O RECONHECIMENTO CONSTITUCIONAL DA CULTURA INDÍGENA

Marcelo Veiga Beckhausen

O percurso desse trabalho inicia-se quando tomo posse como Procurador da República e sou designado para atuar em Santo Ângelo, instalando a sede daquela unidade do Ministério Público Federal. Ali, tive contato com os dilemas e as demandas das populações tradicionais do Rio Grande do Sul, Kaingang, moradores das Terras Indígenas de Inhacorá e Guarita, e Guarani, especialmente os Mbyá, reivindicando áreas e em busca de sua sagrada terra sem males. Na academia nunca tive oportunidade de enfrentar os temas desafiadores que ocupam esse campo de atuação dos órgãos federais, em especial o Parquet. Passadas duas décadas, entendi, talvez tardiamente, que era o caso de transformar minha dissertação em livro, podendo compartilhar muitas de minhas dúvidas e incertezas. Agora, no meio de um debate acirrado sobre o artigo 231 da Constituição, em especial sobre o inusitado marco temporal, criação jurisprudencial no famoso caso Raposa Serra do Sol, entendo pertinente apresentar o fruto de meu trabalho acadêmico sem restrições, mas pontuando algumas novidades.

9 786559 174652

editora fi .org

CC BY SA

O reconhecimento constitucional da cultura indígena

O reconhecimento constitucional da cultura indígena

Marcelo Veiga Beckhausen

Diagramação: Marcelo A. S. Alves
Capa: Lucas Margoni
Fotografia/imagem de Capa: Carl de Souza - AFP

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.

Todos os livros publicados pela Editora Fi
estão sob os direitos da Creative Commons 4.0
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

BECKHAUSEN, Marcelo Veiga

O reconhecimento constitucional da cultura indígena [recurso eletrônico] / Marcelo Veiga Beckhausen -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2022.

212 p.

ISBN - 978-65-5917-465-2
DOI - 10.22350/9786559174652

Disponível em: http://www.editorafi.org

1. Constituição; 2. Cultura indígena; 3. América do Sul; 4. Estado; 5. Brasil; I. Título.

CDD: ,40

Índices para catálogo sistemático:
1. Direito 340

Sumário

Introdução 9

Introdução 2 (ano 2000, dissertação) 52

Capítulo 1 55

Os indígenas brasileiros e as repercussões da legislação ocidental

1.1. Colonização, catequese e escravidão 60
1.2. As primeiras legislações 67
1.3. O Diretório dos Índios: o povoamento obrigatório do Brasil 74
1.4. Reduções jesuíticas 78
1.5. Império e República: as Cartas Constitucionais e os primeiros passos na conquista de direitos 82

Capítulo 2 86

Índios, os trabalhadores nacionais não localizados

2.1. A integração como instrumento de extermínio 94
2.2. A Comunhão Constitucional 98
2.3. A atual Cultura Constitucional 102

Capítulo 3 106

O direito à diversidade cultural

3.1. A Cultura Constitucional da diversidade cultural 110
3.2. Igualdade e diferença 115
3.3. Universalização dos direitos e multiculturalismo: conciliação necessária 119

Capítulo 4 125

As consequências do reconhecimento da diversidade cultural

4.1. O fim da tutela 125
4.2. Políticas públicas diferenciadas 128
4.3. Educação 130
4.4. Ministério Público Federal 134

Capítulo 5 138

Os direitos indígenas na América do Sul: uma análise comparada

5.1. Integração, conquista de direitos e autodeterminação 139
5.1.1. Políticas integracionistas 140
5.1.2. Conquistando direitos civis 142
5.2. A autodeterminação dos Povos Indígenas: respeito à diversidade cultural 151

Capítulo 6 158

O judiciário diante do novo texto constitucional

6.1. Conflito de competência. O processo como obstáculo à construção dos direitos indígenas 160
6.2. Antropologia e Direito: a diversidade das instituições e a diversidade cultural 164
6.3. A vida como resposta processual 171

Capítulo 7 175

O índio que não é índio

7.1. As raízes constitucionais da atual hermenêutica 183
7.2. O índio-indivíduo como sujeito de direitos 191

Conclusão 201

Referências 204

Introdução

O percurso desse trabalho inicia-se quando tomo posse como Procurador da República e sou designado para atuar em Santo Ângelo, instalando a sede daquela unidade do Ministério Público Federal. Ali, tive contato com os dilemas e as demandas das populações tradicionais do Rio Grande do Sul, Kaingang, moradores das Terras Indígenas de Inhacorá e Guarita, e Guarani, especialmente os Mbyá, reivindicando áreas e em busca de sua sagrada terra sem males. Na academia nunca tive oportunidade de enfrentar os temas desafiadores que ocupam esse campo de atuação dos órgãos federais, em especial o *Parquet*.

Decidido a especializar-me no tema, combinando atuação institucional com conhecimento acadêmico, ingressei no programa de pós-graduação da UNISINOS em 1998, defendendo minha dissertação em dezembro de 2000, com o título "Reconhecimento Constitucional da Cultura Indígena", orientado pelo Professor Anderson Cavalcanti Lobato, e com a banca composta pelos brilhantes professores Lênio Luiz Streck e Antônio Carlos Wolkmer.

Passadas duas décadas, entendi, talvez tardiamente, que era o caso de transformar minha dissertação em livro, podendo compartilhar muitas de minhas dúvidas e incertezas. Agora, no meio de um debate acirrado sobre o artigo 231 da Constituição, em especial sobre o inusitado marco temporal, criação jurisprudencial no famoso caso Raposa Serra do Sol, entendo pertinente apresentar o fruto de meu trabalho acadêmico sem restrições, mas pontuando algumas novidades nessa breve introdução.

Inicialmente, anoto algumas distinções de conceitos sobre a ideia do poder tutelar e identidade cultural do texto anterior e o atual. Gostaria de

me alongar um pouco mais sobre o problema da tutela e com o reconhecimento, no plano da normatividade constitucional, da diversidade cultural. A primeira questão que pontuo é a da ausência de representatividade indígena nos parlamentos e órgãos públicos. É um dos temas mais essenciais, se pensarmos no prejuízo para a efetividade dos comandos constitucionais relacionados à luta pelas demarcações e as querelas identitárias, de reconhecimento e redistribuição. Também é de se considerar que nada foi produzido em termos normativos para permitir a presença e a voz dos grupos indígenas nas arenas públicas. Esse é um quadro que pouco se modificou desde a entrada em vigor da Constituição cidadã, cuja cidadania parece pouco ressaltar as imensas injustiças sociais, culturais, econômicas, sexuais, existentes no Brasil. Will Kylimcka, em sua obra *Ciudadanía multicultural* [1], refere a existência de três formas de direitos diferenciados em função de grupos vulneráveis: 1) direito de autogoverno; 2) direitos poliétnicos e 3) direitos especiais de representação. Tanto os direitos de autogoverno, sublimados diante de um reconhecimento de organização social sem possibilidade de um aparato estatal paralelo e os direitos poliétnicos, de diversidade cultural, estão abrigados no artigo 231 da Constituição brasileira.

Quanto ao direito a representação especial, os grupos com plurivulnerabilidade, política, sociocultural e econômica, possuiriam este direito em função do binômio: opressão e desvantagem sistêmica. Estes elementos atuariam no sentido de forçar o poder público a estabelecer mecanismos de inclusão aptos a quebrarem com eventuais prejuízos inerentes a condição sociocultural destes grupos. "*Los derechos de representación de grupo se acostumbran a plantear a mode de respuesta a algunas desventajas o barreras sistémicas del proceso político que impiden*

[1] KYMLICKA, Will. **Ciudadanía Multicultural**. Barcelona: Paidós, 1996, p. 196.

que los criterios y los intereses de los grupos estén debidamente representados."[2] Após, reforça seu argumento, com o pensamento de Iris Young: "*Young considera que el sistema político prejudica a los grupos oprimidos y que 'la solución consiste, parcialmente, en proporcionar los medios institucionales necesarios para el reconocimiento explícito y la representación de los grupos oprimidos'*."[3] Kymlicka também observa que estas medidas seriam de "transição" para construir uma sociedade onde não seriam mais necessárias, como "ações afirmativas":

> *En la medida em que se considere que tales derechos responden a la opresión o a las desventajas sistêmicas, cabe pensar razonablemente que se trata de medidas temporales en el camino hacia uma sociedad en la que la representación especial ya no será necesaria; es decir, como una forma de 'acción positiva'. La sociedad debería intentar eliminar la opresión y los prejuicios, eliminando así la necesidad de tales derechos*.[4]

Creio que ambos, Kymlicka e Young, são unânimes em admitir que para os indígenas tais medidas não possuiriam este caráter. O próprio Kymlicka afirma:

> *Este tipo de limitaciones a la autoridad federal no se consideran uma medida temporal, ni tampoco un remédio para una forma de opresión que algún dia podría – y debería – eliminarse. Por el contrario, las minorías nacionales suelen reivindicar su derecho 'intrínseco' a autogobernarse, que consideran anterior a su incorporación al Estado que las engloba y prolongable a un futuro indefinido*.[5]

[2] KYMLICKA, Will. **Ciudadanía Multicultural**. Barcelona: Paidós, 1996, p. 196.

[3] KYMLICKA, Will. **Ciudadanía Multicultural**. Barcelona: Paidós, 1996, p. 196.

[4] KYMLICKA, Will. **Ciudadanía Multicultural**. Barcelona: Paidós, 1996, p. 196.

[5] KYMLICKA, Will. **Ciudadanía Multicultural**. Barcelona: Paidós, 1996, p. 197.

Para Young, tais políticas, podem perfeitamente ser conciliadas com os direitos especiais que possuem as comunidades indígenas:

> *Integration into the full life of the society should not have tom imply assimilation to dominant norms and abandonment of group affiliation and culture.*[6] *The case of American Indians especially exemplifies the argument of this chapter because it is perhaps clearest here that justice toward groups requires special rights, and that an assimilationist ideal amounts to genocide. Such special rights, however, should not justify exclusion from full participation in the American dream of liberty, equal opportunity, and the like.*

Em seu artigo sobre o tema, *Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista*, Nancy Fraser enfrenta a questão analisando os remédios utilizados pelos grupos de gênero e os negros. A autora se propõe a formular "uma estratégia política para integrar demandas por reconhecimento com reivindicações por redistribuição com um mínimo de interferência mútua."[7]Conforme Fraser, existem grupos que são explorados tanto cultural quanto político-economicamente. São coletividades ambivalentes, como "raça" e gênero, implicando na necessidade de redistribuição e reconhecimento: "Quando consideramos coletividades localizadas no meio do espectro conceitual, encontramos modelos híbridos que combinam características da classe explorada com características da sexualidade menosprezada. Essas coletividades são "ambivalentes."[8]

Estariam os índios situados nesta classificação? A resposta é complexa: as comunidades indígenas são, atualmente, expulsas e exploradas em seus territórios, muitos dos quais riquíssimos em bens minerais, bem

---

[6] YOUNG, Irish. **Justice and the politics of difference**. Princeton: Princeton University Press, 1990, p.168.

[7] FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista**. Brasília: UNB, 2001, p. 248.

[8] FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista**. Brasília: UNB, 2001, p. 259.

como em relação aos seus direitos autorais referentes aos seus conhecimentos tradicionais. E a sua identidade é cotidianamente desrespeitada, fruto de uma naturalização de valores na sociedade que os situa como "aculturados", "integrados", etc. Existiriam, de forma concomitante, duas injustiças, uma de ordem socioeconômica e outra de ordem sociocultural. Essas duas injustiças podem ser sintetizadas enquanto remanesce o poder inconstitucional da tutela que os reprime na autonomia e sublinha sua inferioridade. A proteção prometida pela Constituição não se confunde com tutela, mas corresponde ao respeito a diferença cultural combinado com políticas públicas de saúde, de educação, de defesa judicial, de economia sustentável, de garantia da territorialidade tradicional.

Para Fraser existem duas compreensões que, na prática, estão conectadas, sobre a injustiça: uma de ordem socioeconômica, que, dentre outras repercussões, envolve exploração, marginalização e privação de bens materiais; e outra, de ordem cultural ou simbólica, compreendendo dominação cultural, não-reconhecimento e desrespeito. A partir desta visão analítica sobre as "injustiças", Fraser aborda os remédios habilitados para a resolução destes problemas.

Para as comunidades indígenas, seguindo a esteira de ideias de Fraser, seria necessária uma mistura de políticas que pudesse trazer benefícios para os grupos. Políticas de etnosustentabilidade, políticas diferenciadas de valorização da medicina tradicional, políticas de educação voltadas para o fortalecimento da autoestima e com uma compreensão adequada de seus valores culturais. Essas políticas deveriam ser entrelaçadas: combinar políticas que valorizem a diferença destes grupos, reconhecendo e protegendo suas especificidades, com políticas de sustentabilidade, que garantam a autonomia das comunidades e uma relação adequadas destas com as demais sociedades. As desvantagens, de ordem cultural ou econômica estão conexionadas. Afirma Fraser que "as desvantagens econômicas

são efeitos derivados de negações mais fundamentais de reconhecimento cultural"[9]. Ora, o combate a tais prejuízos deve ser também conectado, atuando nestas duas frentes, cultural e socioeconômica.

Fraser argumenta que esses grupos ambivalentes necessitariam tanto de políticas de reconhecimento quanto de redistribuição. Exemplifica aduzindo que as diferenciações oriundas do gênero como, dentre outras: mulheres atuando em trabalho doméstico mal pago, com menor remuneração do que os homens; e estruturas hierárquicas, dentro de empresas, dominadas pelo sexo masculino; necessitariam da eliminação da especificidade do gênero dentro da política e da economia. Mas a injustiça em relação ao gênero não cessaria com esta eliminação. O androcentrismo, como, conforme conceitua Fraser, construção autoritária de normas que privilegiam características associadas com a masculinidade, também deveria ser combatido, através de remédios adicionais de reconhecimento. Fraser também analisa a questão da raça, como coletividade ambivalente[10]. Em suma, "onde a lógica da redistribuição é eliminar as diferenças de gênero, a lógica do reconhecimento é valorizar a especificidade do gênero."[11] Para as comunidades indígenas, pode se fazer uma abordagem muito similar: a construção de um etnocentrismo, desvalorizador das comunidades indígenas, que desconsidera o sujeito indígena, deve ser enfrentado com políticas de reconhecimento. As políticas de representação e de etnosustentabilidade, poderiam reverter um panorama econômico marginalizante e de empobrecimento que acomete as comunidades indígenas.

---

[9] FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista**. Brasília: UNB, 2001, p. 258.

[10] FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista**. Brasília: UNB, 2001, p. 262 *usque* 265.

[11] FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista**. Brasília: UNB, 2001, p. 262

Fraser divide os remédios em dois grupos: afirmativos, que visam valorizar as identidades das minorias vulneráveis, sem alteração de estrutura social; e transformativos, que visam modificar a estrutura cultural valorativa da sociedade, elevando a autoestima e alterando a percepção da sociedade sobre as individualidades. Portanto, remédios de reconhecimento afirmativos tendem a promover as diferenças entre as coletividades, enquanto os remédios de reconhecimento transformativo "tendem, no longo prazo, a desestabilizar as diferenciações para permitir reagrupamentos futuros".[12]

Sempre me interessei em abordar a antiga tutela indígena, presente ainda no idioma dos Poderes de Estado (com especial interesse pelo Judiciário, centro do sistema do direito), em função de sua tarefa disciplinadora e orientadora de políticas que pouco se interessam pela diferença cultural ou pela etnosustentabilidade. Ao contrário, a tutela parece ser um fato ainda a ser considerado como óbice ao reconhecimento da cultura indígena, já que esta tem por suporte a autonomia dos Povos Indígenas, escancaradamente estabelecido em outubro de 1988.

Poder tutelar

O poder tutelar transcende o órgão indigenista oficial, seja o Serviço de Proteção ao Índio, seja a Fundação Nacional do Índio. Tal poder está presente nas relações estabelecidas entre Estado, sociedade civil e as comunidades indígenas. Tal poder está presente na construção identitária indígena. Pensar em índio tutelado é pensar em índio, no país. Aparenta ser um aspecto da "personalidade" indígena, por assim dizer. Outros estereótipos também aparecem com frequência: índio aculturado e índio integrado, por exemplo. Tanto a "aculturação" quanto a "integração" estão

[12] FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista**. Brasília: UNB, 2001, p. 268.

ligadas a política desenvolvida pelo Estado e se consubstanciam na ideia de perda de cultura, com a consequente integração à sociedade nacional. Como disse Proust, "nossa personalidade é uma invenção dos outros".

Portanto, pode-se perfeitamente falar que a política pública de tutelagem (e é, inicialmente, uma política pública que o Estado optou para lidar com as comunidades indígenas) parece interpenetrar, traspassar, o sujeito indígena, confundindo-se com este.

Tutela Impuberum

As origens da tutela remontam ao Império Romano. Como ensinam Severino Augusto dos Santos e Max Kaser, a tutela deriva do verbo *tueri*, que significa guardar, proteger. Nesta época, os impúberes (doze anos para as mulheres e quatorze para homens) e as mulheres eram tuteladas, ou seja, protegidas, guardadas, por um sujeito que tem sobre as mulheres ou impúberes (pupilos, do latim *pupillus*), um poder de disposição sobre os bens destes. Vale salientar que a antiga tutela romana é "altruísta e egoísta. O tutor tem nela um interesse próprio, porque é chamado a ser tutor quem se tornava o próximo herdeiro do pupilo se este morresse durante a tutela. O tutor guarda os bens pupilares antes de mais para o pupilo, mas eventualmente também para si próprio."[13]

Com a República Romana, avança a ideia da tutela como um dever, onde o Estado vigia a execução pelo tutor, um particular:

> [...] na sua origem, a tutela não tinha a função de proteção à pessoa do impúbere, dizia respeito ao patrimônio e à herança. Tanto que até o final da República só existiam as tutelas testamentária e legítima, que eram conexas com a herança. Tinham a função de proteger não a pessoa, mas o patrimônio no interesse do grupo familiar. A partir da época clássica, no entanto, embora ainda existissem vestígios da concepção primeva, surgiu uma nova forma de

[13] KASER, Max. **Direito Privado Romano**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p.31.

> tutela, tendo por escopo garantir não somente o patrimônio do tutelado, mas principalmente a sua pessoa. A educação, contudo, estava confiada à mãe e aos parentes do pupilo. Ao tutor cabia prover os meios necessários para a sobrevivência e instrução, de acordo com a riqueza e posição social do tutelado. Competia, porém, ao pretor decretar os alimentos ao pupilo, para que fosse moderada a quantia que os tutores ou curadores deviam gastar. Nesse *quantum* alimentício devia ser considerado o valor do patrimônio, para fixá-lo com moderação, a fim de não comprometer os bens do tutelado. Devia ter em vista, também, os escravos, as retribuições para os preceptores, o vestuário e a moradia do pupilo.[14]

Tais mudanças ocorreram no terceiro século, através da *lex atilia*, visando a proteção do incapaz e não somente o patrimônio deste. A tutela se dava então, por testamento, por lei ou dativamente, quando, na inexistência de tutor apontado normativamente ou em última disposição em vida, o magistrado indicava um nome que iria exercer tais funções. "Com a tutela dativa o instituto sofreu alteração profunda no seu entendimento. Deixou de ser um direito privado e familiar, apanágio dos tempos de antanho, para tornar-se um *officium* e um *ônus* que, posteriormente, seria absorvido pelo universo chamado *munus publicum*. E, desta forma, pôde ser atribuída a um determinado indivíduo, independentemente de vínculo familiar ou de direitos sucessórios."[15]

No início, no direito antigo, os tutores administravam o patrimônio pupilar como se fossem os próprios possuidores e legítimos proprietários deste. Detinha um poder pessoal sobre o tutelado, semelhante ao pátrio poder, mas diferente deste, em especial quanto ao direito de vida e morte sobre o filho, *jus vitae et necis*. Com a criação da tutela dativa, a função de proteção e assistência passaram a ser prioritárias, devendo ocorrer até que

---

[14] SANTOS, Severino Augusto dos. **Direito Romano: tutela de idade (*tutela impuberum*)**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. pp. 100-101. Neste mesmo sentido: KASER, Max. Op.cit. capítulo quinto.

[15] SANTOS, Severino Augusto dos. **Direito Romano: tutela de idade (*tutela impuberum*)**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.118.

o pupilo alcançasse a puberdade. Para o tutor, portanto, existiam alguns deveres: "a vigilância sobre a conduta pessoal do impúbere; a integração na administração patrimonial; e a substituição do pupilo nos atos de administração patrimonial em que ele não pudesse agir pessoalmente".[16]

Na gestão dos negócios do pupilo o tutor agia como sendo o próprio dono do patrimônio, substituindo a vontade pupilar:

> Na gestão de negócios o tutor praticava todos os atos, validamente, como se administrasse o próprio patrimônio, porque o pupilo era absolutamente incapaz de gerir seus bens: estava na primeira infância. Este agir *in loco domin* dava ao tutor a autonomia para fazer e receber pagamentos, empregar ou colocar capital no que julgasse mais oportuno e, também, alienar e penhorar coisas do pupilo. O tutor, portanto, administrava o patrimônio como se fosse proprietário. Aqueles que com ele negociavam, não o consideravam um representante do pupilo, porém, um gerente próprio. Consequentemente, os efeitos dos negócios recaíam sobre o tutor, não significando, contudo, que os interesses do pupilo não fossem preservados.[17]

Preservados, mas quem conduzia o processo de negociação, era o tutor, que podia ser responsabilizado pela má gestão dos negócios. O direito romano influenciou, fortemente, toda a Europa, não fugindo a esta influência, Portugal. Durante os dois séculos de ocupação romana na península ibérica, o direito romano foi aplicado em várias leis, éditos e decretos, bem como nas Tábuas de Aljustrel[18]. No século XII, o direito romano era o alicerce do sistema jurídico português, baseado nos escritos de Justiniano, sendo estudado nas Universidades de Lisboa e Coimbra;

---

[16] SANTOS, Severino Augusto dos. **Direito Romano: tutela de idade (*tutela impuberum*)**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.137.

[17] SANTOS, Severino Augusto dos. **Direito Romano: tutela de idade (*tutela impuberum*)**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.138.

[18] "São duas tábuas de bronze do tempo de Adriano", descobertas no Alentejo, em antigas minas romanas." *Cfe.* SANTOS, Severino Augusto dos. **Direito Romano: tutela de idade (*tutela impuberum*)**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 234.

mais tarde serviu de supedâneo para a construção das Ordenações Afonsinas e Manoelinas. Mais tarde com os Estatutos Pombalinos, será amenizada a influência do direito romano no ordenamento português. No Brasil, tais ordenações do Reino foram adotadas quase diretamente, sem ocorrer ruptura com o advento da Constituição Imperial, sendo que "em 1854, em São Paulo, e 1855 em Recife (para onde no ano anterior tinha se transferido o curso jurídico), por força do Decreto nº1336, de 28 de abril, foi criada a cadeira "Institutos de Direito Romano" a ser lecionada no primeiro ano."[19]

A elaboração do Código Civil anterior, Lei nº3071, de 1º de janeiro de 1916, cuja vigência atravessou o século XX, se deu neste ambiente: impregnado pelo direito romano e seus institutos. Inicialmente, o projeto de "Consolidação das Leis Civis", ficou pronto em 1858, elaborado pelo jurista Teixeira de Freitas, com base na reorganização do direito romano justiniano, fazendo abundantes referências às fontes romanas e às Ordenações Filipinas.[20] No entanto, este projeto não foi transformado em Lei. Posteriormente, Clóvis Bevilácqua, pertencente à Escola do Recife, conseguiu a aprovação de seu projeto, baseado no esboço escrito por Teixeira de Freitas. Para o direito atual, portanto, a tutela alicerçada no direito romano, não se distanciando do direito antigo, "é um encargo conferido pela lei, ou segundo suas disposições, a um indivíduo capaz, tendo por objetivo cuidar da pessoa e administrar os bens dos menores que estão fora do pátrio poder."[21]. Assim como no direito romano, portanto, o direito brasileiro adota como "motivos" para a tutela a perda do poder familiar, a ausência dos

[19] SANTOS, Severino Augusto dos. **Direito Romano: tutela de idade (*tutela impuberum*)**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 243.

[20] SANTOS, Severino Augusto dos. **Direito Romano: tutela de idade (*tutela impuberum*)**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.247.

[21] SANTOS, Severino Augusto dos. **Direito Romano: tutela de idade (*tutela impuberum*)**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.251.

pais ou o falecimento destes, devendo o tutor administrar os bens do pupilo, prestando-lhe assistência e proteção. O Código Civil de 1916, em seu artigo 424, referia que incumbia ao autor, sob a inspeção de um juiz, "reger" a pessoa do menor, velar por ele, e administrar-lhe os bens. Já o Código atual, de 2002, artigo 1741, refere a mesma incumbência de administração, retirando as expressões "reger" e "velar".

Tutela indígena

A tutela indígena veste-se no século XVIII e XIX com roupagem orfanológica, no mesmo sentido da *tutela impuberum*, como se indígenas tivessem perdido os seus progenitores, ou estes estivessem ausentes, ou ainda, falecidos. A visão infantilizadora do índio é explícita, tendo sido adaptado o instituto de origem romana para enquadrá-lo como pupilo dos Juízes de Órfãos. A passagem do século XX se dá com uma nova adaptação do instituto: o Estado, o órgão indigenista, assume a tutela dativa, incumbindo-se com a proteção, assistência e administração dos bens da comunidade. Interessante notar que toda a construção da identidade indígena, feita no século XIX e na primeira metade do século XX, contribui para a visão paternalista expendida pelo Estado, transformado este em tutor e o índio em seu pupilo. A caracterização do índio como um sujeito inferior intelectualmente, mas carregado de virtudes e símbolo de um nacionalismo, contribuiu para isso: deve ser classificado como semicapaz, estando a merecer uma proteção do Estado. É importante notar que a construção desta identidade começa a ser delineada sob um prisma normativo tutelar com controle do Estado a partir do século XX.

A emancipação não ocorre quando o indígena alcança determinada idade, como nos outros casos de tutela dativa. Ocorre quando ele perde suas características culturais e se insere na sociedade nacional. Ou seja, o que compele o Estado a tratá-lo como "menor", por toda a vida, não é sua

idade biológica, mas sim o componente cultural, onde se misturam elementos de inferioridade intelectual e valores ligados a honradez e valentia, que autorizam o Estado a administrar o seu patrimônio e que compelem este mesmo Estado a protegê-lo.

Na tutela do século XX, o verbo "reger" anda lado a lado do verbo "velar". Proteção é medida impositiva da prática de tutela. Outra medida é reger, que significa dirigir, guiar, conduzir, governar. A proteção e a assistência aparecem como ferramentas importantes de defesa dos índios. Mas tal instituto, o da tutela, vem embalado com outros verbos que estão muito mais ligados à administração do patrimônio indígena e do próprio sujeito indígena do que à proteção propriamente dita. Os índios foram "regidos", portanto, durante praticamente todo o século XX, pelo Estado brasileiro. Foram governados por um Estado cuja missão principal era "integrá-los" à sociedade nacional, aculturando-os.

