efeito de um feixe de propostas, legislações, interesses e estratégias de território que raramente expressam a representação fidedigna do que os grupos indígenas concebem como o próprio território. (OLIVEIRA, 2012, p. 371)

A esse respeito, Henyo Trindade Barreto Filho (2005, p. 121) esclarece que o conceito de terra tradicionalmente ocupada resultou de uma “solução de compromisso de ordens semântica e retórica produzida entre povos indígenas e organizações de apoio a estes, por um lado, e interesses antiindígenas, por outro, em 1988”. Deste modo, essa engenharia burocrática para conciliar interesses tão contraditórios acabou por desconsiderar a multidimensionalidade dos fatos sociais presentes nessas territorialidades (ibid., p. 127), principalmente nas legislações que pretenderam regulamentar o texto constitucional.

As noções de terra tradicional e território só não são tão díspares quando se cotejam os conceitos de propriedade/usufruto e terra indígena, que apresentam



diferenças inconciliáveis. Enquanto os direitos reais se resumem a disciplinar a apropriação econômica do homem sobre o espaço físico, o território é, no dizer de José Afonso da Silva (1995, p. 148), “um sistema político, econômico e cultural”, que deve ser entendido como uma categoria holística intrinsecamente ligada à própria existência dos povos indígenas, que não se amolda ao conceito civilista de propriedade, por se tratar do habitat de um povo que tem uma “relação mística com a terra”.

Para Sandra Nascimento (2016, p. 326), os positivismos jurídicos não seriam em si problemáticos, “uma vez que permitem atualização e adaptação das normas escritas a uma realidade dinâmica e fluida”, se não fosse pelo fato de que os processos de elaboração são extremamente excludentes e não decorrem do diálogo intercultural.

Além disso, é necessário recordar que a legislação brasileira nunca conferiu aos indígenas o direito de propriedade<sup>59</sup>, mas tão somente reconheceu a mera posse dos seus territórios. O indigenato, tão festejado instituto que outorgou os direitos originários sobre seus territórios, impediu qualquer direito de disposição destes (*jus abutendi*), numa clara intenção tutelar, a pretexto de resguardar a permanência dos índios na posse das suas terras e de garantir a soberania nacional.

O direito à propriedade, via de regra, foi reservado no Brasil aos cidadãos que ocupavam o patamar superior na hierarquia social: os homens brancos detentores do capital. A propriedade privada, elevada à qualidade de direito fundamental pelo artigo 5º da Constituição Federal, sempre se sobrepôs às demais garantias territoriais na prática jurídica<sup>60</sup>, ainda que o texto constitucional tenha sublinhado a originariedade do usufruto e da posse indígenas, o que em tese lhes confere uma condição de primazia em relação aos demais direitos.

---

<sup>59</sup> Importante lembrar, a esse respeito, que a Convenção OIT nº 107 e a Convenção OIT nº 169 determinavam aos Estados a outorga da propriedade das terras aos indígenas, o que não foi cumprido pelo Brasil, apesar de ter ratificado os dois instrumentos.

<sup>60</sup> A jurisprudência dominante dos Tribunais Regionais Federais (em especial os da 3ª, 4ª e 5ª Região) nas ações de reintegração de posse ajuizadas por ocupantes não índios de terras indígenas tem favorecido os detentores de títulos de propriedade. A esse respeito, tem-se os seguintes julgados: Tribunal Regional Federal da 3ª Região - Apelação/Remessa Necessária nº 0001910-67.2000.4.03.6103; Suspensão de Liminar nº 0016216-60.2013.4.03.0000; Embargos Infringentes nº 0008361-24.2003.4.03.6000. Tribunal Regional Federal da 5ª Região: Apelação Cível nº 200481000231357; Apelação/Reexame Necessário nº 00003063520134058310; Apelação Cível nº 00106107020134059999. Tribunal Regional Federal da 4ª Região: Agravo de Instrumento nº 50226911720134040000; Apelação/Reexame Necessário nº 200670010013731; Apelação Cível nº 9604163884.

Segundo o artigo 20, XI, da Constituição Federal, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União. O artigo 231, §2º, garantiu aos índios o usufruto exclusivo dessas terras, repetindo a fórmula adotada inicialmente da Constituição de 1967 e mantida pela Emenda de 1969.

Do ponto de vista do ordenamento jurídico vigente, o domínio não autoriza à União, que figura na qualidade de mera nua-proprietária, o uso e gozo das terras indígenas, pois estas estão gravadas com exclusividade aos índios, que poderão utilizá-las segundo seus costumes e tradições, tradução do texto constitucional para o princípio da autonomia cultural.

Para a grande maioria (senão a totalidade) dos doutrinadores<sup>61</sup>, a reserva da propriedade das terras indígenas à União tem sido entendida como uma garantia ou um privilégio aos índios, pois exclui essas áreas do mercado, impedindo que sejam apropriadas por terceiros. No dizer de Ellen Romero e Vera Leite (2014, p. 144), “a outorga constitucional dessas terras ao domínio da União visa precisamente preservá-las e manter o vínculo que se acha embutido na norma”, de forma que “cria-se aí uma propriedade vinculada ou propriedade reservada com o fim de garantir os direitos dos índios sobre ela”.

De acordo com Carlos Frederico Marés (SOUZA FILHO, 2016), caso as terras indígenas fossem constituídas como de propriedade dos índios, sua subtração por particulares seria resolvida pelo mecanismo civilista de reparação por perdas e danos, o que facilitaria a apropriação por terceiros.

Segundo Manuela Carneiro da Cunha (1987a, p. 94), a atribuição de propriedade das terras indígenas à União na Constituição de 1967 era uma medida de proteção adicional, em que pese o artigo 11 da Convenção 107 da OIT estipulasse expressamente que o direito de propriedade, coletivo, ou individual, deveria ser reconhecido às populações indígenas.

Para Marco Antonio Barbosa (2001b, p. 122), o Estado brasileiro não tem qualquer direito de disponibilidade, uso ou gozo sobre as terras indígenas, sendo inadequado associar o termo propriedade à clássica utilização civilista. A propriedade da União equivale a um protetorado a cargo do Estado, de forma que “há que se ver nesta propriedade da União apenas e tão somente um expediente de ordem prática de maior proteção à guarda e garantia das terras indígenas”.

---

<sup>61</sup> Neste sentido, Cf. Lopes e Mattos (2006, p. 227), Paiter e Prado (2008, p. 34), Kayser (2010, p. 233) e Silva (1995, p. 780).

(BARBOSA, 2001b, p. 87-88) O autor afirma que Pontes de Miranda e outros constitucionalistas brasileiros entendem que aos índios foi conferido o usufruto exclusivo e pleno das terras indígenas, “com exclusão até mesmo do titular da propriedade, que é a União” (SILVA apud BARBOSA, 2001b, p. 96).

Neste sentido, o texto constitucional expressamente delimitou, de forma taxativa, nos parágrafos terceiro<sup>62</sup> e sexto<sup>63</sup> do artigo 231 as restrições ao usufruto indígena, notadamente no que se refere ao aproveitamento de recursos hídricos e minerais e às atividades que lei complementar venha a dispor como de “relevante interesse público da União”. Assim, qualquer restrição ao usufruto que exceda essas previsões careceria de constitucionalidade.

Embora a outorga do domínio em nome da União se constitua em uma maior segurança de que as terras tradicionais não serão disponibilizadas ao mercado e não tenha implicações jurídicas no que se refere ao direito de uso, é preciso lembrar que, em um primeiro momento, essa estratégia teve como finalidade consolidar essas áreas como patrimônio do Estado, para que, como apontou Lázaro Moreira da Silva (2004), com a emancipação dos indígenas, as terras voltassem a ter destinação econômica.

O instituto do usufruto, na tradição civilista, é um direito temporário, que cessa com a morte do usufrutuário. Assim, não foi por outro motivo que a legislação indigenista<sup>64</sup> anterior a 1988 atribuiu aos índios tão somente o direito ao usufruto de suas terras, já que se esperava, com muita expectativa, que os índios logo deixassem de existir, pelo menos enquanto tais, o que ensejaria a integral apropriação desses territórios pela União, com a consolidação da propriedade.

Nada justifica contemporaneamente que o ativismo pró-indígena no Brasil, realizado por agentes estatais bem-intencionados se submeta à irracionalidade de admitir, validar e legitimar a exclusão dos indígenas da prerrogativa da titularidade da terra que lhe é inerente

---

<sup>62</sup> § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

<sup>63</sup> § 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.

<sup>64</sup> O instituto do usufruto indígena foi introduzido pela Lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio), que também previu a possibilidade de emancipação do índio.

pelo componente de sua etnicidade ancestral. (NASCIMENTO, 2016, p. 353)

Importante compreender que a justificativa amplamente aceita pelos doutrinadores de que o usufruto é uma categoria garantidora revela um pressuposto inarredável de que os indígenas, caso recebessem o pleno domínio de suas terras, poderiam pôr em risco sua sobrevivência, alienando-as para particulares. Embora ostente uma intenção honrosa e de fato tenha respaldo em algumas circunstâncias históricas, o discurso traz embutido uma inequívoca ideologia tutelar, que demonstra ainda uma compreensão de que esses sujeitos não estão prontos para assumir as responsabilidades decorrentes da capacidade civil plena, não possuem organização interna habilitada a lidar com as demandas da sociedade envolvente ou mesmo discernimento sobre os perigos que ameaçam seus direitos.

Essa questão da propriedade da União sobre as terras indígenas não está longe de gerar contestação. O movimento indígena não recebe com bons olhos a solução brasileira. Muitos entendem que não deveria a União ter a propriedade das terras que são dos índios. Muitos países com populações indígenas reconhecem-lhes a propriedade comunal das terras, alguns permitindo que as comunidades as possam alienar, outros vedam essa possibilidade. Já, entre nós, a reivindicação indígena da propriedade comunal das terras começa a se manifestar, tendo sido até objeto de declaração por parte de representantes do movimento indígena brasileiro, no Fórum Global, durante a Rio-92. (...) Tanto essa questão da propriedade da União sobre as terras indígenas como a da relativa capacidade indígena (...) são recebidas muitas vezes como medidas paternalistas, injustas e discriminatórias, incompatíveis com a real proteção dos direitos indígenas. (BARBOSA, 2001b, p. 122)

O usufruto civil foi concebido para a garantia de moradia das viúvas e dos filhos pródigos ou incapazes de administração de sua subsistência, aos quais não se acreditava possível uma plena assunção de suas responsabilidades, motivo pelo qual se outorgava um tipo de direito real que restringia seu livre arbítrio na disposição do bem. Com a Constituição de 1988, o usufruto reencarnou como direito indígena sem ter sido acompanhado de uma necessária ressignificação, tendo em vista que a suposição de que estes sujeitos se encontravam em extinção ou que necessitavam de assistência tutelar não foi incorporada à nova ordem constitucional.

Vê-se, portanto, que o sistema da tutela que se estabeleceu ao longo da história para assegurar o controle do Estado sobre as terras indígenas se somou à tradição privatista ainda presente na Constituição de 1988, resultando nas definições

de terra tradicional e de usufruto exclusivo. A lógica do artigo 231, originada de uma mescla entre a tutela estatal e os direitos civis individualistas, objetiva atender um universo cosmológico totalmente diferenciado do paradigma que orientou essa fusão.

Os direitos reais clássicos são incompatíveis com a especificidade dos direitos territoriais étnicos e coletivos, bem como com o caráter progressista do texto constitucional, que adotou o conceito de função social e assumiu a multidiversidade da nação brasileira. Marco Antônio Barbosa (2001a, p. 236) entende que nem a propriedade das terras prevista na Convenção OIT nº 169 e nem a posse adotada no sistema brasileiro são adequadas para agasalhar a proteção das terras tradicionais, pois a propriedade veicula a possibilidade de alienação, incompatível com a duração perpétua de um povo, e a posse remete a uma ideia de precariedade e incompletude do direito, visto que a propriedade é atribuída a outrem.

Além disso, direitos de propriedade, de posse e de usufruto são por natureza excludentes. Essas categorias jurídicas não foram projetadas para admitir usos compartilhados da terra, práticas ancestrais adotadas pelos povos indígenas e tradicionais, em razão da incidência do princípio da exclusividade.

O termo ubiquidade, na Física, é sinônimo de exclusão: dois corpos físicos não podem ocupar o mesmo espaço ao mesmo tempo. Levado para o campo do Direito, significava que todo homem desloca os demais homens de seu campo de ação. A propriedade privada é o arquétipo dessa geografia de figuras geométricas, fronteiriças e excludentes entre si. (PEREIRA, 2012, p. 230)

Os processos de demarcação e de regularização fundiária, baseados em modelos jurídicos abstratos, coloniais e pouco permeáveis às realidades locais, acabam por investir de poder alguns sujeitos em prejuízo de outros, desestabilizando relações de vizinhança e de reciprocidade na partilha dos territórios.

Ao qualificar como “exclusivo” o usufruto indígena, as Constituições de 1967 e de 1988 favoreceram interpretações que impedem a comunhão de vida e de interesses entre comunidades potencialmente aliadas, ainda que tenham objetivado apenas garantir a plenitude do gozo dos territórios aos povos originários. A exclusividade do usufruto deve ser entendida como uma garantia de autonomia indígena e de autogoverno sobre aquele espaço e não como uma proibição do

compartilhamento e de convivência. O atributo de exclusividade proíbe a apropriação do território por outros sujeitos, destinando-o para o uso e a fruição dos indígenas, mas não veta em absoluto a coexistência pacífica e o manejo conjunto dos recursos naturais.

Além disso, a delimitação das terras indígenas sob o formato dos direitos reais tem forçado a sedentarização de grupos que tradicionalmente tinham por costume o deslocamento em grandes espaços, visando buscar melhores condições de sobrevivência ou mesmo estabelecer relações sociais. A criação de marcos e divisas físicas intransponíveis impactou sensivelmente os modos de relação com o espaço físico, constituindo-se em mais um tipo de ação integracionista, em que o Estado impõe um sistema padronizado de ocupação.

A entrega do domínio da terra a um detentor individual da titularidade, ainda que sob a categoria de pessoa jurídica, não tem qualquer ressonância com as formas com que os povos indígenas decidem acerca da administração de seus territórios. Hierro e Surrallés (2009) explicam que, na concepção de territorialidade indígena, pode existir uma constelação de pessoas, grupos e entidades (membros humanos ou mesmo forças da natureza) que interferem no poder de decisão sobre o território, sendo estranho para esses povos concentrar esse poder em um ente abstrato, uma “pessoa jurídica”. Assim, não é muito claro o que significa a titularidade da terra em nome do povo indígena em termos operativos. (HIERRO e SURRALLÉS, 2009, p. 26-27)

Por outro lado, a titularização coletiva da terra justifica frequentemente interferências estatais em seus modos de vida ao argumento de que não está sendo observada uma suposta “equanimidade” ou “justiça” na distribuição de recursos entre todos os indivíduos habitantes daquele território, sob uma lógica estritamente liberal, que desconsidera suas estruturas de organização. Trata-se, evidentemente, de uma forma subliminar de colonização que exige a criação de associações, prestações de contas, concentração de decisões, aprovação de projetos de “etnodesenvolvimento” submetidos ao controle tutelar do Estado ou de organizações externas, com critérios totalmente estranhos às suas vontades e que se substituem às instâncias decisórias tradicionais.

É de se observar, ainda, em que pese o artigo 231 da Constituição tenha reafirmado que os direitos originários sobre as terras indígenas prescindem de

processo constitutivo<sup>65</sup>, que o usufruto efetivo dessas áreas depende da conclusão de um procedimento administrativo de demarcação para que seja implementado, o que na prática funciona como um ato desconstitutivo<sup>66</sup> da posse não indígena, em desacordo com o que determina o texto constitucional.

Postular uma adequação dos institutos jurídicos ou até mesmo uma interpretação ampliada e plural do direito ao usufruto implica em negar a tutela do Estado sobre os povos indígenas e em admitir o direito à livre determinação em seus territórios, o que amedronta os operadores do direito formalista e comprometido com a manutenção da ordem social. Conquanto tenha reconhecido formalmente o direito dos povos indígenas a viverem conforme os seus modos próprios de vida, a Constituição encerra em si um imenso paradoxo, visto que veicula esse direito por meio de instrumentos coloniais desconectados dos objetivos que pretende garantir.

É possível concluir, diante dessas evidências, que o processo de desterritorialização indígena não se resume à negativa formal de reconhecimento de direitos, mas se reflete também em uma subalternização dos direitos que são atribuídos a esses sujeitos, que se reflete no discurso do Estado e da sociedade, como se verá no capítulo seguinte.

---

<sup>65</sup> “O direito é originário, isto é, anterior e independente a qualquer ato do Estado. Eis o rompimento do paradigma. Não é fruto de uma determinação legal, mas é apenas reconhecimento de um direito preexistente. As comunidades indígenas têm direito às suas terras e o Estado Brasileiro o reconhece e garante. Por ser originário, este direito independe de ato de reconhecimento, de demarcação ou registro. Os atos, demarcação e registro, apenas servem para dar conhecimento a terceiros”. (SOUZA FILHO, 2013, p. 21)

<sup>66</sup> Ou constitutivo da posse indígena, ao reverso.

## CAPÍTULO 3 O DISCURSO DO ESTADO E A TUTELA DO SÉCULO XXI

### 3.1 A Jurisdição como Discurso de Poder

Como mencionado nos capítulos anteriores, a tutela dos índios no Brasil passou por diversas fases e se intensificou ao longo do tempo enquanto mecanismo de controle sobre os territórios indígenas. Historicamente, foi exercida de forma direta pelo Poder Executivo por meio de diretores, inspetores, procuradores, indigenistas e outras figuras que atuavam em nome da administração pública. Entretanto, é preciso compreender que esse instrumento se constituía em uma política de Estado, logo, necessitava do aval e da colaboração dos demais poderes e instituições governamentais para se consolidar.

Enquanto o Poder Legislativo editou as normas que legalizaram a prática da tutela, o Poder Judiciário cuidou de legitimar o controle estatal sobre os índios. Ao Judiciário, costuma-se dizer, compete “dizer o direito”. O termo “jurisdição” origina-se dessa concepção de que cabe exclusivamente ao magistrado informar a norma abstrata aplicável ao caso concreto. Assim, sem a cooperação do julgador, a lei não se realiza na destinação imaginada pela *mens legislatoris*<sup>67</sup>.

Em tempos de intenso e polêmico ativismo judicial<sup>68</sup>, o Judiciário tem levado essa compreensão a limites antes impensáveis, praticando o chamado realismo jurídico, que Ingerborg Maus (apud STRECK, 2016, s/p) define como sendo “uma tese segundo a qual o Direito se forma apenas ex post, isto é, não há Direito anterior à decisão judicial”, de modo que “[...] o juiz cria o Direito para o caso concreto sem estar vinculado a nada antes dele” (Ibid, 2016, s/p).

Para alguns teóricos, o ativismo judicial deriva da limitação do Estado monista em contemplar direitos não positivados e do afastamento do positivismo jurídico em

---

<sup>67</sup> Expressão latina que se refere à intenção do legislador ao criar a norma.

<sup>68</sup> “A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. (...) O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. (...) O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica.” (BARROSO, 2010, p. 6-7)



relação aos fatos sociais, o que gera “o efeito de realizar política a partir dos gabinetes do Poder Judiciário” (PRATES, 2015, p. 141).

A presente pesquisa, contudo, não tem por objetivo tratar sobre as complexas e relevantes discussões das teorias críticas do Direito sobre os limites e contextos do poder jurisdicional, bem como sobre seu papel no Estado Democrático de Direito. No que diz respeito aos direitos indígenas, um estudo por esse viés certamente contribuiria com importantes reflexões nesse campo, mas não foi a opção deste trabalho, que se destina apenas a lançar um olhar sobre os pressupostos ideológicos ínsitos ao discurso sobre autonomia indígena na decisão judicial estudada mais adiante.

À parte essa questão, impossível deixar de fazer mínima referência à força simbólica que as decisões judiciais exercem sobre o imaginário ocidental, a que Pierre Bourdieu (1989) denominou como “poder de nomeação”, e que se presta a consagrar a ordem estabelecida pelo Estado.

O veredicto do juiz, que resolve os conflitos ou as negociações a respeito de coisas ou de pessoas ao proclamar publicamente o que elas são na verdade, em última instância, pertence à classe dos *actos de nomeação* ou de *instituição*, diferindo assim do insulto lançado por um simples particular que, enquanto discurso privado – *idios logos* -, que só compromete o seu autor, não tem qualquer eficácia simbólica; ele representa a forma por excelência da palavra autorizada, palavra pública, oficial, enunciada em nome de todos e perante todos: estes enunciados performativos, enquanto juízos de atribuição formados publicamente por agentes que actuam como mandatários autorizados de uma colectividade e constituídos assim em modelos de todos os actos de categorização (*katègorein* como se sabe, significa acusar publicamente), são actos mágicos que são bem sucedidos porque estão à altura de se fazerem reconhecer universalmente, portanto, de conseguir que ninguém possa recusar ou ignorar o ponto de vista, a visão, que eles impõem. (BOURDIEU, 1989, p. 236-237)

Além disso, Bourdieu (1989) afirma que um efeito próprio da esfera jurídica é oferecer uma representação oficial do mundo social “que esteja em conformidade com a sua visão do mundo e seja favorável aos seus interesses” (BOURDIEU, 1989, p. 248), o que provoca uma universalização e naturalização de um estilo de vida em detrimento de outros. O fenômeno de apriorização opera em conjunto com essa lógica, de forma a fazer crer que existe uma origem transcendental nas razões jurídicas e que o direito teria fundamento em si próprio.

Essa visão de mundo naturalizada costuma servir aos propósitos dos interesses dominantes. No Brasil, é notável que o discurso dos tribunais vem impossibilitando que os índios sejam considerados sujeitos de direito plenos, com poder de voz e de escolhas, apesar das importantes conquistas normativas que lhes possibilitaram o acesso à terra e a assunção de capacidade civil.

Importante lembrar, no entanto, que o Direito não é estático nem absoluto e que, “como no texto religioso, filosófico ou literário, no texto jurídico estão em jogo lutas, pois a leitura é uma maneira de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial” (ibid, p. 212). Para Foucault, “[...] o discurso não é simplesmente aquilo que traduz as lutas ou os sistemas de dominação, mas é aquilo por que, pelo que se luta, o poder do qual nos queremos apoderar” (FOUCAULT, 1999, p. 10).

Assim, a luta pelo direito implica também em uma disputa pela apropriação da narrativa jurídica, pela ocupação dos espaços reais e simbólicos de poder “dizer o direito”. Sendo assim, não se pode tratar do conceito de usufruto indígena sem aportar ao debate o discurso do Poder Judiciário, que tem importância central na construção do pensamento estatal, pois atua como entidade “certificadora” das práticas de governo e dos interesses dominantes.

### **3.1.1 O caso Raposa Serra do Sol e o usufruto indígena**

Pode-se dizer que o julgamento da Petição 3.388 pelo Supremo Tribunal Federal, em 2009, no âmbito da Ação Popular que discutia a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, pretendeu ser o atual *leading case* dos direitos territoriais indígenas no Brasil. No emblemático julgamento, a Corte Superior atuou de forma bastante heterodoxa, inovando a praxis processual ao estabelecer dezenove “condicionantes” ou “salvaguardas institucionais” para implementação do julgado.

O julgamento de uma ação popular é realizado por meio de *controle difuso de constitucionalidade*, o que implica dizer que a decisão proferida pelo tribunal apenas se aplica àquele caso concreto, ainda que possa ter eficácia *erga omnes*<sup>69</sup>. O conteúdo dessa decisão não se estende automaticamente a todos os demais casos

---

<sup>69</sup> Expressão utilizada para indicar que os efeitos da decisão atingem toda a população e não apenas as partes do processo.

que discutam aquela matéria, como aconteceria no julgamento em sede de *controle concentrado de constitucionalidade*, cuja competência é exclusiva do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais de Justiça Estaduais, no âmbito das Constituições dos estados.

Ao estabelecer dezenove condicionantes genéricas, o Supremo Tribunal Federal evidenciou a intenção de buscar uma objetivação do processo constitucional, de forma a aproximar as eficácias das decisões em sede de controle difuso e concentrado de constitucionalidade. Esse fato revela uma tendência presente no Judiciário brasileiro<sup>70</sup>, no sentido de limitar o poder dos juízes de primeira instância, buscando uma uniformização das decisões a partir dos precedentes ditados pelos tribunais superiores.

A Corte criou, por meio das dezenove condicionantes, normas gerais visando regulamentar o processo de demarcação das terras indígenas, avançando sobremaneira na competência do Poder Legislativo.

Eu ponderaria, apenas, que nós não devemos considerar a aplicação, pelo que foi dito ao longo de toda a discussão, exclusivamente no caso da Raposa Serra do Sol. **A ideia da Corte foi a de criar, através desse processo, um modelo próprio de demarcação de terras indígenas.** (Notas taquigráficas – Ministro Menezes Direito) (BRASIL, 2009, p. 848, grifo nosso)

Embora a heterodoxia da decisão tenha provocado intensas discussões no mundo jurídico, no julgamento dos Embargos de Declaração a Corte tentou apaziguar os ânimos e, ao menos formalmente, reconheceu que a decisão não se estendia automaticamente às demais ações envolvendo terras indígenas, embora o Relator Luís Roberto Barroso tenha buscado ressaltar a “força moral e persuasiva” do julgado.

A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões.

---

<sup>70</sup> Essa tendência está manifesta no novo Código de Processo Civil, com vigência em 2016, que aprofundou os mecanismos de vinculação das decisões aos precedentes jurisprudenciais dos tribunais.

(Ementa do acórdão dos Embargos de Declaração) (BRASIL, 2009, s/p, grifo nosso)

A decisão de 653 (seiscentas e cinquenta e três) páginas se notabilizou pela extensão e pela multiplicidade de assuntos tratados. Conquanto aborde temas que se estendem desde a questão da soberania nacional à preservação do meio ambiente, é possível analisar o acórdão a partir da perspectiva da compreensão dos magistrados sobre o instituto do usufruto indígena, que permeia toda a fundamentação do julgado. Por meio dessa ótica, pode-se acessar o posicionamento da mais alta Corte do país sobre o direito à autodeterminação, tendo em vista que o julgamento da PET 3.388 é, na verdade, um manifesto do Estado Brasileiro sobre a autonomia dos seus povos originários.

A análise do texto denota também a variedade de posturas ideológicas existentes entre os membros da Corte, sendo que o resultado final aponta para a prevalência de ideais conservadores, retratados na emblemática frase do Ministro Marco Aurélio<sup>71</sup>, que propõe aos demais ministros “que a visão romântica, calcada em resgate de dívida caduca – e porque não falar dos quilombolas –, seja alijada deste julgamento”. (BRASIL, 2009, p. 620)

É de se observar, contudo, que o Supremo Tribunal Federal tem, nos últimos anos, manifestado posicionamentos progressistas<sup>72</sup> em relação aos direitos civis da população em geral, mas continua refratário à adoção de teses que relativizem o direito do proprietário (GEDIEL, 2016) ou que avancem no reconhecimento de direitos territoriais diferenciados.

Especialmente no que se refere à existência política e cultural dos indígenas enquanto povos autônomos, e quando o assunto é o uso e gozo de seus territórios, o Poder Judiciário tem buscado restringir ao máximo a interpretação dos dispositivos constitucionais e convencionais. E a decisão proferida no Caso Raposa Serra do Sol não destoia disso.

---

<sup>71</sup> Ainda que o Ministro Marco Aurélio tenha sido voto vencido no julgamento, suas posições ideológicas são partilhadas por outros ministros, que se utilizam de fundamentos análogos em suas razões.

<sup>72</sup> Neste sentido: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 – o STF considerou como união estável as relações entre pessoas do mesmo sexo; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 186 – admitiu a constitucionalidade das cotas raciais; e Habeas Corpus (HC) 124306 – entendeu pela inconstitucionalidade do crime de aborto voluntário tipificado nos artigos 124 e 126 do Código Penal.

### 3.1.2 “Interesse Nacional” versus Direitos Indígenas

Logo de início, como requisito à análise do tema relativo ao usufruto indígena, mostra-se necessário examinar os motivos pelos quais a Corte optou por afastar as denominações “povos indígenas” e “territórios”, conforme consignado na ementa do Acórdão, que retrata o consenso do Plenário sobre o tema:

7. AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DOS TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS “POVO”, “PAÍS”, “TERRITÓRIO”, “PÁTRIA” OU “NAÇÃO” INDÍGENA. Somente o “território” enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o precioso âmbito espacial da incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. **O substantivo “terras” é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural, e não política.** A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em “terras indígenas”. A traduzir que os “grupos”, “organizações”, “populações” ou “comunidades” indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão da instância transnacional. **Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como “Nação”, “País”, “Pátria”, “território nacional” ou “povo” independente.** Sendo de fácil percepção que todas as vezes que a Constituição tratou de “nacionalidade” e dos demais vocábulos *aspeados* (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro. (Ementa) (BRASIL, 2009, p. 233, grifo nosso)

Nas razões aduzidas no acórdão, os ministros deixam claro o entendimento de que as coletividades indígenas constituiriam tão somente “populações” ou “comunidades” (e nunca “povos”), ao tempo em que reafirmam a inexistência de identidades étnicas diferenciadas, louvando a miscigenação, na linha do que sustenta o mito da democracia racial, ou a “mais pura tradição brasileira de cordialidade e conciliação” (Voto do Ministro Menezes Direito) (BRASIL, 2009, p. 412).

É certo que os índios merecem, entre nós, tratamento constitucional especial. Mas isso não justifica, nem de leve, insinuação de que eles componham outro ou outros povos diferentes do povo brasileiro. Aqui não. **No Brasil os indígenas, tal como nós --- "preto, branco, amarelo, misturado", como disse Álvaro Moreyra em um lindo poema, nós que somos parte do Brasil de todas as cores --- aqui os indígenas, tal como nós, são brasileiros.** Nada nos apartará

uns dos outros. É importante que se o afirme. A Constituição do Brasil recusa qualquer ruptura da nossa nacionalidade, ao gosto de quantos preferem o dissenso da sociedade civil --- onde prevalecem os interesses dos de sempre --- macaqueando a sintaxe dos discursos das ONGs daqui e de alhures ou conferindo a eles os tons característicos do pensamento de certos intelectuais orgânicos. (Voto do Ministro Eros Grau) (BRASIL, 2009, p. 519, grifo nosso)

É certa a necessidade de interpretação dos dispositivos que conferem proteção aos índios em conjunto com os demais princípios e regras constitucionais, de maneira a favorecer a integração social e a unidade política em todo o território brasileiro. **O convívio harmônico dos homens, mesmo ante raças diferentes, presente a natural miscigenação, tem sido, no Brasil, responsável pela inexistência de ambiente belicoso.** (Voto do Ministro Marco Aurélio) (BRASIL, 2009, p. 604, grifo nosso)

**O dono desta terra é o povo brasileiro, seja ele composto por brancos, por negros, por índios, enfim, é ao povo brasileiro que este território pertence** e acho que a Corte, com as suas manifestações, sinaliza muito claramente nesse sentido. (Voto da Ministra Ellen Gracie) (BRASIL, 2009, p. 552, grifo nosso)

A visão integracionista, ultrapassada pela Constituição de 1988, encontra-se manifesta no texto da decisão, que em vários trechos exalta a possibilidade de que os indígenas sejam incorporados ao “processo civilizatório”. Além disso, o uso de expressões como “aculturação”, “civilização”, “aborígene” e “estrutura social primeva” denota um grande distanciamento da Corte acerca das orientações contemporâneas da Antropologia, que superam o positivismo e o evolucionismo social.