O Decreto 5484, de 1928, havia classificado os índios em categorias, conforme sua "adaptação" à "sociedade civilizada". A tutela era exercida em relação a estes índios, "não inteiramente adaptados", até que estes se incorporassem à "civilização". Portanto, incorporação, integração era a política de Estado (que dura dos anos 1930 até os anos 1970), utilizando como instrumento de "proteção" a tutela. A partir dos anos 1970, com a extinção do Serviço de Proteção ao Índio e a criação da Fundação Nacional do Índio, algumas terminologias mudam, mas os índios continuam sendo objeto de classificação e também da tutela. Em primeiro lugar, a diretriz principal do Estado brasileiro em relação aos índios e comunidades indígenas está estabelecido no artigo 1º da Lei 6001, de 1973, o Estatuto do Índio: integração, "progressiva e harmoniosa", destes à comunhão nacional. Não muda, portanto, dos anos 1930 até os anos 1970 estes desideratos.

Os índios são classificados conforme esta integração: isolados, quando vivem em grupos desconhecidos ou em contatos eventuais com os

elementos da comunhão nacional; em vias de integração, quando em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional; e integrados, quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis. E ainda o são, se buscarmos a jurisprudência mais recente.

O que move o Estado, em seu relacionamento com estes grupos é a perspectiva de integração, como sendo necessária à sobrevivência do índio, adquirindo estes, a partir de tal integração, sua cidadania. A integração não é só um fenômeno sociológico, antropológico, que irá ocorrer em diversas situações. É objetivo do Estado integrar progressivamente todos os índios. É uma política pública. Claro, política pública amparada na ideia generalizada de que a sociedade brasileira é uma sociedade fruto da integração índio-branco-negro. A política estatal viria facilitar a incorporação. Tendo em vista que o índio é um sujeito vulnerável, semicapaz, inferiorizado intelectualmente, deve ser auxiliado nesta integração para não sucumbir. Em resumo, a proteção se dá através da integração. E ela vem disfarçada, camuflada, de apoio aos arrendamentos clandestinos, de apoio ao agronegócio dentro de áreas indígenas, de anuência com a presença de templos dentro das comunidades, levando a palavra de Deus. Ou, na síntese perturbada e perturbadora da presidência da República, em pleno 2020: "Com toda a certeza, o índio mudou, tá evoluindo. Cada vez mais, o índio é um ser humano igual a nós. Então, vamos fazer com que o índio se integre à sociedade".[22]

E a política integracionista, no que tange ao processo "progressivo e harmonioso" de incorporação à comunhão nacional, irá proteger e reger

[22] "Índio tá evoluindo, cada vez mais é ser humano igual a nós", diz Bolsonaro... Disponível em: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/01/23/indio-ta-evoluindo-cada-vez-mais-e-ser-humano-igual-a-nos-diz-bolsonaro.htm?cmpid=copiaecola . Acesso em 09 nov. 2021.

os índios e suas comunidades através da tutela. É o instrumento eleito, com base nas ideias evolucionistas, com base na legislação civil, para efetivar tal proteção. Note-se: será objeto de tutela o índio não-integrado (mas em vias de) e o índio isolado. O índio integrado, aculturado, não é mais alvo desta política, ainda que conserve seus usos, costumes e tradições. E nem se diga que a tutela destinada aos índios é diferente dos demais "elementos da comunhão nacional". Conforme dispõe o artigo 7º, §1º, do Estatuto do Índio, aplicam-se os princípios e as normas da tutela de direito comum, ou seja, "velar" e "reger", as comunidades indígenas.

O Estatuto do Índio também estipula, em seu artigo 42, caber à FUNAI a gestão do patrimônio indígena, ou seja, terras indígenas e usufruto das riquezas naturais existentes nestas, até que estes demonstrem capacidade efetiva para tal encargo. Até se integrarem à comunhão nacional. Esta gestão tem maior relevância, por óbvio, quando trata das riquezas do solo e da exploração do subsolo, que mereceram um decreto, nº88.985, de 10 de novembro de 1983, regulamentando tal uso. Observa-se que caberia ao Departamento Nacional de Produção Mineral e a FUNAI, sem a participação das comunidades indígenas, já que o órgão indigenista pode velar e reger os interesses destas, autorizar pesquisas e concessões de lavras em terras indígenas. É interessante porque o Estatuto do Índio, artigo 42, garante "a participação dos silvícolas e dos grupos tribais na administração dos próprios bens", apesar de caber a gestão do patrimônio indígena ao Estado. No decreto suprarreferido, em nenhum momento, restou consignada a intervenção das comunidades. É de se salientar que tal esquecimento restou modificado pela Constituição, que em seu artigo 231, §3º, manda ouvir as comunidades indígenas, quando da exploração de riquezas em suas terras.

FUNAI

A FUNAI nasce, portanto, dando continuidade a uma política integracionista desenvolvida pelo Estado durante mais de meio século; nasce em um período de exceção, de arbítrio e de ausência de democracia; e nasce com o papel delineado por regulamentos e decretos, orientando sua função tutelar e o seu horizonte de levar a evolução socioeconômica aos índios através da incorporação destes a comunhão nacional.[23] A lei que cria a Fundação Nacional do Índio, extinguindo automaticamente o Serviço de Proteção ao Índio, de nº 5371, de 05 de dezembro de 1967 refere três princípios importantes:

1) resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma que sua evolução socioeconômica se processe a salvo de mudanças bruscas. O discurso integracionista começa a sofrer algumas atenuações. A ideia evolucionista persiste, onde os índios devem se incorporar ao processo de desenvolvimento que se desencadeia em nível nacional, se inserindo na comunhão de raças formadoras do povo brasileiro. No entanto, deve ser "resguardada" esta aculturação espontânea, de modo que as mudanças que eventualmente vão ocorrer, aconteçam sem mudanças bruscas. Ou seja, o objetivo integracionista continua o mesmo, mas a(s) técnica(s) de efetivação de tal mister mudam, "protegendo" o índio de transformações rápidas ou prejudiciais. A configuração integracionista parece querer aparentar um formato mais racional e humanitário, onde o desprezo para a cultura indígena vai possuir um sentido normativo: as mudanças devem ser suaves.

[23] João Pacheco de Oliveira traça um retrato importante desta transição (SPI/FUNAI): "*Creada em 1967, FUNAI tardó bastante en estructurar el legado del SPI en nuevos formatos. A partir de 1969, la principal preocupación de sus dirigentes fue la implementación de proyectos económicos (agrícolas, reproducción ganadera, extracción maderera, etc.), la comercialización de artesanía y contratos de arrendamientos, que formaban la renta indígena. La perspectiva consistía en transformar el ejercicio de la tutela en una gestión de bienes (tierra, trabajo y otros recursos) referidos como de posesión y usufructo exclusivo del indio, pretendiendo, de ese modo, convertir la asistencia prestada al indígena en una actividad autofinanciable para la burocracia estatal. Las directrices anuales y planificaciones establecidas se ocupaban primordialmente de estas actividades, dándose poca o ninguna atención a las demás responsabilidades del órgano. Esta preocupación se extiende hasta el día de hoy, a pesar de que a partir de 1975 también se dio mucho énfasis a establecer una infraestructura de naturaleza asistencial. Em ese aspecto, se destacó la directiva de crear y fortalecer los Puestos Indígenas (PI), encarados además como mecanismo para garantizar la posesión de la tierra y el usufructo de sus recursos para determinados segmentos de los grupos indígenas.*" In: OLIVEIRA, João Pacheco de. **Hacia una antropología del indigenismo**: Estudios críticos sobre los procesos de dominación y las perspectivas políticas actuales de los indigenas en Brasil. Rio de Janeiro/Lima: Contra Capa/Centro Amazônico de Antropología y Aplicación Práctica, 2006, p. 53-54.

2) gestão do patrimônio indígena, no sentido de sua conservação, ampliação e valorização. A configuração administrativa, gerenciadora do órgão é fruto de suas tarefas tutelares. Proteção e assistência são inerentes a este instituto, tutela (proteger o índio das mudanças bruscas, assisti-lo em sua passagem para a comunhão nacional), assim como o é a ideia de administração de bens. Esta administração é feita, em praticamente todos os procedimentos que envolvam o patrimônio e os direitos indígenas, com prévia autorização e aprovação do órgão tutor. A Portaria FUNAI nº177, de 16 de fevereiro de 2006, por exemplo, estabelece a prévia autorização de entrada em terra indígena para a realização de atividades de uso e exploração de imagens, sons, grafismos, criações e obras indígenas pelo Presidente da Fundação Nacional do Índio[24]. Neste mesmo sentido e, anteriormente, a instrução normativa nº 01, de 29 de novembro de 1995, disciplinando a entrada em áreas indígenas com a finalidade de desenvolver pesquisa científica, referia a necessidade de autorização do Presidente do órgão indigenista[25] para a entrada de pesquisadores. A FUNAI, então, faria uma consulta as comunidades interessadas para estas serem ouvidas quanto ao processo[26]. Interessante é que mesmo com o reconhecimento da diversidade cultural, da organização social dos índios, da capacidade civil e processual destes, a FUNAI continua a exercitar um poder de polícia que mais parece um poder tutelar, onde a vontade das comunidades é substituída pela vontade do Estado. As cautelas são necessárias, a proteção é imprescindível, no entanto, a forma como ela se dá, não rompe com o que foi estabelecido em 1967, quarenta anos atrás, no sentido do regime tutelar a que estavam submetidas as comunidades indígenas. A FUNAI deveria ser comunicada sobre o interesse dos pesquisadores e esta, a partir da instauração de procedimento administrativo, consultar as comunidades indígenas sobre estas possibilidades. Deveria assistir à

[24] Artigo 12 da referida Portaria: Art. 12º Os pedidos de autorização de entrada em terra indígena para a realização de atividades de uso e exploração de imagens, sons, grafismos, criações e obras indígenas, bem como os pedidos de acompanhamento pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI das referidas atividades, serão endereçados ao Presidente da Fundação Nacional do Índio – FUNAI.

[25] Art. 4º. Todo e qualquer pesquisador nacional ou estrangeiro que pretenda ingressar em terras indígenas, para desenvolver projeto de pesquisa científica, deverá encaminhar sua solicitação à Presidência da FUNAI, e no caso de requerimento coletivo, deverá ser subscrito por um dos membros do grupo, como seu responsável.

[26] Art. 7º A solicitação do ingresso em terra indígena por parte de pesquisadores nacionais ou estrangeiros será objeto de análise pela Coordenadoria Geral de Estudos e Pesquisas - CGEP, uma vez instruído o processo com o parecer favorável do CNPq quanto ao mérito da pesquisa proposta e após ouvidas as lideranças indígenas.

Parágrafo Único - A consulta às lideranças indígenas será realizada pela FUNAI, com a presença e participação do pesquisador, podendo este em caso de resposta positiva permanecer na terra indígena com autorização provisória até a emissão de uma definitiva.

comunidade, fornecendo elementos para que esta possa melhor decidir. Excepcionalmente, em função da ideia de proteção das terras indígenas, que são propriedade da União Federal, em função da ideia de proteção da comunidade (que pode, eventualmente, ser manipulada, como qualquer outra comunidade), e, em função de que pesquisas em geral devem possuir um acompanhamento do poder público, poderia caber ao órgão o exercício do poder de polícia, suspendendo as atividades, em caráter excepcional, como já salientado.

3) O regime tutelar do índio. Este é o princípio fulcral da política indigenista estabelecida em 1967. Tem um significado amplo, no sentido de assistência e administração de bens, mas se entrelaça com todas as políticas estabelecidas pelo órgão, intercruzando e interpenetrando todas as atividades relacionadas com as comunidades indígenas. O que deve ser ressaltado, no entanto, é a inocorrência de mudanças, promovidas em nível internacional, através da Convenção OIT nº 169, de 1989, e em nível nacional, na Constituição de 1988, onde as relações do Estado e populações indígenas, com perspectivas democráticas plurais deveria surgir. O que é bem explícito, é que o Regulamento de 1967, comprometido com a tese integracionista e o regime tutelar, não foi alterado em março de 2003, com o advento do Decreto nº 4645, o Estatuto da FUNAI. Os princípios são basicamente reproduções das finalidades estabelecidas quase quarenta anos antes. Preservação da aculturação espontânea do índio, de forma a processar-se sua evolução socioeconômica; gestão do patrimônio indígena; exercício da tutela do índio; todas as diretrizes aprovadas no século XX e de forma detalhada nos compromissos do órgão indigenista que substituiu o Serviço de Proteção ao Índio, foram mantidos. O Regimento Interno da Fundação Nacional do Índio, constituído pela Portaria nº 542, de 21 de dezembro de 1993, expõe já em seu artigo 1º, inciso I, a sua principal finalidade: exercer, em nome da União, a tutela dos índios e das comunidades indígenas.

Parece, por consequência, não haver discussão jurídica sobre as implicações de um novo ordenamento que alterou profundamente o sistema normativo direcionado às comunidades indígenas. Parece que a configuração tutelar se mantém intacta diante de todo um novo ambiente político e normativo[27].

[27] Segundo Márcio Santilli: " obter uma saída para a crise vivida pelo Estado, é preciso compreender que ela não pode pretender recuperar o órgão tutelar tal como concebido há trinta anos, uma vez que vivemos uma realidade

Tutela e constituinte

A luta pela manutenção da tutela e da semi-capacidade dos índios restou expressa nos anais da Assembleia Nacional Constituinte. O texto proposto pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, presidida pelo jurista Afonso Arinos de melo Franco, em 1986, apesar de tornar a questão indígena analítica como os demais temas tratados pelo texto constitucional, reduzindo o espaço de discussão normativa no campo infraconstitucional, manteve a ideia central de não-autonomia e função tutelar.

O artigo 380 do referido documento, reconhece as populações indígenas "como parte integrante da comunidade nacional", ou seja, retorna à concepção integracionista de pertencimento ou não a uma imaginada comunidade construída com o intercruzamento das três raças. No entanto, se nas edições constitucionais anteriores, ao Poder Público incumbia a tarefa de integrá-los, na concepção proposta pela Comissão presidida por Arinos, os índios já estavam integrados, devendo o Estado brasileiro providenciar que estas comunidades se beneficiem "em condições de igualdade, dos direitos e possibilidade que a legislação brasileira assegura aos demais setores da população, sem prejuízo dos seus usos e costumes específicos". E mais uma particularidade desta proposta: em verdade, o texto constitucional remete a uma posterior legislação a ser criada pelo "governo federal": "O Governo Federal," [...] "proporá uma

completamente diferente, do ponto de vista não apenas do Estado, mas também dos índios, que vivem em suas áreas relações muito distintas das anteriores. Do ponto de vista prático, a tutela não tem mais nenhuma possibilidade de ser a referência da política indigenista, ou seja, não adianta recuperar a ideia de um órgão tutelar porque não há mais possibilidade de a burocracia intermediar com um mínimo de eficiência um imenso conjunto de relações, que tende a se ampliar cada vez mais. O problema é que muitos grupos indígenas se fizeram presentes na cena política dentro de um contexto tutelar e não se vê uma solução para a crise geral do Estado que afeta a FUNAI nem se vislumbram saídas para o esvaziamento histórico irreversível da tutela, elemento fundamental e constitutivo da política indigenista do Brasil nos últimos anos.". SANTILLI, Márcio. Programas Regionais para uma nova política indigenista. In: SOUZA LIMA, Antônio Carlos e BARROSO-HOFFMANN, Maria. **Estado e Povos Indígenas**: Bases para uma política indigenista II. Rio de Janeiro: Contra Capa/LACED, 2002. p.72.

legislação específica com vistas à proteção destas populações e de seus direitos originários", dando um caráter limitado (e postergando a conquista destes direitos) à eficácia do dispositivo constitucional.

A configuração integracionista parece querer se fazer presente, em especial no que tange à capacidade dos índios. O artigo 383 da referida proposta não inclui o sujeito indígena, no plano individual, como capacitado para ingressar em juízo na defesa de seus direitos[28]. A Constituição atual corrigiu isso, ao legitimar os índios para suas defesas processuais.

Outras propostas tramitaram na Constituinte. Uma delas, elaborada pelo jurista Fábio Konder Comparato, a pedido do Partido dos Trabalhadores, refere que os "Os Povos Indígenas têm direito à manutenção de sua identidade cultural. É dever do Poder Público impedir os atentados à cultura indígena." Esta proposta tem caráter nitidamente "anti-integracionista", ao fazer referência à tarefa do Estado de manter sua diversidade cultural em oposição a uma política incorporadora. Proposta do Deputado Osny Duarte Pereira pretendeu garantir duas vagas de deputados constituintes às comunidades indígenas, reeditando os "deputados classistas" da era Vargas, mas com caráter étnico. A eleição, segundo a proposta, se daria segundo critérios estabelecidos em uma convenção nacional e com assistência da FUNAI.

A proposta do Partido Comunista começava com um discurso sobre a situação cultural dos índios: "Também não se justifica mais que os índios, já em grande parte aculturados e com lideranças e representantes no próprio Congresso Nacional, fiquem marginalizados do processo político representativo. Por esses direitos, os comunistas lutaram desde a fundação do PCB e especialmente na Constituinte de 1946. Em resumo: um regime verdadeiramente democrático deve estender o direito de votar e ser votado

[28] SANTOS, Sílvio Coelho dos. **Os povos indígenas e a Constituinte**. Florianópolis: Editora UFSC/Movimento, 1989.

aos índios – que devem ter o seu próprio Estatuto de Cidadania – e a todos aqueles que trabalham"[29]. A proposta comunista estava mais preocupada com a situação integrada dos índios na sociedade e com a possibilidade de estes participarem da vida política do país. O dispositivo proposto continha a seguinte redação: "respeitar o caráter próprio das culturas indígenas, ajudando-as a cumprirem sua destinação coletiva, dentro da comunidade nacional, asseguradas às comunidades indígenas o direito de rejeitar essa ajuda." Um embrião de um combate à tutela?

É de se salientar, ainda, a proposta da Ação Catarinense Pró-Constituinte e Constituição, sob a liderança da Universidade Federal de Santa Catarina: "O Brasil é uma República Federativa multiétnica e pluri-societária e sua Constituição expressa a vontade democrática de uma sociedade aberta, dotada de soberania." Tal dispositivo, muito similar ao existente em outras Repúblicas sul-americanas (como a Colombiana[30]), possibilitaria, talvez, um novo recorte federativo no Brasil, onde as "autonomias étnicas" teriam um espaço geopolítico diferenciado do modelo atual e, talvez, implementasse a autodeterminação das populações indígenas em seus territórios tradicionais.

Poder tutelar e Constituição

Na atual Constituição, "são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições". O *caput* do artigo 231 vem a ser a peça-chave na mudança de postura constitucional frente à questão indígena. O Estado, que antes se cobria com as vestes da intolerância e assumia a função assimilacionista, começa a mudar de roupagem, não se

[29] SANTOS, Sílvio Coelho dos. **Os povos indígenas e a Constituinte**. Florianópolis: Editora UFSC/Movimento, 1989.

[30] A atual Constituição Política da Colômbia, de junho de 1991, reconheceu em seus princípios fundamentais (título I), além da autonomia de suas entidades territoriais (artigo 1º), englobando os territórios indígenas, a diversidade étnica e cultural da Nação Colombiana (artigo 7º). O artigo décimo oficializou as línguas e dialetos dos grupos étnicos (garantindo o ensino bilíngue e o respeito a sua identidade cultural, artigo 68) em seus territórios, clarificando ainda mais a autonomia mencionada e a valorização da diversidade cultural, fundamentos da República Colombiana.

apresentando mais como Estado tolerante, que permite a existência de um índio fadado a se tornar um "trabalhador nacional", mas se apresentando como um Estado onde a pluralidade é diretriz e onde a diversidade cultural é direito individual e coletivo. O texto constitucional atual reflete uma mudança ocorrida em nível internacional. O advento da Convenção nº 169, em 27 de junho de 1989, possibilitou uma alteração nas relações do Estado com os Povos Indígenas.

Tal Convenção, aprovada em Genebra, durante a 76ª Conferência Internacional do Trabalho, reconhece as aspirações dos Povos Indígenas a assumirem o controle de suas próprias instituições, de seu modo de vida e seu desenvolvimento econômico, bem como manterem e fortalecerem suas identidades, línguas e religiões. Essa Convenção visa, também, "extirpar a orientação assimilacionista das normas anteriores". De fato, este instrumento internacional torna sem vigência a Convenção nº 107, de 1957, de nítido caráter integracionista.[31]

Aqui no Brasil a Convenção 169/89 foi publicada no D.C.N. de 27 de agosto de 1993. Foi aprovada pelo Congresso através do Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002, treze anos após sua elaboração, sendo ratificada pelo governo brasileiro junto ao diretor executivo da OIT em 25 de julho de 2002. E o decreto de execução, nº 5051, que a promulgou, foi editado em 19 de abril de 2004. Mas antes do Decreto, cumpre ressaltar, a Convenção já possuía força normativa, desde a sua ratificação, como ensina Flávia Piovesan: "diante do princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, os tratados de direitos humanos, assim que ratificados, devem irradiar efeitos na ordem

[31] Cabe transcrever o artigo sétimo da Convenção: "Os povos em questão deverão ter o direito de decidir suas próprias prioridades no que se refere ao processo de desenvolvimento, na medida em que este afete suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, e às terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar na medida do possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, deverão participar da formulação, implementação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetar-lhes diretamente.".

jurídica internacional e interna, dispensando-se a edição de decreto de execução."[32]

No decorrer dos anos, do ponto de vista normativo, os índios foram enxergados como sujeitos que deveriam se adaptar à cultura "oficial". Tal fenômeno, desde a colonização e até o advento da atual Constituição, se dava através dos mais requintados atos de violência e também na edição das Constituições anteriores.

Pois bem. O espectro conceitual desses novos direitos, em sua composição constitucional, parece claro especialmente no que diz respeito ao rompimento com estruturas assimilacionistas anteriores acionadas via tutela. Esse conjunto de garantias constitucionais, que poderíamos chamar de etnocidadania, é composto por direitos individuais e coletivos, implicando liberdades de expressão cultural e identitária, e exposta de forma fragmentada (tendo em mente a multiplicidade de atores étnicos) em demandas de reconhecimento; e composta, também, de direitos sociais dos mais variados, configurados em políticas educacionais e de seguridade social diferenciadas, políticas envolvendo identificação e demarcação de terras conforme padrões de tradicionalidade, e exposta igualmente de forma aparentemente desordenada, em demandas de redistribuição.

Uma dessas políticas públicas, rotuladas como indigenistas, pretensamente uniforme e homogênea e que insiste em se manter no quadro normativo e administrativo é a política tutelar. Tal política, concebida dentro de outro momento normativo-constitucional, que a aceitava naturalmente, merece uma análise mais profunda, no que concerne à aceitação atual por um quadro normativo diverso, uma nova constituição, com

[32] PIOVESAN, Flávia. A incorporação, a hierarquia e o impacto dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro. In: PIOVESAN, Flávia e GOMES, Luiz Flávio, coordenadores. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p.159. Atualmente, a partir da emenda constitucional nº45, de oito de dezembro de 2004, os tratados e convenções internacionais aprovados por 3/5 dos votos dos membros do Congresso Nacional, em dois turnos de votação equivalem a emendas constitucionais.

novos paradigmas democráticos e jurídicos, ou seja, a sua constitucionalidade. Portanto, as leis anteriores, v.g., o Estatuto do Índio de 1973, e as leis infraconstitucionais pós-constituinte de 1988, estão a ensejar este crivo, sob pena de não darmos efetividade a um texto constitucional bem ornamentado, mas cuja eficácia é muito questionável, especialmente no que diz respeito aos direitos dos grupos mais vulneráveis.

Marcelo Neves apresenta diversas críticas, a partir da visão sistêmica, sobre a capacidade das Constituições dos países periféricos, como o Brasil, de estabelecerem a autonomia dos sistemas do direito, evitando a sobreposição de outros códigos em relação ao lícito/ilícito. Para o autor, a diferenciação funcional dos sistemas está vinculada à sua "representação simbólica como unidade"[33]. O sistema jurídico exerce uma função simbólica de forma hipertrofiada especialmente em relação à sua dimensão instrumental, mas nem sempre isso ocorre. Conforme Neves, a legislação simbólica "aponta para o predomínio ou mesmo hipertrofia, no que se refere ao sistema jurídico, da função simbólica da atividade legiferante e do seu produto, a lei, sobretudo em detrimento da função jurídico-instrumental"[34]. A legislação simbólica[35] estabelece um amalgamento entre direito e política, servindo principalmente a objetivos político sem caráter normativo, preponderando o sistema da política sobre o jurídico, hipertrofiando a função simbólica em prejuízo da concretização normativa da Constituição.

Neves chama a legislação que serve para demonstrar a capacidade de ação do Estado de "legislação álibi", que responde normativamente aos

[33] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 20.

[34] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 23.

[35] Conforme Neves, a constitucionalização simbólica é mais abrangente do que a legislação simbólica, já que a constituição é a instância reflexiva fundamental do sistema jurídico apresentando-se como metalinguagem normativa em relação a legislação infraconstitucional e atingindo a reprodução operacional-normativa do direito. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 99.

problemas reais da sociedade, mas sem transformar a realidade social, imunizando a política contra a construção de alternativas de concretização do texto constitucional e funcionando ideologicamente para gerar um sentimento de confiabilidade no governo[36]. Para Neves, a legislação álibi procura tentar criar uma imagem de resolução dos problemas sem que as variáveis normativas sejam concretizadas e sem que os problemas reais sejam solucionados efetivamente, não apenas deixando "os problemas sem solução, mas além disso obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos"[37].

Para Neves, o termo constitucionalização representa a ideia de uma Constituição, subsistema do sistema jurídico, que organiza uma ordem jurídico-política, podendo ser entendida como "fator e produto da diferenciação funcional entre direito e política" e processo "do qual se realiza essa diferenciação", acoplamento estrutural, mecanismo de interpenetração entre esses sistemas autônomos, não havendo subordinação hierárquica entre os códigos (lícito/ilícito-poder/não-poder), mas sim uma relação horizontal-funcional, impedindo as interferências da política no direito e vice-versa[38]. A Constituição é a reação do sistema do direito em relação à sua autonomia e à sua ausência "na sociedade moderna, altamente complexa e contingente, não orientada por uma moral conteudística compartilhada generalizadamente e válida em todas as esferas sociais"[39] conduz a uma sobreposição da política sobre o direito, evitando a sua positivação. Para Neves, "a validade e o sentido do direito constitucional dependem da atividade legislativa e da aplicação concreta do direito"[40], operando a hierarquia interna da Constituição e Legislação

[36] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 37.

[37] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39.

[38] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 66.

[39] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 70.

[40] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 70.

como fechamento normativo, operacional, do sistema jurídico e funcionando o direito constitucional como "limite sistêmico para a capacidade de aprendizado (abertura cognitiva) do direito positivo"[41], determinando qual o limite de sua regeneração sem perda de autonomia. Esse caráter cognitivo do direito constitucional se dá através do processo constituinte de reforma, mas também no percurso da concretização constitucional, ocorrendo uma circularidade entre as decisões judiciais e a legislação infraconstitucional. A transformação do processo constituinte e de concretização normativo-constitucional servem como filtro para expectativas comportamentais e constroem a vigência das normas.