Fácil entender, assim, que, por um lado, **a Magna Carta brasileira busca integrar os nossos índios para agregar valor à subjetividade deles (fenômeno da aculturação**, conforme explicado). Para que eles sejam ainda mais do que originariamente eram, beneficiando-se de um **estilo civilizado de vida** que é tido como de superior qualidade em saúde, educação, lazer, ciência, tecnologia, profissionalização e direitos políticos de votar e de ser votado, marcadamente. Já o outro lado da norma constitucional, este reside na proposição de que **as populações ditas civilizadas também têm a ganhar com sua aproximação com os índios.** (Voto do Ministro Carlos Ayres Britto) (BRASIL, 2009, p. 291, grifo nosso)

E tudo isso ocorre com abrangência incomum porque envolvidos **índios e descendentes de índios aculturados e não povos indígenas em condições primitivas.** (Voto do Ministro Marco Aurélio) (BRASIL, 2009, p. 652, grifo nosso)

Também não se pode deixar de atentar a que a Constituição de 1988 introduz mudança na raiz dos institutos que compõem os direitos constitucionais dos índios. Esta mudança está na concepção que se supera de que os índios teriam respeitados direitos para "vir a compor a comunhão nacional" **ou vir a se incluírem nas concepções e práticas civilizatórias**, e não como opção - que tanto lhes deve ser assegurado, como é próprio da liberdade humana -, mas como orientação estatal. (Voto da Ministra Carmen Lúcia) (BRASIL, 2009, p. 448, grifo nosso)

Evidentemente, isso não significa fazer nenhum juízo de valor a respeito da contribuição que algumas populações indígenas desenvolvem, hoje, aliás, com o reconhecimento destas mesmas Forças Armadas, na defesa do território nacional. Mas - e isso não precisa ser lembrado - **há algumas populações que ainda estão em estágios primitivos, sem nenhuma consciência ou sem consciência plena da sua identidade nacional**. E, mais do que isso, as tarefas de segurança nacional, evidentemente, não podem ficar a cargo de populações que não têm capacidade operacional, nem sequer equipamentos para desempenho de ações que supõem a reconhecida complexidade da era moderna. [...] **Se as populações indígenas não contarem com a presença efetiva - e cada vez mais crescente - do Estado no seu desenvolvimento, no resguardo dos seus direitos, no respeito das suas posses, enfim na garantia daquilo que a Constituição chama de sua organização social e dos seus costumes, estarão condenadas, por omissão, a permanecer em estado primitivo de sobrevivência**. (Voto do Ministro César Peluso) (BRASIL, 2009, p. 540 e 549, grifo nosso)

Os seguintes trechos do acórdão tornam mais explícita a suposição do Tribunal de que o paradigma da integração ainda se encontraria vigente nos dias atuais e que os índios fariam parte de uma cultura atrasada, motivo pelo qual o papel do Estado seria integrá-los à sociedade nacional:

**A política indigenista nacional sempre foi dirigida à integração. A partir da colonização, passando pelo Império e chegando aos dias atuais, isso tem sido uma constante. Na primeira época, houve até mesmo ato do Marquês de Pombal voltado à miscigenação, estimulando-se o estabelecimento de relação carnal e sentimental entre portugueses e índias. Como efeito dessa política, notou-se, com o decorrer dos anos, o avanço intelectual de descendentes de índios. [...] Como, então, em pleno século XXI, considerados os avanços culturais de toda ordem, cogitar-se de isolamento da população indígena, procedendo-se à delimitação territorial contínua para afastar-se da área os não-índios? O retrocesso é flagrante, não se coadunando com os interesses maiores de uma nacionalidade integrada. As lutas incessantes pela almejada unidade, especialmente as capitaneadas por Dom Pedro II, não podem ser olvidadas, menosprezando-se a cláusula proibitiva da distinção presente a origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer formas de**

discriminação. A óptica contrária desconsidera objetivo fundamental da República Federativa do Brasil – construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º). (Voto do Ministro Marco Aurélio) (BRASIL, 2009, p. 654-655, grifo nosso)

Não em especial, pois as Forças Armadas sobretudo aculturam no apoio que dão às populações indígenas na sua vida cotidiana, é público e notório, como, por exemplo, em matéria de educação, transporte, alimentação, saúde etc. **Enfim, é serviço inigualável de integração nacional que as Forças Armadas desempenham e, bem por isso, têm de ser prestigiadas - penso eu - por esta Corte.** (Notas taquigráficas – Ministro César Peluso) (BRASIL, 2009, p. 541, grifo nosso)

O voto do Ministro Ricardo Lewandowski chega a rechaçar a ideia de que as culturas indígenas sejam dinâmicas e mutáveis: “Até consta aqui do parecer do Ministério Público uma assertiva **com a qual, data venia, não concordo**, que diz que a realidade das comunidades indígenas não é estática no tempo, mas dinâmica.” (Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 861, grifo nosso)

A construção da ideia de alteridade presente na decisão se funda no pressuposto de que os indígenas ostentam culturas atrasadas, primitivas e carentes de historicidade. Além disso, por diversas vezes, os julgadores atrelam a ideia de aculturação a uma suposta perda de identidade étnica.

Manuela Carneiro da Cunha (1987b, p. 101) esclarece que “não se pode definir grupos étnicos a partir de sua cultura, embora, como veremos, a cultura entre de modo essencial na etnicidade”. Ainda que a noção de cultura se mostre indissociável do conceito de etnia, a cultura seria uma decorrência secundária da organização de um grupo étnico e não o contrário. Para Fredrik Barth (1998, p. 14), a identidade é definida pelas fronteiras sociais entre os grupos, que são criadas pelo contato interétnico e não pelo substrato cultural nelas contido, que pode se transformar ao longo do tempo sem alterar a etnicidade, que é sinalizada pela continuidade da dicotomização entre os membros do grupo e os estranhos.

João Pacheco de Oliveira (2004, p. 32) afirma que o próprio conceito de etnicidade pressupõe que os grupos indígenas não estão parados no tempo. Qualquer alteração ou mistura trazida a uma cultura não implica em descaracterização étnica e nem perda cultural, visto que a identidade pressupõe necessariamente uma trajetória, que, ao atualizar-se historicamente, reforça o sentimento de referência à origem. As culturas, portanto, “são dinâmicas, influenciam-se mutuamente e se constroem também nos contatos com outras



culturas, o que não significa absolutamente perda de identidade” (CALEFFI, 2007, p. 34).

Entretanto, a invisibilização dos povos indígenas reforça a ideia de unicidade política e jurídica do Estado-Nação. O pressuposto ideológico implícito consiste na ideia de que um Estado não pode comportar diversas ordens políticas e identidades sobrepostas, o que traria risco à soberania. Pela análise do julgado, percebe-se que os ministros recorrentemente associam a ideia de autonomia à de soberania:

Acresce, ainda, que, confrontando-se a versão inglesa com a versão francesa da Declaração, é possível verificar que o seu objetivo foi apenas o de garantir o direito dos povos indígenas, e não o de sugerir, ainda que remotamente, a possibilidade de criação de uma nação soberana. De fato, a versão inglesa utiliza o termo "indigenous peoples" e a francesa "peuples autochtones"<sup>73</sup> - tal como a portuguesa, "povos indígenas" - e em nenhum momento mencionam o termo "nation" ou "nacion". **Isso porque tal conceito, em ambos os idiomas, possuem um significado mais profundo, historicamente matizado, que pode levar, dependendo do contexto em que é empregado, à identificação da nação com o Estado soberano.** (Voto do Ministro Ricardo Lewandowski) (BRASIL, 2009, p. 507, grifo nosso)

Sem dúvida que se trata de uma diferenciação fundamental - essa entre terras indígenas e território -, pois somente o território é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou, então, autônoma (Kelsen, sempre ele). O lócus por excelência das primárias relações entre governantes e governados, que são relações de natureza política. [...] Donde a conclusão de que, em tema de índios, **não há espaço constitucional para se falar de pólis, território, poder político, personalidade geográfica; quer a personalidade de direito público interno, quer, com muito mais razão, a de direito público externo.** (Voto do Ministro Carlos Ayres Britto) (BRASIL, 2009, p. 276-277, grifo nosso)

**Mas a problemática maior está na cláusula reveladora da autodeterminação dos povos indígenas, o que sugere a vinda à balha de independência mitigadora da soberania nacional.** (Voto do Ministro Marco Aurélio) (BRASIL, p. 614, grifo nosso)

Além do mais, a despeito da ressalva prevista no seu art. 46, I, que, de certo modo, poderia desfazer dúvidas, contém expressões no mínimo ambíguas, imprecisas, cuja interpretação poderia reverter em posturas incompatíveis com a ordem jurídico-constitucional brasileira, como, por exemplo - não vou descer a minúcias - **as disposições dos arts. 3º e 4º, que cuidam de autonomia, autogoverno e**

<sup>73</sup> A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, embora não utilize o termo “nação”, consolida o uso da expressão “povos indígenas”, em clara intenção de reforçar o direito à autonomia interna.

**expressões análogas, que podem alimentar ideias de poder de emancipação dentro do Estado brasileiro.** (Voto do Ministro César Peluzo) (BRASIL, 2009, p. 537, grifo nosso)

Essa definição, contudo, não é compartilhada sequer por notórios ideólogos do positivismo, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1995), conhecido por sua conservadora filiação política. Para o constitucionalista, soberania é o atributo de uma ordem estatal de não se submeter a outra da mesma espécie. O Estado, enquanto unidade política, não se subordina a outro Estado, segundo o princípio da soberania, que rege as relações internacionais. Mesmo na teoria clássica do Direito, soberania e autodeterminação são conceitos independentes e podem se associar ou não, a depender da concepção de Estado em questão.

Costuma-se opor, na Teoria do Estado, soberania e autonomia. Nessa contraposição, entende-se que soberania é o caráter supremo de um poder: supremo, nisto que esse poder não admite qualquer outro, nem acima, nem em concorrência com ele. Já a autonomia é o poder de autodeterminação, exercitável de modo independente, mas dentro dos limites traçados por lei estatal superior. (FERREIRA FILHO, 1995, p. 41)

O termo “ordem política” é sucessivamente referenciado na decisão sob a perspectiva exclusiva das relações internacionais, pois, por diversas vezes, o texto sugere que existência de povos autônomos e independentes implicaria em uma eventual ofensa à soberania estatal, embora em nenhum momento os povos da Terra Indígena Raposa Serra do Sol tenham reivindicado esse direito no bojo da ação.

Já o substantivo “terras”, 11 vezes referido ao conjunto das etnias indígenas, é termo que assume postura nitidamente sócio-cultural. **Não política.** (Voto Ministro Carlos Ayres Britto) (BRASIL, 2009, p. 278, grifo nosso)

O voto do Ministro Menezes Direito, na parte em que analisa as questões trazidas pela Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em que pese mencione a distinção entre autodeterminação interna e autodeterminação externa, acaba por afastar da “positividade jurídica interna” a aplicação do direito à autodeterminação previsto na Declaração.

Os textos dão conta de que os receios de uma indevida extensão dos direitos indígenas em direção a uma autonomia frente ao Estado do

qual são súditos é, longe de uma radicalização do discurso utilizado pelos críticos da Declaração, um anseio de alguns setores da comunidade internacional. Não é à toa que alguns Estados-Membros como Austrália, Canadá, Nova Zelândia e Estados Unidos, embora tenham participado e contribuído ativamente nos trabalhos que resultaram na Declaração, se recusaram a votar favoravelmente, tendo destacado a necessidade de se diferenciar autodeterminação externa de autodeterminação interna. Esta última é admitida, de modo a resguardar a representatividade das comunidades indígenas no plano internacional aos órgãos do Estado-Membro na qual se insere. [...] **Assim, seja pela ausência de integração seja porque baldia de força vinculante, por si só, como fonte de direito internacional, não se há de aplicar a Declaração no plano da positividade jurídica interna.** Com isso, pode-se afirmar que não repercute no caso sob julgamento. (Voto do Ministro Menezes Direito) (BRASIL, 2009, p. 397 e 400, grifo nosso)

A análise do Ministro Gilmar Mendes também faz alusão à existência a uma autodeterminação “inerente ao sistema de vida indígena”, mas condiciona seu exercício ao “interesse da soberania nacional”, genericamente considerado:

Desse modo, apreende-se que a própria Declaração (art. 3º e 4º) esclarece que o direito de autodeterminação refere-se às decisões inerentes ao sistema de vida indígena, quanto ao seu meio de vida e de desenvolvimento econômico, social e cultural, em âmbito exclusivamente interno e local. Ou seja, não se trata de autodeterminação em âmbito jurídico-político como ente estatal independente em âmbito internacional. [...]

Em primeiro lugar, a proteção constitucional do art. 231 e do art. 232 da Constituição são para brasileiros indígenas. É esse o sentido constitucional, preservando-lhes a cultura, o modo de vida e opção de seu desenvolvimento (pela aculturação ou não), mediante a concessão da posse permanente e usufruto de bens públicos especialmente afetados para tal fim. **Mas a proteção constitucional, como visto no art. 231, §5º, CF/88, deve ser condicionada ao interesse da soberania nacional.** (Voto do Ministro Gilmar Mendes) (BRASIL, 2009, p. 801 e 803, grifo nosso)

Interessante notar que mesmo os Ministros que diferenciaram os conceitos de autodeterminação interna e externa concluíram de forma semelhante aos demais julgadores, restringindo ou inviabilizando até mesmo a aplicação interna do princípio da autodeterminação. Deste modo, subentende-se da decisão que o Supremo Tribunal Federal não admitiu a possibilidade de exercício da autonomia política interna pelos povos indígenas, visto que atrelou o conceito de autodeterminação com o de soberania.

Além disso, o acórdão por diversas vezes faz referência a supostas situações de ameaça à unidade territorial e à soberania nacional, caso fosse conferida autonomia aos índios.

Revela-se, portanto, a necessidade de abandonar-se a visão ingênua. **O pano de fundo envolvido na espécie é a soberania nacional**, a ser defendida passo a passo por todos aqueles que se digam compromissados com o Brasil de amanhã. (Voto do Ministro Marco Aurélio) (BRASIL, 2009, p. 616, grifo nosso)

Parece-me que tais enunciados não são compatíveis com a ordem constitucional brasileira e, por isso, a Corte faz bem em declarar a inoperância jurídica da Declaração, **para dissipar quaisquer dúvidas a respeito e retirar toda base jurídica de sustentação a qualquer movimento ideológico que possa fermentar idéias de quebra da coesão social, de desagregação da nacionalidade e de separação territorial**. (Voto do Ministro Cezar Peluso) (BRASIL, 2009, p. 535, grifo nosso)

Esse recurso retórico é utilizado pela mídia e encontra-se presente também no senso comum, principalmente das regiões onde há maior fricção interétnica, embora careça substancialmente de comprovação empírica quanto aos perigos reais de ataque à unidade territorial brasileira pelos indígenas nos dias atuais. Na verdade, o discurso de risco à soberania está calcado na ideia de que os indígenas estão sempre suscetíveis a serem “colonizados” por ideologias externas à sua vontade, visto que são “influenciáveis” e não dispõem de autonomia suficiente e nem de conhecimento para lidar com os interesses de grupos que os “instrumentalizam” para conseguir objetivos alheios à sua vontade.

A vertente estatista do nacionalismo brasileiro, em seu repúdio à utilização do termo "nações indígenas", torna-se mais explícita no discurso militar da segurança nacional [...]. É a preocupação com a homogeneidade interna da “nação que move os estatistas a combater “nações indígenas” antes que elas passem da concretude da palavra à virtualidade da ação. [...] Para os desenvolvimentistas, “nação indígena” sinaliza o perigo de aliciamento dos índios contra o desenvolvimento e a soberania nacional. [...] Pressentindo esse deslocamento de sentido que, de fato, desobriga os povos indígenas de um destino nacionalista, os guardiães do nacionalismo brasileiro, ainda apegados à definição integracionista de "nação", atribuem o perigo das nações indígenas, não diretamente aos índios, mas a fontes subversivas nacionais ou à cobiça estrangeira, forças essas revestidas, aos olhos de certos estatistas, do poder e da capacidade de manipular a inocência moral e a ingenuidade política dos indígenas. (RAMOS, 1993, p. 4)

O Voto do Ministro Marco Aurélio retrata essa visão de forma bem clara, o que acaba autorizando a tutela do indígena, constantemente referido como sujeito à manipulação por interesses escusos:

Na obra Teoria do Estado, em capítulo intitulado “A crise da integridade do Estado: A ‘Mexicanização’ da Amazônia e o Assalto à Soberania”, Paulo Bonavides traça comparação analógica entre a situação do Brasil contemporâneo com a do México no século XIX, em que tal país perdeu grande parte do original território para os Estados Unidos. [...]

*“Não é sem razão que a demarcação das reservas indígenas, ocorrendo mediante sub-reptícia pressão internacional, em verdade não correspondente aos interesses do nosso índio, mas aos desígnios predatórios da cobiça imperialista, empenhada já na ocupação dissimulada do espaço amazônico e na preparação e proclamação da independência das tribos indígenas como nações encravadas em nosso próprio território, do qual se desmembrariam. Essa demarcação desde muito deixou de ser uma questão de proteção ao silvícola para se converter numa grave ameaça à integridade nacional.” [...]*

A respeito da matéria, Ives Gandra Martins, em livro escrito a quatro mãos com o saudoso Celso Ribeiro Bastos, assim se manifestou:

*“Por outro lado, as organizações internacionais – e a matéria já tem sido denunciada – procuram tratar o território como indígena, mais do que brasileiro, razão pela qual, em eventual internacionalização da Amazônia para imposição da política externa, os verdadeiros titulares da terra seriam os indígenas e não os brasileiros. Dissociando os indígenas do povo brasileiro e suas terras do Estado brasileiro, tais organizações pretendem tornar o problema indígena do Brasil um problema de preservação dos costumes primitivos, que é dever da humanidade, tornando mais fácil, à evidência, a exploração de dez por cento do território nacional, reservado aos duzentos e cinqüenta mil remanescentes da população indígena – propugnando por acordos convenientes a tais grupos mais do que a interesses do País.” [...]*

Também o Deputado Aldo Rebelo – que integra o PC do B – e foi Presidente da Comissão de Relações Exteriores e Segurança Nacional da Câmara dos Deputados, em entrevista ao jornal O Estado de S. Paulo, revelou grande preocupação com o pano de fundo do conflito ora em exame. [...]

*“Fui a uma reserva ianomâmi, perto de um pelotão de fronteira do exército, e visitei uma maloca. Deparei-me com umas cinquenta famílias convivendo dentro de um ambiente fechado, de penúria. Muitos fogos dentro da maloca para as famílias assarem bananas e mandiocas, muita poluição, muita fuligem, um ambiente com incidência muito grande de doenças infecciosas. Até tuberculose. Fui recepcionado por uma moça de uma organização não-governamental, a ONG Urihi. Perguntei por que não se puxava do pelotão água e luz para dentro da comunidade indígena, o que daria mais conforto à população. A moça da ONG disse que não, que isso ia deformar o modo de vida dos índios. Nessa visita, o comandante militar que estava comigo não pôde entrar na área indígena. Um*

*grupo de crianças jogava futebol, e eu joguei um pouco com elas. Comentei com a moça da ONG: Pelo menos o futebol é um fator de integração, pois todos torcemos pela mesma seleção. A moça me respondeu: Não. O senhor torce pela seleção brasileira e os índios torcem pela seleção deles. Nada mais falei e nada mais perguntei.”*  
(Voto do Ministro Marco Aurélio) (BRASIL, 2009, p. 605, 607, 608 e 609)

Como estratégia argumentativa, frequentemente se utilizou a expressão “interesse nacional” para mitigar a autonomia dos indígenas e, por consequência, o direito de usufruto. O interesse nacional é compreendido pela Corte como pré-determinado e associado a valores supostamente objetivos e prevalentes sobre os demais.

Flávio Contrera (2015) aponta que a ideia de “interesse nacional” é objeto de várias teorias de Relações Internacionais e remonta à Antiguidade Clássica. À época do surgimento dos Estados Nacionais, o interesse nacional (geral, comum ou público) estava associado com a vontade da pessoa do soberano. A partir da democratização do nacionalismo, o conceito de interesse nacional adquiriu um caráter essencialmente ambíguo, em face da multiplicidade de interesses dentro do Estado (CONTRERA, 2015). Neste sentido, Lauro Moraes (1986, p. 154) lembra que o caráter subjetivo desse conceito decorre em grande medida das divergências e interesses contraditórios de grupos e de indivíduos em relação às políticas nacionais. O interesse nacional não é, portanto, algo potencialmente identificável como uma verdade objetiva indiscutível, sendo passível de variação conforme os diferentes esquemas de valor de quem o define.

Pela análise das argumentações que foram tecidas nos votos individuais<sup>74</sup>, o pleno usufruto indígena é tido como incompatível ou concorrente ao interesse nacional, este sempre associado na decisão à defesa nacional, à proteção ao meio ambiente ou ao desenvolvimento econômico e raramente aos direitos indígenas.

A relevância constitucional, social e ética da proteção dos direitos tradicionais dos índios não pode ser negada e todos os agentes do estado devem zelar pela sua salvaguarda. No entanto, quando ao lado dessa proteção está igualmente garantida a proteção dos interesses da defesa nacional, a salvaguarda dos direitos indígenas não pode ser tomada de forma absoluta, a ponto de prevalecer em qualquer caso. **Com isso não se diz, pura e simplesmente, que essa salvaguarda somente deva ser perseguida até o ponto em**

<sup>74</sup> Com exceção do voto do Ministro Joaquim Barbosa, que divergiu dos demais integrantes do Tribunal, ao entender pela total improcedência do pedido.

**que se depara com o interesse da defesa nacional. Isso pode ocorrer, ou seja, o interesse da defesa nacional pode e deve sobressair em determinadas condições.** [...] O Estatuto Jurídico das Terras Indígenas se caracteriza pelo usufruto exclusivo dos índios que, todavia, estará sujeito às condições que ora são definidas, no campo da segurança nacional e da preservação do meio ambiente. (Voto do Ministro Menezes Direito) (BRASIL, 2009, p. 407 e 414, grifo nosso)

O Estatuto Jurídico das Terras Indígenas não se reduz a um "tudo pode" para os índios e **um "nada pode" para a defesa do interesse público na sua mais ampla perspectiva.** (Voto do Ministro Menezes Direito) (BRASIL, 2009, p. 359, grifo nosso)

Não é, pois, apenas que não existe qualquer impedimento jurídico ou material para a União, por intermédio das Forças Armadas e da Polícia Federal, que servem ao País de maneira incontestável, na defesa de suas fronteiras, de sua terra para a dignidade do seu povo, intervir em terra indígena para garantir a soberania e a segurança nacional. Há o dever constitucional de a União atuar no sentido da atuação na área, garantindo-se a soberania nacional. **As Forças Armadas e a Polícia Federal, no cumprimento daquela obrigação jurídica, podem até mesmo afastar a presença de quaisquer brasileiros, índios ou não, nas áreas tidas como necessárias para a defesa do interesse nacional.** (Voto da Ministra Carmen Lúcia) (BRASIL, 2009, p. 466, grifo nosso)

c) **o usufruto dos bens das terras indígenas pelos índios condiciona-se ao interesse da política de defesa nacional,** fixada, sem necessidade de qualquer consulta prévia às comunidades índios ou não, pelo Ministério da Defesa e do Conselho da Defesa Nacional, nos termos do art. 91, § 1º, incs. III e IV, da Constituição). Neste sentido, a atuação dos órgãos competentes, a saber, Forças Armadas e Polícia Federal, na área indígena, no desempenho de suas atribuições, não depende de consulta prévia (Voto da Ministra Carmen Lúcia) (BRASIL, 2009, p. 479, grifo nosso)

**Esses interesses, especialmente ligados à segurança, são os interesses supremos da Nação e, como tais, são sempre oponíveis a qualquer grupo, estamento, classe, etc, que compõem o corpo nacional.** Nenhum interesse desses segmentos pode entrar em conflito com os interesses supremos do País, sobretudo quanto ao território superposto que a Constituição, nos termos do art. 20, § 2º, denomina faixa de fronteira e que constitui instrumento de resguardo da nossa integridade territorial. De modo que tais circunstâncias apontam para a existência de regime jurídico das terras que não pode excluir a possibilidade de ação incondicional das Forças Armadas no seu âmbito. (Voto do Ministro César Peluso) (BRASIL, 2009, p. 539-540, grifo nosso)

Parece-me que há, aqui, conflito teórico entre interesses e valores constitucionais. **De um lado, os interesses das populações indígenas; de outro, o interesse que, nos termos do art. 225 da Constituição, supera os das populações indígenas,** porque concernem a bens de uso comum do povo e essenciais à sadia

qualidade de vida de toda a população brasileira, não apenas de um de seus grupos, e que impõem a preservação das reservas, a cujo respeito a Constituição, textualmente, no inc. III, veda "qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem a sua proteção" constitucional. (Voto do Ministro César Peluso) (BRASIL, 2009, p. 542, grifo nosso)

A interpretação do art. 231, § 5o, da Constituição, evidencia que **mesmo toda a proteção constitucional conferida aos índios é condicionada ao interesse da soberania do País**, ora em grau maior, como nas excepcionais hipóteses do artigo mencionado, ora em grau menor, em que outras soluções jurídicas são possíveis para a harmonia e concordância prática desses valores constitucionais. (Voto do Ministro Gilmar Mendes) (BRASIL, 2009, p. 788, grifo nosso)

Ainda que a presente pesquisa não tenha como objetivo analisar a decisão sob o ponto de vista das teorias constitucionais, não passa despercebido que, a pretexto de promover uma interpretação sistêmica, que privilegia a unidade constitucional, o Supremo Tribunal Federal fez, na verdade uma verdadeira ponderação *in abstracto* de valores<sup>75</sup>, usurpando a competência do constituinte originário ao situar os direitos indígenas em uma categoria inferior ou colidente ao que chamou de interesses nacionais.

Nesse ponto, acompanho o voto já proferido pelo eminente Ministro Menezes Direito, ao afirmar que no que se refere à proteção do meio ambiente e à faixa de fronteira, **a limitação do direito indígena de posse e usufruto daquelas terras decorre das próprias disposições constitucionais, a gerar uma superposição de afetações, que se resolve a partir de uma interpretação que prestigie a unidade da Constituição.** [...]

Em primeiro lugar, a proteção constitucional do art. 231 e do art. 232 da Constituição são para brasileiros indígenas. É esse o sentido constitucional, preservando-lhes a cultura, o modo de vida e opção de seu desenvolvimento (pela aculturação ou não), mediante a concessão da posse permanente e usufruto de bens públicos especialmente afetados para tal fim. Mas **a proteção constitucional, como visto no art. 231, §5º, CF/88, deve ser condicionada ao interesse da soberania nacional.** (Voto do Ministro Gilmar Mendes) (BRASIL, 2009, p. 798 e 801, grifo nosso)

---

<sup>75</sup> A ponderação de valores é uma metodologia da teoria da argumentação jurídica que pressupõe a ausência de hierarquia entre princípios constitucionais, o que sugere que o intérprete deve, a partir da análise do caso concreto, sopesar os princípios envolvidos de forma a afastar um destes. "Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção". (ÁVILA, 2010, p. 183)



Embora a doutrina e o próprio Supremo Tribunal Federal tenham entendimento dominante no sentido de que não existe hierarquia entre as normas constitucionais (posição manifesta algumas vezes no próprio acórdão da PET 3.388), as condicionantes estabelecidas revelam inegavelmente que os direitos indígenas não são considerados interesse nacional e sempre são chamados a ceder em face de outros bens jurídicos.

Como se observa das condicionantes, a maioria delas estabeleceu uma preponderância genérica dos interesses classificados como “razões de Estado”, tais como a defesa nacional, soberania e integridade do território, em detrimento dos direitos territoriais indígenas. Essa preponderância não se coaduna com as teorias da Constituição, nem com a metodologia específica utilizada para interpretar seus dispositivos, a qual exige um esforço do intérprete no sentido de compatibilizar as normas constitucionais sem anulação do núcleo essencial de nenhuma delas. Ademais, esse exercício de ponderação é sempre contextual e situacional, a indicar que a ponderação realizada em um caso concreto não pode concluir pela edição de uma lei geral válida para casos completamente distintos daquele que originou a interpretação. Acerca da solução de tensões de bens constitucionalmente protegidos, esclarece J. J. Gomes Canotilho que, diante de tal problemática, deve-se se utilizar da ponderação desses princípios, destacando a inexistência de uma ordem abstrata de bens constitucionais, o que torna indispensável uma operação de balanceamento desses bens de modo a obter uma norma de decisão situativa, isto é, uma norma de decisão aditada às circunstâncias do caso. Ocorre que, na Ação Popular n. 3388, estava em confronto, por exemplo, princípios institucionais do Estado, como a defesa nacional e integridade do território, e os direitos fundamentais dos povos indígenas, tendo o STF concluído pela priorização dos primeiros em face dos segundos, subvertendo a própria importância histórica das Constituições, que foram instrumentos criados para salvaguardar os direitos do cidadão frente aos arbítrios estatais. No caso, os direitos indígenas foram suplantados em nome dos interesses maiores do Estado. (NÓBREGA, 2011, p. 270)

Como consequência desse pensamento, a autonomia dos povos indígenas sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol foi deliberadamente restringida pela Corte, por meio da imposição das dezenove condicionantes:

- a) O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas pode ser relativizado sempre que houver como dispõe o artigo 231 (parágrafo 6º, da Constituição Federal) o relevante interesse público da União na forma de Lei Complementar;
- b) O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre da autorização do Congresso Nacional;

- c) O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando aos índios participação nos resultados da lavra, na forma da lei;
- d) O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo se for o caso, ser obtida a permissão da lavra garimpeira;
- e) O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional. A instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico a critério dos órgãos competentes (o Ministério da Defesa, o Conselho de Defesa Nacional) serão implementados independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à FUNAI;
- f) A atuação das Forças Armadas da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica garantida e se dará independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à FUNAI;
- g) O usufruto dos índios não impede a instalação pela União Federal de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e de educação;
- h) O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade imediata do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;
- i) O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área de unidade de conservação, também afetada pela terra indígena, com a participação das comunidades indígenas da área, que deverão ser ouvidas, levando em conta os usos, as tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da FUNAI;
- j) O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes;
- l) Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI;
- m) O ingresso, trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;
- n) A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público tenham sido excluídos expressamente da homologação ou não;
- o) As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico, que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena;
- p) É vedada, nas terras indígenas, qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutas, assim como de atividade agropecuária extrativa;
- q) As terras sob ocupação e posse dos grupos e comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades

existentes nas terras ocupadas, observado o disposto no artigo 49, XVI, e 231, parágrafo 3º, da Constituição da República, bem como a renda indígena, gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns e outros;

r) É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

s) Os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis;

t) É assegurada a efetiva participação dos entes federativos em todas as etapas do processo de demarcação.

As condicionantes e, f e l afastam a obrigatoriedade de consulta livre, prévia e informada, notadamente na hipótese de sobreposição “aos interesses da política de defesa nacional” e no caso de atuação das forças armadas e da polícia federal, contrariando disposição expressa constante do artigo 6º da Convenção OIT nº 169.

A instalação de bases militares e demais intervenções militares a critério dos órgãos competentes, **ao contrário do que parece se extrair da Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas e da Convenção nº 169 da OIT, será implementada independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas** ou à FUNAI. (Voto do Ministro Menezes Direito) (BRASIL, 2009, p. 408, grifo nosso)

O Supremo Tribunal Federal desconsiderou que o direito de consulta foi um compromisso assumido pelo Estado brasileiro para construção de um mecanismo de diálogo intercultural, de forma a viabilizar o exercício da autonomia sobre seus territórios. Para além da discussão sobre a possibilidade de se constituir em um poder de veto, a consulta é um processo de busca de consenso entre diferentes saberes e visões de mundo, que devem se relacionar em situação de paridade.

Outras condicionantes (a, b, c, d, g, m, n, o e p) resultam de interpretações que inferem incompletudes no texto constitucional e instituem vedações ao usufruto indígena não previstas na legislação<sup>76</sup>, em desacordo com o que estabelece o princípio da legalidade, previsto no artigo 5º, II<sup>77</sup>, da Constituição.

Diante da constatada superposição de terra indígena em área integrante de faixa de fronteira, na qual se permite excepcionalmente a garimpagem, ressalto que eventualmente seja possível, tão-somente em razão dessa peculiaridade, a garimpagem e fiação a ser realizada com autorização do Estado, **mas nunca pelas comunidades indígenas**, desde que haja aprovação do Conselho

<sup>76</sup> Ou que tenham, ao menos, sido recepcionadas pela Constituição de 1988.

<sup>77</sup> “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

de Defesa Nacional, nos termos do artigo 23, alínea "b" da Lei nº 7.805/93. [...]

Os índios não podem limitar o tráfego de pessoas em rodovias públicas, com barricadas ou com a imposição de quaisquer condições de acesso. Também não se pode restringir a utilização e funcionamento de equipamentos e instalações públicas, em detrimento do interesse público concretizado na defesa da integridade soberana do patrimônio público e da adequada prestação de serviços públicos porventura vinculados a tais bens. (Voto do Ministro Gilmar Mendes) (BRASIL, 2009, p. 795, grifo nosso)

No que tange aos interesses ambientais, as condicionantes h, i e j mostram a prevalência de uma visão preservacionista sobre soluções dialogadas com os povos indígenas. Ao estabelecer que o controle das terras indígenas em sobreposição com unidades de conservação fica a cargo do órgão ambiental, a Corte se afastou da orientação socioambientalista da Carta de 1988 e rejeitou as práticas de manejo das populações nativas sobre seus ambientes.

É que vejo incompatibilidade absoluta de regimes jurídico-constitucionais entre a defesa das populações indígenas e a defesa da riqueza, da biodiversidade, do patrimônio genético, do meio ambiente, enfim, de tudo aquilo que é objeto da tutela constitucional das chamadas reservas de proteção integral. (Notas taquigráficas – Ministro César Peluso) (BRASIL, 2009, p. 541)

O SR. MINISTRO CARLOS BRITTO (RELATOR) - É porque essas áreas são de dupla afetação. Tem de haver a participação das comunidades indígenas no plano decisório mesmo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO - Parece-me que não. E isso, aliás, subjaz à proposta do Ministro Menezes Direito, que teve o cuidado de indicar caráter só opinativo, no sentido de não dispensar manifestação da FUNAI, mas de lhe negar poder de vinculação ou cogência jurídica em relação às decisões do administrador dessa área especial que interessa a todo o País, e não apenas às populações indígenas. (Notas taquigráficas) (BRASIL, 2009, p. 548)

A intenção de restringir o usufruto indígena dialoga explicitamente com a tese de que, por serem as terras indígenas de domínio da União, poderiam ser reincorporadas na hipótese de “aculturação” dos índios, os quais seriam definitivamente assimilados pelo “progresso da civilização”.

Isto é, reconhecido o fato da posse naquela data e demarcada a área respectiva, a demarcação é insusceptível de qualquer modificação, não obstante a mim me pareça que **o constituinte derivado não estará jungido a manter tal situação, quando as populações indígenas se tiverem integrado, de modo que as demarcações já não tenham nenhum sentido econômico, jurídico, nem político,**

**que é o que se espera.** Afinal de contas, atrás da decisão desta causa, não pode estar a ideia - que me parece absurda - de que o progresso da civilização seja coisa tão perversa que os índios devam ficar-lhe à margem. (Notas taquigráficas – Ministro César Peluso) (BRASIL, 2009, p. 548, grifo nosso)

O argumento de que a propriedade das terras indígenas foi atribuída à União é utilizado no texto do acórdão para apoiar, de forma subliminar, as assertivas que impõem restrição ao usufruto. No entanto, nem a Constituição, nem o Estatuto do Índio ou a própria lei civil sustentam a ideia de que o domínio da União, por si só, justificaria a limitação do direito constitucional ao usufruto. Contudo, essa noção falaciosa é replicada incessantemente tanto no acórdão quanto no discurso indigenista, consolidando a ideia de que o usufruto indígena admite maior interferência do que os direitos reais comuns, quando é possível aferir que a vontade do constituinte originário foi justamente a de prover de maiores garantias esses territórios.

Seja como for, é do meu pensar que a vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. Mas **sempre sob a firme liderança institucional da União**, a se viabilizar por diretrizes e determinações de quem permanentemente vela por interesses e valores a um só tempo "inalienáveis", "indisponíveis" e "imprescritíveis" (§ 4º do artigo constitucional de nº 231). [...] Sendo que **o papel de centralidade institucional que é desempenhado pela União não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações**, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público, [...] (Voto do Ministro Carlos Ayres Britto) (BRASIL, 2009, p. 275, grifo nosso)

Essas terras são bens da União. Os índios detém a posse, não o domínio destas terras. **Isso é necessário ainda redizemos: a União detém o domínio dessas terras.** Por isso é cristalina, para quem lê na Constituição o que nela está escrito, a plena compatibilidade entre soberania e reconhecimento, em favor dos índios, de direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. As terras indígenas sendo de propriedade da União, são inalienáveis, imprescritíveis, impenhoráveis. (Voto do Ministro Eros Grau) (BRASIL, 2009, p. 512, grifo nosso)

Em segundo lugar, também louvo e acompanho integralmente a preocupação e os enunciados do eminente Ministro Menezes Direito em relação ao regime jurídico das terras. **Trata-se, evidentemente, de terras da União, a cujo regime e disciplina jurídicos não são**

**estranhas as funções constitucionais das Forças Armadas, a que incumbe garantir a segurança coletiva, a coesão nacional e a integridade territorial**, como vem claro do art. 142 da Constituição da República. (Voto do Ministro César Peluso) (BRASIL, 2009, p. 539, grifo nosso)

Aos índios não se concede a propriedade das terras ocupadas, que é exclusiva da União Federal. O que a Constituição determina é uma afetação pública específica às terras habitadas pelos índios, em razão da proteção constitucional a eles conferida. [...] **Fixada a premissa de que se trata de discussão a respeito da adequada afetação constitucionalmente determinada de bens de propriedade da União Federal, cuja utilização é expressamente condicionada ao respeito da soberania e defesa nacionais, o caminho para a concretização de tal condicionamento perpassa a análise da competência da União Federal para, no que aqui interessa** (Voto do Ministro Gilmar Mendes) (BRASIL, p. 787 e 789, grifo nosso)

O voto do Ministro Celso de Mello, por outro lado, confirma que a intenção do texto constitucional foi a de conferir tratamento diferenciado e não restritivo aos direitos territoriais indígenas:

Não constitui demasia observar, neste ponto, que **as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da União (CF, art. 20, XI), acham-se afetadas, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos, voltados, unicamente, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais**. A Constituição da República, na realidade, criou, em seu art. 231, § 1º, uma propriedade vinculada ou reservada, destinada, de um lado, a assegurar, aos índios, o exercício dos direitos que lhes foram outorgados constitucionalmente (CF, art. 231, §§ 2º, 3º e 7º) e, de outro, a proporcionar, às comunidades indígenas, bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (CF, art. 231, "caput" e seu § 1º). Daí a advertência de LUIZ FELIPE BRUNO LOBO ("Direito Indigenista Brasileiro", p. 53, 1996, LTr), para quem "**A propriedade das terras indígenas outorgada a União nasce com o objetivo de mantê-las reservadas a seus legítimos possuidores. Há um vínculo indissolúvel entre a reserva a que se destina e a natureza desta propriedade. Por esta razão são terras inalienáveis, indisponíveis, inusucapíveis e os direitos sobre elas são imprescritíveis**" (Voto do Ministro Celso de Mello) (BRASIL, 2009, p. 727, grifo nosso)

Na verdade, percebe-se pelas diferentes manifestações no acórdão que não há uma definição consensuada e precisa do conceito de terra indígena e menos ainda dos limites do seu usufruto, do ponto de vista jurídico. O Ministro Carlos Ayres Britto

demonstra em sua manifestação o limbo teórico em que se situa o regime de utilização das terras indígenas:

Em boa verdade, nem território político nem propriedade privada cabem na definição do regime de apossamento e utilização das terras indígenas. Tudo nelas é juridicamente peculiar, especialíssimo até, segundo vimos demonstrando e prosseguiremos a fazê-lo com lastro em enunciados de escalão exclusivamente constitucional. (Voto do Ministro Carlos Ayres Britto) (BRASIL, 2009, p. 280)

No entanto, a despeito da ausência de acordo entre os julgadores sobre a natureza jurídica das terras indígenas, a decisão proferida na PET 3.388 cuidou de restringir ao máximo o conceito de usufruto indígena, não reconhecendo a aplicação de leis ordinárias<sup>78</sup> incidentes e do texto da Convenção OIT nº 169, sem declarar sua inconstitucionalidade. Mais do que isso, o acórdão ultrapassou muitas vezes o limite do que permitia a literalidade do texto constitucional e contrariou o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, que baliza a hermenêutica jurídica tradicional.

Esse fenômeno interpretativo foi descrito com precisão por Mendes, Coelho e Branco, os quais alertam para o risco do operador se perder no labirinto da hermenêutica constitucional e optar por seguir tão somente suas visões preconceituosas a respeito do tema que deve julgar:

Em suma, não dispondo de uma Teoria da Constituição que dê suporte e direção ao processo interpretativo, nem podendo legalizar (=reduzir à condição de lei) o texto da Constituição, para fechar e, assim, facilitar a sua compreensão, todos os operadores constitucionais, em certa medida, se veem perdidos no labirinto da interpretação e, tendo que escolher um dos caminhos, acabam seguindo aquele que lhes aponta sua pré-compreensão. Esta, por sua vez, precisando racionalizar-se de antemão, se não para vencer, ao menos para reduzir os efeitos nocivos dos pré-juízos que lhes são congêntos, essa pré-compreensão como que devolve o intérprete para o mesmo labirinto do qual, ingenuamente, ele acreditava ter escapado [...] (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 103)

Regina Mendes (2012), em uma lúcida obra que analisa os meandros dos mecanismos de convencimento dos juízes no ofício de decidir, denuncia que esse processo “tem aspectos voluntaristas e de poder com grande carga de subjetividade”. Ademais, a pretexto de “dirimir conflitos”, como foi o caso da decisão

---

<sup>78</sup> Como, por exemplo, ao estabelecer as condicionantes i e j, que afastaram a competência da FUNAI, prevista na Lei 5371/1967, de exercer o poder de polícia nas terras indígenas.

proferida na PET 3.388, aos juízes são outorgados poderes ilimitados para “fazer justiça”, em detrimento da função constitucional, que seria a de garantidores de direitos fundamentais (MENDES, 2012, p. 192-193).

De fato, como aponta Roberto Aguiar (1990), contrariamente ao que propõe a doutrina juspositivista, o direito e a sua interpretação estão sujeitos a interferências externas e das próprias condições individuais e sociais dos seus operadores, as quais têm importância preponderante nos caminhos hermenêuticos adotados.

A justiça do ordenamento não está no direito, está nas condições extrajudiciais que possibilitem um direito justo. Enquanto a situação atual perdurar, a lei será instrumento de cristalização de privilégios e continuidade de opressões. (AGUIAR, 1990, p. 102)

O Supremo Tribunal Federal distanciou-se consideravelmente do que se define, no Direito brasileiro, ser uma “análise imparcial e equidistante”, principalmente quando se verifica que os ministros avançaram em temas que sequer foram arguidos pelo Autor na petição inicial, o qual almejava, tão somente, a declaração de nulidade da demarcação.

Além disso, o acórdão proferido tornou inequívoca a orientação privatista da Corte Suprema, em que pese tenha reconhecido a legalidade da demarcação da terra indígena. Ao adotar a tese do “marco temporal da ocupação”, que exige a presença indígena em seus territórios na data certa de 1988 para configuração do direito à terra, o tribunal claramente optou por privilegiar a propriedade privada em prejuízo dos direitos originários, ignorando por completo o contexto histórico de esbulho territorial sofrido por essas populações. Sandra Nascimento (2016, p. 350) enfatiza o caráter etnocentrista da atuação dos agentes estatais nas instâncias jurídicas brasileiras, os quais frequentemente não conseguem sustentar sequer uma dogmática jurídica, em face das diversas contradições e incoerências internas em seus procedimentos, que revelam o intento de proteger tão somente a propriedade privada e o discurso proprietário em detrimento dos direitos dos povos indígenas.

Essa inclinação teórica, evidente na decisão da corte constitucional, tem ganhado espaço em diversos precedentes jurisprudenciais, contrariando antiga orientação do próprio Supremo Tribunal Federal, que em 1967 já considerava a especificidade dos direitos territoriais atribuídos aos povos indígenas em âmbito supralegal:



Não está envolvido, no caso, uma simples questão de direito patrimonial, mas também um problema de ordem cultural, no sentido antropológico, porque essas terras são o habitat dos remanescentes das populações indígenas do País. A permanência dessas terras em sua posse é condição de vida e de sobrevivência desses grupos, já tão dizimados pelo tratamento recebido dos civilizados e pelo abandono em que ficaram.

A Constituição atual foi além da anterior, que só protegia a posse, porque ela também protege o usufruto exclusivo, pelos índios, dos recursos naturais e de todas as utilidades existentes nas terras. Pela Constituição, mesmo a alienação de certos frutos dessas áreas pode ficar dependendo de condições que não sejam normalmente exigidas para alienação de bens públicos em geral.<sup>79</sup> (BRASIL, 2009, p. 66)

Com base nesse entendimento, Gilmar Mendes, à época na condição de membro do Ministério Público Federal, chegou a declarar que a posse indígena “*não pode ser reduzida ao conceito de posse do Direito Civil*” (1988, p. 56). Contudo, o posterior julgamento do caso Raposa Serra do Sol tornou visível a participação do Poder Judiciário no processo político que visa reduzir as garantias territoriais indígenas, por meio da criação de novas teses jurídicas que privilegiam a propriedade privada em detrimento de formas contramajoritárias de ocupação da terra.

Luciana Nóbrega (2011) mostra que o Supremo Tribunal foi portador incontestado da racionalidade hegemônica e se prestou a confirmar a lógica de dominação e de exclusão dos povos indígenas:

As condicionantes deixam claro que, além do legado de desigualdade e injustiças sociais profundos do colonialismo e do imperialismo, há um legado epistemológico do eurocentrismo, conhecido como colonialidade do saber, que continua a produzir racionalidades expressas em definições jurídicas que subalternizam os indígenas a um quadro de possibilidades de ser, fazer e existir, cujos limites não foram sequer alvo de consulta, debate e busca de consenso, são simplesmente impostos, embora, ironicamente, lhes seja atribuído o epíteto de “salvaguardas”. (NÓBREGA, 2011, p. 289)

Para apoiar suas argumentações, os Ministros utilizaram diversos conceitos e ideias associadas a uma abordagem evolucionista, há muitas décadas abandonada pela Antropologia e pela Sociologia, mas que é frequentemente empregada pelos juristas para se referir aos povos tradicionais (BARBOSA, 2001b, p. 34). O acórdão encontra-se farto de citações de antropólogos e cientistas sociais sobre a questão indígena, que conferem uma aparência de erudição e caução científica ao texto, mas

---

<sup>79</sup> Mandado de Segurança nº 16.443/1967, voto do Ministro Victor Nunes Leal.

que não oferecem amparo às conclusões dos julgadores, pois se encontram descontextualizadas e afastadas dos atuais marcos teóricos que norteiam essas disciplinas.

O que visamos demonstrar, sobretudo, é que os juristas não podem mais continuar trabalhando com as categorias do evolucionismo unilinear, fazendo demonstrações históricas de estágios de desenvolvimento progressivos e sucessivos, pelos quais passariam todas as sociedades indígenas, tradicionais, primitivas, elementares, ou qualquer que seja o nome que se lhes deem, aparecem tão civilizadas quanto as modernas, apenas diferentes delas. (BARBOSA, 2001b, p. 49)

O notório hermetismo do meio jurídico impede uma práxis transdisciplinar verdadeira e se presta a legitimar o discurso do opressor, ignorando a complexidade do ponto de vista do outro. Como apontou Paulo Freire (1987, p. 44), a essência da construção do conhecimento passa pela experiência dialógica, que permite o pensar crítico e transformador. A produção do saber ausente de diálogo se estabelece por meio de uma relação autoritária de conquista, onde o “invasor reduz os homens do espaço invadido a meros objetivos de sua ação” (FREIRE, 1983, p. 27).

No campo do Direito, o conhecimento tem o potencial de estabelecer relações assimétricas ou de produzir a transformação social, permitindo práticas sociais emancipatórias (SOUSA JÚNIOR, 2002). O direito não tem fundamento nele próprio<sup>80</sup>, mas é preciso reconhecer sua vocação colonial voltada “à conveniência dos interesses oligárquicos e de grupos que preservam históricos privilégios de classe, função e cultura” (NASCIMENTO, 2016, p. 351).

A decisão proferida na PET 3.388 nada mais é do que uma proposta de “estatuto do estrangeiro” para os povos indígenas. Aos índios não se pode conferir tratamento civil igual ao dado aos nacionais. Assim como os estrangeiros, os nativos podem viver suas culturas sob o olhar intromissivo do Estado, mas sequer podem se comunicar em suas próprias línguas e têm suas liberdades restringidas em relação aos verdadeiros donos do território nacional. A retórica de prevalência da atuação das forças armadas em detrimento do mínimo direito de consulta presente no acórdão reforça a ideia de que os índios são opositores do Estado e devem estar sob vigilância, sem direito à participação democrática.

---

<sup>80</sup> “O direito é a forma por excelência do discurso actuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos. Não é demais dizer que ele faz o mundo social, mas com a condição de não se esquecer que ele é feito por este.” (BOURDIEU, 1989, p. 237)

Para o pensamento jurídico dominante na atualidade, os indígenas no Brasil vivem uma situação de expatriados, perdedores de uma guerra justa que estão destinados ao desterro e à resignação. No entanto, o pacto social realizado com os vencidos da conquista colonial não está sendo cumprido, na medida em que não lhes foi resguardado o mínimo existencial. O usufruto de suas terras é pautado pelos “interesses nacionais” e serve a uma proposta de desenvolvimento que não é compartilhada com esses sujeitos contramajoritários.

A necessidade constante de reafirmar o indígena como brasileiro, enaltecendo o processo de miscigenação, traz uma mensagem não dita de que, na verdade, o indígena é visto pela sociedade envolvente como “o outro”, um estrangeiro em sua própria terra, que deve estar sempre sob vigilância, pois não compartilha dos “nossos” objetivos de desenvolvimento.

Essas considerações não pretenderam exaurir o farto material de pesquisa em que se constituiu a emblemática decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, mas tão somente sinalizar o terreno jurídico-ideológico em que estamos pisando, de tal modo a alertar sobre as limitações, intenções e armadilhas desse discurso, que ruma para se torna hegemônico.

### **3.2 A Prática Indigenista e a Tutela Pós-88**

Se ao Judiciário é reservado o poder de afiançar as práticas estatais, o Poder Executivo sempre foi a personificação da *longa manus* do Estado em relação aos povos indígenas. Embora a FUNAI tenha perdido grande parte do seu papel com a nova configuração imposta pela Constituição de 1988, pois as políticas indigenistas passaram a ser executadas diretamente pelos demais entes públicos, sua importância continua evidente, já que permanece responsável pela formulação e coordenação da atuação do governo nessa área<sup>81</sup>.

Souza Lima (2014, p. 13) aponta que paternalismo, tutela e clientelismo são práticas constantes no “mundo do indigenismo”, seja por atores governamentais ou não, sendo um dos principais vetores cotidianos das formas de dominação. Criada originalmente para a finalidade manifesta de promover a “progressiva integração na sociedade nacional”<sup>82</sup>, a FUNAI consolidou-se como titular da tutela sobre os índios,

---

<sup>81</sup> Conforme estabelece o artigo 2º, II, do Decreto 7.778/2012.

<sup>82</sup> Artigo 1º, V, da Lei 5.371/1967.

com a edição do Estatuto do Índio. Esse desígnio inicial nunca deixou de fazer parte de suas práticas institucionais, embora seja preciso reconhecer que existe uma disputa interna de narrativas e que há um grande esforço em superar o paradigma paternalista e assistencialista, que não é exclusivo do indigenismo oficial.

Por isso, também é necessário desconstruir a ideia de um Estado homogêneo, abstrato e desprovido de ideologia. Como esclarece Alcida Ramos (1998), o Estado é composto pelas subjetividades de agentes<sup>83</sup> que compõem o chamado indigenismo estatal. O caráter ambíguo do Poder Público é alimentado de “muitos subjetivismos, atos voluntaristas e reações emocionais”. (RAMOS, 1998, p. 8)

O Estado como conceito é um construto e não um agente. Mas o Estado como instituição, embora sendo o resultado de ações de pessoas concretas, assume uma realidade que vai muito além dessas pessoas. Como este aspecto impessoal, institucional do Estado tem sido estudado *ad nauseam* pelas ciências sociais, o que eu quero focalizar aqui é o fator subjetivo do Estado, aquilo que, resultando em soluções institucionais, nasce da subjetividade de seus agentes. Afinal, quem diz e faz em nome do Estado são pessoas com identidade e cara reconhecíveis. Quem produz práticas, normas e leis é gente com personalidades particulares, vieses ideológicos e agendas políticas próprias. (Ibid, p. 7)

A personalização da política de Estado não acontece apenas no indigenismo, mas a FUNAI ofereceu um terreno fértil para essa prática se desenvolver. A administração tutelar operou por muitos anos de forma descentralizada, outorgando grande parcela de poder aos servidores que atuavam na ponta. Os Postos Indígenas, localizados dentro dos territórios, eram comandados pelos chefes de posto, servidores com grande autonomia, que exerciam a função de um “régulo local, [...] gerindo clientelas, engajando-se em todo tipo de exploração do trabalho e dos recursos naturais de uma coletividade indígena” (SOUZA LIMA, 2013, p. 820).

A diversidade de situações que envolve a atividade do indigenismo dificultou a constituição de normas gerais abstratas, como afirmam os próprios servidores da instituição:

---

<sup>83</sup> “As pessoas organizam sua experiência segundo suas tradições, suas visões de mundo, as quais carregam consigo também a moralidade e as emoções inerentes ao seu próprio processo de transmissão. As pessoas não descobrem simplesmente o mundo: ele lhes é ensinado. Evocar a possibilidade de um raciocínio correto acerca das propriedades objetivas das coisas — coisas, ademais, que seriam imediatamente cognoscíveis pelas percepções dos sentidos — seria algo totalmente fora de questão para uma antropologia sensível à organização cultural do conhecimento”. (SAHLINS, 1997, p. 48)

Essa discussão mais geral, mais conceitual, e que possa dar conta de todas as situações postas ali na prática, ela não ocorreu. Não sei se seria possível também construir isso, porque as situações são muito diversas, porque as situações são muito difíceis de você classificar porque cada situação que se apresenta, se apresenta de uma maneira diferente uma da outra. (E1<sup>84</sup>, 2016, informação verbal)

Além disso, como lembra Sandra Nascimento (2016), é necessário contabilizar o grau de liberdade que o próprio Direito confere ao agente público para decidir sobre a conveniência e oportunidade de praticar determinado ato: “o outro aspecto modelar diz respeito à margem de discricionariedade conferida aos agentes estatais que lidam com a questão territorial indígena e a que tipos de controle o agir estatal foi ou é submetido” (NASCIMENTO, 2016, p. 355). Neste sentido, a plasticidade do Direito se converte em poder de controle (Ibid, 2016)

Assim, um olhar sobre o pensamento estatal deve considerar a influência dos atores individuais nas decisões de governo, que representam diferentes concepções de indigenismo. Não obstante, é possível apreender tendências gerais e padrões ideológicos preponderantes, evidenciando as contradições intrínsecas a esse processo.

A opção da presente pesquisa de entrevistar servidores da FUNAI em Brasília, que detêm algum grau relevante de poder decisório, atendeu à necessidade de investigar o pensamento que existe por trás da fachada institucional, principalmente quando se verifica que não há um posicionamento oficial do órgão sobre a questão do usufruto das terras indígenas. As perguntas feitas aos entrevistados visaram captar as opiniões individuais e o entendimento geral sobre o conceito de usufruto indígena, seus limites, obstáculos à sua implementação, vantagens e problemas.

Em quase todas as entrevistas, o artigo 231 da Constituição é apontado logo de início como referencial a ser observado. Contudo, os próprios entrevistados reconhecem que as interpretações acerca dessa definição se dão de forma casuística e variam de acordo com a visão individual do indigenista.

O que se tem feito aqui é tentar se adequar ou se avaliar caso a caso, ou seja, cada atividade ou cada projeto proposto, se ele estaria ou não, poderia ou não ser caracterizado como parte desse usufruto ou estaria ferindo esse direito ao usufruto. [...]

---

<sup>84</sup> Conforme já esclarecido na Introdução deste trabalho (Percurso Metodológico), foi pactuado o sigilo de identidade com os servidores da FUNAI entrevistados. A lista completa de entrevistados encontra-se junto às referências.

Aí começa uma discussão interminável, porque na verdade esses limites não estão definidos, não foi feita essa discussão de definir exatamente os limites desse conceito, até onde ele vai. (E1, 2016, informação verbal)

Pensando já nos limites, eu acho que a discussão principal se coloca aí. Eu, pelo menos, não vejo, não tenho formação em Direito, não estudei muito a fundo o assunto, mas me parece que esse esforço de fazer uma compatibilização entre legislação ambiental e a legislação indigenista e a própria prática indigenista não foi feito a fundo em relação a esse assunto, de modo que tem muitas lacunas e muitas coisas que a gente fica em dúvida. [...] Começa de visões dentro da própria FUNAI distintas em relação a isso, passa pela relação entre distintos órgãos. [...] E nunca teve exatamente um esforço para coordenar essas visões, salvo raros casos, como teve uma época a questão da comercialização do artesanato indigena. (E2, 2016, informação verbal)

O conceito de usufruto tem muitas interpretações porque ele é fruto de um mosaico de legislações, de referências e de uma carga histórica que acabam dando tonalidades distintas, mesmo. Você tem tonalidades talvez mais autonomistas, tem uns resquícios mais da tutela... [...] Então acho que esse é um obstáculo difícil de lidar, visões conflitantes no mesmo órgão e visões que, elas próprias são um limite. Elas limitam muito mais o usufruto exclusivo dos povos indígenas. (E3, 2016, informação verbal)

Por mais que eu tenha lido e estudado a questão do usufruto, da necessidade de regulamentação, que até hoje isso está na nossa cabeça, mas não está escrito em lugar nenhum, não está regulamentado. Todos os pensadores e todos os indigenistas falam em usufruto, mas ainda não tem uma norma sobre isso, qual a extensão disso aí, o que significa usufruto exclusivo. (E4, 2016, informação verbal)

Para a maioria dos entrevistados, o problema central da interpretação acerca do usufruto indígena se refere a uma suposta ausência de regulamentação infraconstitucional sobre a matéria. Há uma crença generalizada de que a positivação de normas geraria maior segurança jurídica e garantiria a efetivação dos direitos.

Como leigo eu fico tentando entender. Eu acho é isso, tem um peso grande constitucional nessa coisa do usufruto que não tem um desdobramento infraconstitucional sobre isso, porque acho que era nisso que se precisaria investir. (E2, 2016, informação verbal)

Cabe a nós na FUNAI fazer algumas outras peças, criar normativas infra que apliquem melhor as especificidades da legislação para os indígenas. O principal desafio ou obstáculo é conseguir fazer esse corpus normativo, porque não depende só da FUNAI e, acho que tem obstáculos externos que, é exatamente isso, é conseguir pautar essa

agenda dentro do Ibama, dentro do Ministério da Pesca, dentro do Ministério do Turismo, enfim... [...] Faltam servidores qualificados pra debater isso, pra propor normativas, o que não é fácil. Ter gente de fato qualificada que possa sentar e pensar normativas, engenhar essas possibilidades, na verdade tem muito pouco. (E3, 2016, informação verbal)

Mas a gente, como Estado, até ter uma legislação que defina isso muito claramente, a gente acaba ficando à mercê disso. [...] Assim, você não tem a aplicação de certas ferramentas, aí você precisaria, como eu digo, eu acho que falta muita normatização. [...] O usufruto, claro, ele é uma prerrogativa constitucional para os indígenas que é extremamente importante, mas o fato de você não ter outras normativas que também tratem do tema de forma mais explícita, que gerem oportunidades e ao mesmo tempo o controle, que é exigido, até por ser patrimônio do Estado. Enquanto você não conseguir consensuar isso e normatizar, você sempre vai ficar um pouco nesse imbróglio. (E5, 2016, informação verbal)

Acho que nenhuma dessas questões estão regulamentadas, né? Portanto, qualquer discussão sobre isso, opinião, seria juízo de valor, estaríamos falando de achismo. Por exemplo, manejo florestal, bom, não tá previsto legalmente. Arrendamento, não está previsto legalmente. Obviamente, a partir do momento que você regulamenta, regulariza, aí existem regras, regras de negócio, como qualquer situação a exemplo das UC sustentável. Havendo regras de negócio, se implementam as regras de negócio. Você, como advogada, pode fazer alguma coisa que não esteja regulamentada? [...] Se regulamentar, tá beleza, tá justo e acho que tem q regulamentar, tem diversas práticas econômicas que têm que ser regulamentadas. Acho que a sociedade tem evoluído e da mesma forma a legislação pertinente ao uso das terras indígenas tem que avançar também, sob pena de que, se não regulamenta, eles vão ser cada vez mais pressionados. (E6, 2016, informação verbal)

Max Weber apontou o papel central da burocracia em nossa sociedade “como elemento fundamental em qualquer tipo de administração de massas”. Segundo ele, a burocracia se desenvolveu sob os auspícios do capitalismo, que “criou a necessidade de uma administração estável, rigorosa, intensiva e incalculável”. (WEBER, 1978, p. 26) Assim, o indigenismo estatal se pretende como uma instância de interculturalidade, mas é pautado pela burocracia, pois integra a máquina governamental. Esse paradoxo foi identificado na fala dos entrevistados, já que quase todos afirmaram como uma necessidade prioritária a criação de mais regras pela Administração, o que seria também a solução para resolver a questão do personalismo na instituição.