Nesse sentido, conforme Marcelo Neves, existe uma insuficiente concretização normativa generalizada do texto constitucional, abrangendo tanto os agentes diretos de interpretação e aplicação da Constituição confundindo-se com a realização do direito e a sua consequente observância e execução. Falta ao texto uma correspondente generalização congruente das expectativas constitucionais, sendo que os códigos jurídicos acabam sucumbindo diante de outros códigos, acarretando um "bloqueio permanente estrutural da concretização dos critérios/programas jurídico-constitucionais pela injunção de outros códigos sistêmicos"[42]. A prática dos órgãos estatais é orientada, também, não só para a omissão em relação à concretização normativo-constitucional, mas também para sua violação oportunista.

Neves entende que esse constitucionalismo aparente possui uma representatividade ilusória diante da realidade constitucional, impossibilitando que o sistema político encontre outros caminhos e que ocorram mudanças sociais significativas via reformas apontadas pelo

[41] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 71.

[42] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 93.

Constituinte, "mas apesar desse discurso constitucional servir para obstruir reformas sociais e manter a estabilidade da sociedade", adverte Neves, "é possível que essa constitucionalização simbólica pressione essa mesma sociedade a tomada de consciência da discrepância entre ação política e discurso constitucionalista."[43] Obviamente, as tensões entre a norma e a realidade constitucional sempre existirão e não é necessária uma sintonia perfeita entre estas, mas, para Neves, a normatividade constitucional é definida pela "sua atuação efetiva como mecanismo generalizado de filtragem da influência do poder político sobre o sistema jurídico constituindo-se em mecanismo reflexivo do direito positivo."[44] A hipertrofia simbólica da Constituição atua no plano de práticas informais descaracterizadoras dos próprios procedimentos constitucionais, como são os regulamentos internos do órgão indigenista que ratifica a mensagem tutelar.

Em primeiro lugar, portanto, vamos estabelecer a ideia de que a tutela é uma política pública. Exercer a tutelagem é, inicialmente, uma política eleita pelo Poder Público. Ser tutelado é sofrer as repercussões desta política. Ressalto isso não por ironia, mas por reconhecer que remanesce no sistema jurídico um poder tutelar concedido ao órgão indigenista e, de forma mascarada, a outros órgãos públicos que repetem uma terminologia e uma prática defasada e eivada de inconstitucionalidade. Índios "integrados", "assimilados", "tutelados", "aculturados", fazem parte deste vocabulário estatal.

Ora, a tutela não é algo naturalizado no esquema administrativo, quando conversamos sobre comunidades indígenas. É uma escolha do administrador. O Estatuto do Índio não é a única alternativa possível de proteção legal destinada aos índios. É uma opção do legislador. Isto deve

[43] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 98-99.

[44] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 106.

ser sublinhado para que não passe despercebida a estratégia do Poder Público de continuar exercendo uma política tutelardistante do que dispõe o texto constitucional. As justificativas mais variadas de manutenção da tutela, como a existência de "povos isolados", "não-contactados", não podem servir de mote para a preservação de uma política preconceituosa e autoritária.

Quando o texto constitucional refere a "proteção"[45] aos índios e às comunidades como encargo do poder público, ele não está reiterando ou remodelando a prática tutelar. Existe uma distância longa entre proteção e tutela. Uma atividade protetiva pode se efetivar sem a existência de qualquer prática tutelar. Isto merece uma análise.

Tutela e infraconstitucionalidade

O Código Civil anterior considerava o índio como relativamente capaz. A Lei nº 6001, de 1973, submete o índio à tutela estatal. Tais dispositivos, presentes no Código Civil antigo e no Estatuto do Índio[46], não foram recepcionados pela atual Constituição. O atual Código Civil, inclusive, remete o regramento sobre a capacidade dos índios a uma legislação especial. Enquanto esta não é elaborada e promulgada, persiste o Estatuto do Índio, como instrumento normativo norteador da atuação do Estado. No entanto, este é, no que concerne ao poder tutelar, completamente incompatível com a Carta promulgada em 1988. Senão vejamos: a Constituição da República Federativa do Brasil dispõe, em seu artigo 232,

[45] Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

[46] Lei nº6001, de 19 de dezembro de 1973, dispõe em seu capítulo II: "Art. 7º. Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei.

§1º. Ao regime tutelar estabelecido nesta Lei aplicam-se no que couber os princípios e normas da tutela de direitos comum, independendo, todavia, o exercício da tutela da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, bem como da prestação de caução real ou fidejussória.

§2º. Incumbe a tutela à União, que a exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas.

que os índios têm capacidade processual eis que "são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses". Consoante estabelece o artigo 7º do Código Processual Civil, toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo[47].

É importante ressaltar que o Estatuto do Índio referia, no artigo 37, que "Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio", ou seja, antes de 1988, somente as comunidades, com um enfoque coletivo, possuíam uma capacidade de ser parte, desde que assistidos pelo Ministério Público ou pelo órgão indigenista, a FUNAI. Hoje, o artigo 232 reformulou essa ideia: os índios, individualmente, e não só as comunidades, podem ingressar em juízo para a defesa de seus interesses[48]. Os índios deixam de ser relativamente capazes e passam a ter capacidade civil plena, capacidade de serem partes, independentemente da assistência da FUNAI ou do Ministério Público. Este, por sua vez, passa a ter o dever de intervir em todos os atos do processo. A intervenção do Ministério Público é obrigatória, como função protetiva, onde irá atuar como "fiscal da lei", em virtude de estar evidenciado interesse público pela qualidade da parte, os indígenas, e não pela incapacidade da parte. Não se trata mais de assistência, onde a FUNAI e o Ministério Público ingressavam para auxiliar as comunidades indígenas, já que "os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil.", conforme dispõe o artigo 8º do Código de Processo Civil. Logo, a Constituição espancou a ideia de tutela.

---

[47] Art. 7º Toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo.

[48] Convenção 169/89, em seu artigo 12 dispõe: "Os povos interessados deverão ter proteção contra a violação de seus direitos, e poder iniciar procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante os seus organismos representativos, par assegurar o respeito efetivo desses direitos. Deverão ser adotadas medidas para garantir que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para eles, se for necessário, intérpretes ou outros meios eficazes." (grifo nosso).

Conforme dispõe a doutrina brasileira, "a capacidade processual é a aptidão para praticar atos processuais independentemente de assistência e representação (pais, tutor, curador etc.)."[49], e só a possui quem tem plena capacidade de exercício, podendo praticar todos os atos da vida civil, ou seja, plena capacidade civil, derrubando de vez a ideia de capacidade relativa, assistida ou tutelada. "Os absoluta e os relativamente incapazes podem ser partes, mas não podem praticar atos processuais, pois não têm capacidade processual. Os incapazes devem ser representados ou assistidos, na forma da lei. Têm capacidade processual os que possuem capacidade plena de exercício."[50] (grifo meu).

Logo, a partir da promulgação da Constituição, em 1988, os índios brasileiros adquiriram completa capacidade civil e processual. O instituto da tutela não subsiste mais a partir do novo texto constitucional, porque não é possível ao órgão indigenista administrar os bens de quem tem plena capacidade civil. Esta capacidade civil, friso, não reduz o dever do Estado de proteger e respeitar as comunidades indígenas e seus bens, sejam as chamadas "isoladas" ou não. Pelo contrário, esta proteção deve ser adequada à diferença cultural. E é imposta a todos os órgãos públicos. Como refere, com propriedade, Canotilho: "Ao falar-se do valor normativo da Constituição [...] aludiu-se à Constituição como *lex superior*, quer porque ela é fonte de produção normativa (*norma normarum*) quer porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior (superlegalidade material) que faz dela um parâmetro obrigatório de todos os actos estaduais", ou seja, tal parametricidade em relação às normas constitucionais compele todos os Poderes Públicos a agirem conforme dispõe o texto constitucional.

---

[49] DIDIER jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodium, 2007, p.200.

[50] NERY jr, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Editora RT, 2004, p. 408.

Além do mais, tanto o Código Civil anterior quanto o Estatuto do Índio relacionavam a tutela com a "integração do índio à sociedade nacional" ou "adaptação à civilização do país". À medida em que esta "integração" ou "adaptação" acontecesse cessaria o instituto da tutela. No momento em que a Constituição reconhece a diversidade cultural, os traços culturais, os índios não podem mais ser compelidos a serem "integrados" ou "assimilados" ou serem tachados de "aculturados" ou "não-integrados", enfim, todas essas classificações discriminatórias e racistas. Os sujeitos que se autoidentificam como indígenas são dotados do direito à sua diversidade cultural e do direito ao acesso de todas as garantias constitucionais, de forma autônoma, não podendo ser tutelados, ou serem impedidos de exercerem seus direitos pelo fato de não terem capacidade civil.[51]

No entanto, não podemos concordar com a possibilidade de permanência da tutela, ainda que se trate somente do nome do instituto. Não há constitucionalidade na manutenção do poder tutelar. A proteção, derivada do texto constitucional, é proteção acoplada à autonomia do indígena. Inclusive, a participação do Estado em relação aos atos praticados pelos índios deve ser repensada. A Convenção 169, de 1989, em seu artigo 4º, estabelece as metas a serem observadas nessa "proteção especial":

[51] Atualmente, portanto, os índios devem receber uma proteção especial, baseada em sua diferença cultural, do Estado brasileiro. Tal proteção não se confunde com tutela. Na opinião abalizada de Carlos Frederico Marés de Souza o instituto da tutela deve ser redimensionado: "Ficou claro que não é possível omitir totalmente a tutela, é preciso, porém aprofundá-la, dando o mesmo nome ou criando-lhe outro mais eficaz e direto. O que significa, então, aprofundar a tutela atualmente existente e de acordo com a revolucionária Constituição de 1988? Em primeiro lugar deve-se retomar a definição de 1928, afastando desde logo a tutela orfanológica e qualquer menção ou aplicação, mesmo que subsidiária, da legislação privada, deixando claro que aqui não se trata de Direito Privado de Família, e sim, de Direito Público. Em segundo lugar, deve ser entregue a administração dos bens aos próprios índios, segundo seus usos, costumes e tradições, mantendo a intervenção do Estado sempre que houver negócio jurídico com não índios, mas agregando a responsabilidade objetiva do Estado sempre que, em havendo sua participação, houver prejuízo ao patrimônio indígena. Estaremos assim na seguinte situação: se o negócio jurídico for feito sem a participação do Estado, é nulo e o prejuízo causado deve ser reparado pelo próprio Estado. Há que ser agregado, ainda, um terceiro instrumento de proteção para os negócios que, ainda que nulos, causem danos ao patrimônio e que não possam ser reparados pelo agente causador, ou porque se o desconhece ou porque não é solvente, hipótese em que o Estado deve ter a obrigação de fazê-lo.". SOUZA FILHO, **O renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1999. p.108. Ver também, no sentido da existência da tutela, artigo anterior à Constituição de 1988: DALLARI, Dalmo de Abreu. Índios, cidadania e direitos. In: **O índio e a cidadania**. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 53-58.

1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados.
2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados.
3. O gozo sem discriminação dos direitos gerais da cidadania não deverá sofrer nenhuma deterioração como consequência dessas medidas especiais.

A leitura de tais dispositivos não deixa dúvidas. As medidas especiais devem respeitar o "desejo expresso livremente" das comunidades. Tais medidas, também, não podem deixá-las desprotegidas, seja no plano individual ou coletivo. E esta proteção compreende tanto os direitos relacionados à diferença, quanto os direitos gerais da cidadania. Assim, entendo que, por exemplo, determinados negócios envolvendo as comunidades indígenas, independentemente da participação do Estado ou não, deverão ser objeto de eventual anulação, caso reste provado a sua prejudicialidade às comunidades indígenas. O Estado omisso no seu dever de executar medidas especiais, ou executando, de forma inconstitucional, a prática tutelar, poderá ser responsabilizado. A tutela não pode se enquadrar nesta medida especial, visto que obstaculiza a expressão destes povos, que não podem administrar livremente os seus interesses.

A Constituição reconheceu expressamente o direito à diversidade cultural, o direito dos índios às suas tradições, costumes, crenças, línguas e organização social, tornando sem eficácia toda norma que refira a imposição de qualquer esquema integracionista aos índios. A população indígena adquiriu o reconhecimento da sua cultura, com todas as implicações que isto pode trazer. Isso significa que os índios não podem ser rotulados de "menores" ou "relativamente capazes". Não podem ser tutelados. São grupos étnicos diferenciados e esta pluralidade cultural está amparada pela

Constituição. Além disso, qualquer proteção (ou medida especial) que desrespeite esta diversidade não encontra guarida na Constituição.

Cabe observar, por derradeiro, que o Estado não pode abolir simplesmente o poder tutelar sem criar políticas públicas adequadas que possam estar em compasso com a Constituição de 1988 e com a ideia de diversidade cultural e direitos humanos. Como adverte João Pacheco de Oliveira: "*el Estado, ahora movido por otras prioridades, llegue a desmontar la estructura tutelar, sin crear soluciones institucionales que la absorban y reorienten, definir mecanismos controladores y fiscalizadores*."[52]

Nesse mesmo sentido Antônio Carlos de Souza Lima: "Reconhecer o 'fim jurídico' da tutela da União sobre os povos indígenas pela Constituição de 1988, portanto, não significa o fim de formas de exercício de poder, de moralidades e de interação que se poderia qualificar de tutelares, nem representa um novo projeto para o relacionamento entre povos indígenas, poderes públicos e segmentos dominantes da sociedade brasileira assumido com clareza pelas instâncias governamentais responsáveis. Inexiste hoje, no plano da administração pública, uma política indigenista federal, isto é, um planejamento de governo transformado em diretrizes para ação, seja alocando e redistribuindo os recursos captados pelo Estado brasileiro, seja abordando diferentes aspectos da vida dos povos indígenas por meio não só da interlocução com os mesmos, como também de suas 'organizações' ou outras formas nativas de gestão política."[53]

O Poder Judiciário continua a insistir, como ator essencial para a interpretação e concretização constitucional, na versão assimilacionista, integracionista, enfrentando o tema com o maniqueísmo sem reflexão:

---

[52] OLIVEIRA, João Pacheco. **Hacia una antropologia del indigenismo**: estudios criticos sobre los procesos de dominación y las perspectivas políticas actuales de los indigenas en Brasil. Rio de Janeiro/Lima: Contra Capa/Centro Amazônico de Antropología y Aplicación Práctica, 2006, p. 146.

[53] SOUZA LIMA, Antônio Carlos de. e BARROSO-HOFFMAN, Maria (orgs.) **Etnodesenvolvimento e políticas públicas: bases para uma nova política indigenista**. Rio de Janeiro: Contra Capa/LACED, 2002, p.17.

índios integrados não são garantidos pelos direitos fundamentais indicados pelo Constituinte em 1988. Assim, nestas decisões recentes (trinta anos do advento da Carta):

> PROCESSO PENAL. AGRAVO DE EXECUÇÃO. REGIME ESPECIAL DE SEMILIBERDADE. ART. 56, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 6.001/73. ÍNDIO TOTALMENTE INTEGRADO À SOCIEDADE. INAPLICABILIDADE DO BENEFÍCIO. O Estatuto do Índio foi editado com o propósito de preservar a cultura dos indígenas, os seus direitos e **viabilizar a integração à comunhão nacional**, sem violar os hábitos e tradições, como dispõe o art. 1º.
> 2. A essência da proteção especial, aliada à interpretação sistemática dos dispositivos da Lei nº 6.001/73, permite concluir que o regime diferenciado previsto no art. 56, parágrafo único, **é inaplicável ao indígena totalmente integrado à comunhão nacional.**
> 3. Agravo de execução penal improvido.
> AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL Nº 5000407-12.2019.4.04.7208/SC
> RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
> (grifos nossos)

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. **REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. LEI N. 6.001/1973 (ESTATUTO DO ÍNDIO). INDÍGENA INTEGRADO À SOCIEDADE. IMPOSSIBILIDADE.** 1. A pretendida aplicação da atenuante de que cuida o art. 56, parágrafo único, da Lei n. 6.001/1973 somente tem incidência ao indígena não integrado socialmente, **não assim àquele já incorporado à comunhão nacional** e no pleno exercício dos seus direitos civis, ainda que conserve usos, costumes e tradições características de sua cultura. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RHC 79.210/SC, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 30/03/2017, DJe 20/04/2017) (grifos nossos)

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. [...] CUMPRIMENTO DA PENA EM ÓRGÃO FEDERAL DE ASSISTÊNCIA AO **ÍNDIO**. IMPOSSIBILIDADE. ÍNDIOS INTEGRADOS. INEVIDENTE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. [...] 4. **A aplicação do parágrafo único do art. 56 da Lei n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio)**

> **é limitada aos indígenas em fase de aculturação.** 5. **Evidenciado, conforme os documentos acostados aos autos, que os pacientes estão integrados à sociedade, não há falar na concessão do regime especial de semiliberdade.** 6. Habeas corpus não conhecido. (HC 263.987/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/11/2014, Dje 16/12/2014) (grifos nossos)

A Resolução Nº 287 de 25/06/2019, do Conselho Nacional de Justiça, talvez venha auxiliar a magistratura brasileira a considerar o reconhecimento constitucional da cultura indígena e impedir esta caracterização estereotipada entre índio integrado e não-integrado, índio tutelado e não-tutelado, para fins de garantir direitos fundamentais relacionados a diferença cultural. Tal Resolução determina que o reconhecimento da pessoa como indígena se dará por meio da autodeclaração, que poderá ser manifestada em qualquer fase do processo criminal ou na audiência de custódia. Determina, também, que a autoridade judicial buscará garantir a presença de intérprete, preferencialmente membro da própria comunidade indígena, em todas as etapas do processo em que a pessoa indígena figure como parte. Além disso, poderá determinar, sempre que possível, de ofício ou a requerimento das partes, a realização de perícia antropológica, que fornecerá subsídios para o estabelecimento da responsabilidade da pessoa acusada, bem como quando da definição da pena e do regime de cumprimento a serem impostos à pessoa indígena, a autoridade judicial deverá considerar as características culturais, sociais e econômicas, suas declarações e a perícia antropológica. Soa como um alento, passados trinta anos de norma constitucional, a edição de tal Resolução.

A política tutelar atua produzindo injustiças de ordem sociocultural e econômica. Por um lado, subordina os índios a uma condução de suas vidas pelo Estado, inferiorizando-os e estigmatizando-os fortemente; por outro lado, impede que uma distribuição adequada de bens, e uma

reparação de injustiças de ordem social e econômica, se consolide. Quando o indígena não pode optar por políticas que sejam adequadas ao seu sistema de vida, em função de ser pupilo do Estado, ocorrem injustiças que caracterizam a bidimensionalidade fraseriana, já mencionada. A política tutelar despreza o indígena como ser autônomo, trazendo prejuízos de ordem identitária e de ordem distributiva. Ao caracterizá-lo como semi-incapaz o inferioriza e o incapacita para buscar o seu desenvolvimento. As políticas voltadas para o sujeito indígena devem ser tais que lhe valorizem, na sua etnicidade, e que lhe possibilitem políticas de redistribuição que compreendam essa diferença étnica. Refere Fraser que "The goal should be, rather, to develop an integrated approach that can encompass, and harmonize, both dimensions of social justice."[54]

Fraser também entende que vão existir injustiças mais relacionadas com má-distribuição, como as de classe; outras, de ordem identitária, de status, como as de sexualidade. Algumas vão ficar de forma intermediária entre ambas, como gênero ou raça. O que definirá isto é o caso concreto:

> *The precise proportion of economic disadvantage and status subordination must be determinated empirically in every case. Nevertheless, in virtually every case, the harms at issue comprise both maldistribution and misrecognition in forms where neither of those injustices can be redressed entirely indirectly but where each requires some independent practical attention.*[55]

Fraser prossegue realizando uma reflexão sobre como integrar redistribuição e reconhecimento, através de quatro questões cruciais para a moral filosófica: 1) o reconhecimento é uma questão de justiça ou uma questão de autorrealização?; 2) justiça distributiva e reconhecimento são

---

[54] SOUZA LIMA, Antônio Carlos de. e BARROSO-HOFFMAN, Maria (orgs.) **Etnodesenvolvimento e políticas públicas: bases para uma nova política indigenista**. Rio de Janeiro: Contra Capa/LACED, 2002, p. 26.

[55] SOUZA LIMA, Antônio Carlos de. e BARROSO-HOFFMAN, Maria (orgs.) **Etnodesenvolvimento e políticas públicas: bases para uma nova política indigenista**. Rio de Janeiro: Contra Capa/LACED, 2002, p. 25.

paradigmas normativos distintos ou um está subsumido sobre o outro?; 3) como distinguir demandas injustificadas ou justificadas por reconhecimento?; 4) o reconhecimento é uma questão que diferencia grupos e indivíduos ou reconhecer a nossa comum humanidade é suficiente?

Sobre a primeira questão crucial, Fraser começa afirmando ser as demandas de reconhecimento uma questão de justiça, e não de autorrealização. Para Taylor[56] e Honneth, hegelianos, ser reconhecido por outro sujeito é uma necessidade vital dos seres humanos e um pré-requisito para o florescimento humano. Fraser propõe que o não-reconhecimento deve ser considerado a partir da institucionalização de padrões culturais que constituam alguns atores como inferiores, invisíveis ou excluídos. Fraser chama isso de *status model of recognition*. Portanto, para ela, não é suficiente, para o não-reconhecimento, ser depreciado pelos outros; é necessário, sim, que as instituições sociais possuam valores culturais depreciativos. "

> *Examples include marriages laws that exclude same-sex partnerships as illegitimate and perverse, social welfare policies that stigmatize single mothers as sexually irresponsible scroungers, and policing practices such as 'racial*

[56] "Em eu plano social, la compreensión de que las identidades se forman em diálogo abierto, no configurado por um guión social previamente definido,há convertido la política del reconocimiento em um plano de igualdad em algo más central y acentuado. De hecho, há elevado considerablemente sus intereses. El reconocimiento en un plano de igualdad no es solamente la forma apropriada de una democrática saludable. Su rechazo puede causar perjuicios a aquellos a quienes se les niega, de acuerdo con un ponto de vista moderno muy extendido. La proyección de una imagen inferior o degradante de outro puede realmente distorsionar y oprimir, em la medida em que se interioriza. No solamente eu feminismo contemporáneo, sino también las relaciones interraciales y los debates multiculturales están revestidos por debajo de la premisa de que la negación del reconocimiento puede constituir uma forma de opresión. Puede cuestionarse si se há exagerado o no este factor, pero queda claro que la comprensión de la identidad y la autenticidad há introducido uma nueva dimensión em la política del reconocimiento en un plano de igualdad, que opera ahora com algo similar a sua propria noción de autenticidad, al menos em la medida em que concierne a la denuncia de las distorsiones inducidas por otros." TAYLOR, Charles. **La ética de la autenticidad**. Barcelona: Ediciones Paidós/Universidad Antónoma de Barcelona, 1994, p. 84. Nesse sentido Honneth: "A 'honra', a 'dignidade', ou, falando em termos modernos, o 'status' de uma pessoa, refere-se, como havíamos visto, à medida de estima social que é concedida à sua maneira de auto-realização no horizonte da tradição cultural; se agora essa hierarquia social de valores se constitui de modo que degrada algumas formas de vida ou modos de crença, considerando-as de menor valor ou deficientes, ela tira dos sujeitos atingidos toda a possibilidade de atribuir um valor social às suas próprias capacidades." HONNETH, Axel. **A luta pelo reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: ed.34, 2003. p.217.

> *profiling' that associate racialized persons with criminality. In each of these cases, interaction is regulated by an institucionalized pattern of cultural value that constitutes some categories of social actors as normative and others as deficient or inferior: straight is normal, gay is perverse; 'male-headed households' are proper, 'female-headed households' are not; 'whites' are law abiding, 'blacks' are dangerous. In each case, the effect is to create a class of devalued persons who are impeded from participating on a par with others in social life."* [57]

Após, Fraser arrola algumas vantagens do modelo de status sobre o modelo de autorrealização. A primeira é que o modelo de status permite justificar demandas de reconhecimento como moralmente conectadas em modernas condições de valores plurais. Não existe uma única concepção sobre a autorrealização ou o bem da vida que é universalmente compartilhada, nem que pode ser estabelecido como oficial. O modelo de status é deontológico e não sectário, aceitando a proposta kantiana da liberdade subjetiva, que assume as definições sobre os bens da vida e os limites dessas concepções, relacionados com as liberdades das outras pessoas. É um apelo a uma concepção de justiça que pode e deve ser aceita por aqueles que possuem diferentes concepções sobre o bem. O que marca o equívoco moral do não-reconhecimento é não permitir que alguns indivíduos e grupos participem em igualdade de condições com outros grupos em uma interação social. A norma de isonomia na participação é não-sectária.

A segunda vantagem é que, concebendo o não-reconhecimento como um status de subordinação, o problema se encontra nas relações sociais e não na psicologia interpessoal ou individual. O modelo de autorrealização foca a ideia de distorções internas na estrutura da autoconsciência do oprimido, com a sua vitimização e a consideração de que é um preconceito na

[57] SOUZA LIMA, Antônio Carlos de. e BARROSO-HOFFMAN, Maria (orgs.) **Etnodesenvolvimento e políticas públicas: bases para uma nova política indigenista**. Rio de Janeiro: Contra Capa/LACED, 2002, p. 29-30.

mente do opressor, devendo ser controladas estas crenças, de forma não liberal e autoritária. Para o modelo de status, o problema de não-reconhecimento se relaciona com a manifestação externa e publicamente verificável dos impedimentos para que alguém do povo participe como um membro completo da sociedade. O modelo de status, adverte Fraser, aceita que o não-reconhecimento acarreta uma série de efeitos psicológicos, mas os prejuízos disso não dependem da presença destes efeitos.

A terceira vantagem é que a visão proposta bate de frente com a visão da noção de estima baseada na autorrealização. A visão de Fraser envolve a noção de estima social, onde qualquer pessoa possui direitos iguais sob condições justas de igual oportunidade. Finalmente, considerando o não-reconhecimento como violação da justiça, isso facilita a integração das demandas de reconhecimento com demandas de redistribuição por recursos e verbas. Reconhecimento é apontado como uma justiça distributiva, no domínio da moralidade deontológica. Vivendo em um mesmo universo normativo ambas categorias se tornam comensuráveis e potencialmente subsumíveis a uma estrutura comum.

A quarta vantagem é que considerar o não-reconhecimento como uma injustiça facilita a integração de demandas de reconhecimento com demandas de redistribuição, já que aquelas podem ser classificadas como fazendo parte de uma justiça distributiva, no domínio de uma moralidade deontológica. Ou seja, dentro de uma perspectiva kantiana, defendida por Fraser, as pessoas individuais têm um status especial, detentoras de respeito e que tal respeito não pode ser violado independentemente de suas consequências. O respeito pelas pessoas, seus direitos e deveres são as fontes da construção do raciocínio moral[58]. De acordo com Kant, as pessoas têm status especial porque elas têm valor intrínseco, porque são capazes

[58] Afastando-se, como parte dos filósofos contemporâneos, de que a autonomia e a liberdade do sujeito devem estar livre de seus desejos e inclinações, sendo que o raciocínio moral não pode estar desconectado deles.

de fazer julgamentos racionais independente no que respeita como vivemos. Algo tem valor intrínseco se o seu bem faz parte de sua natureza, independentemente de sua relação a alguma outra coisa. Seres humanos têm valor mesmo se ninguém se importa com eles, mesmo se eles não têm serventia para ninguém, mesmo se seu comportamento é deplorável. Assim sendo, eles têm o que Kant chama de valor objetivo e devem ser tratados com respeito especial, não podendo ser tratados como instrumentos para promover o bem comum ou qualquer outro propósito, devendo, o raciocínio moral, proceder dos imperativos categóricos e não dos hipotéticos[59], que não se confundem com ações morais, e que possuem valor extrínseco ou condicional, não-categórico.