Conquanto seja notável o apego da burocracia à normatização, esse caminho, via de regra, encontra-se afastado do que se poderia denominar como legalidade

estrita. Ao contrário do que supõe o senso comum na repartição, o parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição de 1988 assegura a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais<sup>85</sup>, o que independe de regulamentação infraconstitucional. Além disso, o princípio da reserva legal impõe que as restrições ao exercício da liberdade somente podem ser estabelecidas por espécies normativas originadas do processo legislativo<sup>86</sup>. Para Freitas Júnior (2013), as normas definidoras dos direitos dos índios às suas terras têm natureza de direito fundamental e, por isso, possuem eficácia jurídica plena, sendo suscetíveis de aplicação direta e imediata.

O problema central na efetivação dos direitos indígenas não reside na ausência de normatização<sup>87</sup>, mas, principalmente, na disseminação de uma cultura de não reconhecimento dos direitos indígenas, especialmente no que se refere ao direito à autodeterminação, quando se considera o universo do indigenismo estatal.

[...] cada vez mais se torna perceptível que a crise dos direitos fundamentais não se restringe a uma crise de eficácia e efetividade, mas se revela também como uma crise na esfera do próprio reconhecimento e da identidade dos direitos fundamentais, ainda que esta se encontre diretamente vinculada à crise da efetividade. Sem que tenhamos condições de desenvolver este aspecto, constata-se uma crescente descrença nos direitos fundamentais. (SARLET, 2001, p. 9)

Nas entrevistas colhidas, nenhum dos interlocutores mencionou como possível recurso para esses dilemas institucionais a implementação de instrumentos de diálogo intercultural ou o reconhecimento do protagonismo indígena. Alguns entrevistados relataram ser desejável que as normas sobre usufruto sejam construídas em conjunto com os povos indígenas, mas foi unânime a concepção de que as regras devem se originar do Poder Público, em que pese exista alguma

<sup>85</sup> A doutrina tem entendido que os direitos territoriais indígenas também se constituem em direitos fundamentais: “Assim, também sustentar-se-á a fundamentalidade do direito indígena à posse das terras tradicionalmente ocupadas, demonstrando que decorre do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou seja, que se inspira no princípio da dignidade da pessoa humana e no regime democrático; equivale a um princípio jurídico e compara-se com os demais direitos fundamentais constitucionais” (FREITAS JUNIOR, 2013, s/p); “Do que vem de ser escrito não parece haver dúvida de que os direitos dos índios constituem os elementos constitucionais essenciais da ordem constitucional brasileira, e, portanto, são direitos fundamentais” (SILVA, 2015, p. 80).

<sup>86</sup> “Acréscimo que neste domínio dos direitos fundamentais, a reserva de lei não possui apenas uma dimensão garantística em face das restrições de direitos; ela assume também uma dimensão conformadora-concretizadora desses mesmos direitos”. (CANOTILHO, 1993, p. 793)

<sup>87</sup> A demanda por normatização da autonomia dos índios está presente desde a regulamentação das missões, o que remonta ao período colonial, sendo uma constante má relação do Estado com os índios.



consciência do papel “cerceador e colonizador” (E3, 2016, informação verbal) do Estado. Quando os entrevistados mencionam a importância da participação indígena, esse instrumento é subsidiário e sujeito às regras do monismo estatal, do qual a FUNAI é parte integrante. Aliás, é de se notar que os termos “pluralismo” e “interculturalidade” (ou conteúdos correlatos) não foram citados por nenhum entrevistado.

Da mesma maneira, a gente tem defendido criar regras e maneiras de conduzir esse usufruto. Não é porque o usufruto é dos índios que também eles ficam livres pra não seguir outros códigos, outras legislações, entre elas, assim, a legislação ambiental, entre elas o código civil, entre elas o Código tributário, enfim... [...] Nosso trabalho de intermédio é de conseguir talvez criar peças nesse meio do caminho, numa aplicabilidade relativizada dessas peças, do Código Civil, do Código ambiental, enfim... no caso do Código Florestal, pra que haja procedimentos nesse usufruto. Enfim, como qualquer cidadão, eu acho que tem que ter procedimentos, tem que ter regras. O desafio é um pouco isso. [...] A gente tem que deixar os normativos abertos e se os índios quiserem de fato manter a floresta, é uma possibilidade. Mas, a gente como Estado não pode..., me vejo no papel cerceador e colonizador. Se os índios quiserem adaptar ou mudar a cultura para, enfim, incorporar qualquer tipo de cadeia produtiva, enfim, não cabe a mim, cabe a eles decidir. [...] Mas, de novo, não é por isso que os índios não devem ter uma normativa que preveja. Acho que nosso papel é realmente abrir. [...] Aí, a gente como FUNAI devia apoiar eles a criar o procedimento correto pra isso, respeitando a legislação ambiental, talvez adequando uma ou outra normativa. (E3, 2016, informação verbal)

Assim, você não tem a aplicação de certas ferramentas, aí você precisaria, como eu digo, eu acho que falta muita normatização. Essas coisas precisam ficar claras e claramente construídas junto com eles. (E5, 2016, informação verbal)

E a minha tendência é achar que o campo do indigenismo, por princípio, não deveria colocar nenhum obstáculo que não sejam os obstáculos, assim, da legislação ambiental. Mas eu acho que com cuidado, também, de que isso seja uma coisa construída com eles e que não sejam limitações policiais, assim de imposição, e que seja algo construído com eles. (E2, 2016, informação verbal)

Eu acho que o que falta realmente é uma discussão mais séria, mas ao mesmo tempo, com os próprios índios, que traga eles para que se defina de forma mais consensuada o que é, quais são os limites desse usufruto exclusivo. [...] Mas mantendo a esse lacre, esse selo de terra para usufruto exclusivo por parte deles, para que não haja uma liberalidade que permita qualquer coisa [...]. (E1, 2016, informação verbal)

Algumas das falas, por outro lado, deixam clara a concepção de que os índios não estariam preparados para assumir a gestão de seus territórios, ou mesmo que essas populações não teriam capacidade de auto-regulação em relação aos seus recursos sem a intervenção do Estado.

Mas daí você entra em outro impacto, se ele começar a querer vender muito, pra ele ter muito recurso, pra ele ter muitas outras coisas que ele quer, isso não vai impactar o direito do outro que está dentro da terra indígena? [...] Eu acho que os planos de gestão são ferramentas muito boas, porém muito frágeis. Enquanto a gente não tiver ferramentas mais sólidas, que a gente possa realmente usar na gestão compartilhada desse território, eu acho que isso não vai funcionar bem. Eu acho que a gente vai estar sempre muito a mercê de uma coisa que você não tem muito como planejar. Se você não tem como planejar, você fica à mercê de qualquer coisa. Pro Estado isso é muito complicado, né. Então, eu acho que a normatização nesse cenário. Agora, há outros cenários em que muita gente apregoa que as terras indígenas deveriam ser de propriedade dos indígenas e que eles, em plena autonomia, decidir o que fazer com elas, só não podendo vendê-las, como acontece. [...] Não sei se o Brasil está preparado para isso. Eu acho que careceria um pouco mais de fortalecimento da autonomia indígena, que ainda é muito recente, se a gente olha a Constituição Federal, ela é muito nova, a gente tá falando de pouco tempo e eu não sei se a gente tem essa maturidade ainda. Nem o Estado e nem os próprios indígenas. (E5, 2016, informação verbal)

Para ancorar a ideia de incapacidade dos índios, são utilizados principalmente argumentos relativos à sustentabilidade ambiental, embora a questão da preservação das terras indígenas transborde a discussão sobre o usufruto exclusivo, como apontou um dos entrevistados<sup>88</sup>. A ideia subjacente à retórica de controle do Estado é a de que os indígenas poderiam destruir seus recursos naturais e inviabilizar sua própria existência, caso assumissem integralmente a gestão de suas terras. Verifica-se, de modo geral, a ausência de reconhecimento dos conhecimentos tradicionais, um “não lugar” para os seus saberes na discussão sobre os limites do usufruto. Nesse ponto, a aplicação da legislação ambiental seria a solução para essa questão, impondo a lógica preservacionista, ao invés de suas práticas ancestrais de manejo.

---

<sup>88</sup> “Eu acho que quando a discussão sobre o usufruto exclusivo é canalizada para este lado, ela está, vamos dizer assim, perdendo sentido, vai deixando de ser a discussão do usufruto e vai se tornando a discussão da sustentabilidade das práticas, das atividades postas em prática dentro da terra indígena, uma discussão do lado da sustentabilidade ambiental”. (AM, 2016, informação verbal)

Então, quando uma comunidade, vamos supor que ela opte por exaurir os recursos naturais, ela está fadando seus descendentes a uma tragédia, porque, por mais que ela possa viver de outras fontes também, você gera problemas para a descendência. Aí, o Estado também tem esse papel, porque é para a geração atual e seus descendentes, você não vai ter outra terra necessariamente. (E5, 2016, informação verbal)

Acho que, em termos mais gerais, não ter existido um esforço coordenado e claro, decisivo, incisivo, digamos, de compatibilização da legislação ambiental com a legislação indigenista é um obstáculo, porque fica sempre essa sombra, sombra de certas coisas que é melhor a gente fazer vistas grossas ou então outra visão diria: não, vamos lá e vamos proibir mesmo, não pode fazer isso, os outros não podem, eles também não podem. A minha tendência é ir nessa direção, de que a legislação é uma só e que eles tem que se adequar de fato, mas isso tem que ser um processo e nesse processo eu vejo que tem muito obstáculo pra isso acontecer. (E2, 2016, informação verbal)

Da mesma maneira, a gente tem defendido criar regras e maneiras de conduzir esse usufruto. Não é porque o usufruto é dos índios que também eles ficam livres pra não seguir outros códigos, outras legislações, entre elas, assim, a legislação ambiental, entre elas o código civil, entre elas o Código tributário, enfim... (E3, 2016, informação verbal)

Essa proteção que o Estado deve aos índios, essa proteção especial aos índios e seu patrimônio, eu não entendo que seja um limitador, mas sim um promotor de garantia dos índios permanecerem como são, uma cultura diferenciada, mesmo que eles tenham suas decisões e seus modelos próprios de etnodesenvolvimento. Desde que esses modelos próprios de etnodesenvolvimento não conflitem com a própria garantia de continuidade de sua reprodução física e cultural dentro daquele território. (E4, 2016, informação verbal)

Nota-se, portanto, que o discurso ambientalista é utilizado para criar barreiras ao livre usufruto, fundadas numa suposta tutela de direitos e a despeito da ausência de respaldo constitucional para tanto. As expectativas de sustentabilidade da sociedade envolvente são impostas como imperativos morais aos indígenas, sobrepondo-se aos valores de pluralismo e de respeito à alteridade.

A ideologia do desenvolvimento sustentável se orienta basicamente no sentido de perpetuar o paradigma capitalista de exploração da natureza e difere em essência dos modelos de desenvolvimento dos povos indígenas, cuja eficácia tem sido provada pelo decurso do tempo<sup>89</sup>. Como ressalta Pimenta (2002, p. 128), “o

---

<sup>89</sup> Embora seja preciso evitar a “ecologização” do índio, é inegável que suas formas de manejo do meio ambiente têm se mostrado de grande valor, como mostra Viveiros de Castro: “Ora, não há dúvida que os povos amazônicos encontraram, ao longo de milênios, estratégias de convivência com

ambientalismo não deve ser confundido com os laços socioculturais peculiares que unem cada sociedade indígena ao seu meio ambiente”. A proteção ambiental das terras indígenas não está apartada do reconhecimento das lógicas culturais, de modo que a sustentabilidade somente pode ser considerada a partir da ótica desses povos, com base nas suas próprias experiências de relação com o meio natural.

Para tanto, Bruce Albert (1996, p. 201) lembra que o debate da sustentabilidade deve evitar todos os estereótipos, tanto o dos “índios ecologistas (autênticos)”, quanto o dos “índios predadores (aculturados)”. O autor pondera que as mudanças no uso dos recursos naturais pelos povos indígenas depende, em síntese, do “leque de opções sócio-econômicas e políticas oferecidas para sua articulação com a chamada ‘sociedade envolvente’”.

As entrevistas, no entanto, denotam que o indigenismo praticado pela FUNAI ainda não situa os saberes indígenas em condição (ao menos) paritária com o conhecimento produzido pela academia ou pelos órgãos de governo. A inferiorização dos indígenas como produtores de conhecimento sobre seus territórios mostra-se visível ao verificar que os entrevistados convergem de forma unânime no entendimento de que a legislação ambiental genérica deve ser aplicada nessas áreas.

A propriedade da União sobre as terras indígenas também é evocada pelos entrevistados como uma condição de limitação ao pleno usufruto. A despeito do usufruto atribuir ao seu titular ampla liberdade na utilização do bem, as entrevistas mostram que há uma opção por uma interpretação flagrantemente mais restritiva do usufruto indígena, que tem sede constitucional, do que a conferida ao usufruto civilista, quando a técnica de hermenêutica obrigaria ao inverso.

Então, usufruto é uma consequência limitadora ou compensadora, uma compensação por eles não terem a propriedade. Você tendo a propriedade, você tem o usufruto também. No caso dos índios eles têm o usufruto e não têm a propriedade. Esse é um primeiro aspecto que tem que ser destacado. (E1, 2016, informação verbal)

---

seu ambiente que se mostraram com grande valor adaptativo; que, para tal, desenvolveram tecnologias sofisticadas, infinitamente menos disruptivas das regulações ecológicas da floresta que os procedimentos violentos e grosseiros utilizados pela sociedade ocidental; que esse saber indígena deve ser estudado, difundido e valorizado urgentemente; que ele poderá ser, em última análise, o passaporte para a sobrevivência, no mundo moderno, das sociedades que o produziram.” (VIVEIROS DE CASTRO, 2007, p. 3-4)

Em várias constituições e, aliás a própria Convenção 169, ela coloca que as terras devem ser tituladas aos povos indígenas. Então, a propriedade vai aos povos indígenas. Neste sentido, a legislação do Brasil destoa da maioria na América Latina. [...] Um exemplo meio grosseiro, mas q é bom fazer, é que se um parente te dá um imóvel em usufruto, em tese você pode alugar ele também, pode arrendar em tese, mas aí você começa a esbarrar nesses limites da inalienabilidade e indisponibilidade. No caso brasileiro, enfim, a gente tem esse limite. A terra ela não é titulada, ela é de propriedade da União, porém o usufruto de boa parte dos recursos, fora o ar e o subsolo, a água, a florestas, tudo mais é dos índios. E aí, assim uma combinação que é possível, bom, se a terra é propriedade da União, tem esse tema forte da minha coordenação que é o do arrendamento. Em tese, por princípio, se uma terra é pública, ela não pode servir a terceiros de forma indiscriminada, seria favorecimento ilícito. Por isso o Estatuto da Terra em 74 já trazia isso, que é vedado o arrendamento de terras públicas. E o Estatuto do índio, pouco tempo depois, dá esse limite de que a terra indígena não pode ser arrendada. Apesar de se ter o usufruto exclusivo dos povos indígenas, há regulamentações infra que acabam restringindo um pouco isso. (E3, 2016, informação verbal)

A gente tem uma situação que é um pouco incomum, que é a terra ser de propriedade do Estado. Acho que isso muda muito até que ponto vai o usufruto, o limite do usufruto, que é uma questão que foi colocada. [...] Então assim, essa questão do usufruto diferente da propriedade, ela é muito delicada, e é uma opção do Estado Brasileiro. Você vê, por exemplo, nos Estados Unidos os indígenas tem a posse e o usufruto é deles, a terra é deles, para qualquer tipo de uso que se queira dar. A opção do Estado Brasileiro de manter a propriedade, ao passo que restringe os indígenas em alguns pontos, ela também gera ônus para o Estado, porque aquilo ali é patrimônio da União, o Estado tem que cuidar. Então como é que você cuida? Na lógica que eu falei inicialmente, de que o indígena tem direito a tudo ali dentro, a fazer tudo da forma como ele achar melhor, dentro da sua cultura, da sua lógica. Agora, saiu dali de fora, aí o Estado já vê com outros olhos, de que não, então ele está tirando da finalidade precípua, que era sua sobrevivência física e cultural para atendimento de um interesse individual que seria, sei lá, comprar um carro com o recurso da madeira. [...] Se você é o dono daquilo ali e você entra num acordo com a comunidade, você poderia dar outros usos para aquela terra, para aquela área, conforme o entendimento daquela comunidade. Agora, o Estado, por ser protetor daquela área, por ser responsável por ela, e o que apregoa a legislação, que apesar de dar usufruto pleno aos indígenas, ao mesmo tempo ela cria outras barreiras, como, por exemplo, as terras indígenas são áreas protegidas, sim, elas servem pra conservação, sim. Então, teoricamente, o Estado admite que as terras são para uso tradicional. (E5, 2016, informação verbal)

É terra da União. Se é terra da União, qual é a regra? Se somos servidores públicos? Se regulamentar, tá beleza, tá justo e acho que tem que regulamentar, tem diversas práticas econômicas que têm que ser regulamentadas. Acho que a sociedade tem evoluído e da mesma forma a legislação pertinente ao uso das terras indígenas

tem que avançar também, sob pena de que, se não regulamenta, eles vão ser cada vez mais pressionados. (E6, 2016, informação verbal)

A narrativa estatal, mesmo desprovida de juridicidade, acaba por restringir o usufruto constitucional em face do simples argumento de que a terra é pública. Paul Little (2002b) afirma que, no Brasil, o esquema de divisão das terras em duas modalidades básicas (privadas, presididas pela lógica individualista, e públicas, associadas diretamente com o controle por parte do Estado<sup>90</sup>) não corresponderia às necessidades dos diversos membros das sociedades latino-americanas. As territorialidades de povos tradicionais são categorias diferenciadas, que não possuem o mesmo regime das terras públicas *stricto sensu*, como já foi tratado no Capítulo 2, o que denota a inadequação dessa classificação dicotômica entre público e privado.

A propriedade da União não grava esses bens com os atributos típicos dos bens públicos *stricto sensu* e nem mesmo a legislação<sup>91</sup> sugere que essa condição sujeitaria as terras indígenas a princípios administrativistas, tais como a necessidade de licitação, o princípio da impessoalidade ou da transparência, por exemplo, o que denota o absurdo desse raciocínio. As falas dos entrevistados evidenciam que não existe um esforço argumentativo de demonstrar um raciocínio jurídico a esse respeito. A simples alusão à propriedade da União é uma retórica com suficiente poder simbólico para justificar a intervenção tutelar do Estado.

Um fenômeno análogo acontece quando é feita menção ao usufruto exclusivo. O atributo de exclusividade é tão somente uma garantia de que a terra não será gravada com ônus real em nome de ninguém mais, além do povo indígena respectivo. Não se trata de uma restrição à livre utilização por parte dos indígenas, por óbvio, pois eles são os destinatários da garantia de autonomia e amplo acesso ao bem.

Entretanto, os entrevistados apoiam-se na exclusividade do usufruto para legitimar a proibição de que terceiros usem dos recursos das terras indígenas, ainda que sob consentimento dos próprios usufrutuários, como na hipótese de territórios compartilhados com outros povos tradicionais. Essa ideia contraria em essência o

---

90 “O binômio privado-público, para Quijano, representa ‘duas caras da mesma razão instrumental, cada uma encobrendo a dos agentes sociais que competem pelo lugar de controle do capital e do poder: a burguesia e a burocracia’”. (LITTLE, 2002b, p. 24)

<sup>91</sup> Sequer a doutrina aponta nessa direção. Ao contrário, a posição da maioria dos autores é a de que as terras indígenas são uma categoria *sui generis* de bens públicos.

espírito do usufruto exclusivo, que se apoia no direito de liberdade de uso do bem. Não se trata, portanto, de obrigar a utilização solitária do bem pelos indígenas, mas de garantir o domínio desses sujeitos sobre as condições de uso do território. Ao admitir a interferência estatal nas condições estabelecidas pelos índios, o usufruto deixa de ser exclusivo desses sujeitos e passa a ser exercido em condomínio com o Poder Público, o que contraria a previsão constitucional.

A qualificação desse usufruto quando diz que é exclusivo, ele exclui, obviamente, pelo próprio nome, pelo próprio termo qualquer outro agente, qualquer outro ator como agente desse usufruto ou beneficiário dele. [...] A FUNAI tem um consenso aqui, no sentido de que o arrendamento fere o usufruto, na medida que um terceiro vai, na verdade, usufruir e pagar uma renda e isso caracterizaria a perda do usufruto exclusivo por parte dos índios, ou seja, não estaria contemplado. Aí vêm outras atividades, por exemplo. O turismo fere o usufruto? Aí já entra em outra área de mais difícil solução, já começa a haver uma divisão. O turista está usufruindo? Os índios estão exercendo uma atividade econômica que não fere o direito ao usufruto, na medida em que a pessoa está ali por uma temporada curta e tal e não está exercendo nenhuma atividade econômica, não está levando nada da terra indígena, etc. Mas aí se coloca, mas e o turismo para pesca? [...] A pessoa vai lá para pescar, são os pescadores e tal. Aí não, aí já avançou um pouco mais, né? Não, mas é pesca esportiva, ele não leva o peixe, ele devolve o peixe para natureza ou o peixe fica pra consumo dos índios, ou o peixe é utilizado na alimentação deles, mas já está pago pela taxa que ele pagou para entrar na terra indígena, enfim... Eu acho que esse lacre "terra indígena para usufruto exclusivo" deve ser mantido e é muito importante para que as terras indígenas continuem de alguma forma protegidas. (E1, 2016, informação verbal)

Bom, eu entendo de uma maneira bastante literal, assim. Usufruto seria os indígenas terem, bom, pensando no usufruto exclusivo, os recursos naturais que tem nas terras deles, só eles poderiam fazer uso e aproveitamento. (E2, 2016, informação verbal)

Essa configuração é mais complexa, mas a gente tem mantido a leitura de que não, pelo princípio de que é público, pelo princípio de que, enfim, não poderíamos favorecer a terceiros. Então, arrendamento não entra. (E3, 2016, informação verbal)

Eu acho até inconstitucional a FUNASA chegar lá e fazer uma casa lá, a FUNAI fazer uma casa. Não pode, a Constituição não permite esse tipo de coisa. Terra indígena só tem uma destinação: ao bem viver dos índios. E aí, por isso, talvez a Constituição seja redundantemente clara. O usufruto exclusivo está nesse mesmo entendimento, nessa mesma filosofia da excepcionalidade. (E4, 2016, informação verbal)

Além disso, os servidores entrevistados normalmente justificam a intervenção do Estado sob o fundamento de que o usufruto seria atribuído à coletividade, em detrimento do direito individual, para resguardo da reprodução física e cultural das futuras gerações. Assim, competiria ao Poder Público garantir um suposto acesso “igualitário” aos recursos advindos do usufruto.

Na verdade, os dispositivos constitucionais eles vêm com princípios que são bem gerais, do direito ser imprescritível, normalmente a titulação é feita de forma coletiva, então não é uma propriedade individual, a propriedade é titulada sim, mas para o coletivo do povo. (E3, 2016, informação verbal)

É um recurso que é da coletividade, não é do indivíduo. A terra indígena não pertence a uma família ou a um grupo de famílias, ela pertence a uma coletividade, que pode ser composta por diversos núcleos familiares, por um único, enfim... Vai daí as diversas realidades que a gente tem. A gente tem alguns entraves e esse entrave da coletividade gera isso. [...]  
A FUNAI, por exemplo, ela não pode trabalhar para um índio, ela tem que trabalhar para a comunidade indígena. E aí a gente acaba optando pelo coletivo, que muitas vezes pode restringir o individual. Isso é um fato. (E5, 2016, informação verbal)

Ou seja, você não pode comprometer aquele bem de tal forma que as gerações futuras não tenham como sobreviver naquele território por conta de um mau uso que a geração anterior fez ou usou de uma forma errada. E aí, quem é o garantidor dos direitos das gerações futuras, da geração presente? [...]  
É o Estado, porque é a própria Constituição que assim estabelece. É dever da União garantir e proteger todos os bens, inclusive os bens materiais e imateriais. O direito ao usufruto exclusivo é um bem deles que deve ser garantido pelo Estado. [...]  
Ou seja, se aquela comunidade tem o direito de modificar de tal forma aquelas condições ambientais que caracterizam aquela terra indígena, então tem dois erros. Ou a forma de uso dos índios está errada ou os pressupostos que foram utilizados para garantir o direito sobre a terra estavam equivocados. (E4, 2016, informação verbal)

Essa dicotomia entre direitos individuais e coletivos costuma estar baseada em falsos pressupostos e diz mais respeito sobre a forma com que a racionalidade ocidental opera do que propriamente sobre conflitos vividos pelas comunidades indígenas.

A Constituição de 1988 atribuiu aos índios o usufruto exclusivo de suas terras, de acordo com sua organização social, costumes, crenças e tradições. A conceituação desse usufruto como “coletivo” se deu à revelia de qualquer menção



expressa do texto e segundo parâmetros da tradição jurídica colonial<sup>92</sup>, que opõe ao direito individual o direito coletivo<sup>93</sup>. Segundo os princípios individualistas liberais, o coletivo nada mais é do que um aglomerado de indivíduos simetricamente arranjados a partir do pressuposto da “igualdade”. Essa concepção etnocêntrica considera que a unidade mínima de uma coletividade indígena é o indivíduo, bem como que todos os sujeitos têm expressividade similar em seus contextos de origem e anseio por direitos de mesma natureza. Sabe-se, entretanto, que as culturas indígenas se caracterizam pela grande diversidade<sup>94</sup> de arranjos nas suas organizações sociais, as quais não se alicerçam na concepção ocidental de indivíduo, mas são construídas com base em noções diferenciadas de pessoa e de sociedade.

Paul Little (2002, p. 46) alerta para os perigos desse novo tipo de paternalismo<sup>95</sup>, que comumente ignora os modos diferenciados de distribuição de recursos e de divisão de tarefas nessas sociedades, impondo um igualitarismo colonial para contextos multidiversos.

Ademais, sobressai nas entrevistas uma tentativa de estabelecer limites objetivos para conceituar as atividades abarcadas pelos direitos de usufruto, que poderiam ser desenvolvidas nas terras indígenas ou que não estariam sujeitas à normatização estatal. É uníssono o argumento de que somente as práticas “tradicionais” estariam imunes à legislação comum. A definição do que seriam essas práticas é sempre vinculada à ideia de subsistência mínima e de sobrevivência segundo os usos e costumes ancestrais, assim considerados.

A gente tem trabalhado, todos esses anos a gente vem trabalhando muito forte com essa ideia do usufruto exclusivo, sempre na ideia de que esse usufruto dos índios se dá para a manutenção de um modo de vida diferenciado. Então, o usufruto está vinculado à caça, à

---

<sup>92</sup> O Direito contemporâneo, apoiado no multiculturalismo, superou em muito a concepção liberal de direitos individuais do século XIX, diferenciando-se da ideia de direitos individuais absolutos que remanesce no senso comum.

<sup>93</sup> “Para Will Kymlicka, o termo “direitos coletivos”, quando utilizado no contexto de políticas multiculturais, leva a mal-entendidos. Para além de ser demasiado abrangente, ele levaria a suposições equivocadas sobre a relação (e conflito) com direitos individuais”. (RODRIGUES, 2011, p. 52)

<sup>94</sup> “A diversidade entre as sociedades é maior do que as suas similitudes”. (BARBOSA, 2001b, p. 37)

<sup>95</sup> Paul Little mostra que esse tipo de paternalismo é muito comum no chamado “projetismo”, “modalidade específica de desenvolvimento na qual atividades tais como a defesa de território, a produção econômica e a organização política precisam ser “traduzidas” num “projeto” para seu possível financiamento por um programa governamental ou por uma organização não-governamental”. (LITTLE, 2002, p. 46)

pesca, à coleta, ele tá vinculado à moradia, no caso da extração dos materiais, está vinculado a outras atividades de caráter tradicional. Mas com o tempo, obviamente, uma série de outras possibilidades de usos diferenciados vão surgindo. E vão colocando em xeque esse conceito, digamos, puro do usufruto, esse conceito, digamos, original do usufruto, que é a manutenção das práticas que os índios desenvolveram ao longo de sua constituição como povo, como sociedade. [...] Então, as atividades voltadas para o comércio, atividades voltadas para a extração de produtos que não sejam para consumo próprio, que não sejam voltadas pra venda, com é o caso da exploração madeireira, com é o caso de exploração mineral, ainda que seja uma exploração mineral rudimentar, por exemplo, de areia, de água, que não seja extração mineral de minério que está no subsolo. [...] Ainda que seja esta forma de extração mineral, ela coloca em xeque essa questão de usufruto porque esse conceito original de usufruto, ele está muito associado à questão do consumo dos próprios índios, ao consumo e à subsistência imediata deles. (E1, 2016, informação verbal)

Outro dia fui recuperar formulações do ISA, do pessoal do Fernando Batista e da Juliana Santili, que ali, inicialmente o Fernando, depois a própria Juliana, se aproveita da formulação inicial do Fernando, a coisa que eles chamam de “medida da tradicionalidade”, então, que seria muito marcado. Na medida em que eles estão fazendo o uso, ou usufruto dos recursos naturais num padrão tradicional, eles podem fazer sem limitação alguma. [...] Quando começa a ter mão de obra remunerada não indígena, larga escala, mecanização, isso aí já seria um afastamento da tradicionalidade e aí já começaria a ter sérios problemas. (E2, 2016, informação verbal)

Vou dar um exemplo: quando você fala do usufruto indígena, ele pode tirar uma árvore pra construir uma casa, mas teoricamente ele não pode tirar uma árvore para vender e com esse recurso adquirido da venda comprar telha pra essa casa. A legislação não prevê essa situação. Não que ela não possa ser prevista, esta é uma situação que a gente pode tratar, mas efetivamente, você tem o usufruto que é dado ali, no formato tradicional, visando a sobrevivência física e cultural, ponto. [...] O entendimento geral que se tem hoje é: pra dentro pode tudo, pra fora praticamente nada. Tirando venda de sementes, produtos de uma roça ou alguma coisa assim, mas o acesso bruto ao recurso natural, ele pode usar tudo que quiser, mas não pode vender e usufruir disso. [...] Aí eu pergunto, primeiro, você tem que conceituar tradicional. E segundo, quando você classifica como não tradicional e passa a atuar no comercial, existe regras. (E5, 2016, informação verbal)

Mas o usufruto não pode ter esse entendimento ocidental, capitalista nosso de usufruir um bem como o Código Civil dispõe sobre todas as relações nossas, do indivíduo, do cidadão, como o direito de posse e usufruto sobre um determinado bem, uma fazenda. (E4, 2016, informação verbal)

Para os entrevistados, a permissão de atividades não “tradicionais” nas terras indígenas implicaria no risco de descaracterização desses territórios<sup>96</sup>. Práticas consideradas atípicas em relação aos padrões culturais indígenas desvirtuariam o que seria o objetivo da demarcação - ocupação segundo seus costumes e tradições, tendo em vista que a Constituição estabelece requisitos para aferição da tradicionalidade da área.