Se ambas categorias, reconhecimento e redistribuição, habitam o mesmo universo normativo, se tornam comensuráveis. O risco da visão de autorrealização hegeliana é compreender a justiça distributiva como incomensurável. É tornar-se, segundo Fraser, uma esquizofrenia filosófica. Fraser, ao conceber uma teoria da justiça, refere que nem todo não-reconhecimento pode ser combatido com políticas distributivas, e nem toda não-distribuição pode ser combatida com a mudança da ordem cultural (como quer Honneth). Fraser apresenta uma proposta de pensar ambas as categorias como diferentes perspectivas e dimensões da justiça.

O núcleo da concepção fraseriana é a paridade na participação. Ou seja, esses atores, negligenciados nas arenas públicas, têm chance real de intervir no sistema político. Para Fraser, Justiça requer arranjos sociais que permitam a qualquer adulto participar como membro da sociedade. Duas

[59] "O imperativo categórico é o supremo princípio da moralidade. Enquanto os imperativos hipotéticos são necessariamente condicionais – se quiseres tal resultado, deves agir de tal modo -, o imperativo categórico é incondicional e, portanto, válido em todos os tempos e em todos os lugares. Ele comanda não diretamente as ações humanas, mas as máximas ou representações subjetivas do dever, as quais nascem em todas as consciências. De onde ele assim se formula: "Age unicamente segundo a máxima pela qual tu podes querer, ao mesmo tempo, que ela se torne uma lei universal." KOMPARATO, Fábio Konder. **Ética**: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 296.

condições são necessárias, uma de ordem objetiva e outra de ordem subjetiva. A condição objetiva de tal participação é a distribuição de recursos para permitir a participação independente e dar voz às minorias. A segunda condição é subjetiva, requerendo a institucionalização de padrões culturais que expressem um igual respeito para todos os participantes, relacionados a sua autoestima.

Prosseguindo sua reflexão sobre as quatro questões morais filosóficas, Fraser afirma que a terceira questão é a pergunta: como distinguir demandas de reconhecimento justificáveis de não-justificáveis? Os grupos racistas poderiam ser reconhecidos, como forma de auxiliá-los em sua autoestima, autorrespeito e autoconfiança? Para Fraser, o princípio da participação paritária das minorias nos espaços públicos deve ser observado para o julgamento das demandas, como justificáveis ou não. Esta participação deve ser garantida para que as minorias possam compartilhar as discussões e não sejam excluídos como membros. Isto envolve dois níveis de participação: um intergrupal, que garante o acesso das comunidades minoritárias, que estabeleçam padrões institucionais paritários e; intragrupal, que gere efeitos internos nos grupos, para evitar exclusões ou segregações dentro das comunidades.

Tema extremamente complexo, que também deve ser considerado, é a questão de que as formas de redistribuição, algumas tradicionais, podem ter uma repercussão prejudicial no interior de certas comunidades. Políticas educacionais, de saúde, de saneamento, podem, de certa forma, desestruturar sistemas culturais, ao impor outros valores que não os das comunidades. O exemplo da medicina tradicional pode ser aqui invocado. Uma política de distribuição de anticoncepcionais pode bater de frente com uma prática ancestral de utilização de chás ou ervas para os mesmos fins. Pode repercutir em antigos valores, que passam a ser questionados no interior da comunidade. Papéis de lideranças religiosas são objeto de uma

reavaliação. Enfim, um drama cultural. Estes casos parecem ser mais complicados quando se trata dos chamados índios isolados, cujo contato com a sociedade envolvente é muito escasso ou temerário (em função da imunidade do organismo para certas doenças, por exemplo).

Ora, salvo casos excepcionais (como as comunidades isoladas), o Estado tem o dever de oferecer políticas públicas adequadas. A não oferta é tão prejudicial quanto uma oferta desqualificada. Isto vale para qualquer grupo vulnerável. Não tenho a pretensão de ingressar em uma discussão de conteúdo marcadamente antropológico. Não possuo este conhecimento. No entanto, a identidade indígena sofreu e sofre até hoje o contato com outros grupos e outros campos de conhecimento. Este contato gerou transformações nesta identidade indígena. Ela se modificou. E vice-versa, em relação aos grupos que entraram em contato com os Povos indígenas. Os índios se articularam, através de suas lideranças, estabeleceram diálogos interculturais, construíram representações. Aliás, como qualquer outra construção identitária. As políticas públicas devem ser ofertadas com respeito a esta identidade, que não é imutável. Deve estar protegida contra a exploração e o desrespeito. É garantia constitucional. Mas também esta identidade se rearticula, se reelabora, se capacita, para estes diálogos. Assim entende Avtar Brah: "Questões de identidade estão intimamente ligadas a questões de experiência, subjetividade e relações sociais. Identidades são inscritas através de experiências culturalmente construídas em relações sociais." [...] "As identidades são marcadas pela multiplicidade de posições de sujeito que constituem o sujeito. Portanto, a identidade não é fixa nem singular; ela é uma multiplicidade relacional em constante mudança. Mas no curso desse fluxo, as identidades assumem padrões específicos, como num caleidoscópio, diante de conjuntos particulares de

circunstâncias pessoais, sociais e históricas."[60] e, também, Sérgio Costa, adotando posição de Homi Bhabha: "Em contraposição às construções identitárias homogeneizadoras que buscam aprisionar e localizar a cultura, coloca-se a ideia da diferença, articulada, contextualmente, nas lacunas de sentido entre as fronteiras culturais. Diferença aqui não tem o sentido de herança biológica ou cultural, nem de reprodução de uma pertença simbólica conferida pelo local de nascimento, de moradia ou pela inserção social, cultural, etc. A diferença é construída no processo mesmo de sua manifestação, ela não é uma entidade ou expressão de um estoque cultural acumulado, é um fluxo de representações, articuladas *ad hoc*, nas entrelinhas das identidades das identidades externas totalizantes e essencialistas – a nação, a classe operária, os negros, os migrantes, etc. Nesses termos, mesmo a remissão a uma suposta legitimidade legada por uma tradição 'autêntica' e 'original', deve ser tratada como parte da performatização da diferença – no sentido linguístico do ato enunciativo e no sentido dramatúrgico da encenação."[61] Portanto, não podemos tolerar uma política homogeneizadora como a integracionista e o mecanismo tutelar, tampouco, por outro lado, admitir que as minorias culturais possam permanecer imobilizadas, como se a porosidade para a construção de relações com outras culturas não existisse. A proteção não pode sufocar. O reconhecimento constitucional da cultura indígena precisa se concretizar, distanciando os agentes públicos dos discursos tutelares e aproximando-os da concepção que ficou estabelecida em 1988.

[60] BRAH, Avtar. "Diferença, diversidade, diferenciação. *in* **Diferenças em jogo**. Cadernos Pagu/ Revista Semestral do Núcleo de Estudos de Gênero/Pagu/Universidade Estadual de Campinas/janeiro/junho 2006, p. 371.

[61] COSTA, Sérgio. **Dois Atlânticos**: teoria social, anti-racismo, cosmopolitismo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006. p. 92.

Introdução 2 (ano 2000, dissertação)

O presente trabalho visa examinar a situação atual dos direitos indígenas, em especial os que dizem respeito à pluralidade cultural, sua evolução histórica e seus atuais contornos jurídicos. A construção política do texto constitucional que refere o reconhecimento dos direitos originários e do direito à diversidade pluriétnica foi objeto de pesquisa histórica e jurisprudencial. Portanto, em um primeiro momento foi necessário expor, dentro de um contexto mais extenso, a história desses direitos no Brasil. Se demonstrou, especialmente no plano normativo, a constante luta, vitórias e derrocadas dos povos indígenas em relação à proteção e valorização de sua cultura e de suas terras.

Demonstrou-se também os efeitos que o problema envolvendo a usurpação e roubo das terras indígenas acarretou no plano cultural. Os "descimentos", as "reservas", enfim, o sitiamento e confinamento a que foram acometidas as populações indígenas e que foram preconizadas por todos aqueles que necessitavam controlar e manipular os diferentes grupos étnicos existentes no Brasil. Religiosos, missionários, colonos e representantes oficiais do Estado Brasileiro procuraram sempre, e apesar das conquistas inseridas na Constituição de 1988 ainda procuram, desvalorizar os elementos culturais pertencentes às etnias indígenas, seja na forma de sua assimilação pela sociedade não-indígena, seja pela prática direta de genocídio.

A delineação histórica foi um passo inicial para realizar um estudo de ordem comparativa às ordenações normativas existentes nos demais países componentes deste continente. Após, pois, no segundo momento, a pesquisa se espraiou neste sentido, tentando visualizar os instrumentos

legais existentes, estruturando-os de forma histórica, e realizando um esforço de encontrar semelhanças e diferenças na esfera do Direito Comparado. Atente-se para o fato de que a Constituição brasileira apresenta um quadro normativo extremamente avançado, capacitado a realizar as modificações necessárias para a real efetivação dos direitos indígenas positivados. A realidade sociocultural, no entanto, não tem acompanhado a evolução normativa.

Na segunda parte deste trabalho analisou-se o reconhecimento estabelecido na Carta Magna aos diferentes grupos étnicos indígenas e, principalmente, aos próprios índios, de forma individual. É um esforço no sentido de reconstituir e reconstruir a pluralidade cultural indígena sob a ótica dos direitos fundamentais de primeira dimensão. Depois procurou-se compreender a interpretação que os Tribunais pátrios vêm fazendo a respeito do tema.

Por derradeiro, examinou-se os processos judiciais que envolvem os indígenas no Brasil, como o caso do índio Galdino Jesus dos Santos, violentamente assassinado em Brasília, e extraiu-se conclusões a respeito dos motivos que levam a Suprema Corte brasileira a posicionar-se pela incompetência da Justiça Federal para o julgamento das questões indígenas. Interessante frisar que tal homicídio é a ponta de um enorme iceberg onde se situam os problemas jurídicos confrontados diariamente por todos aqueles que militam na questão indígena. Os diversos assassinatos provocados por fazendeiros, garimpeiros e outros segmentos da sociedade interessados nas riquezas existentes nas Terras Indígenas e ocorridos diariamente contra a comunidade indígena sequer chegam ao conhecimento público.

A ausência de políticas públicas operadas de forma diferenciada e adequadas ao tratamento destas populações se torna uma omissão criminosa, desembocando na morte, por desnutrição ou por problemas banais

de saúde, a assolar todos os grupos étnicos que vivem no território brasileiro. A interferência permanente de organismos religiosos, tapando, por assim dizer, a lacuna provocada pela inércia estatal, acarreta todo um solapamento e desvalorização da cultura indígena. O caso envolvendo o Pataxó Galdino teve o mérito de provocar a Justiça brasileira. A resposta judicial que corresponde a este fato é devidamente analisada neste trabalho, não no sentido de visualizar o problema somente do ponto de vista processualístico, mas escancarar o despreparo das instituições públicas em encarar e enfrentar a questão.

Contribuir para a construção de uma interpretação mais adequada do texto constitucional que reservou um capítulo inteiro, o último, para disciplinar a situação jurídico-política dos índios no país pode ser o resultado da presente pesquisa.

Capítulo 1

Os indígenas brasileiros e as repercussões da legislação ocidental

No início do processo de ocupação do território brasileiro, no século XVI, as grandes discussões jurídicas que diziam respeito à população indígena que habitava a América se concentraram na questão das terras e da propriedade destas. A diversidade cultural possuía um lugar sem destaque, até mesmo porque o encontro das duas culturas, em que uma delas quer absorver de forma hegemônica a outra, não permitiria uma dominação completa, sem a tentativa de menosprezar a cultura autóctone. O processo de inferiorização da cultura indígena começaria mesmo pela concepção da força produtiva das populações recém contatadas. A dimensão do valor laboral dos grupos étnicos só poderia ter um sopesamento negativo, já que efetivado tendo por parâmetro as escalas europeias.

O austríaco Von Martius nos oferece a visão europeísta sobre os índios brasileiros nesta época: "toda a população primitiva da América, pelo contrário, jaz numa pobreza intelectual monótona e dura, como se nem as comoções internas, nem os impulsos do exterior tivessem tido a força necessária de lhes acordar desta letargia moral ou modificá-la. O homem vermelho, por toda a parte apresenta somente um e mesmo destino monótono e, por toda a parte a sua história é igualmente paupérrima.".[1]

[1] MARTIUS, Carl. **O Estado do Direito entre os autóctones do Brasil**. São Paulo: Itatiaia e USP, 1982, p. 64. Sobre Martius refere o antropólogo Egon Schaden que: "Em sua longa viagem pelo Brasil, de 1817 a 1820, percorrera grande parte do sertão e conhecera de perto a situação de um número considerável de tribos nos quais diversos estágios intermediários entre a primitiva vida tribal e o desaparecimento. As suas observações concretas levaram-no à convicção de que o índio é não somente incapaz de assimilar a civilização européia, como incapaz de sobreviver ao encontro com ela.". (SCHADEN, Egon. **Aculturação Indígena**: Ensaios sobre fatores e tendências da mudança cultural de tribos índias em contacto com o mundo dos brancos. São Paulo: Pioneira e USP, 1969. p.06.).

Ocorre que esta visão equivocada demonstra a completa falta de interesse (ou incompetência) do homem europeu em compreender o modo de vida do indígena brasileiro. Infelizmente, esta imagem racista e preconceituosa perdura até os dias de hoje, eis que vários segmentos da sociedade, e o que é pior as próprias instituições públicas, têm o mesmo tipo de visão, etnocêntrica e inferiorizadora. Na obra "A Sociedade contra o Estado" Pierre Clastres vai posicionar-se no sentido de que esta imagem europeísta não pode prevalecer. Refere que:

> Existe aí um preconceito tenaz, curiosamente co-extensivo à ideia contraditória e não menos corrente de que o selvagem é preguiçoso. Se em nossa linguagem popular diz-se 'trabalhar como um negro', na América do Sul, por outro lado, diz-se 'vagabundo como um índio'. Então, das duas uma: ou o homem das sociedades primitivas, americanas e outras, vive em economia de subsistência e passa quase todo o tempo à procura de alimento, ou não vive em economia de subsistência e pode, portanto, se proporcionar lazeres prolongados fumando em sua rede. Isso chocou claramente os primeiros observadores europeus dos índios do Brasil. Grande era sua reprovação ao constatarem que latagões cheios de saúde preferiam se empetecar, como mulheres, de pinturas e plumas em vez de regarem com suor suas áreas cultivadas. Tratava-se, portanto, de povos que ignoravam deliberadamente que é preciso ganhar o pão com o suor do próprio rosto. Isso era demais, e não durou muito: rapidamente se puseram os índios para trabalhar, e eles começaram a morrer.".[2]

E, logo adiante, continua:

> Os índios, efetivamente, só dedicavam pouco tempo àquilo a que damos o nome de trabalho. E apesar disso não morriam de fome. Os cronistas da época são unânimes em descrever a bela aparência dos adultos, a boa saúde das numerosas crianças, a abundância e variedade dos recursos alimentares. Por

[2] CLASTRES, Pierre. **A Sociedade contra o Estado**: Pesquisas de Antropologia Política. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990, p. 135.

> conseguinte, a economia de subsistência das tribos indígenas não implicava de forma alguma a angustiosa busca, em tempo integral, de alimento.[3]

Para, em seguida, tecer alguns questionamentos, desmistificando a ideia de que os índios necessitavam trabalhar, ou que seriam miseráveis por não o fazê-lo nos moldes ocidentais:

> O bom senso questiona: por que razão os homens dessas sociedades quereriam trabalhar e produzir mais, quando três ou quatro horas diárias de atividade são suficientes para garantir as necessidades do grupo? De que lhes serviria isso? Qual seria a utilidade dos excedentes assim acumulados? Qual seria o destino desses excedentes? É sempre pela força que os homens trabalham além de suas necessidades. E exatamente essa força está ausente no mundo primitivo: a ausência dessa força externa define inclusive a natureza das sociedades primitivas.[4]

A forma como o europeu tecia suas idealizações sobre o modo de vida indígena não pode ser recuperado de forma a-histórica para os dias atuais. Mas é interessante salientar que a ideia de uma população indígena que não trabalha por ser preguiçosa parece prosperar nos discursos das entidades preocupadas em realizar políticas públicas. Note-se, portanto, que o modo de viver indígena já começa a ser questionado desde o início, ora por incapacidade dos exploradores, ora de forma intencional, amparando um discurso genocida.

Em 03 de maio de 1493 o papa Alexandre VI emite a Bula *Inter Caetera,* concedendo a jurisdição e domínio do Novo Mundo à Coroa Espanhola, mas com o Tratado de Tordesilhas, de 1494, Portugal consegue dividir as terras recém descobertas. A primeira norma a tratar sobre a

---

[3] CLASTRES, Pierre. **A Sociedade contra o Estado**: Pesquisas de Antropologia Política. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990, p. 135

[4] CLASTRES, Pierre. **A Sociedade contra o Estado**: Pesquisas de Antropologia Política. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990, p.136.

questão indígena no recém descoberto Brasil é o Regimento de 1511, do Rei português Dom Manuel I, que dispunha sobre o modo como os primeiros exploradores deveriam se relacionar com os indígenas brasileiros[5], proibindo as ofensas a estes, com vistas a facilitar a retirada de produtos brasileiros.

A carta célebre do lusitano Pero Vaz de Caminha reflete a ideia exploratória e catequizadora que dominava os interesses da Coroa portuguesa, conforme assinala Jaime Ginzburg:

> Em termos políticos a carta consiste em um passo fundamental na avaliação do interesse em levar adiante o processo de colonização. O texto expõe, em coerência com o espírito mercantil que sustenta a viagem de Cabral, a expectativa de encontrar recursos minerais. O aspecto mais forte da formulação de uma imagem do futuro está na ideia, defendida no final do texto, de que os índios podem ser convertidos sem dificuldade ao cristianismo. O que se sugere não é de modo algum respeitar e preservar o modo de vida dos nativos, mas sim transformá-los, para aproximá-lo de padrões cristãos portugueses. O interesse com que os nativos observavam os atos religiosos dos portugueses motiva Caminha a sugerir para 'Vossa Alteza' que é possível lançar uma semente 'salvando' os nativos, propiciando sua vivência de fé cristã. A carta deixa, em suas indicações, abertura de expectativa suficiente para o poder português acreditar em uma possibilidade de investir no processo de colonização.[6]

A ideia da facilidade de converter os índios e das imensas possiblidades mercantis que estão abertas vai orientar os objetivos dos colonizadores,

---

[5] GINZBURG, Jaime. "A carta de Caminha e a origem do Brasil". Jornal Zero Hora, caderno de cultura, 25.03.96. Porto Alegre, p.05. A própria Carta indica os caminhos da conversão ao cristianismo e suas possibilidades: "E segundo o que a mim e a todos pareceu, esta gente não lhes falece outra coisa para ser toda cristã do que nos entenderem, porque assim tomavam aquilo que nos viam fazer com nós mesmos; por onde parecer a todos que nenhuma idolatria nem adoração têm. E bem creio que, se Vossa Alteza aqui mandar quem entre eles mais devagar ande, que todos serão tornados e convertidos ao desejo de Vossa Alteza. E por isso, se alguém vier, não deixe logo de vir clérigo para os batizar; e porque já então terão mais conhecimentos de nossa fé, pelos dois degredados que aqui entre eles ficam, os quais hoje também comungaram.". (CASTRO, Sílvio. **A Carta de Pero Vaz de Caminha**. Porto Alegre: L&PM, 1997. p. 96.).

[6] THOMAS, Georg. **Política indigenista dos portugueses no Brasil**, São Paulo: Loyola, 1981, p. 30-31.

bem como o formato que se pretende na ocupação inicial do país. Nesta linha, o Brasil recém-contatado foi ocupado, inicialmente, através das sesmarias, institutos que procuravam delimitar e tornar as terras produtivas. Assinala Carlos Frederico Marés de Souza Filho que:

> Pode-se dizer que a intenção de Portugal, ao conceder sesmarias no Brasil, não foi aplacar a fome, mesmo porque a população local era formada por inúmeras nações indígenas, cada qual com sua especificidade e sua dificuldade, mas sem fome. A sesmaria foi, portanto, a forma que Portugal encontrou para promover a conquista do território brasileiro. Na realidade eram concedidas terras para quem quisesse vir ao Brasil, em nome da Coroa, ocupá-las, mesmo que para isso fosse necessário perseguir, escravizar, prear ou matar populações indígenas. Era uma espécie de presúria tardia, centralizada e organizada.[7]

As primeiras tarefas de exploração econômica do país se desenvolveram, portanto, dentro de um inicial reconhecimento e de uma partilha do território brasileiro. Partilha esta feita sem consideração dos espaços geopolíticos ocupados pelas diferentes etnias indígenas. Acreditava-se num índio comum, homogêneo, preparado para atender aos interesses da Coroa e da Igreja Católica. A diversidade cultural não era, do ponto de vista mercantil, algo a se tornar preocupação para os europeus. A preocupação com a possibilidade de extração de bens de consumo e as fantasias holísticas externadas na forma da conversão da gentilidade, se tornaram no primeiro mote a impulsionar os portugueses. Posteriormente, os índios brasileiros teriam que ter uma serventia, deveriam se tornar mecanismos de expansão territorial.

[7] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1999, p.58.

1.1. Colonização, catequese e escravidão

Apesar das pretensões de colonização e transformação do índio, muitos foram os defensores dos índios durante o período de colonização e exploração desenvolvidas pelos europeus no nosso continente, dentro de um período em que os índios estavam sujeitos à escravização. Na América Hispânica, foram editadas as primeiras Leis referentes à liberdade dos índios, como as "*encomiendas*", que estavam baseadas em dois pressupostos: o índio era um homem livre, mas vassalo da Coroa Espanhola, devendo pagar tributos. Esses tributos eram pagos na forma de serviços aos "*encomenderos*". Em 27 de dezembro de 1512 surge a Lei de Burgos, que dispunha os deveres dos "*encomenderos*" para com os índios: ~~"deben ser instruídos em la fe" e~~ "*deben ser instruídos en la fe*" e "*la Corona les puede mandar que trabajen, pero que el trabajo no sea impedimiento a la instrucción*". No entanto, tal legislação não chegou a ser aplicada efetivamente, assim como as Leis Novas de 1542, criadas para sepultar o regime de "*encomiendas*". [8] No ano de 1537, o papa Paulo III pronuncia-se na bula *Veritas ipsa*[9], afirmando a liberdade de todos os índios.

Dentre os defensores destaca-se, principalmente, o Frei Francisco de Vitória, eminente jurista que serviu ao Imperador Carlos V. Brilhante em sua argumentação jurídica, Vitória formulou diversas teorias sobre os direitos dos povos indígenas, em relação à própria Igreja e aos monarcas europeus. Sintetizando o seu posicionamento, afirmou: "por si mesmo (o direito de descoberta) não justifica a posse desses índios mais do que se

[8] PIRES, Sérgio L. Fernandes. In: **Direito e Justiça na América Indígena**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 66-68.

[9] "É neste notável documento (datado de 9 de junho de 1537, segundo Rodolfo Garcia, ou 1536, segundo Ferdinand Denis) que o chefe da Igreja Romana, apoiado nas ideias que circulavam na Europa sobre a bondade natural dos nossos índios, declara que eles são verdadeiros homens e não simples bestas de carga e, portanto, capazes de acudir ao chamado de Cristo.". (FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **O índio brasileiro e a revolução francesa**: As origens brasileiras da teoria da bondade natural. Rio de Janeiro: José Olympio e MEC, 1976. p.23). Pode-se notar, com clareza, que as propostas de liberdade, por mínimas que fossem, surgidas na Igreja Católica Romana, sempre estavam vinculadas a conversão dos indígenas ao cristianismo.

eles houvessem descoberto a nós.".[10] Por outro lado, os portugueses, de certa forma, não se envolveram tão profundamente nesta discussão, nem à época da "descoberta", nem, tampouco, posteriormente, com a colonização. No entanto, cumpre referir que as discussões ocorridas na Espanha influenciaram alguns teólogos portugueses, como Luís de Molina e Frei Luís de Granada.

No entanto, é considerado o maior expoente na luta pelo fim do massacre a que foram submetidos os índios, pelos colonizadores europeus, o Frei Bartolomé de Las Casas. Nos anos de 1550 e 1551[11] foram promovidos diversos debates na Corte Jurídica de Valladolid, entre Las Casas e Juan Gines de Sepúlveda, autor do *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*, empenhado em manter a dominação das populações indígenas. Para Sepúlveda, as nações bárbaras encontradas na América espanhola deveriam ser subjugadas pela civilização mais esclarecida, a europeia: "é justo, normal e de acordo com a Lei natural que todos os homens probos, inteligentes, virtuosos e humanos dominem todos os que não possuem essas virtudes.".[12]

Las Casas, por sua vez, refutava tal argumentação afirmando que os títulos Papais concedidos aos monarcas espanhóis não justificavam a tirania contra os índios, mas sim a pregação pacífica do Evangelho Cristão,

---

[10] "*Por sí solo este título, sigue diciendo el maestro, no justifica la posesión de aquellos pueblos, no más que si ellos nos hubieran descubierto a nosotros.*". (VITÓRIA, Frei Francisco de La. **Relecciones del Estado, de los indios y del derecho de la guerra**. México: Porrúa, 1974, p. LVIII.

[11] Conforme veremos na seção seguinte no Brasil os primeiros dispositivos jurídicos de defesa dos índios datam desta época. Aponta Antônio Carlos Wolkmer que "Além das disposições provisórias do governador Mem de Sá, que garantiram a liberdade e segurança aos índios contra os ataques dos colonos portugueses, acrescentam-se igualmente, no lento, descuidado e esporádico processo de solidificação de uma política indigenista, os decretos da Junta de 1566, que ampliaram as determinações sobre a defesa das populações indígenas e, finalmente, a Lei dos Índios, de 1570, decretada por D. Sebastião." (WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralidade jurídica na América luso-hispânica* In: **Direito e Justiça na América Indígena**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 90.

[12] "Y será siempre justo y conforme al derecho natural que tales gentes se sometan al imperio de príncipes y naciones más cultas y humanas, para que merced á sus virtudes y à la prudencia de sus leyes, depongan la barbarie y se reduzcan á vida más humana y al culto de la virtud.". (SEPÚLVEDA, Juan Ginés de. **Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios**. México: Fondo de Cultura Econômica, 1996. p.20)

conforme nos informa Mauricio Beuchot: *"la persuasión del entendimiento por medio de razones y la invitación y suave moción de la voluntad"*.[13] O já citado Francisco de Vitória, convidado a dar um parecer sobre as duas teses manifestou-se, com base no pensamento aristotélico, em favor de Las Casas.[14] O mexicano Antônio Gomes Robledo oferece, na introdução ao livro célebre de Vitória, *Relecciones*, um panorama do ponto de vista do dominicano, inclusive tachando-o de "colonialista", face ao momento histórico vivenciado:

> *Con una técnica exegética muy semejante a la de Santo Tomás de Aquino, para el cual Aristóteles há de concordar, siempre y como sea, com el cristianismo, Vitoria nos da uma interpretación ciertamente colonialista (esto era imposible eludirlo), pero templada y humanitaria, del pensamiento del Filósofo. No quiso decir este último (em la interpretación vitoriana, ya se entiende) que los pueblos bárbaros o de cultura inferior puedan ser reducidos a esclavitud o privados de sus propiedades por los pueblos superiores, sino simplemente que los primeros deban ser regidos y gobernados por los segundos, como el hijo por el padre o la mujer por el marido. Y ya em esta pendiente exegética, no sólo no rechaza Vitoria el pensamiento de Aristóteles (ningún tomista se atrevió jamás a tanto, fuera de Bartolomé de las Casas), sino que concede desde este momento que de ahí podría nacer, em los españoles, algún derecho para someter a los indios*: posset oriri aliquod ius ad subiiciendum eos.[15]

Entretanto, cumpre frisar que apesar do reconhecimento da propriedade das terras e da liberdade, as discussões chegaram aos demais

---

[13] BEUCHOT, Mauricio. **Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de Las Casas**, Barcelona: Anthropos, 1994, p. 64. O texto original de Las Casas: "*La Providencia divina estableció, para todo el mundo y para todos los tiempos, un solo, mismo y único modo de enseñarles a los hombres la verdadera religión, a saber: la persuasión del entendimiento por medio de razones y la invitación y suave moción de la voluntad. Se trata, indudablemente, de un modo que debe ser común a todos los hombres del mundo, sin ninguna distinción de sectas, errores, o corrupción de costumbres.*" (LAS CASAS, Frei Bartolome de. **Del unico modo de atraer a todos los pueblos a la verdadera religión**. México: Fondo de Cultura Econômica, 1975, p. 65-66.)

[14] WOLKMER, Antonio Carlos. "Pluralidade jurídica na América luso-hispânica" In: **Direito e Justiça na América Indígena**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 70-71.

[15] VITÓRIA, Frei Francisco de La. **Relecciones del Estado, de los indios y del derecho de la guerra**. México: Porrúa, 1974, p. LIII e LIV.

direitos das populações indígenas, como os direitos à sua própria cultura e religião, mas sempre direcionado a catequização dos índios. A conversão ao Cristianismo gerava polêmicas na forma violenta como era desenvolvida, mas não era questionado o desrespeito à diversidade cultural indígena trazido pela catequese promovida pelos religiosos europeus.

Mauricio Beuchot, professor na Faculdade de Filosofia e Letras da UNAM, Universidade Mexicana, não concorda com tal afirmação, aduzindo que o citado Las Casas foi o primeiro defensor do direito à identidade indígena, ou seja, "*derecho a tener una cultura y a que se respete – quedando com ello excluida la violencia y la imposición em el intercambio cultural – , Las Casas estaba pasando del reconocimiento del indio a nivel genérico al reconocimiento de éste a nivel más especifico y propio.*".[16]

Na verdade, ao analisarmos a obra onde Las Casas defende tal direito, *Del único modo de atraer a todos los pueblos a la verdadera religión*, escrito provavelmente entre 1536 e 1537, podemos notar, que a verdadeira religião para o padre dominicano é a católica, logicamente, e que a única forma de "atrair" os indígenas para a sua conversão ao cristianismo é de maneira suave. Escreve Las Casas que:

> *Porque así como una sola es la ley de Cristo, que no varía ni ha variado nunca, ni variará jamás hasta el fin del mundo, así también una sola es la fe y la religión cristiana establecida por Cristo, promulgada por los Apóstolos, recibida, predicada y observada siempre por la Iglesia universal; y una sola, finalmente, es la especie de las criaturas racionales que, mediante sus individuos, se halla dispersa por todo el mundo; y es evidente que a estas criaturas ordenó Cristo que les anunciaran y predicaran la misma ley, la mista fe católica y la misma religión, los Apóstoles primero, y después de ellos, sus sucesores...*[17]

[16] BEUCHOT, Mauricio. **Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de Las Casas**, Barcelona: Anthropos, 1994, p. 65.

[17] LAS CASAS, Frei Bartolome de. **Del unico modo de atraer a todos los pueblos a la verdadera religión**. México: Fondo de Cultura Econômica, 1975, p. 69-70.

Ora, em sendo as demais religiões não verdadeiras, inexiste um direito dos índios a possuírem sua própria religião, falsa, devendo, portanto, serem catequizados. A grande diferença do pensamento de Las Casas com a violência empregada pelos exploradores europeus é o método que este utilizava para a conversão. A religião indígena não era respeitada, reconhecida ou sequer valorizada. Era considerada não verdadeira. A mensagem católica, de forma subreptícia e subliminar, deveria permanecer, como único modo de ser empreendida a catequese dos índios.[18] Os padres dominicanos também não queriam compreender e, por via de consequência, respeitar e valorizar, a cultura indígena.

Neste mesmo sentido, leciona José Carlos Moreira da Silva Filho que afirma ter Las Casas demonstrado "uma postura claramente assimilacionista, com a diferença de que queria que esta anexação fosse feita por padres e não por soldados, e que, além disso, nunca estaria justificada uma guerra que procurasse 'acalmar os ânimos' dos índios para que estes pudessem ser evangelizados.".[19] No entanto, adverte que Las Casas "ao pedir um tratamento mais humano para os índios, mesmo sob termos assimilacionistas, fez a única coisa que, em nível imediato, era possível para mitigar-se o sofrimento dos habitantes originais daquelas terras.".[20]

Carlos Frederico Marés de Souza Filho não concorda com tal posicionamento:

> É interessante traçar um paralelo entre LAS CASAS e o Estado liberal. LAS CASAS acreditava na liberdade e no Direito natural como princípios universais,

[18] Para uma leitura crítica da ideologia da Igreja Católica em relação aos índios ver GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 197.

[19] SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Da invasão da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da 'inferioridade'latino-americana. In: **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 182.

[20] SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Da invasão da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da 'inferioridade'latino-americana. In: **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 182.

> o Estado liberal, também. Porém LAS CASAS imaginava que a liberdade e o Direito natural se realizavam segundo os usos, costumes e tradições de cada povo, dito em outras palavras, cada povo seria livre de reconhecer os valores do Direito natural que os rege. O Estado liberal ou constitucional, pensava diferente, a liberdade de cada Povo estaria sujeita a um conjunto de regras de limitações impostas pela Lei, isto é, pelo próprio Estado, partindo do pressuposto que todas as pessoas escolheram aquelas Leis. Isto determina um universalismo pluralista em LAS CASAS e um universalismo unicista no liberalismo."[21]

A questão é que o direito natural à diversidade cultural não pode abstrair o fato de que a religião é um traço distintivo da cultura que deve ser respeitada sempre, sob pena do direito à diversidade cultural não ser respeitada como um todo, sendo, portanto, desrespeitada. A verdade é que, no pensamento de Las Casas, o processo de cristianização era perfeitamente conciliável com a "natureza" pacífica e bondosa dos indígenas, como bem assinala Henri Favre:

> *Las Casas sueña com una América en la que España sólo ejercería su soberanía feudal durante el tiempo necesario para su conversión, y que sería gobernada por sus tradicionales jefes y soberanos, a los que el clero daría consejeros espirituales. Observa que, al ser dulce, humilde, pobre, pacífico y obediente, el indio practica en forma natural las principales virtudes cristianas. Su experiencia de misionero lo há convencido de que la evangelización puede prescindir de la occidentalización. La idea de que la cultura indígena no es fundamentalmente incompatible com la religión católica, u de que incluso constituye un terreno favorable para su florecimiento, está por lo demás ampliamente difundida entre los dominicos, los franciscanos y los agustinos, antes de ser compartida um poco más tarde por los jesuítas.*[22]

[21] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1999.

[22] FAVRE, Henri. **El indigenismo**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 16-17.

Ocorre que o simples processo de cristianização, proposto por Las Casas, já denota um desprezo pela cultura do outro, eis que acha "falso" um dos traços distintivos da cultura, dos mais importantes: a religião. Note-se que as lideranças indígenas seriam "assistidas" por "conselheiros espirituais". Conforme leciona Héctor H. Bruit, a respeito do pensamento de Las Casas: "Só a evangelização tornava justa a colonização; ela era capaz de estabelecer um domínio que fosse resultante do consenso dos povos americanos, porque estava revestida de métodos sutis, suaves, delicados, quase impalpáveis.".[23]

No entanto, não se pode abstrair o fato de que se trata de um momento histórico e que a concepção sobre a diversidade cultural é contemporaneamente diferenciada. O posicionamento de Las Casas sobre os direitos das comunidades indígenas, e sobre o relacionamento destas com o Estado espanhol provocaram uma ruptura com o modelo que estava sendo imprimido na América indígena. O problema é que o discurso a ser evidenciado na compreensão dos direitos das comunidades indígenas deve ser repensado, reconstruído, no sentido do respeito se estender a todos os traços distintivos da cultura.

As perguntas que se impõem são: atualmente, as organizações não-governamentais religiosas que trabalham com a questão indígena estão se propondo a realizar que práticas em relação às etnias indígenas? Atuariam como conselheiros das lideranças e organizações indígenas? O trabalho de catequese realizado por estas organizações acredita ser importante e relevante a religião indígena? Será que a postura adotada por Las Casas não é reproduzida, com distinções, obviamente, pelos atuais organismos religiosos?

[23] BRUIT, Héctor H. América no Pensamento Político de Las Casas. In: **Confronto de Culturas: Conquista, Resistência, Transformação**. São Paulo: EDUSP, 1997, p. 100.

Tanto o Estado, quanto a Igreja, estão sendo questionados sobre as suas práticas em relação às diversas etnias brasileiras. E entendo ser muito saudável tal reflexão, visto que em um país democrático, que realmente respeita o multiculturalismo, os diferentes grupos étnicos tem que, efetivamente, possuir o controle sobre suas decisões.

Talvez Dom Paulo Evaristo Arns possa ter dado uma posição elucidativa sobre esta questão: "Nós não soubemos evangelizar os índios e permitimos que eles desaparecessem.".[24] Outra questão: será que é necessário evangelizar os índios? A atividade legislativa que se produziu durante o período colonial reflete a obrigatoriedade do Estado brasileiro atuar no sentido de ser promovida a evangelização dos índios, com resultados desastrosos. Além disso, os índios não desapareceram. Estão mais vivos do que nunca.

1.2. As primeiras legislações

Os debates promovidos em torno dos direitos naturais dos índios, tanto em relação às suas terras quanto em relação à sua diversidade cultural, acabam não materializando efeitos em relação à produção legislativa portuguesa da época. Em 17 de dezembro de 1548, surge no Brasil o primeiro Regimento do Governo Geral, de Tomé de Souza, que disciplina a política indigenista da época. Conforme informa Georg Thomas, as metas fundamentais eram: a) a conversão dos pagãos à fé cristã; b) a preservação da liberdade dos índios, assim como a luta contra as tribos inimigas; e c) a fixação dos indígenas.[25] Começam a se tornar claros dois mecanismos que interpenetram-se em seus objetivos: a fixação dos índios em aldeias e a conversão dos mesmos. Durante toda a época colonial foi imposto aos

[24] ARNS, Dom Paulo Evaristo. História do Brasil. In: **Revista Carta Capital**, 26.04.2000, São Paulo. p. 68.

[25] THOMAS, Georg. **Política indigenista dos portugueses no Brasil**, São Paulo: Loyola, 1981, p. 59-60.

indígenas uma política de aldeamento territorial, o que facilitava a pregação das ideias católicas.

Além disso, com o objetivo de enfrentar o problema das relações interétnicas existentes entre índios e colonos, a Coroa Portuguesa, em conjunto com as ordens católicas, promove a instalação de diversas "Juntas", reunidas com este desiderato. Em 30 de julho de 1566, reuniu-se na Bahia, através de convocação real, uma destas Juntas para analisar a situação dos índios no Brasil, ditando diversas determinações direcionadas aos colonos europeus que aqui estavam, contribuindo para que estes pudessem escravizar os indígenas.[26] Através da Junta, foi criado o cargo de "Procurador dos Índios", funcionário real com atribuições de emitir recomendações ou protestos perante as autoridades locais e dos habitantes europeus da colônia.[27] Através da Lei de 26 de julho de 1596, a Coroa Portuguesa regulamentou o cargo, prevendo um Procurador para cada aldeia.

Em 1570, é editada Lei portuguesa sobre a liberdade dos índios brasileiros, afirmando que estes poderiam ser escravizados através das chamadas "guerras justas", desde que fossem considerados canibais de índole guerreira. Tais guerras serviam para disfarçar a escravidão a que eram submetidos os indígenas, tentando justificar tal atividade com os padrões culturais indígenas, mais ou menos guerreiros, mais ou menos pacíficos. Enfim, a liberalidade na conceituação do que seja índio, e como ele expressa suas características culturais, eram, de forma descriteriosa, o jeito que os europeus encontraram para utilizar indígenas como mão-de-obra barata. Georg Thomas coloca bem a questão:

[26] THOMAS, Georg. **Política indigenista dos portugueses no Brasil**, São Paulo: Loyola, 1981, p. 96.

[27] Para o autor citado, "Os decretos da Junta de 1566, 'o primeiro diploma legal de proteção aos índios' deram teoricamente às aldeias uma segurança completa contra os ataques dos colonizadores." (THOMAS, Georg. **Política indigenista dos portugueses no Brasil**, São Paulo: Loyola, 1981, p.97-98)

> Quando se observam as circunstâncias sob as quais era conduzida uma 'guerra justa' e quando se pensa que, na realidade, quase todas as tribos que não viviam sob o domínio dos colonizadores eram consideradas bárbaras e canibais, compreende-se que, também após a Lei de 1570, se encontrassem justificativas jurídicas suficientes para escravizar todos os índios fora das aldeias jesuíticas. Isto significou que também essa Lei continuou a aplicar a política em vigor desde 1549, de distinguir entre os índios convertidos que viviam sob a proteção das aldeias, e os indígenas selvagens, abandonados à perseguição.[28]

Ao substituir Dom Sebastião, em 1580, o monarca espanhol Filipe II também legislou sobre os assuntos indígenas, praticamente repetindo, através de uma Lei real de 24 de fevereiro de 1587, os dispositivos constantes da referida Lei de 1570. A escravização, via guerra justa[29], ou via o instituto do resgate, quando o próprio índio vendia a si mesmo para os colonos, foi mantida. Mas uma alteração importante ocorreu: a escravidão duraria até que o índio pudesse pagar o mesmo valor do resgate, adquirindo a liberdade.

Em 21 de agosto de 1587, Felipe II promulga Lei isentando, por quinze anos, os índios de pagarem qualquer dízimo pessoal ou real, desde que se convertessem ao cristianismo. Em outras palavras, a liberdade física em troca da liberdade religiosa. O mesmo monarca, em 26 de julho de 1596, determina a responsabilidade dos jesuítas pela política indigenista no país. Conforme Georg Thomas dita Lei "entregou-lhes, com exclusividade, a tarefa de recolher os índios do sertão e de fazê-los assentar-se na costa, nas vizinhanças dos estabelecimentos europeus.".[30]

Durante o período colonial brasileiro, as Leis portuguesas com eficácia no Brasil reconheceram os direitos das comunidades indígenas aos

---

[28] THOMAS, Georg. **Política indigenista dos portugueses no Brasil**, São Paulo: Loyola, 1981, p. 105.

[29] Felipe II decretou nova Lei real em 11 de novembro de 1595, concedendo a liberdade a todos os índios que não fossem escravizados através de uma guerra justa. (THOMAS, Georg. **Política indigenista dos portugueses no Brasil**, São Paulo: Loyola, 1981, p.134.).

[30] THOMAS, Georg. **Política indigenista dos portugueses no Brasil**, São Paulo: Loyola, 1981, p. 135.

territórios originários, e nos locais em que os mesmos estavam sendo aldeados. O aldeamento era uma prática especialmente utilizada pelos missionários, de fixar os índios em determinados territórios, de fácil acesso, o que foi, na verdade, uma tentativa de vincular os índios a estas localidades e catequizá-los, através destes mesmos aldeamentos[31], como estipulado pelo Regimento de 1º de abril de 1680. Através da catequese, outros padrões de comportamento eram inseridos no cotidiano indígena, especialmente no que tange a esfera econômica. Rita Heloísa de Almeida afirma que:

> Estratégias de catequese a serem amplamente utilizadas no século XIX são ensaiadas no regimento de 1680, como, por exemplo, considerar inconveniente o deslocamento dos índios de seus ambientes e habitações tradicionais, daí resultando a fixação de missões onde eles já se encontrassem. O propósito era a transformação gradativa dessas habitações em missões, para que os padres, residindo entre os índios, fossem ensinando-lhes a doutrina e o cultivo de produtos que pudessem ser permutados com os comerciantes que passavam pelos rios.[32]

A catequese, a escravidão, o comércio, enfim todas as práticas ocidentais desenvolvidas pelos novos atores que passavam a conviver no Brasil tinham vários objetivos, dentre eles: a transformação do índio em um trabalhador cristianizado. O índio não era visualizado como um ser diferenciado, ou como sujeito de direitos. Carlos Frederico Marés de Souza Filho situa bem a questão:

---

[31]Nos sermões do Padre Antônio Vieira, pregados entre 1653 e 1662, pode-se observar o intuito dos jesuítas em aldear – e, posteriormente, reduzir – os índios, potencializando a capacidade de converter os "gentios". Neste sentido ver: SANTOS, Beatriz Catão Cruz. **O pináculo do temp(l)o**. Brasília: UNB, 1997, especialmente o Capítulo II, "A rochela de Portugal", p. 45-73.

[32] ALMEIDA, Rita Heloísa de. **O Diretório dos Índios**, Brasília: UNB, 1997, p. 42.

> Apesar de relativamente vasto o número de dispositivos legais que falam em índios, na verdade é muito difícil visualizar o desenho da concepção jurídica colonial. Poucos, raríssimos dispositivos, tratam da pessoa do índio; normalmente se referem a limitações e garantias de direito alheio"(...)", onde o que está em jogo não é exatamente a pessoa do índio, mas sim, do português ou portuguesa que com ele se casa. É visível, pela leitura dos atos legislativos da época, que a única preocupação dos colonizadores para com os indígenas era a integração destes na nova sociedade. Isto quer dizer, havia uma preocupação em substituir a sociedade local pela sociedade emergente. O que os índios pensavam, faziam ou queriam fazer, não entrava na ordem de preocupação daquela legislação.[33]

E nenhuma mudança legal neste quadro foi realizada no início do século XVII. As Cartas Régias de 30 de julho de 1609 e a de 10 de setembro de 1611, de Felipe III, estabeleceram direitos territoriais dos índios, bem como da própria administração das aldeias em que os índios estavam sendo fixados. Na norma de 1611 esta administração se exerceria em corresponsabilidade entre capitães-da aldeia, responsáveis pela conduta laboral dos índios, e fazendeiros, patrões dos próprios índios. A Lei de 5 de junho de 1605 e a Carta de 1609, acima referida, que concederam a liberdade para índios pagãos e convertidos, foram expressamente revogadas pela Lei de 1611, que possibilitava novas e antigas formas de escravização dos índios, atendendo os interesses dos colonos.

Em 1639 o monarca espanhol Felipe IV emitiu a Real Cédula de 16 de setembro, mandando dar liberdade aos índios brasileiros, Lei esta que entrou em vigor em Portugal e seus domínios ultramarinos em 31 de março de 1640. Georg Thomas refere que: "A Lei de Filipe IV, de 16 de setembro de 1639 ou de 21 de março de 1640 ficou tão ineficaz, na colônia, como

[33] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 55-56.

acontecera pouco antes com o Breve papal de Urbano VIII. Além da oposição dos súditos portugueses, na metrópole e no Brasil, a situação político-militar contribuiu substancialmente para condenar ao fracasso total a legislação indigenista. As últimas tentativas para aplicar a Lei do Monarca espanhol nas colônias portuguesas naufragaram nos acontecimentos e confusões da aclamação de D. João IV pela população do Brasil na primavera de 1641.".[34]

A liberdade dos índios, portanto, apesar de estar definida no plano normativo, é ineficaz no plano fático. Neste mesmo tom, os direitos territoriais acabam por possuir uma formatação normativa. O Alvará Régio de 1º de abril de 1680[35], é explícito quanto às terras tradicionalmente ocupadas: **"***os Índios, primários e naturaes senhores dellas***"-** reprisados tais termos no Diretório dos Índios de 1758 - sendo, talvez, o documento normativo mais importante no tocante a esta questão**.** Esta referência legislativa, produzida pela Coroa portuguesa, vai gerar efeitos, no tocante a discussão sobre terras, até os dias atuais. Muito embora os aldeamentos provocassem uma descaracterização das bases geográficas estabelecidas pelas diferentes etnias, o dispositivo régio reconheceu que as populações indígenas teriam seus direitos originários às terras brasileiras, ainda que no plano teórico, respeitados.[36]

Outrossim, para marcar a interferência assustadora dos moradores, religiosos e Estado na organização social dos indígenas, surge o Regimento das Missões do Maranhão e Pará, de 21 de dezembro de 1686, posterior ao Regimento de 1680, que concede aos religiosos o encargo de governar os

[34] THOMAS, Georg. **Política indigenista dos portugueses no Brasil**, São Paulo: Loyola, 1981, p. 211.

[35] Confirmada pela Lei Pombalina de 06 de junho de 1775.

[36] Diversas normas, também neste período, concedem aos indígenas, pelo menos no papel, uma certa autonomia em relação a Coroa Portuguesa, como declaram a Provisão de 12 de setembro de 1663 e a Carta Régia de 9 de março de 1718, que afirma serem os índios livres e isentos da jurisdição europeia.

índios, atuando diretamente na organização social das aldeias, como retrata Rita Heloísa de Almeida:

> [...] espelha, mais que o precedente, uma realidade de disputas acirradas pelo controle dos índios. Apresentam-se, assim, aspectos ambíguos como Lei que procurou atender simultaneamente a interesses conflitantes de moradores e jesuítas. De um lado, cresce o poder dos padres da Companhia de Jesus e os de Santo Antônio, que passam a ter o governo não só espiritual, mas também político e temporal, das aldeias de sua administração."(...)"O objetivo da catequese, portanto, já leva em conta circunstâncias ditadas pela opção dos índios de continuarem em suas próprias regiões de origem. O que não impede, contudo, de entender tal conveniência em favor do avanço gradual da colonização propiciado pelo trabalho missionário.[37]

Não obstante o processo de aldeamentos espalhe-se em todo país e seja acompanhado das práticas de conversão, que representa também uma forma de escravidão cultural a que eram submetidos os indígenas, avanços em relação à liberdade, na esfera legal, aconteciam. Em 20 de dezembro de 1741 o Papa Bento XIV emitiu um Breve *"Immensa Pastorum Principis*", dirigido aos arcebispos e bispos brasileiros, proibindo a escravização de índios, sob pena de excomunhão. O mesmo já havia ocorrido em 22 de abril de 1639, através do Papa Urbano VIII, que emitiu o Breve *"Commissum nobis"*. Mas tal advertência tinha um sentido "civilizatório" conforme nos ensina Rita Heloísa de Almeida:

> [...] a gradual disposição em liberar os índios de toda sujeição, com a eliminação das ressalvas que permitiam a escravidão, era sustentada por uma transformação nos significados do conceito 'civilização' para os que formulavam Leis e em seu nome agiam. Esta transformação conceitual, conquanto tivesse como propósito a universalização de ideais da civilização ocidental,

[37] ALMEIDA, Rita Heloísa de. **O Diretório dos Índios**, Brasília: UNB, 1997, p. 42-43.

> também anunciava, entre os indivíduos (os colonizadores), uma disposição interna para o convívio com as diferenças étnicas e culturais. Assim, em lugar de serem adotadas formas de extermínio imediato ou ao longo de uma vida sob condições de escravidão, o índio passa a ser visto como um povoador. Além de força de trabalho, representa número população. [38]

O índio passava a ser compreendido como um elemento de expansão territorial, ideal para a prática exploratória efetivada pelos europeus. A ideia de um índio livre e vivo não possui relação com uma disposição bondosa por parte dos colonizadores, mas sim com uma necessidade premente de preencher os grandes vazios do território brasileiro.

Em 6 de junho de 1755 é restaurada, através de Lei Régia, a liberdade dos índios, em seus "bens, pessoas e comércio", sendo que a Lei Régia de 7 de junho do mesmo ano retirou dos missionários a administração dos aldeamentos indígenas, colocando-a nas mãos dos chefes indígenas e derrogando o Regimento de 1686. No entanto, é de se observar que quase duzentos e cinquenta anos de aldeamento devem ter acarretado diversas alterações nos padrões culturais indígenas, inclusive tornando-os cada vez mais dependentes da atividade clerical e dos colonos.

1.3. O Diretório dos Índios: o povoamento obrigatório do Brasil

Em 1758 é editado o "Directorio que se deve observar nas povoações dos Índios do Pará, e Maranhão, em quanto sua Magestade não mandar o contrário", o Diretório dos Índios, provavelmente o mais completo programa setecentista de civilização das populações indígenas. Visava proporcionar uma "transição" entre a liberdade dos índios e a sua adaptação como vassalos, ou melhor dizendo, trabalhadores, instituindo a figura dos "Diretores", agora não-indígenas, ao contrário do que determinava a

[38] ALMEIDA, Rita Heloísa de. **O Diretório dos Índios**, Brasília: UNB, 1997, p. 44.

Lei Régia de 7 de junho de 1755, para a administração temporal dos aldeamentos e que iriam realizar a função de transformação do índio.

É claro que os Regimentos das Missões e o Diretório possuem elos que vinculam o processo de integração destes índios à civilização europeia, especialmente no que diz respeito ao planejamento espacial dos povoamentos. Existia uma pressão exercida pelos colonizadores para que os índios se fixassem em territórios determinados e definidos por aqueles, prática esta chamada de descimentos, o que possibilitaria uma melhor forma de catequizá-los, educá-los, escravizá-los e, enfim, "civilizá-los" nos moldes da cultura europeia. Neste sentido, a criação dos aldeamentos:

> O intuito de dominação, civilização, controle e cristianização dos silvícolas era obstaculizado pelo nomadismo que lhes era peculiar. Assim, era de especial interesse do Estado a concentração das várias nações índias em pontos fixos onde o controle e a fiscalização seriam facilitados. Essa preocupação é primeiramente revelada em 1550 numa das cartas de Nóbrega ao Rei: 'Procuramos, por todos os meios, afastá-los 'os índios' de seus maus costumes e oxalá que todos aqueles que foram batizados se encontrassem reunidos entre si e separados dos outros...´. Desta carta à fundação da primeira aldeia de 'convertidos' não decorreu muito tempo. Estabeleceu-se, assim, o primado sobre o qual se fundamentaria, de maneira mais eficaz, o processo de conversão/dominação dos índios, ou seja, o aldeamento.[39]

Além do objetivo de "aldear" o índio, ou seja, de aprisioná-los em determinados territórios, esta norma da metade do século XVIII postulava outros mecanismos para incorporar os índios. Para se ter uma ideia de sua essência integratória, o Diretório determina, em seu parágrafo 12º, que sejam construídas casas para os índios à semelhança das casas fabricadas

[39] VIEIRA, Otávio Dutra. "Colonização portuguesa, catequese jesuítica e direito indígena". In: **Direito e Justiça na América Indígena**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 151.

pelos brancos e, no parágrafo 17º, os Diretores são orientados a educar os índios a cultivarem as suas terras, à maneira dos não-indígenas.