Esse ponto de vista demonstra uma preocupação com uma possível aculturação dos indígenas e, por consequência do território, reforçando a ideia de perda cultural. A prática de atividades mercantis significaria o ingresso na lógica capitalista urbana e o abandono das cosmovisões indígenas. Esta ideia, como já foi discutida anteriormente, estava presente no Estatuto do Índio, que previa a possibilidade de emancipação do índio integrado, o que ocasionaria o retorno das terras ao domínio pleno da União.

Olha, vocês têm todo o direito sem limites de fazer o uso de seu território. Isso não é um contrassenso com os próprios fundamentos da Constituição que usou um pressuposto para demarcar aquela terra indígena? Ou seja, se aquela comunidade tem o direito de modificar de tal forma aquelas condições ambientais que caracterizam aquela terra indígena, então tem dois erros. Ou a forma de uso dos índios está errada ou os pressupostos que foram utilizados para garantir o direito sobre a terra estavam equivocados. (E4, 2016, informação verbal)

O conceito de usufruto exclusivo não pode ser flexibilizado a ponto de ser descaracterizada a terra como de posse indígena, esse é o perigo que se corre, caso essa flexibilização avance muito, a ponto de permitir o arrendamento, etc. (E1, 2016, informação verbal)

Mostram-se presentes também nas entrevistas reflexões sobre transformações culturais e o surgimento de novas necessidades dos povos indígenas. No entanto, há nitidamente uma opção institucional de restringir a auto-regulação nesses casos, por meio da heteronomia normativa.

Agora, se você faz isso, mas ao mesmo tempo fala pra eles: bom, mas para você poder ter esse direito significa que você tem que viver congelado no tempo, sem poder acompanhar o desenvolvimento tecnológico e até de demandas. [...] Se for feita essa interpretação de que tudo que está ali (na CF 88) é só apenas segundo seus usos,

<sup>96</sup> Esse argumento oculta o fato de que a descaracterização das terras indígenas se deu historicamente em razão do esbulho e da ocupação por não indígenas e não pelo uso dos índios, seus legítimos possuidores.

costumes e tradições e aí você colocar esse foco tão grande na tradição a ponto de dizer: bom a partir do momento em que eles estiverem usando máquinas e tiverem comercializando não pode, eu acho que isso é limitar direitos. [...] A minha tendência é ir nessa direção, de que a legislação é uma só e que eles têm que se adequar de fato, mas isso tem que ser um processo e nesse processo eu vejo que tem muito obstáculo pra isso acontecer. (E2, 2016, informação verbal)

E aí, se eles optam fazer uma lavoura mecanizada de soja, que não tem nada a ver com a reprodução cultural *stricto sensu*, enfim... Mas a própria cultura se modifica. A gente fala *stricto sensu* assim, a cultura tomada como romântica anos atrás. Mas se eles podem escolher os processos de desenvolvimento que querem, então, enfim, eles podem também deixar para trás elementos culturais que quiserem. Ou incorporar novas coisas. E pra mim, a incorporação de metodologias e de novos costumes, ela é um processo normal, cabe a eles dizer o que que eles querem fazer e nem por isso eles perdem o direito à terra. [...] Aí, a gente como FUNAI devia apoiar eles a criar o procedimento correto pra isso, respeitando a legislação ambiental, talvez adequando uma ou outra normativa. [...] Usufruto serve para os índios conduzirem seus futuros, seus projetos de vida a seu bel prazer. Enfim, foi dito, com regras, regramentos, mas enfim, o usufruto em tese possibilitaria utilizar esses recursos para desenvolver seus planos de vida, desenvolver aquilo que é o bem viver pra eles, independente de uma ou não mudança cultural nesse processo. Mudanças culturais vão acontecer. (E3, 2016, informação verbal)

Justamente eles poderem utilizar o espaço que foi reconhecido para suas atividades inicialmente tradicionais, mas que vão ao longo do tempo sofrendo mudanças, porque a sociedade deles vai avançando, tanto a deles quanto a nossa. Eles podem praticar qualquer atividade que eles queiram praticar, não vejo problema nenhum em relação a isso. Se for uma atividade tradicional, de subsistência, seguem as regras previstas na política indigenista, não vejo problema nenhum. (E6, 2016, informação verbal)

Essa proteção que o Estado deve aos índios, essa proteção especial aos índios e seu patrimônio, eu não entendo que seja um limitador, mas sim um promotor de garantia dos índios permanecerem como são, uma cultura diferenciada, mesmo que eles tenham suas decisões e seus modelos próprios de etnodesenvolvimento. Desde que esses modelos próprios de etnodesenvolvimento não conflitem com a própria garantia de continuidade de sua reprodução física e cultural dentro daquele território. (E4, 2016, informação verbal)

A concepção de que os territórios indígenas estariam reservados apenas às “práticas tradicionais” revela um discurso sobre cultura funcionalista e essencializante. Terence Turner (apud SAHLINS, 1997, p. 122) conceitua cultura

como sendo “o meio pelo qual um povo define e produz a si mesmo enquanto entidade social em relação à sua situação histórica em transformação”.

Marshall Sahlins (1997) relata que a crítica pós-modernista à prática etnográfica se deve não ao fato de que tenha chegado a um fim a ideia de cultura, mas que esta assumiu uma variedade de novas configurações. As trocas culturais entre diferentes sociedades são tão intensas que o efeito de “indigenização da modernidade” é tão acentuado quanto o inverso. Por isso, como mostra Patrícia de Mendonça Rodrigues (2008, p. 5), “não se pode falar em limites fixos ou pré-ordenados entre o que é interno e o que é externo a cada sociedade ou cultura”.

Por outro lado, embora dinâmicas e históricas<sup>97</sup>, as culturas mantêm um núcleo diferenciador intrínseco, o que reflete a permanente dialética entre estrutura e conjuntura, tão estudada pela Antropologia contemporânea.

Nenhuma sociedade ou cultura pode ser considerada como fechada ou isolada do contato com outros, mesmo antes da expansão ocidental, o que não significa, por outro lado, que a noção de “cultura”, inadequada se considerada como uma totalidade reificada e independente ou rigidamente limitada, deva ser entendida como algo totalmente desestruturado. (RODRIGUES, 2008, p. 4)

A própria antítese urbanidade/vida rural foi contestada pela Antropologia desde os anos 1960, que mostrou a existência de uma continuidade de identidade, costumes e parentesco em vários povos tradicionais que se dividiam entre a cidade e as aldeias, mostrando que as comunidades se mantêm “como partes interdependentes de uma totalidade sociocultural”. (SAHLINS, 1997, p. 113)

Sahlins (Ibid, p. 54) critica, então, a tentativa de negar autonomia cultural ou intencionalidade histórica à alteridade indígena, o que revela uma postura etnocêntrica que minimiza a capacidade dessas sociedades de se reelaborar frente à pressão colonialista, bem como superestima os efeitos do imperialismo ocidental.

Desta forma, a divisão artificial criada pelo indigenismo estatal, entre atividades tradicionais e não tradicionais, serve somente para negar aos índios sua historicidade e a autonomia, sob o argumento de preservação da cultura, que é reduzida a um conceito abstrato, paralisado e desconectado da realidade, categoria reservada aos índios estereotipados, performáticos e “hiper-reais” (RAMOS, 1995).

---

<sup>97</sup> Como mostra Patrícia de Mendonça Rodrigues (2008, p. 5), “Para o autor (Sahlins), historicidade não significa mudança no tempo, uma vez que as sociedades prescritivas, embora fiéis ao passado, são intrinsecamente históricas”.

É relevante esclarecer que a Constituição de 1988 não estabelece que o usufruto dos territórios indígenas é destinado ou condicionado ao exercício de atividades tradicionais, supostamente vinculadas a uma cultura específica. A Constituição, por óbvio, não veda (e sequer poderia, por absoluta impossibilidade empírica) o intercâmbio entre visões de mundo e nem pretende congelar no tempo o modo de viver indígena.

Aliás, caso fosse possível e lógico pensar em um critério temporal<sup>98</sup> para definir o que são atividades tradicionais, a Constituição (que foi promulgada após o contato da sociedade envolvente com a maioria dos povos indígenas) evidentemente teria assumido como tradicionais as formas de “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições” praticadas pelos índios e atuais ao texto constitucional de 1988, no mínimo<sup>99</sup>. Assim, todas as práticas indígenas pós-contato existentes em 1988 teriam sido reconhecidas como tradicionais. Obviamente, esse raciocínio não tem nexos, como são também inexistentes as chances de se criar algum critério que estabeleça uma “medida de tradicionalidade”, sem que este se mostre arbitrário ou distanciado da realidade cultural dos povos indígenas, em razão das próprias dificuldades conceituais já relatadas.

Além disso, enquanto o artigo 215 da Carta de 1988 garante o pleno exercício dos direitos culturais, a proteção do artigo 231 se destina a assegurar a livre determinação das comunidades indígenas em seus territórios. Embora esses dispositivos se complementem, enquanto integrantes do estatuto constitucional de proteção à alteridade, eles indubitavelmente se diferenciam, pois dizem respeito a bens jurídicos distintos, mas que desfrutam de uma condição de subsidiariedade entre si.

A proteção às manifestações culturais (art. 215) somente encontra significado na medida em que deriva do direito dos povos indígenas de escolher seu projeto diferenciado de sociedade (art. 231). Assim, os direitos culturais são acessórios ao direito de autodeterminação e não podem a este se sobrepor. A cultura é o substrato do direito de liberdade.

---

<sup>98</sup> O que de fato não é juridicamente sustentável, tendo em vista que o texto constitucional adota o tempo presente como técnica legislativa, mas se aplica a todos os fatos futuros (e eventualmente do passado), salvo expressa previsão em contrário.

<sup>99</sup> Para a Teoria do Marco Temporal, o verbo escrito no tempo presente escrito na Constituição se aplica apenas aos fatos ocorridos no dia 15 de outubro de 1988, o que denota um argumento *ad absurdum*, na medida em que restringe a aplicação não apenas do artigo 231, mas de todos os demais dispositivos constitucionais, aos fatos ocorridos naquela data. Tratar-se-ia de uma Constituição congelada no tempo.

Não teria sentido, portanto, limitar o direito de autodeterminação com base em uma suposta proteção a um direito cultural, cuja existência, em última instância, está subordinada à vontade de um grupo identitário. Assim, a ideia de que é possível proibir atividades que não sejam “culturalmente condicionadas” em uma terra indígena representa uma contradição em termos, pois ao pretender proteger o direito cultural é sacrificado o direito à autonomia que o engendra. À luz da lógica aristotélica, esse tipo de pensamento se constitui em uma falácia lógica, já que sua conclusão contradiz seus próprios pressupostos de validade.

Nota-se, ademais, que os agentes do Estado empregam conceitos complexos como cultura, usufruto exclusivo e dominialidade pública, o que gera uma presunção de expertise na sua atuação, mesmo que não utilizem conteúdo compatível com a dimensão desses termos. A ideia de que os agentes públicos detêm a especialidade técnica, alimentada pelo mito da imparcialidade do Estado, contribui para dar autoridade e tornar inquestionáveis as posições estatais.

Daí se supõe que os servidores públicos que ocupam postos de poder no campo do direito estatal estejam orientados por epistemologias e juízos de valores não arbitrários, sendo ou estando aptos a solucionar os confrontos das etnicidades, abrangendo pontos de vista ou cosmovisões distintas de mundo e de importância de objetos, de maneira justa e centrada no problema. Por esse aspecto, as institucionalidades são criadas pela discursividade do Estado como terceiro imparcial. (NASCIMENTO, 2016, p. 324)

Por outro lado, embora seja possível identificar que indigenistas com funções antagônicas na FUNAI ostentem visões um pouco distintas sobre os limites do usufruto indígena, no cômputo geral percebe-se que pouco diferem entre si as opiniões quanto à incapacidade dos indígenas em assumir a gestão de seus territórios, indicando que a adoção de práticas de diálogo intercultural não é vista como uma alternativa possível. Sandra Nascimento (2016) observa que as institucionalidades estatais estão frequentemente em oposição às expectativas dos indígenas de construção de relações interétnicas de equivalência ou equidade. (WALSH apud NASCIMENTO, 2016, p. 354)

O recente passado tutelar ainda reverbera de forma muito eloquente no discurso dos servidores da FUNAI, obstaculizando o direito ao pleno usufruto. Se no contexto anterior à Constituição de 1988 a legislação expressamente autorizava o exercício da tutela, na atualidade foi preciso desenvolver novas estratégias retóricas

para facilitar o controle sobre as populações indígenas. A sutileza dessas ferramentas permite que seu uso seja majoritariamente inconsciente e, talvez por isso, bem mais difícil de ser enxergado e confrontado.

Mas reconhecer o “fim jurídico” da tutela da União não basta: não acabaram de fato as formas tutelares de poder, moralidades e de interação; a FUNAI continua a existir segundo o modelo tutelar sem um novo projeto das funções de Estado para o relacionamento entre povos indígenas, poderes públicos e segmentos dominantes da sociedade brasileira, delineado e pactuado por todos os envolvidos, sobretudo pelos povos indígenas. (SOUZA LIMA, 2005, p. 246)

O indigenismo estatal se reveste de grandes contradições inerentes à sua tarefa ambivalente de intermediador. Conquanto esses agentes do Estado estejam vinculados inequivocamente à condição de vetores da colonialidade, assumem posições de imenso sacrifício pessoal em razão das relações de empatia que estabelecem com os povos indígenas. São também via de regra espoliados na sua dignidade de servidores públicos pelo próprio Estado, na medida em que se vinculam a uma causa que não goza de simpatia junto aos interesses hegemônicos. O caráter ambíguo dessa atuação produz com grande frequência trajetórias individuais heroicas, que revelam notável comprometimento com os ideais de solidariedade e compaixão para com os povos indígenas, valores perceptíveis nas entrevistas realizadas para a presente pesquisa.

Na verdade, o indigenista, enquanto figura-tipo da administração tutelar, especialista voltado para a administração de situações de pluralidade cultural, esconde o singular entrecruzamento de tradições de conhecimento, invocado pelos engenheiros-militares, filiados ao positivismo ortodoxo brasileiro, que implantaram o Serviço de Proteção aos Índios em 1910: mistura de missionarismo e martírio, do sertanismo heroico, desbravador e nacionalizante, da experiência de gestão de aglomerados de trabalhadores em situação semisservil, e da ciência de evolução da humanidade – o ímpeto civilizador e expansionista no plano da ocupação do espaço geográfico estando presente em todos. (SOUZA LIMA, 2013, p. 822)

Por tais motivos, a atuação do Estado se mostra tão complexa e irreduzível a estereótipos prontos. Ainda que exista um evidente direcionamento colonial nas práticas estatais, a subjetividade se constitui em um fator real de humanização e de transformação nas instituições, cujos efeitos não podem jamais ser desconsiderados.



## **CAPÍTULO 4 E O QUE DIZEM OS ÍNDIOS?**

Tão importante quanto analisar a posição do Estado, no que se refere ao direito de usufruto das terras indígenas, é perceber quais são as reivindicações dos índios nesse campo, pois a construção dos direitos acontece por meio de uma dialética imposta pela luta política. A forma com que os pleitos são exteriorizados revela as estratégias do movimento indígena e permite ampliar a percepção sobre a adequação das respostas do Poder Público a essas demandas.

Justamente por não ser possível conceber o movimento indígena como um todo homogêneo, em razão da sua própria diversidade e em face da complexidade das questões de representatividade, esta pesquisa buscou identificar pontos de convergência e dissenso entre os discursos de algumas lideranças com espaço de fala perante os órgãos governamentais em Brasília.

De modo geral, observou-se que as falas ostentam conteúdos muito parecidos, não tendo sido percebidas divergências especialmente relevantes a partir da análise de alguns critérios que diferenciariam entre si os entrevistados, tal como a região ou a situação fundiária dos povos representados. Embora tenham sido verificados alguns pontos de discordância, os pleitos confluem para consensos gerais quanto às questões de maior importância, principalmente no que diz respeito à necessidade de atuação do Estado, por meio de políticas públicas adequadas, bem como para garantir maior autonomia no uso do território.

Esse fato sinaliza que existe uma tendência de unificação do discurso pelo movimento indígena, na medida do possível, de modo a conseguir dialogar com os agentes públicos, que geralmente conferem um tratamento planejador e homogeneizante à questão indígena.

Assim, da mesma maneira que o Poder Público reage às demandas dos índios, o discurso reivindicativo constrói-se em referência ao quadro jurídico e administrativo imposto pelo Estado (ALBERT, 2002), com influências recíprocas. Neste sentido, os dados obtidos também demonstram que existe uma incorporação do discurso do Estado na retórica utilizada pelos indígenas, o que permite uma “intertextualidade cultural” (ibidem) que se realiza por mecanismos simbólicos e semânticos.

Essa negociação que se dá entre as lógicas indígenas e os códigos impostos pelo Estado permite avanços na conquista de direitos e, por vezes, retrocessos, em face à grande quantidade de fatores envolvidos nessa complexa mediação.

Sendo assim, o presente capítulo não pretende certificar quais são as necessidades das comunidades indígenas, em termos de autonomia territorial, mas sim observar como o discurso das lideranças se articula junto às autoridades estatais na busca da construção de espaços de diálogo e de poder, no que diz respeito ao usufruto das terras indígenas.

#### **4.1 Interferência do Estado e Direito à Autonomia**

Ainda que o tema exija conhecimento de códigos jurídicos, pois envolve o domínio de categorias específicas, foi possível constatar que a totalidade dos entrevistados detém algum nível razoável de compreensão sobre a questão do usufruto, embora pertençam a distintas realidades. Isso provavelmente se deve ao fato de que a discussão jurídica sobre os limites do usufruto impacta diretamente a vida das populações indígenas e é uma das pautas mais presentes nas negociações com o Poder Público

No entanto, se até mesmo os Ministros do Supremo Tribunal Federal e a FUNAI reconhecem que não existe uma definição jurídica precisa sobre o usufruto indígena, era de se esperar que os indígenas também manifestassem alguma dificuldade em se apropriar do termo e conceituá-lo, o que por diversas vezes foi confirmado nas entrevistas.

A gente sente dificuldade com essa palavra, usufruto, usufruto de poder usar bem a terra e os produtos que nela tem. E a gente sente que precisa melhorar muito esse conceito, porque existem projetos comunitários que até "embarram" com a interpretação jurídica. (WAPICHANA, M. N., 2016, informação verbal)

Então assim a gente até fica procurando o entendimento do que seria esse usufruto que o governo nos impõe. Na verdade, a gente está buscando esse entendimento ainda, porque essa proposta de demarcar as terras para usufruto dos povos indígenas é uma coisa que foi pensada pelo branco e não por nós. E isso tem nos prejudicado muito, principalmente meu povo Krenak. [...] Essa questão do usufruto é muito complexa, cheia de caminhos, cheia de desafios. (KRENAK, 2016, informação verbal)

Agora nós precisamos de entendimento mais claro quanto ao usufruto e o que a gente entende não é suficiente para a gente sobreviver hoje. Então esse debate é muito importante, não só para determinada região, mas quando se trata de terras indígenas igual no Brasil todo. (XAVANTE, 2016, informação verbal)

Como forma de afastar o alto grau de incerteza sobre o conceito constitucional de usufruto, algumas lideranças entrevistadas relataram sentir necessidade de que haja maior regulamentação sobre o assunto. Essa indefinição é percebida pelos indígenas como uma causa de insegurança jurídica, na medida em que os agentes do Estado atuam de forma casuísta e imprevisível, utilizando-se de interpretações sobre a matéria de acordo com os interesses em jogo. Além disso, a normatização supostamente permitiria a exploração de atividades que hoje são consideradas ilícitas, o que converge com a fala dos servidores da FUNAI entrevistados no capítulo anterior.

Agora, tem algumas coisas que dificultam o uso desses territórios, aí esse usufruto acaba sendo limitado por conta de uma legislação que é omissa em alguns aspectos. [...] A legislação é omissa, porque ela não regulamenta. Como o uso da autorização dos órgãos ambientais, como é que fica, entra num processo comum convencional? Tem alguns aspectos que seriam mais específicos, então a gente considera isso um dificultador. [...] Então, assim nós não temos hoje uma clareza na própria legislação, na norma legal que regulamente em alguns aspectos o uso desse território. (TAPEBA, 2016, informação verbal)

Eu acho que algum produto, que seja junto com o governo federal, acho que a comunidade deveria usufruir desses minerais, dessa riqueza da terra brasileira. Mas isso não vem acontecendo, deveria regulamentar dentro da lei. Isso que nós gostaríamos que fizesse, até o PL 2057<sup>100</sup> está no Congresso Nacional, tem uma proposta de todos os povos indígenas juntos ali, eu acho que isso deveria ser respeitado. (XOKLENG, 2016, informação verbal)

Acho que teria que ter uma regularização sobre autonomia do usufruto dos territórios indígenas dentro da realidade, dentro da diversidade que existe nesse país. Eu acho que deveria ter uma regularização dessa questão do usufruto desses territórios indígenas. (KRENAK, 2016, informação verbal)

A demanda dos indígenas por regulamentação também se justifica pelo fato de que os discursos oficiais sobre usufruto são direcionados para restringir a autonomia indígena, principalmente quando a ausência de norma legal é alegada como forma de proibir a prática de uma atividade de interesse dos índios.

<sup>100</sup> Trata-se do Projeto de Lei nº 2057/1991, que “dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas”.

Contudo, o usufruto das terras indígenas não necessita de qualquer regulamentação infraconstitucional para ser efetivado. A doutrina reforça que as normas que definem direitos fundamentais têm caráter preceptivo e não apenas programático, não sendo necessário comando legislativo prévio para sejam aplicadas: “os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas, mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2007, p. 244). Ademais, como decorrência desse postulado que confere força normativa à Constituição, o princípio da máxima efetividade determina que se dê a interpretação que reconheça a maior eficácia aos direitos fundamentais (CANOTILHO, 1993), o que evidencia a antijuridicidade do argumento que limita a amplitude do direito ao usufruto.

Essa ótica restritiva, construída de forma falaciosa pelo discurso estatal, embora seja enxergada pelos índios, acabou sendo incorporada na fala de várias lideranças entrevistadas, que internalizaram a ideia de um usufruto contido, limitado e sujeito à vigilância.

Então por isso a gente sempre coloca que o usufruto, do jeito que está, ele um pouco barra a vida coletiva dos povos indígenas, no sentido de geração de renda e troca, também. Até mesmo, por exemplo, a gente não pode trocar madeira para outras comunidades. Igual uma despesa, a gente tem que fazer vários licenciamentos... [...] Então no geral a gente tem discutido isso, primeiro é garantir o territorial, tem que preservar, mas tem que sustentar e também a gente tem que readaptar a realidade que nós temos hoje. (WAPICHANA, M. N., 2016, informação verbal)

Quando a gente fala usufruto exclusivo, isso dentro da Constituição, essa exclusividade é pra dizer que eles só têm direito de usar a terra para subsistência. Eles [os índios] não têm direito ao que está embaixo da terra, que é o minério. Eles não têm direito de mexer nisso aí. Eles não têm direito sobre a questão da água e também não têm direito se eles quiserem vender madeira, se eles quiserem, enfim, vender animais silvestres. Isso aí eles não têm esse direito. [...] Então quando fala usufruto exclusivo, essa exclusividade é pra dizer que o índio não tem o direito nem sobre o subsolo nem direito de vender nada que está em cima da terra. (WAPICHANA, S., 2016, informação verbal)

Então, essa questão de usufruto, para nós, ela é muito, muito complicada porque nós temos problemas em relação a isso. Muita coisa que o povo indígena tem de tradicional para poder fazer nessas terras e hoje nós somos proibidos, como caça, pesca. Tudo isso é regulamentado pelo branco e às vezes nós temos rituais com esses tipos de animais e isso influi direto no nosso cotidiano, na nossa vida [...] O usufruto não nos dá autonomia de poder gerir o território dentro

dos nossos costumes, dentro da nossa realidade, dentro do nosso contexto, o usufruto é de acordo com o que o governo acha que é o usufruto. Que ele que impõe isso. (KRENAK, 2016, informação verbal)

O pleito para que haja uma regulamentação que esclareça os limites do usufruto mostra que existe uma aceitação pelos índios da interferência estatal, ainda que por meio da heteronormatividade, a fim de que sejam respeitados princípios mínimos, como o da segurança jurídica.

Além disso, muitos entrevistados deixaram claro que a presença do Poder Público é necessária para exercer o poder de fiscalização e de polícia, mas essa atuação deve se dar sob demanda das comunidades. Por outro lado, a maior parte dos indígenas reclamou a intervenção do Estado para fornecer recursos e planejar políticas públicas, ressaltando a importância da FUNAI nesse papel.

Não, é que quando está bem assim, bem forte, briga forte nas comunidades Yanomâmi, precisa que a FUNAI vá lá para resolver. Quando está todo mundo armado com flechas, arma de fogo, aí a FUNAI vai lá para ajudar a acalmar. [...] Quando nós estamos vivendo bem, com saúde, fazendo as festas, cantando alto e com alegria, nós não precisamos que a FUNAI vá lá. A FUNAI só vai quando nós precisamos, reunião, reunião das comunidades, para ela ficar junto com a gente. É assim, nós Yanomâmi gostamos. (YANOMÂMI, 2016, informação verbal)

A FUNAI tem que acompanhar, colocar a sua equipe para acompanhar o gasto em ações que vão ser aplicadas por comunidades indígenas. O que as comunidades indígenas realmente precisam pra sobreviver? É um carro? Então compra um carro! Quanto custa? [...] Então, a preocupação do governo é pertinente e séria, isso também eu reconheço. [...] Do meu ponto de vista, a FUNAI tem papel fundamental de orientar os índios para não irem na estrada torta. A FUNAI tem um papel fundamental de acompanhar, assessorar, orientar: "Isso não pode fazer, esse não pode fazer", tem que explicar. Aí Nambikwara vai entender: "Isso aqui pode, OK, pode", mas a FUNAI tem que estar junto acompanhando as ações das atividades. Isso, do meu ponto de vista, eu tenho um sonho, a FUNAI vai voltar a ser fortalecida. Eu tenho que acreditar no que eu estou falando, porque exterminar uma instituição que trabalha com questões indígenas, não pode! Mas que a FUNAI faça o seu trabalho! (NAMBIKWARA, 2016, informação verbal)

Porque hoje o governo reserva um espaço pra os povos indígenas, mas a política pública não chega até a comunidade e os índios, as comunidades buscam o quê? Uma alternativa de sobrevivência e a mais próxima é o arrendamento, por quê? [...] Se a política social chegar até a comunidade indígena, ela resolve o problema, que é o problema de sobrevivência. Ela acaba resolvendo um problema, mas

[...] o problema dos povos indígenas é um problema social que só se resolve com uma política adequada para aquela comunidade, não com uma política imposta pelo governo. (KAINGANG, R. M., 2016, informação verbal)

A gente queria mais apoio, não é nem a presença do Estado. Porque a presença já está lá. A FUNAI está lá dentro, a SESAI está lá dentro. O Estado já está presente, está dentro das terras indígenas, nós não temos é apoio pra gerir esse território. Eles querem que a gente preserve esse território, que a gente proteja esse território, mas não dão apoio. (KRENAK, 2016, informação verbal)

Embora a maioria dos entrevistados tenha conferido lugar de relevância ao Estado na regulação do usufruto das terras indígenas, todas as lideranças fizeram algum tipo de menção à necessidade de preservar a autonomia das comunidades nos processos decisórios sobre o uso dos territórios. Percebe-se das falas que a presença do Estado é um fato dado como inevitável, mas o consenso geral é de que a autonomia das comunidades é um ponto crucial de reivindicação.

O jeito de vida lá na terra indígena é a própria comunidade que tem que definir. O nosso jeito lá é nós mesmos que fazemos, nossos planos da própria gestão do território que a gente já fazia antes, o zoneamento de uso dos recursos naturais que a gente sempre faz lá, tipo o uso da mata, do peixe, das aves. [...] A princípio, a gente coloca que têm que ser da própria comunidade as decisões e o que for feito de fora tem que ser consultadas as comunidades, conforme a gente sempre exigiu, requereu das autoridades e de outros povos também. (WAPICHANA, M. N., 2016, informação verbal)

Para eu poder ter condições, as autoridades acompanham os processos de desenvolvimento das atividades que o Nambikwara quer fazer. Agora ficar proibindo, proibindo, proibindo, aí o Nambikwara vai zangar, vai sair no asfalto, bloquear asfalto, já fizemos isso uma vez. Ministério Público não gostou, o juiz não gostou, eles tentaram de todo jeito tirar a gente da BR. Eles colocaram a força armada pra nos tirar, não conseguiram atacar a gente, por que Nambikwara trabalha com espiritualidade, ele trabalha com Pajé. O Pajé comunica para o espírito que a alma dele vai lá neutralizar e incorporar na pessoa. Qualquer pensamento negativo que eu tive há cinco minutos atrás já está tudo neutralizado. E eu falo assim: "Não. Eu desisto, eu não vou contra ele não". Por quê? Porque tem alguém trabalhando pra que eu não faça coisa errada, controla a vida da pessoa, esse tipo de trabalho é isso, então eu fico assim, trabalho apoiando. (NAMBIKWARA, 2016, informação verbal)

É o que nós achamos, a comunidade indígena. Acho que o Estado não tinha que interferir dentro da área indígena. Tinha que incentivar que cada comunidade tenha seu diferencial, a sua cultura diferente. (XOKLENG, 2016, informação verbal)

Cada comunidade ela se organiza de forma diferente, uma política social ela tem que acompanhar a realidade de cada comunidade e não na forma como que o governo quer, mas sim como os povos indígenas exercem. (KAINGANG, R. M., 2016, informação verbal)

Quando nosso povo vai querer essa autonomia de explorar seu território dentro da tradição, e preservando ainda, o povo é impedido. [...] Eu acho que a solução seria o governo dar autonomia aos povos indígenas de gerir o seu próprio território e dizer que tipo de projeto é bom e suficiente para o povo. (KRENAK, 2016, informação verbal)

Se fosse realmente hoje, dentro da legislação brasileira, instituir territórios indígenas, é claro que aí teriam novas regras, com certeza, para esses territórios. Os povos indígenas iam, com certeza, juntos construir essas regras para sobrevivência nesses territórios. (WAPICHANA, S., 2016, informação verbal)

A fala dos indígenas evidencia uma grande insatisfação com a atuação estatal, que, se por vezes se mostra deficitária, porque não atende às expectativas mínimas de prestação de serviços públicos, em outros casos é excessiva e arbitrária, visto que se presta a limitar indevidamente os direitos indígenas, ignorando suas identidades diferenciadas e seu anseio por autonomia. O conjunto das entrevistas exhibe uma vontade manifesta dos indígenas de se sentirem mais amparados pelo Estado, desde que tenham preservada uma mínima condição de autodeterminação e o reconhecimento de sua alteridade.