Em 12 de maio de 1798 é editada Carta Régia visando sanar os problemas advindos das determinações contidas no Diretório, face ao controle exercido nas comunidades indígenas pelos Diretores, recheado de desmandos. Rita Heloísa de Almeida refere que:

> A Carta Régia de 12 de maio de 1798 visou abolir o Diretório, para eliminar os efeitos abusivos do controle, pelos diretores de aldeias, dos rendimentos auferidos com o trabalho dos índios. Embora negasse o Diretório, esta Lei não apresentava soluções novas para as formas conhecidas de convívio social de índios e brancos em aldeias missionadas e povoações. Em geral, repete-se a fórmula, no que tange a transformar esses espaços em pontos de contato para estabelecimento de contratos de trabalho, para o comércio e o convívio social com as populações não-indígenas, que já proliferavam e se tornavam diversa e numericamente superiores em suas imediações.[40]

Obviamente esta norma visava atenuar os efeitos existentes com a aplicação das diretrizes do Diretório, mas nunca eliminar completamente a situação de dominação dos colonos em relação aos índios. Tal Carta Régia também foi responsável pela instituição do estado de orfandade aos índios que vivessem fora dos aldeamentos. Está aí o embrião da tutela a que foram submetidos os índios durante quase duzentos anos. A concepção do índio como um ser infantil, um incapaz, também deve ser contextualizado com essa visão paternalista efetivada pelo Diretório, e com a visão do índio como um trabalhador em potencial. Os Diretores se tornavam responsáveis pelos índios, devendo orientá-los no sentido de se tornarem bons trabalhadores e bons cristãos. Manuela Carneiro da Cunha refere que:

---

[40] ALMEIDA, Rita Heloísa de. **O Diretório dos Índios**, Brasília: UNB, 1997, p. 46-47.

> Note-se, portanto, que a tutela surgiu como uma solução para se garantir a mão-de-obra indígena em um momento de transição entre a escravidão e o trabalho assalariado. Teoricamente, como reza a Carta Régia de 1798 acima citada, a tutela era um privilégio destinado a proteger pessoas passíveis de serem lesadas em seus contratos de trabalho. Na verdade, o Juiz de Órfãos foi usado em todo o século XIX para tutelar toda a mão-de-obra potencialmente rebelde: ficavam sob sua jurisdição não apenas os índios, mas os escravos alforriados e os africanos livres.[41]

E continua:

> Observa-se que tanto na Lei de 1755 quanto na que a revoga em 1798, a tutela só se aplicava a índios que estivessem fora de seus grupos de origem, servindo para regular seus contratos com os brancos. Não havia, portanto, a ideia de uma tutela para grupos indígenas em geral, nem tampouco estava a tutela associada, como se tornaria mais tarde, à ideia de uma suposta 'infantilidade' dos índios. Tratava-se de uma dificuldade contingente de incorporação à população de trabalhadores livres, e não de uma debilidade imanente à condição de índio.[42]

Toda a regulamentação do período colonial objetivava que os índios se integrassem aos europeus, perdendo paulatinamente seus valores culturais. A edificação de cidades, o proselitismo religioso e o controle sobre a organização social dos índios adequavam-se perfeitamente a este contexto, de colonização e aculturação. Refere João Pacheco de Oliveira que "se as Missões – como produto de políticas estatais – conjugavam aspectos que podemos chamar de assimilacionistas e preservacionistas, o seu sucedâneo histórico – o 'diretório dos índios' – pendeu decisivamente para a

[41] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do Índio. Ensaios e documentos**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987, p.110.

[42] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do Índio. Ensaios e documentos**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987, p.111.

primeira direção, estimulando os casamentos interétnicos e a fixação de colonos brancos dentro dos limites dos antigos aldeamentos.".[43] E isto ocorria desde o início do processo de colonização, com o Regimento de Tomé de Souza de 1547, como refere Beatriz Perrone-Moisés:

> Constantes e incentivados ao longo da colonização" ... "os descimentos são concebidos como deslocamentos de povos inteiros para novas aldeias próximas aos estabelecimentos portugueses. Devem resultar da persuasão exercida por tropas de descimento lideradas ou acompanhadas por um missionário, sem qualquer tipo de violência. Trata-se de convencer os índios do 'sertão' de que é de seu interesse aldear-se junto aos portugueses, para sua própria proteção e bem-estar.[44]

Descimentos e aldeamentos, portanto, serviram a interesses dos novos atores que ingressavam no Brasil, trazendo uma carga de desrespeito, violência e prepotência em suas atividades. Pode-se agregar, perfeitamente, as instalações de reduções pelos missionários jesuítas, especialmente no sul do país.

1.4. Reduções jesuíticas

Outra forma de dominação das etnias indígenas pela Igreja Católica foi praticado durante as reduções[45] jesuíticas, no período dos séculos XVII a XVIII, quando grupos indígenas da etnia Guarani foram controlados e administrados pelos missionários da Companhia de Jesus. Antônio Carlos Wolkmer faz um questionamento a respeito da presença jesuítica no Brasil.

---

[43] OLIVEIRA, João Pacheco de. **A viagem de volta. Etnicidade, política e reelaboração cultural no Nordeste Indígena**. Rio de Janeiro: Contracapa, 1999, p.23.

[44] PERRONE-MOISÉS, Beatriz. "Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial". In: **História dos Índios no Brasil**, p. 118.

[45] "O reducionismo tinha sido a política oficial da Coroa desde os primórdios da colonização do Novo Mundo. Consistia em juntar várias aldeias indígenas dispersas em um centro único, mais cômodo para o exercício do controle das autoriddes coloniais e da catequese da Igreja." (RUSCHEL, Ruy Ruben. "O sistema jurídico dos povos missioneiros". In: **Direito e Justiça na América Indígena**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 100.)

Se por um lado as reduções defenderam os índios da exploração desmesurada pelos portugueses e espanhóis[46], "De outro, de que as Missões Jesuíticas integraram e serviram aos interesses do colonialismo hispânico, na medida em que a catequese e a evangelização desempenharam a função ideológica de 'domesticar' e 'disciplinar' as massas de aborígines pagãos e rebeldes. Por esse viés passa tanto o reconhecimento da cumplicidade de uma prática religiosa com os interesses do poder quanto a própria pretensão imperialista dos membros da Companhia de Jesus".[47]

Arno Alvarez Kern acompanha este posicionamento, referindo, no entanto, que as Missões Jesuíticas cumpriram um papel de equilíbrio entre um modelo colonialista e conquistador e, outro modelo, de catequese e integração dos índios:

> A organização política dos Trinta Povos buscou sempre uma situação de equilíbrio entre o trono e o altar, entre a sociedade espanhola e a indígena, entre os interesses da frente da expansão da colonização hispânica e os objetivos evangelizadores da ação missionária. Longe de ser uma antevisão do futuro, a aplicação de utopias renascentistas ou mesmo a base de sonhos temporais de poder político, os Trinta Povos foram uma tentativa bem sucedida de criação de uma vida comunitária cristã, com grupos indígenas em vias de aculturação à sociedade global espanhola.[48]

Esse processo reducionista acompanha o desenrolar de todas as atividades missionárias existentes no Brasil Colônia. Se existe uma proposta

---

[46] "O objetivo principal dessa equipe missionária consistia em catequizar as pessoas, organizá-las em comunidades eclesiais de excelência e salvar suas almas. Mas isto seria feito tornando-os cidadãos de acordo com a mentalidade da época. Implicava em comprometê-los com um sistema econômico mais eficiente, acostumá-los a uma disciplina maior na produção e no consumo, introduzi-los numa vida regrada, vivência urbana e participação política.". (SCHMITZ, Pedro Ignácio. "A Companhia de Jesus e a Missão." In: **Missões Jesuíticos-Guaranis**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 148.)

[47] WOLKMER, Antonio Carlos. "Pluralidade jurídica na América luso-hispânica" In: **Direito e Justiça na América Indígena**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p .86.

[48] KERN, Arno Alvarez. **Missões uma utopia política**. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1982, p. 260-261.

de "comunismo" embrionário ou uma utopia a ser desencadeada[49], existe também todo um processo de dominação cultural extremamente organizado pelos jesuítas. O ordenamento legislativo que foi aplicado nas reduções eram as Leis das Índias, mas os padres jesuítas podiam, por expressa disposição papal, criar regulamentos e normas no caso da existência de lacunas a serem preenchidas. Como se vê, os membros da Companhia de Jesus, ao mesmo tempo em que catequizavam os índios, assumiam a posição de julgadores, decidindo conflitos conforme os seus interesses.[50]

Nota-se que o debate jurídico sobre as terras do novo mundo e a concretização dos planos de povoamento e dominação da América estava voltada para a fixação das populações indígenas em determinados territórios, sem o respeito à tradicionalidade na forma de ocupação que estes grupos possuíam. Tal papel seria assumido posteriormente, à época da República, pelo Serviço de Proteção ao Índio, conforme refere Antônio Carlos de Souza Lima: "o Serviço criava terras destruindo territorialidades históricas e culturalmente diferenciadas dando resultados análogos aos das ferrovias (Cano, 1977:29), revertendo-as quer para sua mercantilização potencial, quer para sua exploração intensiva pela iniciativa privada.".[51]

A mobilidade intensa dos diversos grupos indígenas não permitia que os espanhóis e portugueses, padres e exploradores, conseguissem catequizá-los, educá-los e civilizá-los com mais eficiência. Neste sentido o

[49] Utopia esta que teria encaminhado a destruição das reduções jesuíticas pelas potências europeias: "Em última análise, o que levou Espanha e Portugal a abandonarem seculares rivalidades e mobilizarem um grande exército conjunto para destruir a civilização missioneira foi o fato de que aquela experiência de sociedade fraternal e livre configurava uma ameaça a impérios fundados no colonialismo, no latifúndio, na escravidão. Para os colonialismos ibéricos, o projeto era tão perigoso que tinha de ser abortado a ferro, fogo e sangue, num dos genocídios mais bárbaros da história colonial.". (FREITAS, Décio. "Utopia Missioneira." In: **Missões Jesuíticos-Guaranis**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 63)

[50] Neste sentido ver WOLKMER, Antônio Carlos. **A História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, especialmente p. 53.

[51] LIMA, Antônio Carlos de Souza. **Um grande cerco de paz**: Poder tutelar, indianidade e formação do Estado do Brasil. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 133.

debate promovido sobre a propriedade das terras indígenas vincula-se completamente à questão da "integração", "incorporação" e "assimilação" dos índios pela sociedade nacional, extra-indígena, termos estes utilizados pelas diversas textos constitucionais que se sucederam.

E é necessário ressaltar também que a pressão para que as diferentes etnias se transferissem para um local pré-fixado, necessário para o povoamento, provocava – e provoca – alterações nos padrões culturais destas populações. É o que João Pacheco de Oliveira chama de processo de territorialização:

> O que estou chamando aqui de *processo de territorialização* é precisamente o movimento pelo qual um objeto político-administrativo – nas colônias francesas seria a 'etnia', na América espanhola as 'reducciones' e 'resguardos', no Brasil as 'comunidades indígenas' – vem a se transformar em uma coletividade organizada, formulando uma identidade própria, instituindo mecanismos de tomada de decisão e de representação, e reestruturando as suas formas culturais (inclusive as que o relacionam com o meio ambiente e com o universo religioso).[52]

Ou seja, todo um novo universo cultural é criado a partir da readequação dos índios a outros territórios que não os seus. Isto não significa que ocorrerá a descaracterização dos novos vínculos culturais e históricos em relação aos novos espaços. Mas não se pode abstrair os objetivos perpretados pelos colonos e religiosos de "prender" o índio com objetivos exploratórios e de dominação. Sintetizando esta prática, já em 1555, nos primórdios da colonização, o 1º Concílio Mexicano, com propósito missional, convocado por Alfonso de Montúfar, já havia disposto que

[52] OLIVEIRA, João Pacheco de. **A viagem de volta**: Etnicidade, política e reelaboração cultural no Nordeste Indígena. Rio de Janeiro: Contracapa, 1999, p. 21-22.

> é necessário que os índios estejam congregados na aldeia, reunidos e confinados, que não vivam separados nem dispersos por terras e montes e não sejam privados de todo benefício temporal e espiritual; estatuímos e ordenamos que os ditos índios sejam persuadidos a se congregar em lugares convenientes e acomodados em aldeias, podendo ser socorridos nas suas necessidades e doenças, no seu bom governo espiritual e temporal.[53]

As Leis protecionistas dos índios, que tiveram como defensores os padres católicos, serviram também para possibilitar este processo de desvalorização e perda de identidade cultural. Apesar de existir toda uma compilação legal pertinente à defesa da vida, liberdade e propriedade dos índios, esta normatização nunca reconheceu dos índios a sua cultura e que essa devesse ser preservada e respeitada. A soberania e autonomia dos diferentes grupos étnicos também nunca foi observada.

1.5. Império e República: as Cartas Constitucionais e os primeiros passos na conquista de direitos.

Nas cartas constitucionais de 1824[54] e 1891, nada foi citado a respeito de populações indígenas ou de seus direitos. Cumpre ressaltar que, em 1831, através da Lei de 27 de outubro[55], e através do Decreto de 3 de junho de 1833, regulamentada em 15 de março de 1842[56], a União já assegurava aos índios a proteção de seus bens patrimoniais - pertencentes aos índios

---

[53] LA TORRE RANGEL, Jesus Antônio de. "Direitos dos povos indígenas da Nova Espanha até a modernidade". In: **Direito e Justiça na América Indígena**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 223.

[54] Manuela Carneiro da Cunha refere a criação de uma "Comissão de Colonisação e Cathechisação" que, em 17 de junho de 1823, receberia o projeto de José Bonifácio intitulado "Apontamentos para Civilização dos Índios Bárbaros do Império do Brazil". (CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do Índio. Ensaios e documentos**, São Paulo: Ed.Brasiliense, 1987, p. 65)

[55] Art.4º. "Serão considerados como órfãos, e entregues aos respectivos juízes para lhes aplicarem as providências da Ordenação, Livro I, Título oitenta e oito.". Aplicada somente aos índios escravizados nas guerras.

Art.5º. Os Juízes de Paz, nos seus distritos, vigiarão e acorrerão aos abusos contra a liberdade dos índios.

[56] Regulamento nº143, capítulo IV, art.5º, competência dos juízes de órfãos:

§12 – "A administração dos bens pertencentes aos Índios, nos termos do Decreto de três de junho de mil oitocentos e trinta e três.". Tal decreto havia transferido a toda a tutela dos índios, abusos contra a liberdade e esfera do trabalho, dos juízes de paz para os juízes de órfãos.

já aldeados. Os mesmos eram equiparados aos órfãos tutelados[57], atribuindo aos juízes de órfãos os encargos desta defesa, muito embora a administração das aldeias estivesse novamente a cargo dos Diretores, consoante determinava o Regulamento das Missões, Decreto nº426, de 24 de julho de 1845. Tal contexto já se vislumbrava na Carta Régia de 1798. O índio tornava-se refém de uma política que desprestigiava sua cultura, ao mesmo tempo em que afirmava claramente que o índio era um ser infantil, possibilitando sua completa subjugação pela sociedade não-indígena.

Tais responsabilidades, dos juízes de órfãos, devem ser conciliadas com o cargo de Ouvidor da Comarca. A Lei de 29 de novembro de 1832 havia extinguido este cargo, de Ouvidor, que anteriormente tinha a incumbência de conservar, principalmente, as terras indígenas. No projeto constitucional de 1823, título XIII, art.254 foi proposta a criação de "*estabelecimentos para a catechese e civilização dos índios*", dentro da realidade integracionista que já se efetivara através da evangelização dos índios desde o início do século XVI. Note-se que o termo catequese, no plano constitucional, anda *pari passu* com o projeto de "civilização" dos índios, estabelecida pelo Poder Público. O discurso de Las Casas, por exemplo, fazia esta referência: a necessidade de evangelizar para possibilitar a posterior instalação do Estado. Em outras palavras, o índio deveria estar "preparado" através da catequese para, após a comunhão com a Igreja, fazer a comunhão com o Estado, termo este que, inclusive, vai ser utilizado na Constituição outorgada de 1934.

Aliado às práticas de aldeamento e descimento, o estudo do idioma indígena foi também um passo inicial para a prática de "civilização" dos

[57] Para João Mendes Júnior: "O acto mais importante é a Lei de 27 de Outubro de 1831, revogando as Cartas Régias de 1808, abolindo a servidão dos índios, e os considerando como orphams, para serem-lhes applicadas as cautelas protectoras a que se refere a Ord.L.I, tit.88." (JÚNIOR, João Mendes. **Os Indígenas do Brazil, seus direitos individuaes e políticos**, p. 52)

índios, disfarçada, na maioria das vezes, de evangelização das comunidades, até o fim do período colonial. Para tal tarefa, o nome que prepondera nos meios históricos e religiosos é o do Padre José de Anchieta, com as obras *Arte da Gramática da Língua mais usada na Costa do Brasil* (1595) *e Catecismo na Língua Brasílica* (1618). A primeira gramática pedagógica brasileira foi escrita em 1621, na língua Tupinambá, pelo Padre Luis Figueira. Estas obras foram marcos históricos na educação – catequese - baseada na pesquisa linguística. Para se ter uma ideia das diretrizes estabelecidas para a América Latina, no 2º Concílio Mexicano, de 1565, ficou estabelecido, para os índios, que "tenham escola de castelhano e aprendam a ler e escrever.". A prática educacional sempre foi um caminho para a inferiorização cultural dos índios. Sociedades ágrafas em que a inserção de uma nova tecnologia, a escrita, provocava alteração na própria identidade desta população, sempre com resultado desastroso. A Constituição atual corrigiu esta distorção, proporcionando às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.[58]

Como a Constituição de 1824 não tratou da questão indígena, o texto supra foi inserido através do ato adicional de 1834, art.11, parágrafo 5º, atribuindo competência às Assembleias Legislativas Provinciais para promover cumulativamente com as Assembleias e Governos Gerais "*a catechese e a civilização do indígena e o estabelecimento de colônias*". O Decreto nº7, de 20 de novembro de 1889, de forma a descentralizar a questão, colocou esta competência nas mãos dos Estados-membros para estes "*promover a catequese e civilização dos índios*".

A civilização do indígena brasileiro era um objeto de uma política específica: transformar o índio em um trabalhador campesino, às vezes escravizando-o, em outras adaptando-o para as lides tradicionais. Mas o

[58] Parágrafo 2º do artigo 210: "O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.".

índio brasileiro não era o único a sofrer com tais desideratos. Após o fim das guerras entre o exército norte-americano e as populações indígenas Sioux, foram gerados diversos tratados estipulando um catálogo de responsabilidades para o governo dos Estados Unidos. No tratado de Fort Laramie de 1868, uma destas responsabilidades dizia respeito a projetos de sustentação das comunidades Sioux nos seguintes termos: os indígenas que permanecessem caçando no seu método tradicional receberiam, anualmente, dez dólares; os índios, por sua vez, que optassem por se tornarem agricultores, receberiam vinte dólares. Essa forma sofisticada de atrair as comunidades indígenas aos "benefícios" das atividades agrícolas, de tecnologia ocidental, menosprezando as práticas culturais tradicionais, também ocorria no país norte-americano.[59]

No entanto, através das pressões internacionais que começaram a surgir, ao mesmo tempo em que a sociedade brasileira se transformava, o índio brasileiro precisava ocupar outro espaço no cenário nacional: ao invés do genocídio, sua integração completa à sociedade ocidentalizada era uma necessidade que iria se impor.

[59] " *An annual stipend of $10 per person was to be appropriated for all those members of the Sioux Nation who continued to engage in hunting; those who settled on the reservation to engage in farming would receive $R20*. Ibid.". (Uma remuneração anual de dez dólares por pessoa era recebida por todos os membros da Nação Sioux que continuassem a prática tradicional da caça; quem permanecesse na reserva praticando agricultura receberia vinte dólares.) (Footnotes. United States v. Sioux Nation of Indians, Supreme Court of United States 448 U.S. 371, march.24, 1980/june 30, 1980.).

Capítulo 2

Índios, os trabalhadores nacionais não localizados

Tendo em vista os protestos internacionais, conforme refere Manuela Cunha[1], face ao extermínio dos grupos étnicos indígenas, e manifestações racistas, inclusive dentro das Academias de Direito[2], é criado em 1910, através do Decreto nº8072, de 20 de julho de 1910, o Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPI), vinculado ao Ministério da Agricultura.

Darcy Ribeiro oferece um relato sobre a situação:

> Paradoxalmente, um dos pronunciamentos mais decisivos para a fundação do Serviço de Proteção aos Índios foi um artigo de Hermann von Ihering, Diretor do Museu Paulista, defendendo ou justificando o extermínio dos índios hostis. Sumariando a situação dos aborígenes do Brasil meridional e suas relações com imigrantes, concluía Ihering que, não se podendo esperar deles qualquer contribuição para a civilização e sendo, ao contrário, 'um empecílio para a colonização das regiões do sertão que habitam, parece que não há outro meio, de que se possa lançar mão, senão o seu extermínio.[3]

Tais teses eram alardeadas pela Academia, em especial pela Faculdade de Direito de Recife. As concepções de Lombroso e Ferri, entre outros cientistas que pregavam a pureza das raças, vinham sendo adotadas com fervor por alguns juristas pernambucanos. Lilia Schwarcz refere que:

---

[1] "Em 1908, pela primeira vez, o Brasil foi publicamente acusado de massacrar os índios: a denúncia foi feita em Viena, diante do XVI Congresso dos Americanistas.". (CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do Índio. Ensaios e documentos**, São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987, p. 79)

[2] SCHWARCZ, Lilia. **O Espetáculo das raças**, São Paulo: Companhia das letras, 1995, p. 149.

[3] RIBEIRO, Darcy. **Os Índios e a Civilização**, Petrópolis: Vozes, 1993, p. 129.

> Seja por um traço, seja pela delimitação de muitos detalhes, o fato é que, para esse tipo de teoria, nas características físicas de um povo é que se conheciam e reconheciam a criminalidade, a loucura, as potencialidades e os fracassos de um país. Critério 'objetivo de análise', o 'método antropológico' trazia para esses intelectuais uma série de certezas não apenas sobre o indivíduo como também acerca da nação.[4]

Essas ideias, compatíveis com os Estados totalitários que iriam aparecer com mais vigor nas décadas seguintes, pareciam predominar entre juristas e cientistas. No entanto, era necessário conciliar o valor da vida dos indígenas com o valor econômico que estes representavam, através de sua mão-de-obra barata. Darcy Ribeiro entendeu como muito positiva a criação do órgão indigenista, em face da reação direta que proporcionou às teses racistas e segregadoras que se espalhavam pelo país. Cumpre transcrever seu entusiasmo:

> Pela primeira vez era estatuído, como princípio de Lei, o respeito às tribos indígenas como povos que tinham o direito de ser eles próprios, de professar suas crenças, de viver segundo o único modo que sabiam fazê-lo: aquele que aprenderam de seus antepassados e que só lentamente podia mudar. Até então o índio fora tido, por toda a legislação, como uma espécie de matéria bruta para a cristianização compulsória e só era admitido enquanto um futuro não índio. Aquele regulamento marca, pois, uma nova era para os índios. Por ele, a civilização brasileira abre mão, ao menos em Lei, do dogmatismo religioso e do etnocentrismo que até então não admitia outra fé e outra moral senão a própria. Isto não significa que nivelassem as crenças, os hábitos e as instituições tribais às nacionais, mas que compreendia o relativismo da Cultura, que diferentes formas de concepção do sobrenatural ou de organização da família atendem satisfatoriamente a seus objetivos, cada qual em seu contexto histórico, e que não podem ser substituídas uma pelas outras abruptamente.[5].

---

[4] SCHWARCZ, Lilia. **O Espetáculo das raças**, São Paulo: Companhia das letras, 1995, p. 167.

[5] RIBEIRO, Darcy. **Os Índios e a Civilização**, Petrópolis: Vozes, 1993, p. 139.

É de se salientar que para Darcy Ribeiro não poderia ocorrer a substituição das culturas de forma abrupta. Mas, poderia se fosse de forma suave. No seu famoso livro "O Processo Civilizatório", escrito em 1968, Darcy Ribeiro retoma a discussão mantendo o discurso evolucionista: "Resta-nos definir os conceitos de *estagnação cultural* e de *regressão* histórica. O primeiro indica a situação das sociedades que, através de longos períodos, permanecem idênticas a si mesmas, sem experimentar alterações assinaláveis no seu modo de vida, enquanto outras sociedades progridem.".[6] A contribuição histórica trazida pelos estudos do antropólogo possui um valor inestimável. No entanto, suas ideias não são mais conciliáveis com a atual visão jurídico-constitucional que se tem a respeito da sociedade indígena: sua cultura é diferente da cultura ocidental, nunca inferior ou desigual.

E em que pese a diferença dos objetivos elencados pelo SPI no tratamento com as etnias indígenas e os demais objetivos até então desenvolvidos para a questão, incluindo, como referido, os que possuíam por desiderato o extermínio completo dos grupos étnicos, não se pode compartilhar do entusiasmo apresentado pelo inolvidável antropólogo. As teses evolucionistas buscavam a integração dos índios de forma lenta e pacífica, mas sempre visualizando um horizonte "desenvolvimentista", ou seja, que o índio pudesse "progredir" do seu "estágio social" para o estágio da "avançada civilização". Sobre os índios brasileiros, à época da ocupação do Brasil pelos europeus, refere João Bernardino Gonzaga que "seu grau de cultura era baixíssimo" e que "jamais se mostraram aptos para trilhar igual evolução".[7]

---

[6] RIBEIRO, Darcy. **O Processo Civilizatório. Etapas da evolução sociocultural**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 71-72.

[7] GONZAGA, João Bernardino. **O Direito Penal Indígena. À época do Descobrimento do Brasil**. São Paulo: Max Limonad, (19_), p. 20.

Pode-se, inclusive, fazer uma analogia do trabalho de "pacificação" de índios desenvolvida pelo General Cândido Mariano da Silva Rondon com o trabalho de evangelização supradescrita, proposta por Bartolomé de Las Casas e os demais padres dominicanos. Assim como estes mecanismos de catequização contrapunham-se aos métodos evangelizadores violentos pregados pelos exploradores espanhóis, os métodos de "pacificação" desenvolvidos pelo SPI, inicialmente composto por militares e membros do Apostolado Positivista do Brasil[8], contrastavam com os métodos racistas e segregadores que vinham sendo discutidos na sociedade brasileira.