Nota-se também que nenhuma das lideranças revelou existir algum interesse de que as terras indígenas se tornem território independente do restante do país, o que contraria uma alegação anunciada de modo recorrente por setores contrários aos direitos indígenas, principalmente por políticos conservadores e alguns representantes das forças armadas (e presente no acórdão do Supremo Tribunal Federal analisado no capítulo anterior), de que as demarcações trariam risco à integridade do território nacional, por supostamente ser este o verdadeiro objetivo político da demanda territorial.

Essas indicações reforçam a conclusão de que é o discurso do Estado brasileiro e os interesses privados que propõem um separatismo em relação aos indígenas, imputando-lhes uma desconfiança sobre seu pertencimento nacional. A pauta de reivindicações manifestada nas falas dos indígenas entrevistados, ao contrário, se concentra primordialmente na inclusão dessas identidades diversas no conceito de nação brasileira, de forma a fortalecer a noção de um Estado multiétnico, que admite a existência de alteridades realmente participativas.

#### 4.1.1 Os donos do território

Outra questão que se associa necessariamente à discussão sobre a autonomia territorial é a titularidade das terras indígenas. Nesse campo, embora a presença do Estado seja requisitada e tenha sua importância reconhecida pelo movimento indígena, a grande maioria dos entrevistados relatou que a titularidade pública impacta negativamente a autonomia indígena quanto ao direito de uso da terra. Como foi abordado anteriormente, a titularidade pública no Brasil é via de regra associada a um controle estatal, que se contrapõe ao regime privado, fundado na ideia de liberdade individual.

Sendo assim, muitos indígenas afirmaram que a propriedade privada coletiva da terra seria mais desejável do que apenas o título de usufruto, haja vista que os índios são os verdadeiros donos do território.

Impacta sim [não ter a propriedade da terra], a gente está sentindo hoje certas atividades e as legislações que regem hoje, elas barram muitas atividades do nosso povo nas comunidades indígenas. Por exemplo, as 19 condicionantes, que é uma lei que foi criada, elas barram muito os recursos naturais das comunidades indígenas e certos momentos a gente sente essa dificuldade. Até que ponto a gente pode mesmo utilizar aquele recurso que tem lá nas comunidades indígenas. [...] Eu vejo que sim, com a propriedade coletiva dos indígenas a gente teria muito mais decisões próprias. (WAPICHAMA, M. N., 2016, informação verbal)

O governo fala que a Terra é patrimônio e eu entendo, nós entendemos. A terra é patrimônio para todo mundo, né? Não podemos assim proibir os Yanomâmi de usar, porque é do patrimônio para o próprio povo Yanomâmi. (YANOMAMI, 2016, informação verbal)

Hoje nós índios Nambikwara, quando nós queremos produzir uma atividade para sobrevivência ou criar um sistema de comercialização, por exemplo, nós não podemos, os Nambikwara não podem vender madeira, porque é da terra da União, diz que é do governo e o Nambikwara não opina em nada. [...] Lá que é terra do índio da União, está escrito União, mas quem é dono é o índio. Mas uma vez que está escrito “da União”, que é do governo, aí o índio acaba perdendo autonomia, acaba não tendo força de produzir [...]. (NAMBIKWARA, 2016, informação verbal)

Primeiro, acho que a questão do usufruto exclusivo das terras pelos povos indígenas, isso não é uma verdade. Porque nós temos a terra, o governo diz que a terra é nossa, mas nós só podemos plantar em cima dela e construir moradia, não podemos fazer outra atividade além disso. Não podemos explorar nada para não destruir o solo,



não podemos praticar atividades que dependam de interesses dos órgãos ou serviços, então nós temos “usufruto” entre aspas, e até porque nós, quando lutamos por uma terra, nós estamos lutando por uma terra para o governo, por que as terras indígenas estão em nome da União, então os povos indígenas não têm terra, nós somos um povo sem terra. Por que temos o usufruto de um espaço reservado para nós, mas a terra é do governo. (KAINGANG, R. M., 2016, informação verbal)

[O fato de os indígenas não terem a propriedade da terra impacta na autonomia?] Eu creio que sim, por que eu acho que o povo indígena teria que ter mais autonomia sobre o seu território, teria que ter mais poder de decisão no que diz respeito à integridade dos povos indígenas e do seu território. [...] Eu acho que a gente, a preocupação nossa dos povos indígenas não é de que o povo vai vender a terra ou o povo vai entregar a terra para as empresas poderem minerar, explorar, ficar sem território [...]. A nossa luta, a nossa preocupação é ter autonomia sobre o território, de dizer: "olha, nós queremos usufruir do nosso território dessa maneira, da maneira que o povo acha que é o conveniente". [...] Quando você vai buscar apoio, é uma burocracia imensa, porque é um território da União e você só pode usufruir. Ué, mas nós queremos usufruir. (KRENAK, 2016, informação verbal)

Eu acho, não, eu tenho certeza que as terras indígenas deveriam ser realmente terras indígenas, não terra da União. Por que elas sendo terra da União elas ficam vulneráveis a essa questão das PEC, por exemplo. Se o governo ele decide que vai colocar uma mineração dentro da terra indígena, então, como a terra é da União, ele pode chegar lá e colocar até mesmo sem consultar os indígenas. Mesmo tendo hoje uma legislação que diz que há consulta prévia, ele pode chegar e fazer isso. Ele pode chegar dentro da terra indígena e dizer que, a partir daquele dia, o Congresso decidiu que pela PEC "não sei das quantas" vai poder arrendar terra indígena. Então tudo isso são ameaças às terras indígenas por essa terra ser da União. (WAPICHANA, S., 2016, informação verbal)

[...] a União, a meu ver, quando limita a questão do nosso uso sobre o território, nada mais é do que visando o direito dela. Cedendo só o usufruto, ela só está visando o direito dela de poder posteriormente ter acesso àquela área. Por isso que pertence à União, que facilita o acesso da União à exploração, à implementação de grandes projetos. (TUXÁ, 2016, informação verbal)

Outros entrevistados, no entanto, relataram preocupação com a possibilidade de venda das áreas pelos próprios indígenas, caso fosse assumida a propriedade pela comunidade, de modo que entenderam ser mais seguro manter os povos indígenas como usufrutuários.

Primeiro que a terra indígena como um bem da União e como uma área de interesse coletivo de usufruto da população indígena faz com que tipos de transações imobiliárias, arrendamento, vendas de terras em si pelas próprias comunidades, isso não possa acontecer. Pra

nós é importante porque dá garantia da manutenção da história da cultura, da honestidade e da presença indígena nesses territórios. Então pra nós isso é importante. (TAPEBA, 2016, informação verbal)

Não, acho que o usufruto é bom, até uma questão de segurança. Acho que é importante que o governo reconheça aquilo que é da comunidade. [...] Com o arrendamento, acho que entra muita coisa desagradável dentro da área indígena, muito veneno, agrotóxico. Então a sociedade do índio ela tem esse entendimento, mas eu acho que cada povo, cada cultura, o governo, o governo federal e o Estado, fazendo respeitar, acho que é importante para o desenvolvimento das comunidades indígenas do Brasil inteiro. (XOKLENG, 2016, informação verbal)

Para nós, a gente entende que seria muito perigoso se a gente tivesse até a propriedade da terra. Só um pequeno relato: em 1960, quando a empresa Aracruz florestal se instalou lá para poder plantar os eucaliptos, naquele período as pessoas mais velhas que moravam ali, eles não tinham, assim, a propriedade da terra, mas tinham a terra como um todo. E o que aconteceu? Muitos venderam a terra para a própria empresa por um valor irrisório e acabou nosso povo ficando sem terra por conta desse problema. Então, eu penso dessa mesma forma, se a gente tiver a propriedade da terra agora, muitos vão querer utilizar a terra como um bem assim, para poder comercializar, para poder vender e a gente cai na mesma situação que nós caímos lá atrás. Por isso eu acho que não é interessante ter a propriedade da terra. (TUPINIQUIM, 2016, informação verbal)

O temor em relação ao risco de desapossamento territorial é um relato frequente, sendo importante considerar, todavia, que a condição de usufrutuário não necessariamente significa maior segurança de que as terras serão mantidas na posse indígena e protegidas da apropriação pelo mercado. A propriedade gravada com cláusula de inalienabilidade oferece a mesma garantia de proteção contra a transferência de titularidade, além de conferir aos índios o grande poder simbólico que o status de proprietário propicia. Por outro lado, o usufruto civil não obsta atividades mercantis como o arrendamento, que historicamente tem sido uma das práticas que em grande medida reduzem a autonomia real<sup>101</sup> dos índios sobre suas terras.

Entretanto, apesar das opiniões divergentes sobre a titularidade, ambas as posições convergiram quanto ao propósito de resguardar a autonomia dentro dos territórios. Neste sentido, uma das principais questões apontada pelos sujeitos

---

<sup>101</sup> No contrato civil de arrendamento, o arrendante permanece no usufruto da área, sendo conferida apenas a posse direta ao arrendatário. Historicamente, entretanto, os contratos de arrendamento em terras indígenas foram celebrados pelos próprios órgãos de proteção e se constituíram, na prática, em uma forma de desapossamento territorial dos indígenas, visto que os benefícios desse tipo de contrato raramente revertiam em favor da comunidade.

entrevistados foi o interesse de preservar o direito de escolha das comunidades sobre novas formas de garantir a sobrevivência.

As interpretações restritivas do usufruto constitucional impedem que os indígenas optem por práticas tidas como “não tradicionais” para viabilizar seu sustento, limitando as possibilidades de adaptação aos contextos adversos trazidos pelo contato, conforme relatado.

Então, o nosso usufruto da terra indígena Nambikwara, por exemplo, nós, povos indígenas de Nambikwara do cerrado, valorizamos muito a riqueza da nossa natureza. Ao mesmo tempo, se hoje a sobrevivência do povo Nambikwara mudou bastante, há 100 anos atrás nós não podíamos pensar no dinheiro. Era outra vivência, era uma vivência mais natural, mais nativa. Hoje a vivência da Nambikwara atual é mais política. Ela mudou o sistema de vivência, acostumou com as coisas, não fomos nós que procuramos, não foram os Nambikwara, não foram os povos indígenas do Brasil que queriam que os portugueses viessem no Brasil para acabar, levar o Pau-Brasil, levar ouro, levar a riqueza do Brasil. [...] Nós queremos que alguém das autoridades nos respeite! Respeite nosso pedido! Nós queremos produzir pra sobreviver, nós precisamos ter dinheiro pra comprar, pra investir na educação, investir hoje tem que ter desenvolvimento. Muitas das vezes os governos, as autoridades ambientalistas muitas vezes proíbem a gente. A gente fica encurralado, preso, então o que o governo quer da gente? O que a FUNAI quer? (NAMBIKWARA, 2016, informação verbal)

Como se pensa, então, sobre a sobrevivência dos povos indígenas? Quando a gente vê, a terra é delimitada, não podemos mais ultrapassar aquele limite [...]. Em muitos casos, a terra indígena está cercada de soja e não adianta ir além, atrás de muita coisa, seja para alimentos. E a população nossa está crescendo e já não é mais auto-suficiente em alimentos tradicionais, alimentos que a natureza nos fornece como as frutas, as raízes. É cada vez menor. Então, qual alternativa que a gente poderia explorar? [...] Mas a gente tem discutido isso muito, quanto à alternativa de sobrevivência. Agora nós precisamos de entendimento mais claro quanto ao usufruto e o que a gente entende não é suficiente para a gente sobreviver hoje. (XAVANTE, 2016, informação verbal)

Os entrevistados, de forma geral, narraram o surgimento de novas necessidades advindas do contato interétnico, bem como do interesse em praticar atividades comerciais em seus territórios. Em muitos relatos, as lideranças se queixaram da pressão exercida pelo Estado para que os indígenas fiquem parados no tempo e se limitem a praticar atividades consideradas “tradicionais”.

Porque nossa comunidade precisa ter sabão e rede, outras coisas, anzol. [...] A outra comunidade está fazendo isso. A outra

comunidade está vendendo as castanhas e cipó. [...] Até os Yanomami de Maturacá estão pensando em negociar. Negociar o turista a entrar e pagar para eles, para eles terem o dinheiro para comprar ferramenta, tecido, machado, anzol, linha, roupa para usar. Hoje, os Yanomami já se acostumaram a usar roupa e o dinheiro também. Então eles têm uma proposta de autorizar o turista que vem de longe para conhecer as montanhas. Eles têm projeto. (YANOMAMI, 2016, informação verbal)

Eu acho que eles proíbem os índios, porque os índios têm que ficar do jeito que era antigamente, comendo formiga, comendo a raiz, comendo aquilo. [...] Nós não queremos destruir a natureza, nós só queremos plantar. Eles acham que nós índios temos que ficar quietos. Tudo bem, antigamente nós podíamos ficar pelados, a mulherada pelada, os homens pelados, hoje não. Hoje a gente desenvolveu bastante, foi branco que ensinou a gente, foi branco que nos trouxe mercadorias, ferramentas, roupas, comidas, falando de saúde. A saúde do Índio, há 100 anos atrás, era mais natural. Hoje não, é totalmente cheia de química, comendo veneno. (NAMBIKWARA, 2016, informação verbal)

Eu acho que a gente poderia ficar livre para poder produzir, esse é o pensamento nosso. [...] Com certeza, produzir para fora, mas só que hoje, além da terra não nos oferecer essa função, porque a nossa terra lá é uma terra completamente degradada por eucalipto e tal, tem esse problema de a gente também não ter condição de fazer uma produção grande para poder comercializar para fora. De uma certa forma garantir o sustento da comunidade e garantir uma renda para as famílias da comunidade. Isso tudo acarreta um grande problema, porque os jovens da nossa comunidade, hoje, eles saem para poder procurar emprego nas empresas. No entorno do nosso território tem várias empresas que se instalaram. Então os jovens eles já perderam até assim o interesse de trabalhar a terra por causa disso. Eu vou trabalhar a terra e vou viver do quê? Vou produzir, mas produzir para quê? Se eu não tenho como comercializar, se eu não tenho onde escoar esse produto, aí acaba tirando os jovens de dentro da terra e indo para a cidade para poder procurar as empresas, para poder trabalhar, esse é o grande problema que a gente enfrenta hoje. (TUPINIQUIM, 2016, informação verbal)

Na região, a gente entende que não se deve fazer isso, qualquer exploração para atividades comerciais. Mas claro que onde eu não vivo, no dia a dia, claro que deve existir, até escuto falarem da existência, por exemplo, da venda de madeira. Mas isso pode ser clandestino. Mas qual a alternativa dada para as nossas comunidades? Isso pode ser uma questão de sobrevivência, uma necessidade do dia a dia para resolver a questão coletiva, situação da comunidade. Então, com o órgão cada vez mais enfraquecido, é uma forma que a liderança busca para solucionar questões pontuais problemáticas das comunidades. Também não adianta só proibir essa prática quando existe. Deve dar a solução, deve atender às demandas das comunidades, trazidas pelas nossas lideranças. E o caminho não deve ser um, a decisão não pode sair de um lugar, deve ser discutida. Porque não é desejo fazer essa prática, a necessidade obriga a se chegar a esse ponto. [...] Esse trabalho é

para sobreviver, para alimentar e não pra vender e comprar fazenda.  
(XAVANTE, 2016, informação verbal)

Como se percebe, a fala dos indígenas se nega a incorporar o conceito exógeno e estático de atividades tradicionais, disseminado pelo discurso estatal. Ao contrário, as lideranças enfatizam o processo histórico de mudança de suas tradições, em razão da transformação das necessidades, em grande parte ocasionadas pelo contato, como forma de justificar a ampliação de suas demandas de uso da terra.

Sahlins (1997, p. 58) descreve muito bem esse processo de adaptação cultural das tradições indígenas à economia de mercado como sendo o surgimento de “formas sincréticas, translocais, multiculturais e neotradicionais”, que rejeitam o rótulo simplista de “aculturação”. Os elementos e práticas trazidas pelo sistema capitalista são assimilados pelas comunidades a partir de suas perspectivas culturais, ganhando novos significados em contextos de uso diferenciados. Não é, portanto, recomendável subestimar “o poder que os povos indígenas têm de integrar culturalmente as forças irresistíveis do Sistema Mundial”. (Ibid, p. 64)

Essa classificação artificial que pretende distinguir atividades “tradicionais” das demais tem como função tão somente colocar em dúvida a etnicidade indígena daqueles que não se encaixam no estereótipo conveniente ao olhar hegemônico. Trata-se do expediente corrente há séculos no Brasil que visa desconstituir sujeitos de direitos questionando sua própria existência.

Diante disso, resta saber em que medida propor a titularização das terras em nome dos próprios indígenas teria o poder de aliviar a pressão e o controle do Estado sobre as atividades que eles exercem em suas terras, ou se seria inócua diante da tradição tutelar do Estado brasileiro em definir os sujeitos e suas condutas de acordo com os interesses dominantes.

Determinar la titularidad más conveniente es tarea urgente a medida que los contactos con agentes políticos y económicos externos se tornan más condicionantes. Pero se trata de una decisión que parte de una revisión, y en su caso, una reconstrucción del propio derecho territorial legitimado externamente. En efecto, los “territorios” legalizados a los pueblos indígenas no suelen coincidir con SUS verdaderos territorios, es decir, aquellos ámbitos que explican y posibilitan su libre determinación. No suelen coincidir ni en su extensión, ni en SUS características, ni en SUS atributos. Es decir, hoy por hoy no suele haber coincidencias entre el territorio indígena y las tierras legitimadas por la sociedad externa. En estas

condiciones, determinar um tipo de titularidad podría resultar um mero ejercicio teórico si no tenemos claro cuál es el territorio al que se va buscar um titular apropiado. Entonces la revisión de las condiciones de los territorios indígenas es previa y complementaria a la consideración de cuál sea la titularidad más apropiada a esa realidad territorial. (HIERRO e SURRALLÉS, 2009, p. 27)

Essa discussão mostra também a dificuldade que os indígenas têm de transitar nas obsoletas categorias jurídicas individualistas de Direito Civil, que tem pouca permeabilidade com a territorialidade indígena. Não obstante, os regimes de propriedade comum, que historicamente enfrentaram grande resistência na ecologia política<sup>102</sup>, têm se tornado um novo campo de estudo a partir de meados da década de 1980.

Novas teorias a respeito do manejo compartilhado de recursos têm trazido à tona “uma diversidade de soluções que vão além do Estado e do mercado enquanto instâncias reguladoras do acesso e uso dos recursos apropriados coletivamente por um grupo de usuários delimitados”. (CUNHA, 2004, p. 24) Assim sendo, outros modelos que favoreçam a proteção de territórios coletivos e que contemplem a necessidade de autonomia precisam ser pensados junto aos indígenas.

#### **4.1.2 O ônus da sustentabilidade**

Por fim, um tema muito presente nas falas das lideranças entrevistadas diz respeito à incompatibilidade entre as leis ambientais e o usufruto indígena. A legislação ambiental, construída a partir de uma ótica essencialmente preservacionista, representa uma das mais graves lacunas do diálogo interétnico, tendo em vista que o Estado ignora a diversidade cultural dos povos indígenas.

Historicamente, os indígenas se aproximaram do ambientalismo a partir da década de 1980, notadamente na Amazônia, com o principal objetivo de obter a regularização fundiária de suas terras. (BARRETTO FILHO e CORREIA, 2009, p. 4) A associação do movimento indígena com a militância ambientalista propiciou importantes conquistas, refletidas sobretudo no texto da Constituição de 1988, o qual exhibe forte nuance socioambiental.

---

<sup>102</sup> Na clássica teoria da “tragédia dos comuns”, Garrett Hardin (2009) enumera as dificuldades do compartilhamento de bens comuns.

Os índios perceberam a força da metanarrativa ambientalista e se apropriaram dessa bandeira, o que fortaleceu a luta por direitos territoriais na arena política. Como mostra José Pimenta (2002), os indígenas adquiriram maior visibilidade e poder para mobilizar as consciências coletivas ao integrar às suas reivindicações a nova retórica da sustentabilidade. Assim, o discurso sobre preservação ambiental é uma constante em todos os relatos dos entrevistados, mesmo entre indígenas de regiões de fora da Amazônia.

Nós sempre colocamos que a Terra é nossa mãe, a gente tem que proteger, reservar e usar bem a terra. E por outro lado, a terra também a gente considera que tem que ser utilizada no sentido de nos manter sustentados, sustentando-se até um certo limite com a geração de renda. (WAPICHANA, M. N., 2016, informação verbal)

Não quero destruir a natureza. [...] Então, pra proteger a nossa floresta, só os Yanomami protegem e também a FUNAI. A FUNAI faz a fiscalização. [...] O IBAMA vai atrás do madeireiro, da madeira que ele tira, o IBAMA vai atrás do pescador para não levar o peixe da terra Yanomami e a madeira também. [...] Nós que tínhamos que falar proibido, como nós aprendemos o uso da palavra proibir. Proibir o estrangeiro de entrar, o pessoal estranho entrar. [...] É importante proibir para que tenhamos as nossas florestas vivas, em pé. (YANOMAMI, 2016, informação verbal)

Acho que cada Estado deveria respeitar a cultura de cada comunidade indígena. São culturas diferentes, mas nenhuma dessas culturas atrapalha o meio ambiente. Sim, ela sabe respeitar o meio ambiente, conviver com o meio ambiente. O próprio brasileiro sabe que há 500 anos conhece os povos indígenas. Sempre trabalhavam, sabem manejar dentro da área indígena a parte ambiental. Acho que o governo, o Estado, deveriam também respeitar isso e incentivar aquilo que a comunidade quer. (XOKLENG, 2016, informação verbal)

Então nós somos grandes defensores ambientais, por mais que as nossas terras estejam desmatadas hoje, mas não fomos nós que fizemos isso, foi o próprio governo que fez isso e depois arrendou ela a agricultores da região, e que hoje permanece arrendada porque os índios pegaram para si essa prática, que o governo introduziu nas comunidades. (KAINGANG, R. M., 2016, informação verbal)

O povo ele tem tradição de respeito à mãe natureza, de respeito ao território. A outra coisa é que nosso povo sempre utilizou o território na questão de retirada de madeira para construções de casas tradicionais, então isso traz muito problema que às vezes eles falam que a gente não pode retirar essas madeiras, mas o povo sempre cuidou da natureza, sempre teve essa tradição na preservação da natureza, então a gente sabe o que a gente está fazendo, a gente sabe com o que está lidando. Mas, às vezes, a gente é impedido de fazer isso porque na verdade esse usufruto é a forma como o governo entende como usufruto e não o povo indígena e isso tem

complicado até mesmo a sustentabilidade da Comunidade. (KRENAK, 2016, informação verbal)

No entanto, essa aliança com o ambientalismo acontece de forma bastante complexa, na medida em que as relações dos povos indígenas com o meio ambiente não são pautadas pelas mesmas lógicas culturais. As formas de manejo nem sempre preservacionistas contrariam a ideia romântica de integração harmoniosa entre índios e natureza (BARRETTO FILHO e CORREIA, 2009), em que pese estabeleçam via de regra relações menos destrutivas com o meio ambiente, diferentemente da racionalidade ocidental de exploração desenfreada dos recursos naturais.

Pimenta (2002, p. 127) esclarece que as categorias culturais dos povos indígenas “nada têm a ver com o que nós, brancos, chamamos de ‘natureza’”. Suas visões de mundo próprias diferem profundamente do ambientalismo ocidental, mas esse discurso é incorporado pelas lideranças em um complexo processo de “criatividade simbólica” (Ibid, p. 143), que manipula registros da cultura tradicional e do mundo dos brancos.

Assim, ainda que se possa perceber influências coloniais na forma com que os indígenas reivindicam direitos, o que por vezes sacrifica a luta por autonomia, existe, por outro lado, uma insuperável capacidade adaptativa no discurso dessas lideranças, em face das adversidades enfrentadas para superar a retórica dominante. Essa habilidade rendeu ao movimento indígena alianças importantes e possibilitou avanços no diálogo com o Poder Público.

Como exemplo, Bruce Albert mostra que “o discurso ambientalista, longe de ser uma mera retórica de circunstância passou a ser o meio de simbolização intercultural adequado à expressão e à validação de uma visão do mundo e de um projeto político yanomami na cena nacional e internacional” (ALBERT, 2002, p. 260).

A esse respeito, algumas falas demonstram a apropriação consciente das narrativas ambientalistas pelos indígenas com o objetivo de facilitar o diálogo com o Poder Público para obter o direito à terra.

Nós não, acho que não, não tinha que ter [gestão compartilhada] com os indígenas. Só que estrategicamente, politicamente, para a gente conseguir o território, é importante que tenha gestão compartilhada, porque se você não fizer, você vai fazer uma guerra contra eles e daí você vai continuar brigando por anos e anos e anos por eles. (KAINGANG, K., 2016, informação verbal)



Além disso, em muitos casos, a atenção com as questões ambientais demonstra também a reflexão da própria comunidade a respeito do uso de seus recursos e não somente uma reação a demandas externas. Pimenta (2002, p. 124) mostra que a preocupação com a sustentabilidade é fruto também de um processo histórico de conscientização interna que encontra ressonância em circunstâncias culturais, não sendo somente uma demanda externa. Em diversos relatos veiculados nas entrevistas, as lideranças manifestam as preocupações das suas comunidades com o meio ambiente a partir de suas óticas culturais.

E a FUNAI e o governo não podem assim trazer grandes invasores, como mineração. A mineração, ela é um bicho grande, uma máquina pesada, ela derruba todas as árvores e raspa a pele da terra e essa é única. As máquinas pesadas, nós Yanomâmi somos muito preocupados, porque elas são um tatu-canastra, destroem tudo e o governo não quer respeitar o próprio nosso patrimônio da terra. (YANOMAMI, 2016, informação verbal)

Uma coisa que a gente tem na nossa consciência, que foi passado ao longo do tempo, isso desde antes de haver demarcação pela FUNAI, delimitação de território, é que a terra é para a gente cuidar dela e que a terra é nossa mãe, é a que nos dá o sustento, é que nos dá a água para poder beber. Então, assim, a gente já tem isso guardado desde há muito tempo, desde os nossos antepassados. Os nossos avós, eles já falavam isso para a gente. Se a gente não cuidar da terra, vai chegar uma hora que ela vai morrer e aí nós não vamos ter mais como a gente tirar dali a nossa vida, o nosso sustento daí daquela terra. (TUPINIQUIM, 2016, informação verbal)

Agora é importante colocar que o uso dos nossos territórios às vezes também é não usar, porque a visão do usufruto e do uso desses territórios pela sociedade ocidental convencional é a de que esse uso, ele basicamente é para girar o capital para construção. [...] São áreas que, para nós, são moradas de encantados ou então que só quem pode ir é o pajé, que são realizados só para rituais, nem todo mundo pode participar. (TAPEBA, 2016, informação verbal)

Entretanto, embora conscientes sobre sua responsabilidade ambiental, não outorgaram ao Estado o poder de estabelecer as normas de manejo de seus territórios<sup>103</sup>. Nesse ponto reside a controvérsia sobre a aplicabilidade da legislação ambiental, visto que os índios se reconhecem como “grandes defensores

---

<sup>103</sup> Importante lembrar que a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas – PNGATI, instituída pelo Decreto nº 7.747/2012, criou diversas ferramentas para valorização das práticas tradicionais, incentivando a participação indígena nas ações de proteção dos territórios em parceria com os órgãos públicos.

ambientais”, a partir do uso de seus próprios conhecimentos. A legislação ambiental se configura como uma interferência exógena do Estado nos modos de viver indígenas.

De modo geral, grande parte das lideranças admitiu a incidência de normas ambientais tão somente para regular atividades de maior dimensão econômica ou de natureza comercial, desde que as regras se adaptem à realidade dos povos indígenas e sejam construídas em conjunto com as comunidades, enfatizando a importância de valorização dos seus próprios saberes.

Então, as leis ambientais, hoje do jeito que estão, elas não têm que ser aplicadas em certos lugares, lá nas comunidades indígenas. [...] Eu vejo que as leis ambientais tinham que ser melhoradas para construir junto com os povos indígenas, junto conosco. A gente gostaria muito que isso acontecesse porque hoje barram muita coisa, umas atividades que são milenares nas terras indígenas, tipo roça e tal. Mas tem certas atividades, tipo desmatamento, que tiram muita madeira, aí sim têm que ser construídas juntas. Até que ponto as comunidades indígenas podem fazer a comercialização, como que pode ser, como é que vai ser, de onde vai ser, então a gente precisa participar dessas atividades jurídicas que vão ser construídas. (WAPICHANA, M. N., 2016, informação verbal)

Bom, a legislação acaba sendo aplicada de forma genérica, porque, por exemplo, nós tínhamos uma Portaria em termos que ela foi até alterada que era a 419, que falava dos distanciamentos. Tem a Lei Complementar do Ministério do Meio Ambiente, que coloca que o próprio IBAMA é o ator para licenciar empreendimentos internos indígenas. Então essa legislação está sendo de fato aplicada nas terras indígenas. Agora eu acho que é uma legislação que não respeita a diversidade dos indígenas brasileiros e também não garante essa autonomia no usufruto dos territórios pelas comunidades indígenas. (TAPEBA, 2016, informação verbal)

Enfim, eles podem levar a vida tradicionalmente do jeito que eles levam tranquilamente. Mas hoje a gente já tem a questão das queimadas. O IBAMA realmente vai lá e multa se tiver acima do percentual que eles acham que deve queimar. E também se fizer muita derrubada o IBAMA vai lá e vai multar. E, no entanto, tem muitas comunidades no Brasil que fazem um ritual com toras e sempre há uma ou outra derrubada pra retirar aquelas toras pra poder fazer aquele ritual. Então, tem muitas coisas ainda, que dentro da legislação do IBAMA, ele precisa entender sobre essa questão dos rituais tradicionais que existem nas terras indígenas. (WAPICHANA, S., 2016, informação verbal)

Acho que a lei ambiental nós mesmo fazemos. A gente sabe lá, aprendemos durante todo esse tempo o que a gente deve fazer e o que a gente não deve fazer para poder preservar e proteger a natureza, proteger a mata, proteger os rios. É claro que tem uma ou

outra pessoa que muitas vezes desrespeita essas regras e aí as leis ambientais caberiam muito bem, principalmente para o poder punir certas pessoas que fazem queimadas. A gente lá não usa queimada, a gente não tem esse tipo de cultura de fazer queimada, mas tem alguns que fazem queimadas e não têm a preocupação de proteger a mata e acaba o fogo pegando na mata e queimando. Eu acho que para esse tipo de ação as leis ambientais elas teriam que ser aplicadas. (TUPINIQUIM, 2016, informação verbal)

Acho que as legislações ambientais têm que buscar os conhecimentos tradicionais indígenas, porque aqui era bem preservado, sempre foi bem preservado. A degradação veio depois da colonização. [...] Então, a legislação ambiental tem que se adaptar aos indígenas e não os indígenas se adaptarem às legislações ambientais. Hoje, a atual legislação ambiental ela é voltada basicamente para o agronegócio, visando favorecer, dar anistia a segmentos da sociedade, a grandes empresas, a grandes empresários, a grandes latifundiários. (TUXÁ, 2016, informação verbal)

No entanto, outra parcela importante dos entrevistados refutou a possibilidade de aplicação de leis ambientais que impliquem em restrição de acesso a recursos naturais nas terras indígenas, defendendo uma auto-regulação nesse tema.