O problema, no entanto, é a técnica utilizada: ambos os expedientes, pacificação[9] e evangelização, visavam à transformação do índio, integrando-o, "suavemente" à civilização, possibilitando a expansão territorial e o ingresso dos índios na força de trabalho do país. Como bem retrata Darcy Ribeiro: "Outra característica básica do programa de Rondon é a perspectiva evolucionista em que foi vazado, que permitiu não só aquilatar a importância funcional e a relatividade das instituições culturais, mas, também, criar uma expectativa de desenvolvimento natural e progressivo ao índio, na base de sua própria cultura.".[10] Ou seja, o índio não era desenvolvido, necessitando do progresso que deveria ser oferecido de modo natural, para não ocorrer o choque entre a cultura avançada e a atrasada.

[8] Instituição que visava garantir a soberania das Nações Indígenas. Conforme CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do Índio. Ensaios e documentos**, São Paulo: Ed.Brasiliense, 1987, p. 71-73.

[9] "estratégia de conquista supostamente inventada por Cândido Rondon, grande trunfo de sua indicação como implementador do SPILTN, Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais: tratava-se de atrair e pacificar, conquistar terras sem destruir os ocupantes indígenas, obtendo, assim, a mão-de-obra necessária à execução dos ideais de Couto de Magalhães, de desbravamento e preparação das terras não colonizadas (para uma posterior ocupação definitiva por brancos), por meio de populações 'aclimatadas' aos trópicos. Realizar-se-ia o duplo movimento de conhecimento-apossamento dos espaços grafados como desconhecidos nos mapas da época, e a transformação do índio em trabalhador nacional." (LIMA, Antônio Carlos de Souza. "O governo dos índios sob a gestão do SPI". In: **História dos Índios no Brasil**, p. 160-161)

[10] RIBEIRO, Darcy. **O Processo Civilizatório. Etapas da evolução sociocultural**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 140.

Também pode-se vislumbrar as teses evolucionistas no texto legal que originou o Serviço de Proteção ao Índio. O parágrafo 3º do artigo 2º do Decreto 8072, supracitado, afirma que o objeto da assistência aos índios seria evitar que "os civilizados" invadissem as terras dos índios. Ora, se os índios são os "não-civilizados", como descrito no texto legal, então, obviamente, devem ser objeto de um processo de civilização, de assimilação pela cultura dominante. O parágrafo 4º do mesmo artigo, por sua vez, afirma que ocorrerá intervenções nas instituições e hábitos indígenas, "com brandura", consultados os respectivos chefes. Em resumo, o Estado está autorizado a intervir, suavemente, no intuito de civilizar o índio.

Embora tais diretivas contrastem enormemente com aquelas apresentadas à sociedade que visavam o extermínio completo das etnias, não deixam de estar dirigidas para a integração do índio, com a gradativa perda de sua identidade cultural. Refere Antônio Carlos de Souza Lima: "a proteção oficial manteria ao longo de toda a existência do Serviço a intenção de transformar os índios em pequenos produtores rurais capazes de se auto-sustentarem, apesar de distintas visões do ser indígena terem dado ensejo a diferentes construções discursivas.".[11] Nesta ótica, índios integrados, portanto, adquirem o rosto de pequenos agricultores, enquanto que os índios não-integrados possuem uma face infantil, pueril, devendo ser tutelados pelo Estado até sua completa assimilação pela sociedade avançada. Em outras palavras: o índio nunca é índio.

Dentro deste contexto de caracterização do índio como trabalhador, o Serviço de Proteção ao Índio vinculava-se e desvinculava-se aos Ministérios conforme se alteravam as nuances políticas no país. Em 1930 migra do Ministério da Agricultura para o do Trabalho, Indústria e Comércio e, em 1934, para o Ministério da Guerra, criado por Getúlio Vargas.

[11] LIMA, Antônio Carlos de Souza. **Um grande cerco de paz**: Poder tutelar, indianidade e formação do Estado do Brasil. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 159.

Mas, em que pese a não uniformidade na inclusão do índio como uma categoria social tradicional, parecia unanimidade na época considerar o índio como um ser incapaz. Através da Lei nº 3071, de 1º de janeiro de 1916, surge o Código Civil brasileiro, em vigor até os dias de hoje. Em seu artigo 6º são apontadas as pessoas naturais encaradas como relativamente incapazes, ou seja, que se encontram em um estado passageiro, onde a capacidade plena, para exercer pessoalmente todos os atos da vida civil, poderá eventualmente ser alcançada. Os índios são arrolados, ao lado dos menores de vinte e um anos e dos pródigos, como semicapazes.

É interessante frisar que tal dispositivo surge dentro de um contexto histórico que entende o índio como um ser infantil e pueril[12], tratando-o de forma paternalista. As normas que antecederam o diploma substantivo legal, Lei de 27 de outubro de 1831, Decreto de 3 de junho de 1833 e Regulamento nº 143, de 15 de março de 1842, como já visto, contribuíram sobremaneira para a concepção do índio como órfão, necessitando cuidados e proteção especial, através do instituto da tutela. Conforme relata Egon Schaden era esse o posicionamento do austríaco Von Martius, cujo pensamento europeizante resume a visão inferiorizadora que era lançada sobre os índios.[13]

Em 27 de junho de 1928 é editado o Decreto nº5484, visando regular a situação dos índios no território nacional. Já em seu artigo 1º fica determinada a emancipação dos índios da tutela orfanológica a que eram submetidos, "qualquer que seja o grau de civilização em que se encontrem", e o artigo 2º classifica os índios em categorias:

> 1º, índios nômades;

[12] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do Índio. Ensaios e documentos**, São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987, p. 114.

[13] Ver SCHADEN, Egon. **Aculturação Indígena. Ensaios sobre fatores e tendências da mudança cultural de tribos índias em contacto com o mundo dos brancos**. São Paulo: Pioneira e USP, 1969, p. 06.

> 2°, índios arranchados ou aldeiados;
> 3°, índios pertencentes a povoações indígenas;
> 4°, índios pertencentes a centros agrícolas ou que vivem promiscuamente com civilisados. (*sic*)

No artigo 7° do referido Decreto, restou determinado que o Estado iria exercer a tutela sobre os índios não inteiramente adaptados, independentemente da categoria, através do Serviço de Proteção aos Índios, cujos inspetores estariam encarregados da gestão dos bens que os índios porventura possuíssem, até a incorporação destes pela sociedade civilizada, conforme disposto no artigo 37. Como se vê, é extinta qualquer forma de tutela privada dos índios, passando o Estado a possuir o monopólio de proteção dos índios, através deste instituto. A tutela foi incorporada à política indigenista oficial como uma forma de controlar os índios, sob uma ótica de que os índios não seriam capazes de responder pelos próprios, ou seja, seriam irresponsáveis e inimputáveis. Dentro deste modelo é que começa a tornar forma os dispositivos constitucionais que irão direcionar as atividades estatais produzidas em torno das populações indígenas.

E dois artigos introduziram esta temática na história constitucional brasileira: os artigos 5º, XIX, e 129 da Constituição de 1934. O artigo 5º concretizou a estreia em foro constitucional da "comunhão nacional" dos indígenas, com sua gradual "incorporação", já que permitiu à União legislar sobre a "incorporação dos silvícolas à comunhão nacional". Egon Schaden afirma, dentro do contexto integracionista, que esta assimilação (integração, incorporação e comunhão) "seria o processo geral de incorporação de um grupo étnico por outro através da perda da peculiaridade cultural e da identificação étnica anterior".[14] Esse dispositivo nascia em harmonia com os objetivos evolucionistas do Serviço de Proteção ao Índio,

[14] SCHADEN, Egon. **Aculturação Indígena. Ensaios sobre fatores e tendências da mudança cultural de tribos índias em contacto com o mundo dos brancos**. São Paulo: Pioneira e USP, 1969, p. 53.

revitalizando a ideia da sociedade indígena não ser desenvolvida. O índio, portanto, deve ser extinto. Sua cultura deve ser assimilada pela cultura oficial. A cultura indígena, dentro do texto constitucional, nasce sem reconhecimento normativo, devendo ser extirpada do panorama sociocultural.

Uma alteração digna de registro é a "transferência" de competências, já que o Decreto nº 07 do Governo Provisório, em 20 de novembro de 1889, estabelecia a competência dos Estados da Federação para "promover a catequese e a civilização dos índios", o que era feito pelas Assembleias Provinciais, conforme visto anteriormente. Tal competência permaneceu nas mãos dos Estados até 1906, quando, em 29 de dezembro, a Lei 1606 transferiu tais funções para o Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio. Observa-se, portanto, que a questão indígena começa a ser centralizada nas mãos da União Federal. Se existe uma concepção contemporânea do índio como sendo uma "questão federal", pode-se afirmar que tal norma contribuiu enormemente para isso.

Por outro lado, o artigo 129 da Constituição inseriu uma inovação importante no campo constitucional, que depois se manifestaria no contexto das "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios", existente na atual Magna Carta. O artigo em questão refere que "Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.". Conforme nos relata Manuela Carneiro da Cunha[15], a emenda que proporcionou essa inserção embrionária foi produzida pela bancada de deputados amazonenses, que a justificavam do seguinte modo: "Temos regiões habitadas por centenas de tribos, a que pertencem milhares de indivíduos. Não é admissível que sejam concedidos, retalhados os lotes, às vezes cultivados e expulsos para

[15] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do Índio. Ensaios e documentos**, São Paulo: Ed. Brasiliense, 1987, p. 82-83.

o interior das selvas. Dessas atitudes desumanas surgem lutas que redundam em dificuldade à catequese.".

Pode-se notar, portanto, que o objetivo dos Parlamentares Originários, na criação de uma proteção constitucional às terras indígenas, era facilitar o processo catequizador dos índios, dentro do contexto da integração a que se viam submetidos. Como antes referido, vislumbra-se estes mesmos objetivos desde o período colonial, através dos descimentos ou da fixação dos índios em aldeias. Sílvio Coelho dos Santos nos informa a respeito de outra Emenda rejeitada que pretendia a permanência da questão indígena, "tratamento e colonização dos silvícolas", nas mãos dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios.[16]

2.1. A integração como instrumento de extermínio

Este dispositivo constitucional, o artigo 129, citado na seção anterior, é criado justamente em um momento onde as sociedades indígenas são consideradas menos desenvolvidas em relação à sociedade não-indígena. Estas teses referem que, apesar do desenvolvimento, vários elementos da cultura indígena são incorporados à sociedade dita brasileira, fazendo parte da cultura desta mesma sociedade. A integração, no plano constitucional, simplesmente refletiria essa ideologia, ou seja, a cultura indígena já estava, no plano fático, se diluindo na cultura da sociedade que pretendia um Estado uninacional.

Casa Grande e Senzala, a obra máxima de Gilberto Freyre, escrita em 1933, caracteriza claramente este ideário, onde é afirmado que a cultura indígena foi destruída pela catequização católica imposta especialmente pelos padres jesuítas. Escreve o referido autor:

[16] SANTOS, Sílvio Coelho dos. **Os Povos Indígenas e a Constituinte**, Florianópolis: Ed. UFSC, 1982.

> Considerando neste ensaio o choque das duas culturas, a européia e a ameríndia, do ponto de vista da formação social da família brasileira – em que predominaria a moral européia e católica – não nos esqueçamos, entretanto, de atentar no que foi para o indígena, e do ponto de vista de sua cultura, o contato com o europeu. Contato dissolvente. Entre as populações nativas da América, dominadas pelo colono ou pelo missionário, a degradação moral foi completa, como sempre acontece ao juntar-se uma cultura, já adiantada, com outra atrasada.[17]

Para Gilberto Freyre, portanto, a sociedade "mais atrasada", a indígena, acabava sendo absorvida pela "mais adiantada", com resultados terríveis de dizimação e extermínio. A salvação da cultura inferior, portanto, residiria na integração desta com a cultura superior, o que aconteceu, no posicionamento de Freyre, de forma efetiva, no Brasil:

> A verdade é que no Brasil, ao contrário do que se observa noutros países da América e da África de recente colonização européia, a cultura primitiva – tanto a ameríndia como a africana – não vem isolando em bolões duros, secos, indigestos, inassimiláveis ao sistema social do europeu. Muito menos estratificando-se em arcaísmos e curiosidades etnográficas. Faz-se sentir na presença viva, útil, ativa, e não apenas pitoresca, de elementos com atuação criadora no desenvolvimento nacional. Nem as relações sociais entre as duas raças, a conquistadora e a indígena, aguçaram-se nunca na antipatia ou no ódio cujo ranger, de tão adstringente, chega-nos aos ouvidos de todos os países de colonização anglo-saxônica e protestante. Suavizou-as aqui o óleo lúbrico da profunda miscigenação, quer a livre e danada, quer a regular e cristã sob a benção dos padres e pelo incitamento da Igreja e do Estado.[18]

Interessante se torna a busca de Gilberto Freyre em encontrar fatos positivos no processo "civilizatório", de integração do índio à sociedade nacional. O autor refere os benefícios trazidos pelos índios no

[17] FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala**, Rio de Janeiro: José Olympio, 1973, p. 108.

[18] FREYRE, Gilberto. **Casa-grande e senzala**, Rio de Janeiro: José Olympio, 1973, p. 160.

desenvolvimento do país, mas olvida completamente os prejuízos irrecuperáveis à identidade cultural indígena que este processo de, à época, quatrocentos anos produziu nos grupos étnicos. Lógico que refere o impacto da cultura mais adiantada sobre a desenvolvida, mas termina, como transcrito acima, por concluir que este choque, no Brasil, foi mais positivo do que em outros países. E leia-se nas entrelinhas: a cultura atrasada tem mais possibilidades de desenvolver-se aqui no Brasil, e sair de seu estágio primitivo.

O fato é que este processo de incorporação resultou na morte de milhões de indígenas, desde a época das grandes navegações. O resultado dos procedimentos de civilização, educação, catequese, povoação, que no Brasil se desenvolveram é praticamente idêntica a faxinas étnicas ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial ou em recentes conflitos nos Balcãs. Darcy Ribeiro, ao avaliar os resultados da integração das tribos com os agentes da sociedade não-indígena, assim concluiu:

> Uma apreciação numérica dos efeitos do impacto da civilização sobre as populações tribais no curso do século XX mostra que no trânsito da condição de isolamento à de integração, oitenta e sete grupos indígenas foram levados ao extermínio e quase todos eles sofreram grandes reduções demográficas e profundas transformações nos seus modos de vida.[19]

Se for examinada seriamente, esta política integracionista não difere das políticas existentes nos regimes totalitários e racistas. Michel Foucault, em sua obra "Em defesa da Sociedade" tece um panorama esclarecedor sobre o tema do racismo e do biopoder, o poder exercido através da eliminação das raças, sob argumentos biológicos-evolucionistas, que autoriza o

[19] RIBEIRO, Darcy. **O Processo Civilizatório. Etapas da evolução sociocultural**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 434.

Estado a assassinar e destruir todas as sociedades caracterizadas como "não-evoluídas". Afirma Foucault que:

> Com efeito, que é o racismo? É, primeiro, o meio de introduzir afinal, nesse domínio da vida de que o poder se incumbiu, um corte: o corte entre o que deve viver e o que deve morrer. No contínuo biológico da espécie humana, o aparecimento das raças, a distinção das raças, a hierarquia das raças, a qualificação de certas raças como boas e de outras, ao contrário, como inferiores, tudo isso vai ser uma maneira de fragmentar esse campo do biológico de que o poder se incumbiu; uma maneira de defasar, no interior da população, uns grupos em relação aos outros. Em resumo, de estabelecer uma cesura que será do tipo biológico no interior de um domínio considerado como sendo precisamente um domínio biológico. Isso vai permitir ao poder tratar uma população como uma mistura de raças ou, mais exatamente, tratar a espécie, subdividir a espécie de que ele se incumbiu em subgrupos que serão, precisamente raças. Essa é a primeira função do racismo: fragmentar, fazer cesuras no interior desse contínuo biológico a que se dirige o biopoder.[20]

Inclusive o filósofo francês faz uma ressalva quanto ao extermínio direto, o assassinato, o genocídio: ele pode se apresentar de diversas formas, tais como a exposição à morte, à rejeição, à expulsão.[21] Deve ser acrescentada mais uma forma: a incorporação, como prevista na Carta de 1934 e nos textos constitucionais que se sucederam, até 1988. A integração, incorporação, comunhão, assimilação da sociedade indígena pela sociedade nacional representa o extermínio desta, que não deve mais existir, eis que sociedade primitiva. Deve se diluir, desintegrar frente a sociedade mais evoluída: a sociedade dita nacional, ocidental, indo-europeia. O evolucionismo, presente no discurso do Serviço de Proteção ao Índio, na Faculdade de Direito de Recife, nas Cartas Magnas anteriores a 1988, pode

[20] FOUCALT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 304-305.

[21] FOUCALT, Michel. **Em defesa da Sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 306.

ser visto como a teoria que justifica a colonização, o aldeamento e o desaldeamento dos índios, o genocídio e a comunhão destes com a sociedade não indígena.[22]

E este discurso biológico, racista, se liga nesta "Tecnologia do Poder", conforme denomina Foucault, onde o Estado faz funcionar sua máquina de purificação de raças, para exercer seu poder soberano. E neste exercício tecnológico estão incluídas todas as relações desenvolvidas pelo Estado brasileiro, ou pelas instituições religiosas e políticas, até o advento da Constituição de 1988, que pretende romper com estas diretrizes.

2.2. A Comunhão Constitucional

A Constituição de 1937, em seu artigo 154, modificou levemente[23] o artigo 129 da Carta anterior, retirando de seu texto a tese de comunhão nacional, que persistia a nível infraconstitucional, sendo materializado através das atividades do Serviço de Proteção ao Índio. Este, em 1939, volta a estar vinculado ao Ministério da Agricultura, permanecendo assim até a sua extinção, em 1966.

Em 1946, a Carta Magna novamente reprisou o artigo 129 da Constituição de 1934, bem como retornou ao texto à competência da União para legislar sobre a inapropriada "comunhão", em contínuo desrespeito à cultura indígena.

Em 27 de agosto de 1962, através da Lei nº4121, é acrescido ao Código Civil dispositivo que visa regulamentá-lo em conformidade com o momento constitucional. É instituído o parágrafo único do artigo 6º, que

[22] "As provas do crime foram competentemente ocultadas. Para começar, ainda não se conseguiu estabelecer ao certo o número de autóctones, ou índios, que viviam no Brasil por ocasião do Descobrimento. As cifras sofrem revisões periódicas. Ultimamente, passou-se a aceitar a estimativa do padre Antônio Vieira, que estimava em torno de 7 milhões os autóctones quando Cabral arribou no Brasil. Uma população seis vezes superior à de Portugal na época. Quando Pombal efetivamente extinguiu a escravidão indígena em meados do século 18, os índios mal chegavam a 20% daquela cifra.". (FREITAS, Décio. "Descobrir o descobrimento" In: **Jornal Zero Hora**, 26.03.2000. p. 27)

[23] "Art. 154. Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.".

arrola as pessoas relativamente capazes: entre elas, os silvícolas, que ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em Leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do país. Em relação ao texto originalmente aprovado em 1917, a mudança acoplada à Lei Substantiva Civil demonstra que, durante quase cinquenta anos, os horizontes de uma visão do Poder Público sobre a personalidade civil do índio não foram modificados. Tampouco poderia ser exigido que o organismo oficial responsável pela questão indígena tivesse uma missão diferente do que havia se protagonizado em quinhentos anos de história: a integração do índio.

Em 05 de dezembro de 1967 é criada a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), que irá realizar as atividades que vinham sendo desenvolvidas pelo Serviço de Proteção ao Índio. Dentre suas atividades, elencadas na Lei nº 5371/67, se encontram: resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma que sua evolução socioeconômica se processe a salvo de mudanças bruscas; e promover a educação de base apropriada do índio visando à sua progressiva integração na sociedade nacional. Em outras palavras, o órgão indigenista foi alterado, porém, suas principais funções, entre as quais se destaca o auxílio ao processo de assimilação dos índios pela sociedade nacional, persistiram. A FUNAI exerceu e exerce, eis que estão enraizados em sua base institucional, toda a prática integracionista que deveria ter desaparecido completamente após 1988. O Serviço de Proteção ao Índio e a Fundação Nacional do Índio foram e são instrumentos destas políticas públicas preconceituosas e, atualmente, inconstitucionais. Cumpre às instituições públicas e privadas que possuem o mister de defender as diferentes etnias indígenas brasileiras, controlar as atividades da FUNAI ou de qualquer órgão público que preste serviços para estes grupos. Refere Carlos Frederico Marés de Souza Filho que:

> *Las agencias indigenistas oficiales brasileñas – SPI y FUNAI – aunque fueron creadas em épocas diferentes, bajo principios diferentes y diferente legislación, tienen algunos trazos comunes, inspirados por la idea que se perpetuó em las leyes brasileñas hasta 1988, y que aún continúa informando la práctica y el discurso oficiales: la integración de los pueblos indígenas o, dicho com otras palavras, la idea de que el destino de los indios em el Brasil es la integración en la sociedad nacional, que no es más que una versión moderna de los textos imperiales, en donde se leía que el 'justo, dulce y humano' comando del emperador estaba a disposición de los indios, para que ellos pudieran compartir la felicidad de los demás súbditos.* [24]

Todos os rumos normativos e institucionais levavam à conclusão de que as políticas indigenistas deveriam estar voltadas para a integração do índio. Neste sentido, a Carta de 1967, outorgada, reprisou o raciocínio incorporativista, mudando o nome "comunhão" para "comunidade" sem, no entanto, alterar o contexto do que pretendiam os nossos legisladores.

O artigo 14 desta Constituição colocou as terras indígenas como pertencentes ao patrimônio da União, situação que ainda persiste, alçando, conforme dispõe o artigo 186, os indígenas à condição de possuidores e usufrutuários das terras por eles habitadas. Em 1969, a União Federal continuou sendo proprietária das terras habitadas pelos indígenas [25], sendo que o Ato Institucional nº 01, usando uma repetição desnecessária, tornou tais áreas inalienáveis, perpetuando a população indígena na posse e usufruto de tais bens. Em 1966 é ratificado pelo Brasil, através do Decreto 58.824, de 14 de julho, a Convenção nº107, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 26 de junho de 1957. Esta Convenção internacional era adequada à política indigenista desenvolvida pelo Brasil, já que

[24] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. "Brasil, Amazônia e indio: el derecho em jaque" In: **Derechos territoriales indigenas y ecologia en las selvas tropicales del América**. Bogotá: GAIA e CEREC, 1992, p. 87.

[25] Súmula 480 do Excelso Pretório- "Pertencem ao domínio da União, nos termos dos arts.4º, IV, e 186 da Constituição Federal de 1967, as terras ocupadas por silvícolas.".

estimulava o "integracionismo" das sociedades tribais "mais atrasadas".[26] Este fenômeno, que se pode nominar de "globalização" hegemônica das políticas voltadas para as diferentes etnias no mundo, cumpre sua função de legitimar internacionalmente os programas integracionistas colocadas em funcionamento nas diferentes regiões do planeta.

Em 19 de dezembro de 1973 é criado o Estatuto do Índio, Lei nº6.001, em vigor até hoje, pelo menos parte de seu texto, recepcionado pela Constituição de 1988. Visava, precipuamente, regular a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional. O texto do Estatuto do Índio tentou suavizar os mecanismos integracionistas inseridos na Constituição. Mas o motivo do abrandamento inserido no Estatuto do Índio, em descompasso com o autoritarismo vigente tem uma razão: os protestos internacionais em relação ao tratamento concedido aos indígenas no Brasil. João Pacheco de Oliveira leciona que:

> O Estatuto do Índio foi um outro passo dado nessa direção, para calar os protestos externos, mostrando à opinião pública internacional uma face positiva do governo brasileiro, a sua preocupação com os direitos aborígenes e o acatamento das convenções internacionais. Edições de luxo, com traduções em inglês e francês foram distribuídas fartamente dentro e fora do país, desse texto que até hoje não foi traduzido em qualquer das mais de 200 línguas indígenas existentes no Brasil. Embora fosse essa a Lei que regulava a situação dos índios, até poucos anos atrás era muito raro que as lideranças o

[26] Diz o artigo 1º: "1. A presente Convenção se aplica: a) aos membros das populações tribais ou semitribais em países independentes, cujas condições sociais e econômicas correspondem a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional e que sejam regidas, total ou parcialmente, por costumes e tradições que lhes sejam peculiares por uma legislação especial;" Reza o artigo 2º: "1. Competirá principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das populações interessadas e sua integração progressiva na vida dos respectivos países."

> conhecessem, esse panorama só foi se modificando após 1978 com a ação de entidades civis de apoio e a própria mobilização dos indígenas.[27]

Um cotejo entre a Convenção Internacional de 1957, e a sua regulamentação interna, através principalmente do Estatuto do Índio de 1967, dez anos após, portanto, nos permite concluir que mesmo com os protestos internacionais, o panorama nacional não se modificou. Até mesmo porque a atividade legiferante estrangeira produzida não poderia conduzir a outra situação, de respeito à cultura indígena. Somente uma ruptura completa com o quadro normativo anterior, de índole evolucionista, poderia efetivar mudanças nesta esfera.

2.3. A atual Cultura Constitucional

Na atual Constituição, "São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições". O *caput do* artigo 231 vem a ser a peça-chave na mudança de postura constitucional frente à questão indígena. Como visto, no decorrer dos anos, do ponto de vista normativo, os índios foram enxergados como sujeitos que deveriam se adaptar à cultura ocidental de qualquer maneira, desprezando a sua própria, sendo que esta seria absorvida paulatinamente por uma cultura não-indígena dominante. Tal fenômeno, nos primórdios da colonização e até o advento do atual Texto Maior, se dava através dos mais requintados atos de violência e também na edição das Constituições anteriores, que imprimiam as limitações dos textos legais que abrangiam o tema, conforme refere Ana Valéria Nascimento Leitão em preciso texto:

> À luz da Constituição em vigor, portanto, os povos indígenas deixaram de ser considerados culturas em extinção, fadadas à incorporação na assim

[27] OLIVEIRA, João Pacheco de. **Sociedades Indígenas e o Direito, uma questão de direitos humanos**. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1985, p. 20.

> denominada comunhão nacional, nos moldes do que sempre fora o espírito a reger a legislação brasileira desde o início do processo de colonização em nosso país. Toda a legislação anterior continha referências expressas à integração ou assimilação inevitável e, por outro lado, desejável dos índios pela sociedade brasileira.[28]

Também foi reconhecido, aos índios, "os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam", o chamado indigenato, ou seja, o direito congênito de ordem imemorial que possuem os indígenas sobre determinadas terras brasileiras. Agora, os povos indígenas têm direitos "sobre as terras que tradicionalmente ocupam", aquelas áreas que possuem vestígios de ocupação por parte destes povos, ou que vêm sendo ocupados por estes "tradicionalmente", consoante seus costumes e tradições, de forma contínua e permanente. É de se frisar que a permanência como estipulada no texto constitucional é regulada pela ótica indígena, devendo ser avaliada pelas lentes antropológicas adequadas, de modo a não ferir os direitos que possuem as comunidades cuja mobilidade ocupacional é mais intensa, como, por exemplo, os grupos Mbyá-Guarani, conforme refere o etnohistoriador Ivori José Garlet:

> A mobilidade, neste novo contexto, é resultante de múltiplos fatores culturais e de ordem externa, possibilitando tanto a ampliação dos limites territoriais como a manutenção e o ativamento de aspectos relacionados à religião, à economia e à organização social. Percebe-se, portanto, que o processo histórico fez com que os Mbyá utilizassem mais algumas características culturais que outras. No caso, o seu caráter caminhador constituiu-se numa estratégia para a manutenção do seu *ethos* e para dinamizar sua relação com o espaço.[29]

---

[28] LEITÃO, Ana Valéria Nascimento. **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: NDI e Sérgio Fabris Editor, 1993, p. 228.