Nessas leis podem até existir restrições muitas vezes, quando se trata da preservação. Só que a nossa sobrevivência cultural depende dos recursos naturais também. Nós usamos recursos, muitas vezes a gente tira na árvore para fazer as cordinhas, para fazer artesanatos não comerciais, para realização das nossas cerimônias. Então nós temos necessidades, nós temos a nossa cultura que exige essa necessidade de utilização. No caso do Xavante não vimos em nenhum momento intervenção das leis de fora, restringindo o uso dos recursos naturais. Isso seria um choque muito grande se houvesse a restrição, com certeza meu povo iria reagir contra essa medida, mas não vivemos ainda esse momento. (XAVANTE, 2016, informação verbal)

Tem que valorizar os nossos costumes, os nossos conhecimentos tradicionais. A lei do papel do homem da cidade nós não conhecemos, o povo Yanomami não conhece aquele papel. Como é que chama? [...] A Constituição Federal. Que fala muitas palavras, muitos pensamentos que o povo da cidade escreveu. Essa nós não temos, mas hoje nós estamos sabendo o que a lei não permite. A lei não permite dentro da Terra indígena nós Yanomâmi vender madeira, também garimpar na terra Yanomâmi e negociar biopirataria. (...) O ICMBIO ele não é indígena. Ele é um branco. Mas ele não é o dono das montanhas, seria funcionário. Mas ele tem que participar, junto com os Yanomami. (YANOMAMI, 2016, informação verbal)

Acho que tem que ter as regras nossas mesmo, mas tem que ter o diálogo também. Mas a questão sobre a maneira das práticas

ambientais hoje [...] acho que elas não se aplicam a nós não. Acho que é uma coisa nossa mesmo, uma coisa interna, uma coisa de consciência. É uma coisa de juventude, que tá mais por dentro do que tá acontecendo, tem uma condição de entender melhor. A juventude que está na universidade, que está em várias áreas, principalmente em áreas ambientais, em áreas de agroecologia, de engenharia ambiental. Então eu acho que esse seria o caminho para a gente construir esse processo, sem depender das leis do Estado porque nós, a gente já tem essa prática de preservar o meio ambiente, de poder fazer o manejo sustentável sem depender de degradar toda terra indígena. (KAINGANG, K., 2016, informação verbal)

Além disso, os entrevistados externaram grande indignação acerca da assimetria vivenciada pelos indígenas em relação a outros sujeitos, que são autorizados a praticar atividades que degradam a natureza sem repressão por parte do Estado, que se mostra insensível às diferenças de realidade.

Então, esses autoritários que proíbem o índio de plantar, de vender nada da natureza, é porque os índios estão de guardiões. Aí o governo vende Petrobrás para Estados Unidos, vende a riqueza do Brasil para Estado do exterior, fica pegando dinheiro e não sabe investir na população brasileira e o próprio governo mesmo rouba dinheiro, não tem saúde para a população e PIB nacional. [...] Nós não queremos destruir, nós não precisamos destruir apenas uns 3% pra produzir pra gente sobreviver. A madeira a gente entende que é proibido, mas não é proibido para os fazendeiros brancos destruírem. Não é proibido pra eles, é permitido para fazendeiros destruírem em grande escala, pra plantações de soja, e o índio não pode plantar soja, não pode! E quem que está destruindo a natureza? [...] Então, quem é destruidor da natureza? O IBAMA, são os governantes, eles que são os destruidores da natureza. Eles entregam a certidão permitindo licenciamento para desmatar, aí depois estão preocupados com o sistema solar. Quem que está estragando? São os próprios governantes, aí não olham que o fazendeiro está destruindo, não obrigam os fazendeiros a fazer reflorestamento. (NAMBIKWARA, 2016, informação verbal)

Para isso, ela [legislação ambiental] se aplica, até porque o meu povo já tentou ter alguma atividade de arrendamento, de exploração no seu território em relação a questões minerárias e isso tudo tem que ter o processo de licenciamento. Agora, para as empresas e para os fazendeiros que ocupam o nosso território, isso aí não é problema para eles, mas para o povo indígena é. [...] Porque nós temos produção, nós, meu povo, produz muito leite, questão de pecuária. Nosso povo paga imposto e tudo, mas a legislação não se aplica lá, porque esses impostos nunca retornam. Nossas estradas são ruins, então a legislação não é aplicada para nós, ela só é aplicada para poder reprimir, mas para poder trazer algum benefício não. (KRENAK, 2016, informação verbal)

Agora, quanto ao IBAMA, o IBAMA deveria se preocupar em não deixar os desmatadores das florestas, da caçada silvestre. E agora, a gente se aventurar na floresta para evitar essa pratica é prejudicial para a sociedade. E olha para o indígena que está trabalhando para ganhar seu alimento na cidade, isso para mim é falta de respeito com o ser humano, com os indígenas, que têm suas práticas milenares como o artesanato, seus adornos. E não deve, não deveria fazer isso, quem teria que levar multa é a pessoa que cometeu a falta de respeito com os povos indígenas. E é isso que tem que se fazer e não caçar os índios que estão vendendo seus artesanatos para sobreviver. (XAVANTE, 2016, informação verbal)

Observa-se, desta forma, que as restrições impostas pela legislação ambiental são percebidas pelos indígenas como um artifício para que suportem sozinhos o ônus da sustentabilidade no país, haja vista que existiria uma condescendência excessiva do Estado com aqueles que são considerados os verdadeiros degradadores, mas que ostentam uma indubitável condição de cidadãos nacionais, contrariamente aos indígenas, contra quem pesa uma grande desconfiança sobre seu compromisso com os interesses da nação. O direito de ocupação indígena encontra-se, portanto, vinculado ao cumprimento desse oneroso papel que foi determinado aos índios em face da sua condição de subalternidade social.

O ambientalismo, sob a faceta do desenvolvimento sustentável, é considerado uma nova forma de colonialidade que se impõe nas relações dos povos indígenas com o Estado. A “Ideologia do Desenvolvimento Sustentável” é uma transmutação da ideologia do desenvolvimento, que preserva a lógica neoliberal e “mantém a natureza enquanto reserva de valor exclusiva de uma classe, com a prática de um Novo Colonialismo”. (OLIVEIRA, 2007, p. 6)

Neste sentido, até mesmo a “ecologização do discurso étnico” (ALBERT, 2002), embora tenha contribuído em grande parte para a inserção da demanda territorial indígena como pauta política efetiva, também favoreceu mais uma forma de controle sobre seus territórios, na medida em que vinculou o usufruto das terras ao cumprimento da agenda ambiental exclusivamente pelos índios, mas não possibilitou que os saberes indígenas tenham um reconhecimento real pela sociedade e pelo Estado.

A imposição da legislação ambiental genérica relega as práticas nativas a um patamar inferior na hierarquia dos saberes, recusando qualquer validade a essas formas distintas de uso do território, o que tem se denominado como *epistemicídio* (SANTOS, 2007a). Helen Verran (1998), ao estudar os aborígenes australianos,

também identificou essa lógica que faz com que, até os dias atuais, os sistemas de conhecimento nativos sejam considerados um saber parcial e limitado.

As falas analisadas oferecem, portanto, um pequeno retrato dos caminhos que têm sido percorridos pelo movimento indígena para avançar em direção à conquista de sua autonomia, em meio ao labirinto da burocracia e do controle tutelar. Como aponta Consuelo Sánchez (2017, p. 20), o reconhecimento no sistema jurídico internacional do direito à livre determinação é meramente formal e seu exercício depende de capacidade política dos povos indígenas de torná-lo real frente ao Estado.

A despeito das dificuldades apontadas, os dados coletados mostram que a luta por reconhecimento assumiu diversas facetas e incorporou várias formas de discurso, mas não deixou de existir. Mesmo com todos os obstáculos à efetivação da alteridade, a demanda pela autonomia nos territórios se mostra presente nos discursos das lideranças como importante pauta do movimento indígena e se constitui, por si só, em uma estratégia de resistência (LÓPEZ Y RIVAS, 2010).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa trouxe à luz alguns dos obstáculos que os indígenas têm enfrentado para desfrutar de seus territórios com dignidade e soberania. Tais circunstâncias, somadas às limitações inerentes à teoria contemporânea do Direito, mostram a incapacidade e o desinteresse do Estado Brasileiro de produzir mecanismos jurídicos que assegurem uma condição mínima de autonomia para esses povos.

O modelo de usufruto previsto na Constituição de 1988 carrega um ranço de colonialidade que dificulta o exercício de uma *hermenêutica diatópica*. Embora tenha sido pensado como um tipo de garantia, o instituto impõe a lógica privatista e excludente do Direito Civil às territorialidades indígenas, cujas formas de relação com o espaço físico se mostram essencialmente distintas da tradição materialista que privilegia a apropriação individual e a exploração da natureza. Ademais, o usufruto regula uma relação jurídica de domínio sobre um bem material, como são classificadas as terras indígenas, mas não opera de forma adequada com categorias políticas, como a noção de território.

O usufruto, historicamente utilizado para resguardar do mercado bens cujos titulares necessitavam de algum tipo de proteção especial, foi incorporado à política indigenista pela Constituição de 1967 sob uma perspectiva de transitoriedade, fundada na ideia de que os indígenas deixariam de existir como tais e se integrariam à sociedade nacional. As terras destinadas à posse dos índios, após sua definitiva assimilação à “comunhão nacional”, se consolidariam no pleno domínio da União. Com a promulgação de Carta de 1988 e o reconhecimento do direito à alteridade, essa proposta tornou-se obsoleta juridicamente, mas não foi substituída por outra mais apropriada.

A outorga do direito real de usufruto aos índios, conquanto tenha sido eficiente na proposta de impedir a comercialização dos territórios, acabou perpetuando o paradigma tutelar ao negar o título de propriedade aos seus ocupantes legítimos.

O caráter comunitário da terra indígena e a dominialidade da União reforçaram a ideia de que se tratava de um bem público, sujeito ao controle administrativo do Estado. Como mostra Carlos Frederico Marés, os direitos coletivos são ignorados ainda hoje, tendo em vista a prevalência dos direitos individuais na modernidade:

“sendo assim, no universo do direito individual, tudo que seja coletivo é estatal, omitido, ou invisível”. (SOUZA FILHO, 2009, p. 169)

Os direitos territoriais indígenas foram situados pelo discurso estatal em posição de inferioridade em relação aos títulos de propriedade privada, que desfrutam de imenso capital simbólico, por serem os índios detentores de “mero usufruto” de terras de domínio público, em uma evidente distorção de conceitos e princípios jurídicos.

Além disso, a cultura do indigenismo é predominantemente marcada pelo exercício da tutela orfanológica, que foi a tônica da relação do Estado com os povos indígenas desde o Brasil Colônia. Neste sentido, a posição de submissão vivenciada pelos indígenas por não serem considerados proprietários de suas terras favoreceu a continuidade das práticas tutelares, mesmo após a Constituição de 1988 ter formalmente alçado os indígenas à condição de cidadãos plenamente capazes.

A tutela, que ao longo dos séculos serviu para legitimar o controle estatal sobre os indígenas e promover a apropriação privada dos seus territórios, continua em intensa atividade, agindo silenciosamente em todas as instâncias de governo e visceralmente conectada à memória institucional e ao pensamento dos agentes públicos, que compõem a chamada “face subjetiva” do Estado (RAMOS, 1998).

As entrevistas realizadas com os indigenistas mostram que existe ainda uma grande resistência em admitir um novo paradigma de autonomia indígena. No discurso dos servidores da FUNAI, o usufruto constitucional é reduzido a uma categoria jurídica inferior até mesmo ao usufruto civil e a tutela é travestida em um suposto mecanismo de proteção de expressões culturais, mesmo à custa do livre arbítrio dos indígenas.

“(…) o poder tutelar é uma forma elaborada de uma guerra, ou, de maneira muito mais específica, do que se pode construir como um modelo formal de uma das formas de relacionamentos possível entre um “eu” e um “outro” afastados por uma alteridade (econômica, política, simbólica e espacial) radical, isto é, a conquista, cujos princípios primeiros se repetem – como toda a repetição, de forma diferenciada – a cada pacificação”. (SOUZA LIMA, 1995, p. 43)

Apoiando-se em conceitos ultrapassados para lastrear seus posicionamentos tutelares e em meio a um grave quadro de crise institucional provocado pelo avanço de forças anti-indígenas no país que mina seus recursos, o indigenismo oficial tem



deixado a desejar na sua função de propiciar os meios para que os povos indígenas exerçam a cidadania em sua magnitude.

O Poder Judiciário, de outro lado, protagoniza uma ofensiva sem precedentes aos direitos indígenas, posicionando-se contrariamente a qualquer forma de exercício da autonomia cultural ou política. No julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal impôs aos índios uma condição de exílio em solo pátrio, ao situar os direitos indígenas abaixo dos demais “interesses nacionais”.

Utilizando-se do argumento falacioso de defesa da soberania, a Corte Constitucional autorizou a interferência abusiva do Estado nos territórios indígenas, desconsiderando até mesmo o mínimo direito de consulta livre, prévia e informada, pactuado na Convenção OIT nº 169. A decisão proferida na PET 3.388 reproduziu a crença na homogeneidade da nação brasileira, calando as vozes das inúmeras identidades sociais que compõem o Estado Nacional e reafirmando a prevalência do saber hegemônico sobre as demais racionalidades.

Como ensina Paulo Thadeu Silva, a jurisdição constitucional exercida pelo Supremo Tribunal Federal deveria ter um papel concretizador de direitos fundamentais, de modo a criar “estados mentais nos quais o respeito ao direito dos outros é, se não totalmente implementado, ao menos desperto”. (SILVA, 2015, p. 26) No entanto, a constatação de que o Poder Judiciário tem se omitido na efetivação dos direitos indígenas evidencia a crise paradigmática dos sistemas jurídicos, manifestada no impasse entre uma proposta constitucional fraterna, pluralista e inclusiva e a tradição privatista do juspositivismo, entranhada na legislação ordinária e nas práticas judiciais, o que leva a concluir que a Carta de 1988 não efetivou a ruptura que era almejada.

Contudo, os questionamentos ao atual modelo constitucional não se prestam a justificar retrocessos nas conquistas políticas do movimento indígena, tais como a demarcação das terras e a garantia de usufruto desses territórios. Ao contrário, essa discussão tem o papel de apontar para a necessidade de se construir interpretações que estejam em maior sintonia com os diferentes modos de ocupação do espaço e que levem em conta as diversas identidades e territorialidades existentes, avançando na conquista de direitos.

O movimento indígena, por sua vez, tem mostrado imensa capacidade de adaptação do seu discurso em face das retóricas desenvolvimentistas,

ambientalistas e nacionalistas que frequentemente se opõem aos seus direitos originários de ocupação da terra. As falas analisadas, mais do que representar os percursos que lhes foram possíveis, demonstram uma agência<sup>104</sup> por parte dos indígenas, que, com sua atuação, interferem diretamente nas estruturas institucionais e as transformam, de forma consciente e intencional.

Todavia, as condições em que exercem essa agência não se mostram as mais favoráveis, pois não existem espaços de participação para o exercício de um diálogo intercultural, o que, em grande medida, reduz o poder de influência nas decisões do Poder Público.

Portanto, a participação indígena em espaços públicos deve ser melhor avaliada enquanto avanço do movimento indígena no Brasil. Para isso, uma das questões a ser considerada é se as esferas governamentais de participação indígena foram criadas como espaços interculturais. Ou seja, se foram criadas para dar condições ao exercício da interculturalidade no Estado brasileiro. (...) Os limites da participação indígena estão diretamente ligados à criação de espaços interculturais no Brasil, espaços estes que também envolvem poder. (MATOS, 2006, p. 237)

Gilberto López y Rivas (2010) lembra que a busca por autonomia também é uma estratégia de resistência e uma maneira de alcançar um maior estado de democracia. Por este motivo, o pleito pelo direito à autodeterminação e pela participação democrática<sup>105</sup> deve estar em pé de igualdade com a luta pela terra, na medida em que são demandas prementes e inseparáveis<sup>106</sup>.

A Constituição de 1988, ao reconhecer aos índios o direito à organização social<sup>107</sup>, assume também a possibilidade de autonomia com jurisdição própria, na medida em que “as lutas por reconhecimento se referem não mais e apenas a direitos individuais clássicos e sociais, mas também àqueles que bem poderiam ser classificados como direitos à diferença” (SANTOS, 2015, p. 67). Com aponto Souza Filho (2009, p. 193), a jurisdição indígena não significa o fim da soberania estatal,

<sup>104</sup> “Os homens fazem sua própria história, mas não do modo como desejam; eles não a fazem sob circunstâncias escolhidas por eles mesmos, mas sob circunstâncias encontradas, dadas e transmitidas diretamente do passado” (MARX apud RODRIGUES, 2008, p. 1).

<sup>105</sup> Note-se, que direito à autodeterminação não se confunde com o direito de participação democrática, são categorias diferenciadas que podem eventualmente se comunicar.

<sup>106</sup> É preciso registrar que esta pesquisa não adota uma perspectiva de um pluralismo exclusivamente fundado no critério territorial, mas admite que o direito à alteridade está vinculado às pessoas e não somente ao espaço físico. Assim, embora seja desejável que esses pleitos sejam tratados em conjunto, as demandas por luta e autodeterminação são independentes.

<sup>107</sup> Art. 231 da Constituição Federal.

mas a admissão de que haja, no território vinculado a um Estado, um pluralismo de sistemas jurídicos válidos, com critérios consensuais de aplicação.

A ideia de auto-regulação deriva, então, do direito fundamental à diferenciação, consectário do princípio constitucional da igualdade material, o qual admite a acomodação de culturas diferentes que não mantêm relação de hierarquia entre si (SANTOS, 2015). O direito à diferenciação cultural e social se volta também à concretização do princípio da autodeterminação, sendo incompatível com uma prática tutelar que limite o exercício dos direitos de cidadania dos indígenas, a pretexto de proteger expressões culturais diversas.

El discurso de Amílcar Cabral (The Weapon of Theory) en la Conferencia Tricontinental de La Habana en 1966 viene inmediatamente a la mente: **la cultura no era sólo un derecho, era una fuente de liberación de la opresión**, declaró él. (DE LA CADENA, 2009, p. 149, grifo nosso)

Embora se identifique diversas limitações no texto da Constituição, derivadas de suas próprias matrizes coloniais, é inegável que a Carta de 1988 acolhe de forma ampla a possibilidade de exercício da alteridade, oferecendo múltiplas ferramentas para garantir a existência digna dos povos indígenas.

Não obstante, a discussão sobre direitos não pode se encerrar na dogmática positivada. Bourdieu (1989, p. 212) ensina que o campo jurídico é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito. A apropriação do discurso jurídico pelos setores dominantes impediu que a Constituição de 1988 operasse efeitos práticos na consolidação dos direitos indígenas.

Sandra Nascimento (2016, p. 325) aponta que “as institucionalidades jurídicas no Brasil são edificadas no contexto de apropriação seletiva ou por conveniência”, frequentemente com o propósito de servir a interesses econômicos e políticos. Além disso, como adverte a autora, os aparelhos judiciais no Brasil não promoveram abertura para a redefinição de outras formas de produção jurídica ou de sua interpretação frente aos direitos territoriais indígenas.

Como assinalam Verdum e Ioris (2017, p. 8), no Brasil o tema da autonomia territorial ainda não está posto com clareza (“e o peso do indigenismo à brasileira explica parte do problema”), mas em outros países da América Latina e do mundo já se produziram avanços jurídicos e políticos com experiências de governo indígena. Entretanto, não é suficiente que um Estado se defina como plurinacional ou

democrático sem que sejam configuradas suas estruturas para que funcionem em consonância com essa condição. (SÁNCHEZ, 2017, p. 30)

Diante desse quadro, percebe-se que a luta por autonomia territorial no Brasil deve contar com diferentes estratégias, tendo em vista a complexidade dos fatores que atuam para obstar o pleno exercício dos direitos indígenas, não devendo ser reduzida a uma mera demanda por positivação de direitos.

Propõe-se, num primeiro plano, lançar um olhar decolonial<sup>108</sup> sobre o usufruto indígena, superando a concepção estritamente civilista, de forma a agregar uma dimensão política ao conceito. Neste sentido, é preciso integrar ao pleito territorial a demanda por autonomia e autodeterminação, que, em conjunto, constituem o núcleo essencial dos direitos indígenas.

Será inevitável, porém, discutir qual é a autodeterminação que esses povos desejam e podem, de fato, exercer. Para tanto, é essencial a construção, em vários níveis, de instâncias para exercício de uma prática dialógica autêntica, que, no mais puro sentido freireano, “é vivenciar o diálogo. Ser dialógico é não invadir, é não manipular, é não sloganizar. Ser dialógico é empenhar-se na transformação constante da realidade”. (FREIRE, 1983, p. 28)

O Direito, entendido como instrumento *dia-lógico*, deve se orientar por uma práxis transformadora e se colocar a serviço de um programa pluralista, assumindo-se “não como uma ordem estagnada, mas como a positivação, em luta, dos princípios libertadores, na totalidade social em movimento” (LYRA FILHO, 1982).

Ademais, é preciso pensar também em ferramentas que possibilitem o exercício plural de outras formas de regulação e justiça. O monopólio da jurisdição estatal e a monocultura universalista do saber jurídico historicamente se mostraram eficientes instrumentos da colonialidade, aprofundando mecanismos de exclusão e de dominação. Contudo, “a pretensão monocultural de conservar uma jurídica monolítica não reúne potência para eliminar realidades sociopolíticas pluriétnicas” (NASCIMENTO, 2016, p. 339).

---

<sup>108</sup> “Suprimir la “s” y nombrar “decolonial” no es promover un anglicismo. Por el contrario, es marcar una distinción con el significado en castellano del “des”. No pretendemos simplemente desarmar, deshacer o revertir lo colonial; es decir, pasar de un momento colonial a un no colonial, como que fuera posible que sus patrones y huellas desistan de existir. La intención, más bien, es señalar y provocar un posicionamiento —una postura y actitud continua— de transgredir, intervenir, in-surgir e incidir. Lo decolonial denota, entonces, un camino de lucha continuo en el cual podemos identificar, visibilizar y alentar “lugares” de exterioridad y construcciones alternativas.” (WALSH, 2009, p. 14-15)

Essas novas propostas precisam estar apoiadas em um projeto maior de país, fundado numa perspectiva de *fraternização social*, para além do mero investimento na reforma dos mecanismos burocráticos e da positivação de garantias. O exercício paritário do direito de participação democrática pelos indígenas, a humanização dos agentes políticos pelo contato qualificado com o *outro* e a *reeticização* do fazer jurídico são demandas primordiais.

Enquanto isso, ainda que neste momento não seja possível estabelecer relações verdadeiramente fraternas e horizontais com os povos indígenas, por meio de uma profunda e transformadora experiência de encontro com a alteridade, que sejam ao menos admitidos como legítimos e respeitados seus projetos de vida e de sociedade.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. de. **Direito, poder e opressão**. São Paulo: Alfa-Omega, 1990.

ALBERT, Bruce. Associações indígenas e desenvolvimento sustentável na Amazônia brasileira. In: RICARCO, Carlos A. (org.), **Povos Indígenas no Brasil 1996/2000**. 1 ed. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2000, p. 197-207.

\_\_\_\_\_. O ouro canibal e a queda do céu. Uma crítica xamânica da economia política da natureza (Yanomami). In: ALBERT, B. e RAMOS, A. R. **Pacificando o branco: cosmologias do contato no norte-amazônico**. São Paulo: UNESP, 2002, p. 239-274.

ALMEIDA, G. G.; BERGOLD, R. C.; PRÉCOMA; A. F. A. Terras indígenas, unidades de conservação e o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. In: SOUZA FILHO, C. F. M. de e BERGOLD, C. **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013, p. 263-288.

ALMEIDA, Rita Heloísa de. **O diretório dos índios**. Brasília: UnB, 1997.

ALVES, Antônio José Lopes. Propriedade Privada e Liberdade em Hegel e Marx. **Intuitio**, v. 1, n. 2, 2008, p. 49-67. Disponível em: <[revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/download/4221/3343](http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/intuitio/article/download/4221/3343)>. Acesso em: 30 mar. 2017

AMERICANO, Jorge. **Direito Civil**. São Paulo: C.A. XI de Agosto, 1956.

ARAÚJO, Ana Valéria. Desafios e perspectivas para os direitos dos povos indígenas no Brasil. In: SOUZA FILHO, C. F. M. de e BERGOLD, C. **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013, p. 139-167.

ARAÚJO PINTO, Cristiano Paixão. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. **O novo direito administrativo brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, p. 19-50, 2003.

\_\_\_\_\_. Direito e sociedade no Oriente antigo: Mesopotâmia e Egito. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. 3ª Ed., Revista e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ARRUDA, Angela. O ambiente natural e seus habitantes no imaginário brasileiro. In: ARRUDA, A. **Representando a alteridade**. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 17-46.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARBOSA, João Mítia Antunha; BARBOSA, Marco Antonio. Povo e Estado no século XXI e a atualização semântica do direito de autodeterminação dos povos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, v. 106, 2013, p. 133-162. Disponível em: <[http://www.tst.jus.br/documents/1295387/8373551/Revista\\_Brasileira\\_Estudos\\_Politicos\\_n106\\_jan\\_a\\_jun\\_2013.pdf](http://www.tst.jus.br/documents/1295387/8373551/Revista_Brasileira_Estudos_Politicos_n106_jan_a_jun_2013.pdf)>. Acesso em: 30 mar. 2017

BARBOSA, Marco Antônio. **Autodeterminação: direito à diferença**. São Paulo: Fapesp, 2001a.

\_\_\_\_\_. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade, 2001b.

BARRETO FILHO, Henyo Trindade. Disciplinando a diversidade cultural: Uma perspectiva antropológica sobre a Portaria 14. In: SOUZA LIMA, A. C. de; BARRETTO FILHO, H. T. (Orgs.). **Antropologia e identificação: os antropólogos e a definição de terras indígenas no Brasil, 1977-2002**. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2005, p. 119-135.

BARRETTO FILHO, H. T. e CORREIA, C. S. **Gestão Ambiental e/ou Territorial de/em Terras Indígenas: subsídios para a construção da Política Nacional de Gestão Ambiental em Terras Indígenas conforme a Portaria Interministerial nº 276/2008**. Brasília: MMA, 2009.

BARRETTO FILHO, H. T. Natureza. In: SOUZA LIMA, A. C.; Antropologia e Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos. Rio de Janeiro/Brasília: Contra Capa / LACED/ABA. 2012. p. 369-374.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas**. ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**, 2010. Disponível em: <<http://www.slideshare.net/chlima/constituicaodemocracia->

e-supremacia-judicial-direito-e-politica-no-brasil-contemporaneo>. Acesso em: 15 nov. 2013.

BARTH, Fredrik. **Ethnic groups and boundaries: The social organization of culture difference**. Long Grove, Illinois: Waveland Press, 1998.

BARTOLOMÉ, Miguel Alberto. Procesos civilizatorios, pluralismo cultural y autonomías étnicas en América Latina. **Andes**. n 9, p. 13-37, janeiro a dezembro, 1998.

BENJAMIN, Antonio Herman. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. **Nomos**, v. 31, n. 1, 2011, p. 79-96.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. Brasília: Senado Federal, 2003.

BONAVÍDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais e Justiça**. n. 3, p. 82-93, 2008.

BORDA, Guillermo. **Manual de Derechos Reales**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz. Rio de Janeiro, 1989.

BRANDÃO, Pedro. **O novo constitucionalismo pluralista Latino-Americano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRASIL. COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. **Relatório**. Volume II. Texto 5 – Violações de direitos humanos dos povos indígenas. 2014.

BRASIL. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO AGRÁRIO. **Manifestação** em atenção ao Ofício 0080/2016-TCU/SecexAmbiental, de 08/04/2016, que encaminha decisão proferida por meio do Acórdão 775/2016 - Plenário, nos autos da TC 000.517/2016-0 acerca de Representação interposta pela Secretaria de Controle Externo da Agricultura e Meio Ambiente – SecexAmbiental, 2016.

BROTTO, ALEXIA RODRIGUES. Pluralismo jurídico indígena: a emergência de um novo paradigma para além do direito positivo. **Revista USCS – Direito**, ano X, n. 16, jan./jun, 2009.



CALEFFI, Paula. O que é ser índio hoje? A questão indígena na América Latina/Brasil no início do Séc. XXI. **Diálogos Latinoamericanos**. n 007, Universidade de Aarhus, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPRA, Fritjof. **O ponto de mutação**: A Ciência, a Sociedade e a Cultura emergente. 23 ed. São Paulo: Cultrix, 2002.

CARVALHO NETTO, Menelick de. **Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea**. Brasília: CEAD/UnB, 2009. 25 p. Disponível em: <[http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/8/Biblioteca/1\\_-Textos\\_base/Texto\\_base\\_1.pdf](http://moodle.cead.unb.br/agu/file.php/8/Biblioteca/1_-Textos_base/Texto_base_1.pdf)>. Acesso em: 20 maio 2010.

CASANOVA, Pablo González. El colonialismo interno. In: CASANOVA, P. G. **Sociología de la explotación**. Buenos Aires: CLACSO, 2006, p. 185-205.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Usufruto exclusivo das terras indígenas. Natureza jurídica, alcance e objeto**. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10804/usufruto-exclusivo-das-terras-indigenas>>. Acesso em 08 nov. 2016.

COELHO, Luiz Fernando. **Para uma teoria crítica do direito**. 2003. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/470/22.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

COIMBRA, Elias. **Apontamentos de um debate conceitual: território ou tekohá**. Disponível em: <<http://www.historia.uff.br/estadoepoder/7snep/docs/080.pdf>>. Acesso em 19 março 2017

CONTRERA, Flávio. O conceito de interesse nacional: debate teórico e metodológico nas relações internacionais. **Revista de Estudos Internacionais**, v. 6, n. 2, p. 178-195, 2015.

CUNHA, Luiz Henrique da. Da “tragédia dos comuns” à ecologia política: perspectivas analíticas para o manejo comunitário dos recursos naturais. **Raízes**. Campina Grande, v. 23, n. 01, p. 10-26, 2004.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os Direitos do Índio: Ensaio e documentos**. Brasiliense: São Paulo. 1987a.

\_\_\_\_\_. **Antropologia do Brasil**. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1987b.

\_\_\_\_\_. **Índios no Brasil: história, direitos e cidadania**. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

DALLARI, Dalmo. Projeto é inconstitucional. **Porantim**. Brasília, p. 4-5, jul/ago, 1984.

\_\_\_\_\_. **Terras indígenas e falsos proprietários**. 2012. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/mariafro/2012/11/10/dalmo-dallari-terras-indigenas-e-falsos-proprietarios/>>. Acesso em 21 de outubro de 2016.

DE LA CÁDENA, Marisol. Política indígena: un análisis más allá de 'la política'. **World Anthropologies Network - WAN e-journal**, v. 4, p. 139-171, 2009.

DOLHNIKOFF, Miriam. O projeto nacional de José Bonifácio. **Novos estudos**. v. 46, p. 121-141, 1996.

DREMISKI, João Luiz; LINI, Priscila. A Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho. In: SOUZA FILHO, C. F. M.; BERGOLD, R. C. **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013. p. 75-96.

FACHIN, Luiz Edson. **A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

\_\_\_\_\_. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Aos 20 anos do Convênio 169 da OIT: Balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina. GRIJALVA, Agustín et all. **Povos Indígenas. Constituições e Reformas Políticas na América Latina**. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 9-62.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIORILLI, Celso Antonio Pacheco. O Usufruto Ambiental: Meio Ambiente Cultural, Terras Tradicionalmente Ocupadas pelos Índios e o Usufruto Constitucional dos Recursos Ambientais. **Revista Brasileira de Direito Civil Constitucional e**

**Relações de Consumo – Doutrina e Jurisprudência.** Volume 03, ano 1, p. 95-101, jul/set 2009.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso.** Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

FRASER, Nancy. **Redistribution ou Recognition? A political philosophical exchange.** Nova York: Verso, 2003.

FREYRE, Gilberto. **Casa grande e senzala: formação da família brasileira sob o regime de economia patriarcal.** 50 Ed. São Paulo, Editora Global, 2005.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido.** 17 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, v. 3, 1987.

\_\_\_\_\_. **Extensão ou comunicação.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

FREITAS JÚNIOR, Luís de. O direito fundamental dos índios à posse das suas terras. **Conteúdo Jurídico.** Brasília, 16 ago. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.44739&seo=1>>. Acesso em: 08 jan. 2017.

GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Reforma agrária e o Judiciário brasileiro: tensões entre propriedade liberal e o princípio da função social. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, vol. 3, p. 81 – 97, abr. a jun. de 2015.

\_\_\_\_\_. Direitos Socioambientais e Territoriais. Comunicação oral em aula expositiva. Brasília: MESPT/UnB. 2016.

GEERTZ, Clifford. **O saber local.** Petrópolis: Vozes, 2004.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **O Positivismo Jurídico.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10060/o-positivismo-juridico>>, 2004.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. **Journal of Natural Resources Policy Research**, v. 1, n. 3, p. 243-253, 2009.

HIERRO, Pedro García; SURRALLÉS, Alexandre. **Antropología de un derecho: libre determinación territorial de los pueblos indígenas como derecho humano**. Copenhague: IWGIA, 2009.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. Rio de Janeiro: Olympio, 1993.

JOVCHELOVITCH, Sandra. Re(des)coabrindo o outro – Para um entendimento da alteridade na Teoria das Representações sociais. In: ARRUDA, Angela (Org.). **Representando a Alteridade**. Petrópolis: Vozes, 2002. p. 69-82.

CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. **O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas: uma análise do ensino do direito de propriedade**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

JÚNIOR, João Mendes. **Os indígenas do Brazil, seus direitos individuaes e políticos**. São Paulo: Comissão Pró-Índio, 1912.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os Direitos dos Povos Indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual**. Tradução Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

LACERDA, Rosane Freire. **Diferença não é incapacidade: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/3545>>. Acesso em: 20 set 2016.

\_\_\_\_\_. **Os Povos Indígenas e a Constituinte – 1987/1988**. Brasília: CIMI, 2008.

LEONEL JÚNIOR, Gladstone. **O novo constitucionalismo latino-americano: um estudo sobre a Bolívia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LIBERATO, Ana Paula; GONÇALVES, Ana Paula Rengel. A proteção dos indígenas na Constituição de 1988. In: SOUZA FILHO, C. F. M.; BERGOLD, R. C. **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

LITTLE, Paul. E. Etnodesenvolvimento Local: autonomia cultural na era do desenvolvimento global. **Tellus**, ano 2, n. 3, p. 33-51, 2002a.

\_\_\_\_\_. Territórios Sociais e Povos Tradicionais no Brasil: Por uma territorialidade antropológica. **Série Antropologia** - Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Brasília. Brasília, 2002b.

LOPES, Ana Maria D.'Ávila; MATTOS, Karine Rodrigues. O direito fundamental dos indígenas à terra: do Brasil-colônia ao estado democrático de direito. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal, v. 43, p. 221-234, 2006.

LÓPEZ Y RIVAS, Gilberto. **Teses em torno da autonomia dos povos índios**. 2010. Disponível em: <<http://passapalavra.info/2010/08/27593>> Acesso em: 12 fevereiro 2017.

LYRA FILHO, Roberto. A Nova Escola Jurídica Brasileira. **Revista Direito e Avesso** – Boletim da Nova Escola Jurídica Brasileira, ano 1, nº 1, Ed. Nair, Brasília, p. 151-158, 1982.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de; AFONSO, Henrique Weil. **Reflexões sobre o novo constitucionalismo na América do Sul: Bolívia e Equador**. <<http://joseluizquadrosdemagalhaes.blogspot.com.br/2011/11/802-reflexoes-sobre-o-novo.html>>. Acesso em 26 jun. 2016, v. 2, 2012.

MATOS, Maria Helena Ortolan. **Rumos do movimento indígena no Brasil contemporâneo: experiências exemplares no Vale do Javari**. 2006. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Unicamp, Campinas, 2006. Disponível em: <[www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=vtls000385919](http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=vtls000385919)>. Acesso em: 20 jan 2017.

MAYBURY-LEWIS, David. *Indigenous Peoples, Ethnic Groups and the State*. Boston: Pearson College Division, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **O domínio da União sobre as terras indígenas: o Parque Nacional do Xingu**. Brasília: Ministério Público Federal, 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Regina Lúcia Teixeira. **Do Princípio do Livre Convencimento Motivado: legislação, doutrina e interpretação de juízes brasileiros**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

MIGLIOLI, Jorge. Globalização: uma nova fase do capitalismo. **Crítica marxista**, v. 1, n. 3, p. 140-142, 1996.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil – Direito das Coisas**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1958.

MORAES, Lauro Escorel de. O conceito interesse nacional e a responsabilidade de diplomacia brasileira. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. vol. 81, p. 151-161. Editora da USP, 1986.

MORAIS Ivy Sabina Ribeiro de; WANDSCHEER, Clarissa Bueno. Gestão dos territórios Indígenas: desafios estruturais. In: SOUZA FILHO, C. F. M.; BERGOLD, R. C. **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

NASCIMENTO, Abdias do. **O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. **Direitos Reais Limitados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

NASCIMENTO, Sandra. **Colonialidade do poder no direito e povos indígenas na América Latina: as faces da subordinação/dominação jurídica frente ao direito de retorno às terras ancestrais dos povos indígenas Kaiowá do Tekohá Laranjeira Nãnde'Rú no Brasil e Mapuche do Lof Temucuicui no Chile**. 2016. Tese (Doutorado em Estudos Comparados sobre as Américas). Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/20866>>. Acesso em: 20 jan 2017.

NÓBREGA, Luciana Nogueira. **“Anna Pata, Anna Yan—nossa terra, nossa mãe”: a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol e os direitos territoriais indígenas no Brasil em julgamento**. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12595>>. Acesso em: 20 set 2016.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Terras Indígenas. In: SOUZA LIMA, A. C. **Antropologia e Direito: temas antropológicos para estudos jurídicos**. Rio de Janeiro/Brasília: Contra Capa / LACED / ABA. 2012, p. 369-374.

\_\_\_\_\_. (org.) A viagem de volta: **Etnicidade, política e reelaboração cultural no Nordeste Indígena**. 2 ed. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2004.

OLIVEIRA, Leandro Dias de. A construção do desenvolvimento sustentável sob a égide do neoliberalismo: um estudo sobre a economia política da crise ambiental. **5º Colóquio Internacional Marx e Engels**, v. 1, p. 1-7, 2007. Disponível em: <[http://www.unicamp.br/cemarx/anais\\_v\\_coloquio\\_arquivos/arquivos/comunicacoes/gt3/sessao2/Leandro\\_Oliveira.pdf](http://www.unicamp.br/cemarx/anais_v_coloquio_arquivos/arquivos/comunicacoes/gt3/sessao2/Leandro_Oliveira.pdf)>. Acesso em 20 set 2016.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **A noção de “colonialismo interno” na etnologia. A Sociologia do Brasil Indígena**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro; Brasília: Editora UnB, 1978.

\_\_\_\_\_. Etnicidade, Etnicidade e Globalização. In: OLIVEIRA, R. C. **O Trabalho do Antropólogo**. Brasília: Paralelo 15, 1998. p. 168-188.

PAITER, Narai Agoteme Suruí; PRADO, Rafael Clemente Oliveira do. O instituto do usufruto exclusivo de recursos naturais por comunidades indígenas em suas terras manejo e exploração de recursos florestais pelos Paiter (Suruí) na terra indígena sete de setembro em Rondônia. **Revista Amazônia Legal** (de estudos sócio-jurídico-ambientais), Ano 2, n. 3, p. 33-44, jan a jun- 2008. Cuiabá: EdUFMT, 2008.

PEREIRA, Deborah Duprat de Britto. **O Direito sob o marco da pluriétnicidade/multiculturalidade. Constituições Nacionais e Povos Indígenas**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.

PIMENTA, José. Desenvolvimento sustentável e povos indígenas: os paradoxos de um exemplo amazônico. **Anuário antropológico**, v. 2003, p. 115-150, 2002.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional e Direitos Humanos**. Salvador: Juspodium, 2014.

PRATES, Carlos Inácio et al. A Fortuna crítica de O Direito Achado na Rua: História e Desenvolvimento. SOUSA JUNIOR, José Geraldo de. **O Direito Achado na Rua – Conceção e Prática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 101-149.

QUEIROZ, Paulo Eduardo Cirino de. **A construção da Teoria do Indigenato: do Brasil colonial à Constituição republicana de 1988**. 2013. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/constru%C3%A7%C3%A3o-da->

teoria-do-indigenato-do-brasil-colonial-%C3%A0-constitui%C3%A7%C3%A3o-republicana-de-1988>. Acesso em: 30 mar 2017.

RAMOS, Alcida Rita. Nações dentro da nação: um desencontro de ideologias. **Série Antropologia n 147**. Universidade de Brasília, Instituto de Ciências Humanas, Departamento de Antropologia, 1993. Disponível em: <<http://dan.unb.br/images/doc/Serie147empdf.pdf>>. Acesso em: 30 mar de 2017.

\_\_\_\_\_. Convivência interétnica no Brasil: os índios e a nação brasileira. Trabalho apresentado no Simpósio Internacional "Autonomías étnicas y estados nacionales" organizado por Alicia Barabas e Miguel Bartolomé, Oaxaca, México, 25-27 de junho de 1997.

\_\_\_\_\_. Uma crítica da desrazão indigenista. **Série Antropologia n 243**. Universidade de Brasília, Instituto de Ciências Humanas, Departamento de Antropologia, 1998. Disponível em: <<http://www.dan.unb.br/images/doc/Serie243empdf.pdf>>. Acesso em: 30 mar 2017.

\_\_\_\_\_. Projetos indigenistas no Brasil independente. **Série Antropologia n 267**. Universidade de Brasília, Instituto de Ciências Humana, Departamento de Antropologia, 1999. Disponível em: <<http://dan.unb.br/images/doc/Serie267empdf.pdf>>. Acesso em 30 mar 2017.

\_\_\_\_\_. Os direitos humanos dos povos indígenas no Brasil. **Desafios aos direitos humanos no Brasil contemporâneo**, p. 65, 2011. Disponível em: <https://www.social.org.br/desafios.pdf>>. Acesso em 30 mar 2017.

RODRIGUES, Carolina Augusta de Mendonça. **Identidade e representação indígena à luz do paradigma democrático**. 2010. Monografia (Especialização em Direito Público). Universidade de Brasília, Brasília/Escola da AGU, 2010.

RODRIGUES, Guilherme Scotti. **Direitos fundamentais, eticidade reflexiva e multiculturalismo: uma contribuição para o debate sobre o infanticídio indígena no Brasil**. 2011. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9871/1/2011\\_GuilhermeScottiRodrigues.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9871/1/2011_GuilhermeScottiRodrigues.pdf)>. Acesso em: 6 de outubro de 2016

RODRIGUES, Patrícia de Mendonça. **A Caminhada de Tanyxiwè. Uma teoria Javaé da História**. 2008. Tese (Doutorado em Antropologia). Dept. of Anthropology, Chicago University, 2008.

ROMERO, Ellen Cristina Oenning; LEITE, Vera Lúcia Marques. Terras indígenas: usufruto exclusivo e proteção do meio ambiente. **Tellus**, n. 18, p. 139-160, 2014.



ROULAND, Norbert; PIERRÉ-CAPS, Stéphane; POUMARÈDE, Jacques. **Droit des minorités et des peuples autochtones**. Paris: Presses universitaires de France, 1996.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica: introdução a uma leitura externa do direito**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

SAHLINS, MARSHALL. O “pessimismo sentimental” e a experiência etnográfica: porque a cultura não é um “objeto” em via de extinção (parte I e II). **Mana**, v. 3, n. 1, p. 41-73, 1997.

SÁNCHEZ, Consuelo. Para uma teoria do estado plurinacional: a autonomia na América Latina. In: VERDUM, Ricardo; IORIS, Edviges Marta (Orgs.) **Autodeterminação, autonomia territorial e acesso à justiça: povos indígenas em movimento na América Latina**. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Antropologia, 2017.

SANTAMARIA, Rosemberth Ariza Santamaría. El régimen jurídico de las tierras, la convención 169 de la oit y la actuación del poder judicial frente a los derechos del território. In: GEDIEL, J. A. P. et al. **Direitos em conflito: movimentos sociais, resistência e casos judicializados: artigos e ensaios**. v.2. Curitiba: Kairós Edições, 2015.

SANTILLI, Juliana (org.) **Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1993.

\_\_\_\_\_. **Socioambientalismo e novos direitos: Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. **Contexto Internacional**. Rio de Janeiro: Vol. 23. n 1. p, 7-34, 2001.

\_\_\_\_\_. **A gramática do tempo. Para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006.

\_\_\_\_\_. **Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social**. Tradução de Mouzar Bedito. São Paulo: Boitempo, 2007a.

\_\_\_\_\_. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Novos estudos-CEBRAP**, n. 79, p. 71-94, 2007b.

\_\_\_\_\_. **Um discurso sobre as ciências**. 7 ed. São Paulo: Cortez Editora, 2010.

SANTOS, Leonardo Fernandes dos. Quarta Geração/Dimensão dos Direitos Fundamentais: Pluralismo, Democracia e o Direito de Ser Diferente. **Direito Público**, v. 8, n. 35, p. 66-83, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. **Revista Diálogo Jurídico** - Salvador, CAJ-Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, p. 65-119, 2001.

SCHAVELZON, Salvador. **El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia**. La Paz: Plural Editores, 2012.

SEGATO, Rita Laura. Aníbal Quijano y la Perspectiva de la Colonialidad del Poder. **Revista Casa de las Américas**, n. 272, p. 17-39, 2013.

SILVA, Cristhian Teófilo da; LORENZONI, Patricia. A moldura positivista do indigenismo: a propósito do Estatuto do Índio para a proteção de povos indígenas no Brasil. **Série CEPPAC**, v. 40, p. 1-33, 2012. Disponível em: <<http://repositorio.unb.br/handle/10482/17423>>. Acesso em: 10 mar 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SILVA, Lásaro Moreira da. O reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre suas terras tradicionais na Constituição Federal de 1988 e a extensão do conceito de terras indígenas tradicionalmente ocupadas. **Revista Jurídica Unigran**, v. 6, n. 11, p. 139-152, 2004.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. **Os Direitos dos Índios: fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas**. 1 ed. São Paulo: Ed. Café com Lei, 2015.

SILVA, Rodrigo Daniel Félix da. A formação do direito civil pelo capitalismo: uma análise crítica marxista. **Revista da Faculdade de Direito – UFPR**, Curitiba, vol. 59, n. 3, p. 55-83, 2014.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O direito envergonhado (O direito e os índios no Brasil). **Revista IIDH**, p. 145-164, 1992.

\_\_\_\_\_. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. 1 ed. 6 reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_. Os povos indígenas e o direito brasileiro. In: SOUZA FILHO, C. F. M.; BERGOLD, R. C. **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI**. Curitiba: Letra da Lei, 2013.

\_\_\_\_\_. Santa Rosa. Argentina. CIPIAL. 2016. (Comunicação oral)

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. O Direito Achado na Rua: terra, trabalho, justiça e paz. Introdução Crítica ao Direito Agrário. In: MOLINA, Monica Castagna et al (Orgs.). **Introdução Crítica ao Direito Agrário**. Brasília: Universidade de Brasília, Decanato de Extensão, Grupo de Trabalho de apoio à Reforma Agrária, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2002.

\_\_\_\_\_. **O Direito como liberdade**. Fabris: Porto Alegre, 2011.

SOUZA LIMA, Antônio Carlos de. Sobre o indigenismo, autoritarismo e nacionalidade: considerações sobre a constituição do discurso e da prática de proteção fraternal no Brasil. In: SOUZA LIMA, A. C. de. **Sociedades indígenas e indigenismo no Brasil**. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1987, p. 149-304.

\_\_\_\_\_. **Um grande cerco de paz: poder tutelar, indianidade e formação do Estado no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1995.

\_\_\_\_\_. Os povos indígenas na invenção do Brasil: na luta pela construção do respeito à pluralidade. In: SOUZA LIMA, A. C. de. **Enciclopédia da brasilidade: auto-estima em verde amarelo**. Rio de Janeiro: Casa da Palavra Produção Editorial, 2005, p. 218-231.

\_\_\_\_\_. O exercício da tutela sobre os povos indígenas: considerações para o entendimento das políticas indigenistas no Brasil contemporâneo. **Revista de Antropologia**, v. 55, n. 2, p. 781-832, 2013.

\_\_\_\_\_. Diversidade cultural e política indigenista no Brasil. **Tellus**, n. 3, p. 11-31, 2014.

STAVENHAGEN, Rodolfo. Indigenous peoples and the state in Latin America: An ongoing debate. In: STAVENHAGEN, R. **Multiculturalism in Latin America**. Palgrave Macmillan UK, 2002. p. 24-44.

STRATHERN, Marylin. Contemporary moments: Land as intellectual property. In: STRATHERN, M. **The Modern Field**. Sandjberg: Denmark, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Por que, contra a lei, juíza acha que pode autorizar revista coletiva?** 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-24/senso-incomum-lei-juiza-acha-autorizar-revista-coletiva>>. Acesso em: 27/11/2016

TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão S. Pachamama e o Direito à Vida: Uma Reflexão na Perspectiva do Novo Constitucionalismo Latino Americano. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, v. 12, n. 23, p. 23, 2015.

VERDUM, Ricardo. Povos Indígenas no Brasil: o desafio da autonomia. In: VERDUM, R. **Povos Indígenas, Constituições e Reformas Políticas na América Latina**. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 91-112.

VERDUM, Ricardo & IORIS, Edviges Marta. Orgs. **Autodeterminação, autonomia territorial e acesso à justiça: povos indígenas em movimento na América Latina**. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Antropologia, 2017.

VERRAN, Helen. Re-imagining land ownership in Australia. **Postcolonial Studies: Culture, Politics, Economy**, v. 1, n. 2, p. 237-254, 1998.

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. A natureza em pessoa: sobre outras práticas de conhecimento. **Encontro “Visões do Rio Babel. Conversas sobre o futuro da bacia do Rio Negro”**. Instituto Socioambiental e a Fundação Vitória Amazônica, Manaus, v. 22, 2007.

WALSH, Catherine E. Interculturalidad y (de) colonialidad: perspectivas críticas y políticas. **Visão Global**, v. 15, n. 1, p. 61-74, 2012.

\_\_\_\_\_. Interculturalidad, Estado, Sociedad: Luchas (de) coloniales de nuestra época. Universidad Andina Simón Bolívar, Ediciones Abya-Yala, Quito, 2009. Disponível em < <http://www.flacsoandes.edu.ec/interculturalidad/wp-content/uploads/2012/01/Interculturalidad-estado-y-sociedad.pdf> >. Acesso em: 30 mar 2017.

WEBER, Max. Os fundamentos da organização burocrática: uma construção do tipo ideal. **Sociologia da burocracia**, v. 4, p. 15-28. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

\_\_\_\_\_. Constitucionalismo e Pluralismo na Trajetória do Direito Brasileiro. In BALDI, C. A. (Coord.) **Aprender desde o Sul: Novas constitucionalidades, pluralismo jurídico e plurinacionalidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

## LEGISLAÇÃO

BRASIL. **Carta Régia de 12 de maio de 1798** sobre a civilização dos índios. Disponível em: <https://www.dropbox.com/s/txwz7qkklpy12sd/1798-05-12.pdf> Acesso em: 30 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934.

\_\_\_\_\_. Constituição (1946). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946.

\_\_\_\_\_. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967.

\_\_\_\_\_. Constituição (1969). **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969**. Brasília, 1969.

\_\_\_\_\_. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

\_\_\_\_\_. Decreto de 3 de junho de 1833. Encarrega da administração dos bens dos Índios, aos Juizes de Orphãos dos municipios respectivos. **Coleção de Leis do Império do Brasil - 1833**, Página 83 Vol. 1 pt. II (Publicação Original)

\_\_\_\_\_. Decreto nº 143, de 15 de Março de 1842. Regula a execução da parte civil da Lei N.º 261 de 3 de Dezembro de 1841. **Coleção de Leis do Império do Brasil - 1842**, Página 199 Vol. 1 pt. II (Publicação Original)

\_\_\_\_\_. Decreto nº 426, de 24 de Julho de 1845. Contêm o Regulamento acerca das Missões de catechese, e civilisação dos Indios. **Coleção de Leis do Império do Brasil - 1845**, Página 86 Vol. pt II (Publicação Original)

\_\_\_\_\_. Decreto nº 8.072, de 20 de Junho de 1910. Crêa o Serviço de Protecção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionaes e approva o respectivo regulamento. **Diário Oficial da União - Seção 1 - 24/6/1910**, Página 4788 (Publicação Original)

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.484, de 27 de junho de 1928. Regula a situação dos indios nascidos no territorio nacional. **Diário Oficial da União - Seção 1 - 14/7/1928**, Página 17125 (Publicação Original)

\_\_\_\_\_. Decreto nº 58.824, de 14 de julho de 1966. Promulga a Convenção nº 107 sôbre as populações indígenas e tribais. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 20 jul. 1966.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 59.428, de 27 de outubro de 1966. Regulamenta os Capítulos I e II do Título II, o Capítulo II do Título III, e os arts. 81 - 82 - 83 - 91 - 109 - 111 - 114 - 115 e 126 da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, o art. 22 do Decreto-lei nº

22.239, de 19 de dezembro de 1932, e os arts. 9 - 10 - 11 - 12 - 22 e 23 da Lei nº 4.947, de 6 de abril de 1966. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1º nov. 1966.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 7 jul. 1992.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre os Povos Indígenas e Tribais. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 20 abr. 2004.

\_\_\_\_\_. Decreto Legislativo nº 55, de 17 de julho de 1953. Aprova a Convenção sobre o Instituto Indigenista Interamericano, elaborada por ocasião do I Congresso Indigenista Interamericano, que se reuniu na cidade de Patzcuaro, no México, de 14 a 24 de fevereiro de 1940, para a adesão do Brasil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 25 jul. 1953.

\_\_\_\_\_. Diretório dos Índios, de 3 de maio de 1757. Directorio que se deve observar nas Povoações dos Índios do Pará e Maranhão em quanto Sua Magestade não mandar o contrario. In: MOREIRA NETO, Carlos de Araújo. **Índios na Amazônia, de maioria a minoria (1750-1850)**. Petrópolis: Vozes, 1988, p. 166-205.

\_\_\_\_\_. Lei da liberdade dos índios, de 26 de julho de 1596. In: MENDONÇA, Marcos Carneiro de. **Raízes da formação administrativa do Brasil**. Rio de Janeiro: Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro; Conselho Federal de Cultura, 1972.

\_\_\_\_\_. Lei de 30 de julho de 1609. SILVA, José Justino de Andrade e. **Collecção Chronologica da Legislação Portuguesa - 1603-1612**, Lisboa: Imprensa de J. J. A. Silva, 1854, pp. 271-273.

\_\_\_\_\_. Lei de 27 de outubro de 1831. Revoga as Cartas Régias que mandaram fazer guerra, e pôr em servidão os índios. **Coleção de Leis do Império do Brasil - 1831**, Página 165 Vol. 1 pt I (Publicação Original).

\_\_\_\_\_. Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. **CLBR**, 1850.

\_\_\_\_\_. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 5 jan. 1916.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 21 dez. 1973.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 11 jan. 2002.

\_\_\_\_\_. Provisão de 1 de abril de 1680. Provisão sobre a repartição dos Indios do Maranhão e se encarregar a conversão d'aquella gentildade aos Religiosos da Companhia de Jesus. **Provisão. 01-04-1680, in Anais da Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro – Livro Grosso do Maranhão, vol. 66**, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1948, pp. 51-56.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, adotada em 10 de dezembro de 1948.

\_\_\_\_\_. **Declaração sobre a Concessão de Independência aos Países e Povos Coloniais**, adotada em 14 de dezembro de 1960.

\_\_\_\_\_. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, adotada em 13 de setembro de 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA. **Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais**, adotada em 27 de novembro de 1978.

## DECISÕES JUDICIAIS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 44.585**. Relator: Ministro Victor Nunes, disponível na internet: <[www.stf.gov.br/jurisprudencia](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia)>. Acesso em: 05 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Ação Popular n.º 3.388**. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Processo físico, 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Roraima. **Apelação Criminal n.º 0090.10.000302-0**. Relator: Desembargador Mauro Campello. Fonte: As condições de possibilidade do duplo *jus puniendi* à luz do Ordenamento jurídico brasileiro. 2016. Dissertação (Mestrado em Sociologia e Direito). Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal (3ª Região). **Apelação/Remessa Necessária n.º 0001910-67.2000.4.03.6103**. Relator: Desembargador Wilson Zahuhy. Data da publicação: 12 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal (3ª Região). **Suspensão de Liminar n.º 0016216-60.2013.4.03.0000**. Relator: Desembargador Presidente. Data da publicação: 3 de agosto de 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal (3ª Região). **Embargos Infringentes n.º 0008361-24.2003.4.03.6000**. Relator: Juiz Fernão Pompéo. Data da publicação: 28 de julho de 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal (4ª Região). **Agravo de Instrumento n.º 50226911720134040000**. Relator: Desembargador Candido Alfredo Silva Leal Junior. Data da publicação: 19 de dezembro de 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal (4ª Região). **Apelação/Reexame Necessário n.º 200670010013731**. Relator: Desembargador Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Data da publicação: 05 de maio de 2010.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal (4ª Região). **Apelação Cível nº 9604163884**  
Relator: Desembargador José Luiz Borges Germano da Silva. Data da publicação:  
27 de janeiro de 1999.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal (5ª Região). **Apelação Cível nº 200481000231357**. Relator: Desembargador Ivan Lira de Carvalho. Data da publicação: 20 de novembro de 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal (5ª Região). **Apelação/Reexame Necessário nº 00003063520134058310**. Relator: Desembargador Rogério Fialho Moreira. Data da publicação: 02 de julho de 2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal (5ª Região). **Apelação Cível nº 00106107020134059999**. Relator: Desembargador Geraldo Apoliano. Data da publicação: 6 de maio de 2014.



## LISTA DE ENTREVISTADOS

E1, servidor efetivo comissionado da FUNAI, 07 de outubro de 2016, FUNAI, Brasília/DF.

E2, servidor comissionado sem vínculo com a FUNAI, 07 de outubro de 2016, FUNAI/Brasília/DF.

E3, servidor efetivo comissionado da FUNAI, 07 de outubro de 2016, FUNAI, Brasília,/DF.

E4, servidor efetivo comissionado da FUNAI, 07 de outubro de 2016, FUNAI, Brasília/DF.

E5, servidora comissionada sem vínculo com a FUNAI, 07 de outubro de 2016, FUNAI, Brasília/DF.

E6, servidora efetiva da FUNAI, 07 de outubro de 2016, FUNAI, Brasília/DF.

GONDIM, Carlos Henrique Naegeli, procurador federal, Brasília/DF, 2016.

KAINGANG, Kretã, liderança indígena, Brasília/DF, 2016.

KAINGANG, Rildo Mendes, liderança indígena, Brasília/DF, 2016.

KRENAK, Douglas, liderança indígena, Brasília/DF, 2016.

NAMBIKUARA, Mané Manduca, liderança indígena, Brasília/DF, 2016.

TAPEBA, Weibe, liderança indígena, Brasília/DF, 2016.

TUPINIQUIM, Paulo, liderança indígena, Brasília/DF, 2016.

TUXÁ, Dinamam, liderança indígena, Brasília/DF, 2016.

WAPICHANA, Mário Nicácio, liderança indígena, Brasília/DF, 2016.

WAPICHANA, Sinéia, liderança indígena, Brasília/DF, 2016.

XAVANTE, Rafael Wéré'é, liderança indígena, Brasília/DF, 2016.

XOKLENG, Brasilio Pripra Laklãnõ, liderança indígena, Brasília/DF, 2016.

YANOMÂMI, Davi Kopenawa, liderança indígena, Brasília/DF, 2016.