[29] GARLET, Ivori José. **Mobilidade Mbyá: história e significação**. Dissertação de Mestrado apresentada na Pontifícia Universidade Católica/RS, 1997, p. 49-50.

Mas o que vem a ser efetivamente este direito originário assegurado pela Constituição? O que vem a ser o indigenato? Trata-se de direito congênito, impregnado de laços culturais e históricos, que não se confunde com a posse civil, tampouco com ocupação (já que neste sentido estaria implícito um direito preexistente) e que nos remete à imemorialidade do domínio sobre as terras brasileiras[30], em um passado onde figuravam somente índios sem a existência de qualquer traço de cultura ocidental.[31]

Durante todos os quinhentos anos de "descobrimento" ocorreu – e ocorre – um processo espoliativo referente aos índios e suas terras. Seja quando se arquitetou programas de povoamento do território, tendo como meta a fixação do índio, seja quando os expulsou explicitamente de suas áreas. O fenômeno provocou e provoca problemas de perda de identidade cultural terríveis, associadas a uma integração forçada e violenta. Mas cumpre notar, e talvez esta seja a missão essencial deste trabalho, que a discussão no plano jurídico dos direitos somente em 1988 estampados na Constituição, concernentes à diversidade cultural, nunca se efetivou a contento. Talvez deva se isolar, na medida do possível, o debate envolvendo as terras indígenas dos demais direitos, para que se possa

[30] Aqui insiro um dado atual sobre a questão das terras tradicionais. Se discute no Supremo Tribunal Federal, o marco temporal, criado quando da decisão acerca da TI Raposa Serra do Sol. Criação jurisprudencial, sem qualquer suporte normativo, tal concepção já foi rejeitada pelo voto do Ministro Edson Fachin, aguardando a manifestação dos demais integrantes da Corte. Para o Ministro Facchin: "Analisada a trajetória constitucional da tutela da posse indígena, compreendo que a Constituição vigente não representa um marco para a aquisição de direitos possessórios por parte das comunidades indígenas, e sim um continuum, uma sequência da proteção já assegurada pelas Cartas Constitucionais desde 1934, e que agora, num contexto de Estado Democrático de Direito, ganham os índios novas garantias e condições de efetividade para o exercício de seus direitos territoriais, mas que não tiveram início apenas em 05 de outubro de 1988". Recurso extraordinário nº 1.017.365.

[31] Para José Afonso da Silva "indigenato não se confunde com a ocupação, com a mera posse. O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial. É um direito congênito, enquanto a ocupação é título adquirido. O indigenato é legítimo por si, 'não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimem'. (. . .) Só a posse por ocupação está sujeita a legitimação, porque, 'como título de aquisição, só pode ter por objeto as coisas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono. A ocupação é uma *apreenhensio rei nullis* ou *rei derelictae*...; ora, as terras de índios, congenitamente apropriadas, não podem ser consideradas nem como *res nullius*, nem como *res derelictae*; por outra, não se concebe que os índios tivessem adquirido, por simples ocupação, aquilo que lhe é congênito e primário', de sorte que, em face do Direito Constitucional indigenista, relativamente aos índios com habitação permanente, não há uma simples posse, mas um reconhecido direito originário e preliminarmente reservado a eles." (SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1992, p. 728-729)

fazer uma análise mais profunda sobre esta outra dimensão jurídica, tão esquecida e tão vilipendiada com o passar destes cinco séculos. E esta separação dos dois institutos jurídicos, direitos originários e direitos à diversidade cultural, se mostra necessária eis que, como veremos adiante, os Tribunais, o Poder Judiciário, vêm identificando os índios conforme estes vivam ou não dentro de terras indígenas, o que se mostra um absurdo, diante de uma leitura razoável do texto constitucional.

Capítulo 3

O direito à diversidade cultural

Antes de iniciarmos este trabalho, explorando as questões jurídicas atinentes aos indígenas brasileiros, necessário se faz uma observação. Os direitos aqui analisados são direitos étnicos, à diversidade cultural e originários, decorrentes do artigo 231 da Constituição. Impropriamente se fala em direitos indígenas, como se os direitos indígenas fossem os reconhecidos pelo Estado e inseridos dentro do ordenamento jurídico oficial, conforme assinala Antônio Carlos Wolkmer:

> Naturalmente, a legalidade oficial imposta pelos colonizadores nunca reconheceu devidamente como Direito as práticas tribais espontâneas que organizaram e ainda continuam mantendo vivas algumas dessas sociedades sobreviventes. Vale dizer que o máximo que a justiça estatal admitiu, desde o período colonial, foi conceber o Direito indígena como uma experiência costumeira de caráter secundário. Autores como João Bernardino Gonzaga admitem uma justiça penal indígena, no tempo do descobrimento, ainda que seja impossível estabelecer um único direito criminal, gerado por uma fonte superior em face das diversidades existentes entre os incontáveis grupos indígenas (inexistência de homogeneidade até mesmo em nações nativas maiores, como a dos tupis), tampouco pode-se reconhecer qualquer influência dessas práticas penais sobre o Direito dos conquistadores lusitanos.[1]

Os diferentes grupos étnicos possuem seus próprios sistemas políticos, econômicos e jurídicos. Como refere Boaventura de Souza Santos[2], o Estado

[1] WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 52-53.

[2] "de um ponto de vista sociológico, o Estado contemporâneo não tem o monopólio da produção e distribuição do direito. Sendo embora o direito estatal o modo de juridicidade dominante ele coexiste na sociedade com outros modos de juridicidade, outros direitos que com ele se articulam de modos diversos." (SANTOS, Boaventura de Souza. Direito e Justiça, a função social do Judiciário. São Paulo: Ática, 1989. p.54.). Neste mesmo sentido, adequado ao tema

não possui o monopólio da criação e organização das normas, eis que existem diversos segmentos da sociedade que possuem suas próprias regras de conduta. As etnias indígenas não diferem desta realidade, estabelecendo um sistema de normas peculiar a cada grupo. A própria Constituição, no já referido artigo 231, contempla esta realidade, eis que reconhece a organização social, as tradições e os costumes indígenas[3]. Desta forma, direitos indígenas são os direitos internos e peculiares a cada grupo étnico brasileiro, estatuídos dentro de cada ordenamento jurídico específico.

Ocorre que a Constituição brasileira adotou em seu artigo 109, tangentemente à questão da competência da Justiça Federal, a expressão "disputa sobre direitos indígenas", estabelecendo, no plano normativo pelo menos, que tais direitos estão contidos no artigo 231. Tendo em vista tal dispositivo, procurarei utilizar o termo direitos indígenas no sentido utilizado pelo texto constitucional, para facilitar o entendimento do trabalho

proposto nesta dissertação: "A histografia oficial em geral não reconhece a existência no período anterior à colonização, de várias nações indígenas, cada qual com um Direito próprio, base de suas formas de procedimento no âmbito da propriedade, posse, família, sucessão, matrimônio e delito. Na verdade, a riqueza desses grupos indígenas revela-se na convivência com a pluralidade de valores culturais diversos, organizando suas modalidades de comportamento conforme disposições jurídicas 'que nada têm a ver com o Direito Estatal, porque são a expressão de uma sociedade sem Estado, cujas formas de poder são legitimadas por mecanismos diferentes dos formais e legais do Estado.". (WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 50-51)

[3] "Fontes de direito serão, por conseguinte, todas as regras e medidas que estabelecem padrões de comportamento, fixam os fins e os critérios materiais da actuação dos poderes públicos e determinam o modo de decisão de litígios jurídicos independentemente da forma externa de revelação. Serão, assim, fontes materiais o 'costume' e o 'direito não escrito', embora a hipótese mais normal seja a revelação das 'fontes materiais' através de modos de produção formalizados." (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 775)

aqui desenvolvido[4]. Mas de que se trata este direito à diversidade cultural?[5] Está estampado no ordenamento jurídico pátrio? Foi elencado pela Constituição?

O direito à diversidade cultural é uma garantia concedida a determinados grupos culturalmente diferenciados de que suas tradições, crenças e costumes possam ser preservados e protegidos frente a movimentos de interculturalidade, ou seja, ninguém pode ser obrigado a abster-se de possuir suas próprias tradições, crenças e costumes, ou mesmo de ser obrigado a aderir às tradições, crenças e costumes de outros grupos.[6]

Trata-se de um direito fundamental de primeira dimensão, cujo titular é o indivíduo e que pode ser oponível *erga omnes*. Conforme lição de Canotilho "Trata-se de direitos cuja referência primária é a sua função de defesa, auto-impondo-se como 'direitos negativos' directamente conformadores de um espaço subjectivo de distanciação e autonomia com o correspondente dever de abstenção ou proibição de agressão por parte dos destinatários passivos, públicos e privados"[7], autêntica liberdade clássica; adverte Canotilho, no entanto, que "Isso não significa que, para além desta dimensão negativa, não possa existir também uma dimensão positiva, eventualmente conducente ao reconhecimento de direito a prestações". Por isto, de outro lado, o direito à diversidade cultural é

[4] Nos Estados Unidos, a questão já foi objeto de decisão judicial. No *case* "*Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*" a Suprema Corte Norte Americana decidiu que, em determinados casos, o balanceamento de valores na colisão de normas pode não pender pelo asseguramento da liberdade religiosa. *In casu*, trabalhadores estadunidenses, Alfred Smith e Galen Black, pleiteavam o pagamento de uma espécie de seguro-desemprego, que lhes havia sido negado, visto que foram demitidos de seus empregos por ingerirem a droga "peyote" (*Lophophorawilliamsii Lemaire*) em cerimônia realizada por igreja indígena (*Native Church)*. A Suprema Corte decidiu que "***the state could deny unemployment benefits to a person fired for violating a state prohibition on the use of peyote*** *even though the use of the drug was part of a religious ritual.*" (Employment Division v. Smith, Supreme Court of United States 494 U.S. 872, nov.6, 1989/April 17,1990).

[5] A Conferência Mundial sobre Políticas Culturais realizadas no México, em 1982, assim conceituou a Cultura: "*En un sentido más amplio, la cultura puede considerarse actualmente como el conjunto de rasgos distintivos , espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan una sociedad o un grupo social.*" (Preâmbulo).

[6] Na lição de Paulo Bonavides, "remédios jurisdicionais eficazes para a salvaguarda dos direitos subjetivos expressos ou outorgados na Carta Magna". (In: **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 488)

[7] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 526.

direito que afirma e confirma as tradições, crenças e costumes de uma cultura diante de outras culturas, ou, em outras palavras, é o direito que cada indivíduo possui de ter sua diversidade cultural reconhecida, respeitada e valorizada, elementos indissociáveis para a real efetivação da dignidade humana.[8] Como bem refere Canotilho, o fato de o traço caracterizador do direito fundamental ser sua dimensão negativa, ser um direito subjetivo de defesa, não exclui sua pretensão jurídica à proteção, sua dimensão protetiva.[9] É de se salientar, ainda, que tal direito fundamental tem aplicação imediata, consoante dispõe o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição. Paulo Bonavides, citando Häberle, refere esta condição:

> Descrevendo o quadro expansivo do princípio da efetividade dos direitos fundamentais, que volta a acentuar-se na Alemanha desde 1971, Häberle declara que 'esses direitos se generalizam' e sua eficácia vinculante já escalou o sentido da declaração de valor meramente programático, que tinham as garantias clássicas, para subir ao degrau da 'vinculatoriedade imediata das cláusulas de realização, as quais, por via das tarefas de Estado (*Grudrechtsaufgaben*), são honradas mediante desenvolvimento de novas dimensões conferidas aos direitos fundamentais: da versão individual e objetivo-institucional para o umbral da prestação processual e da obrigação da prestação processual.[10]

Além disso, torna-se importante a aplicabilidade imediata, mesmo no caso da inexistência de legislação infraconstitucional necessária, eis que a existência de inconstitucionalidades pode ser declarada de forma premente. No caso dos direitos indígenas mais urgente ainda, tendo em vista

[8] Conforme Pérez Luño: "a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo." (In: **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitucion**. Madrid: Tecnos, 1999, p. 318)

[9] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 526.

[10] BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 549.

a existência de um Estatuto do Índio, comprometido com outra política constitucional, de índole integracionista. Assim leciona Anderson Cavalcante Lobato:

> É verdade que a grande maioria das normas constitucionais inseridas nos títulos VII e VIII da Constituição, e que procuram dar um maior desenvolvimento aos direitos sociais, econômicos e culturais, se apresentam enquanto normas não auto-aplicáveis, necessitando pois de regulamentação infraconstitucional para serem efetivadas. No entanto, é preciso deixar claro que, enquanto normas jurídicas de valor constitucional, produzem efeitos jurídicos imediatos, tais como a revogação e a caracterização da inconstitucionalidade de toda legislação infraconstitucional incompatível com os novos direitos, ou ainda abrindo a possibilidade do exercício das novas garantias jurisdicionais expressas pelo mandado de injunção e pela ação de inconstitucionalidade por omissão, temas que teremos a ocasião de abordar ainda neste estudo.[11]

3.1. A Cultura Constitucional da diversidade cultural

O reconhecimento exposto no artigo 231 conferiu, explicitamente, aos diferentes grupos étnicos indígenas no nosso país esse direito. E trata-se de direito fundamental. Quando o Constituinte originário elege como fundamento da República Federativa a dignidade da pessoa humana, esta dignidade passa a ter um significado não só essencial para a construção do ordenamento jurídico, mas plurívoco, a ser interpretado da forma mais extensiva possível.[12]

---

[11] LOBATO, Anderson Cavalcante. "O Reconhecimento e as Garantias Constitucionais dos Direitos Fundamentais" In: **Cadernos de Direito Constitucionais e Ciência Política**. São Paulo: Ed. RT, 1998, p. 150.

[12] "Constitui pressuposto essencial para o respeito da dignidade da pessoa humana a garantia da isonomia de todos os seres humanos, que não podem ser submetidos a tratamento discriminatório e arbitrário, razão pela qual são intoleráveis a escravidão, a discriminação racial, perseguições em virtude de motivos religiosos, etc. Também a garantia da identidade (no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual) pessoal do indivíduo constitui uma das principais expressões do princípio da dignidade da pessoa humana, concretizando-se, dentre outros aspectos, na liberdade de consciência, de pensamento, de culto, na proteção da intimidade, da honra, da esfera privada, enfim, de tudo que esteja associado ao livre desenvolvimento de sua personalidade." (SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 108).

E essa plurivocidade alcança direitos humanos que podem não constar do rol do artigo 5º ou mesmo nem estar positivados na Constituição, mas implicitamente constituem o ordenamento jurídico, tendo em vista o fundamento relativo à dignidade humana.[13] Canotilho refere os direitos materialmente fundamentais, sem assento constitucional, como sendo normas "de *fattispecie* aberta, de forma a abranger, para além das positivações concretas, todas as possibilidades de 'direitos' que se propõem no horizonte da acção humana.".[14] Porém, o mestre português adverte que "Problema é o de saber como distinguir, dentre os direitos sem assento constitucional, aqueles com dignidade suficiente para serem considerados fundamentais. A orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objecto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais.".[15]

E a importância do tema identidade cultural diferenciada é imensa. Além dos grupos étnicos indígenas, cujo direito à diversidade é expressamente mencionado na Constituição, os demais grupos, ciganos, negros, imigrantes, possuem direito a verem reconhecidas suas diferenças culturais, extraído tal reconhecimento do fundamento republicano e dos princípios constitucionais que regem o ordenamento jurídico, tal como o princípio da igualdade.[16] O organismo das Nações Unidas especializado em

---

[13] A respeito do princípio da dignidade da pessoa humana leciona Rogério Gesta Leal: "Torna-se fácil a conclusão de que os princípios supra-referidos têm a função de delimitar os campos e possibilidades, de interpretação e integração, das demais normas constitucionais e infraconstitucionais, ou seja, qualquer criação, interpretação e aplicação de lei ou ato de governo deve Ter como fundamento o comando da norma que diz ser a República Federativa brasileira um Estado Democrático de Direito, com objetivos claros a perseguir e tutelar (art.3º). (LEAL, Rogério Gesta. op.cit. p. 133.).

[14] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 528.

[15] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996, p.528.

[16] Ao dissertar sobre a Constituição Portuguesa, refere Canotilho que "Esta igualdade conexiona-se, por um lado, com uma política de 'justiça social' e com a concretização das imposições constitucionais tendentes à efectivação dos direitos económicos, sociais e culturais (Cfr. *Supra*, Parte IV, Padrão I, Cap.3). Por outro, ela é inerente à própria ideia de igual dignidade social (e de igual dignidade da pessoa humana) consagrada no artigo 13º/2 que, deste modo, funciona não apenas com fundamento antropológico-axiológico contra *discriminações*, objectivas ou subjectivas, mas

Educação, Ciência e Cultura, a UNESCO, já consagrou a diversidade cultural, em 1966, quando da Declaração dos Princípios de Cooperação Cultural Internacional:

> 1. Toda cultura tem uma dignidade e um valor que devem ser respeitados e protegidos.
> 2. Todo povo tem o direito e o dever de desenvolver sua cultura.
> 3. Em sua grande variedade, em sua diversidade e pela influência recíproca que exercem umas sobre as outras, todas as culturas formam parte do patrimônio comum da humanidade.

No que tange à etnocidadania, o direito a ter direitos étnicos, direitos de reconhecimento da etnicidade, à diversidade cultural, o canadense Will Kymlicka é taxativo, no que tange a sua valoração e importância:

> *Por consiguiente, la identidad cultural proporciona un 'anclaje para la autoidentificación (de las personas) y la seguridad de una pertencencia estable sin tener que realizar ningún esfuerzo'. Pero esto, a su vez, significa que ele respeto a sí misma de la gente está vinculado com la estima que merece su grupo nacional. Si una cultura no goza del respeto general, entonces la dignidad y el respeto a sí mismos de sus miembros también estarán amenazados (Maragalit y Raz, 1990, págs.447-449). Charle Taylor (1992) y Yael Tamir (1993, págs.41, 71-73) sostienen argumentos similares sobre el papel que desempeña el respeto a la pertenencia nacional como elemento reforzador de la dignidad y de la propia identidad.*[17]

E resta induvidosa a importância do reconhecimento da diversidade cultural em nível internacional. A Conferência mundial sobre o tema, realizada no México em 1982 afirmou:

---

também como princípio jurídico-constitucional impositivo de compensação de desigualdade de oportunidades e como princípio sancionador da violação da igualdade por comportamentos omissivos (inconstitucionalidade por omissão).". (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 568)

[17] KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural**. Barcelona: Paidós, 1996, p. 129.

> *1. Cada cultura representa un conjunto de valores único e irreemplazable, ya que las tradiciones y formas de expresión de cada pueblo constituyen su manera más lograda de estar presentes en el mundo.*
> *2. La afirmación de la identidad cultural contribuye, por ello, a la liberación de los pueblos. Por el contrario, cualquier forma de dominación niega o deteriora dicha identidad.*
> *3. La identidad es una riqueza que dinamiza las posibilidades de relación de la especie humana al movilizar a cada pueblo y a cada grupo para nutrirse de su pasado y acoger los aportes externos compatibles com su idiosincrasia y continuar así el proceso de su propia creación.*

Salienta-se a importância que tem a pluralidade cultural para a própria construção da democracia. Note-se que o pluralismo político, e as formas como se desenvolvem a participação popular, principalmente no que tange aos grupos marginalizados da sociedade, possui relevância no que concerne à essência da democracia. Quanto mais compreensível ou quanto mais acessível se torna o alcance aos instrumentos que compõem os processos decisórios estabelecidos pela Constituição, mais legítimo se torna o Estado brasileiro. E passa a ser realmente um Estado Democrático de Direito.

Escreve o espanhol Javier de Luca:

> *En otras palabras, el pluralismo exige evitar la identificación previa de una cultura como la única que proporciona la identidad social sobre la que se construye el orden jurídico y político, evitar su identificación monista com la condición prepolítica de legitimidad, su imposición como cultura superior. Al contrario, postula la búsqueda de un nuevo humus cultural como resultado del diálogo entre las diversas culturas, esto es, algo parecido a lo que se llama un modelo intercultural, un objetivo de extraordinaria complejidad.*[18]

[18] LUCA, Javier de. In: **Derechos de las minorías en una sociedad multicultural**. Madrid: Consejo general del Poder Judicial, 1999, p. 276.

A pluralidade cultural se torna essência indissociável com a pluralidade política. Se torna essência para a própria democracia. Voltando à questão da fundamentalidade, antes referida, é correto afirmar que a mesma está implícita nos direitos referentes a todos os grupos étnicos. Os indígenas brasileiros possuem um capítulo particular e um reconhecimento específico às suas tradições, crenças e costumes, sendo detentores desse direito fundamental à diversidade cultural.[19] Tal direito à diversidade cultural atribuído aos indígenas goza do mesmo regime constitucional que instrumentaliza os demais direitos e garantias individuais da Constituição. A importância do indivíduo, não se restringindo à questão indígena, ter seus traços distintivos culturais respeitados pelo Poder Público e pela sociedade não implica discussão. Mas quando se trata das etnias indígenas, que possuem costumes e tradições completamente diferentes da sociedade ocidental, o reconhecimento desta diferença, a nível constitucional, assume uma relevância extraordinária.

O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que não possui somente uma dimensão ética, mas possui eficácia, é um valor que direciona a conclusão acima exposta.[20] Tal eficácia está disposta entre os diversos direitos que compõem o rol das garantias fundamentais estabelecidas na nossa Constituição. É um princípio que nutre de valor tais direitos e direciona uma interpretação que deve ser sempre cotejada com a dignidade da pessoa humana. Em outras palavras: não basta ter vida, é

[19] "O amplo catálogo de direitos fundamentais ao qual é dedicada a Parte I da Constituição não esgota o campo constitucional dos direitos fundamentais. Dispersos ao longo da Constituição existem outros direitos fundamentais, vulgarmente chamados direitos fundamentais formalmente constitucionais mas fora do catálogo." (CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1996, p. 529)

[20] "O que se pretende com os argumentos ora esgrimidos é demonstrar que o princípio da dignidade da pessoa humana pode, com efeito, ser tido como critério basilar – mas não exclusivo – para a construção de um conceito material de direitos fundamentais. Além disso, abstraindo-se, por ora, os demais referenciais a serem analisados, é preciso ter sempre em mente que determinada posição jurídica fora do catálogo, para que efetivamente possa ser considerada equivalente, por seu conteúdo e importância, aos direitos fundamentais do catálogo, deve, necessariamente, ser reconduzível de forma direta e corresponder ao valor maior da dignidade da pessoa humana." (SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 115)

necessário que esta vida seja uma vida digna. Os princípios dispostos na Carta Constitucional revelam valores maiores que se estabelecem de forma fundante e essencial nas normas fundamentais, no Estado e nas relações deste com a sociedade.

Além disso, a Constituição prevê, no parágrafo 2º do artigo 5º, a não exclusão dos direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais. A Convenção nº169, de 07 de junho de 1989, da Organização Internacional do Trabalho, que dispõe sobre os Povos Indígenas e Tribais em países independentes, determina, em seu artigo 2º, número 2, alínea 'b' que os governos "promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições". Dalmo de Abreu Dallari refere que:

> Um ponto inovador, de profunda significação foi o reconhecimento dos elementos culturais como essenciais na identificação do índio, na preservação de sua dignidade e até mesmo na garantia de sua sobrevivência. Ficou muito claro, na Convenção nº169, que o índio, como ser humano, deve ter os mesmos direitos conferidos e assegurados todos os demais indivíduos, sem qualquer discriminação. Foi enfatizada, também, a necessidade de proteger de modo especial os direitos dos índios e de suas comunidades, sem que para receber essa proteção o índio seja obrigado a abrir mão de direitos ou a se colocar como pessoa de qualidade inferior.[21]

3.2. Igualdade e diferença

Como antes referido, o princípio da igualdade também vai auxiliar na moldura constitucional que garante a diversidade cultural, transformando-o em direito fundamental. O princípio, exposto no artigo 5º da nossa Magna Carta, "todos são iguais perante a Lei", deve ser entendido e

[21] DALLARI, Dalmo. "Reconhecimento e Proteção dos Direitos dos Índios". In: **Revista de Informação Legislativa**, v.28, n.111. Brasília: 1991. p.318.

observado obrigatoriamente não só pelos "órgãos que aplicam o direito", mas também na "formulação do direito", direcionado diretamente ao Legislador derivado, conforme lição de Robert Alexy.[22]

Para o mestre alemão, o enunciado "deve se tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais" não deve ser considerado somente no seu sentido formal, mas no seu sentido material, valorativo, e também observando as parcialidades, ou propriedades fáticas existentes em cada indivíduo ou situação pessoal. Como não pode existir uma desigualdade ou uma igualdade fática universal em todos os aspectos, a aplicação da fórmula que cimenta o princípio da igualdade só pode ser compreendida da seguinte forma: igualdade ou desigualdade valorativa. Valorativa relativa à igualdade fática parcial e valorativa relativa a determinados tratamentos. Nesse mesmo sentido leciona José Afonso da Silva:

> "O princípio não pode ser entendido em sentido individualista, que não leve em conta as diferenças entre grupos. Quando se diz que o legislador não pode distinguir, isso não significa que a Lei deve tratar todos abstratamente iguais, pois o tratamento igual – esclarece Petzold – não se dirige a pessoas integralmente iguais entre si, mas àquelas que são iguais sob os aspectos tomados em consideração pela norma, o que implica que os iguais podem diferir totalmente sob outros aspectos ignorados ou considerados como irrelevantes pelo legislador, este julga, assim, como "essenciais" ou "relevantes", certos aspectos ou características das pessoas, circunstâncias ou das situações nas quais essas pessoas se encontram, e funda sobre esses aspectos ou elementos as categorias estabelecidas pelas normas jurídicas; por consequência, as pessoas que apresentam os aspectos "essenciais" previstos por essas normas são consideradas encontrar-se nas situações idênticas, ainda que possam diferir por outros aspectos ignorados ou julgados irrelevantes pelo legislador; vale dizer que as

[22] ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 382-283.

> pessoas ou situações são iguais ou desiguais de modo relativo, ou seja, sob certos aspectos.".[23]

E a estas duas relativizações podem ser agregadas uma terceira, que diz respeito justamente à relativização em relação a um critério de valoração, que permite dizer o que é valorativamente igual e desigual. A igualdade material conduz a uma discussão a respeito do conteúdo, se a valorização é correta, justa ou razoável. Desta forma, mesmo na inexistência de uma norma que expressamente reconheça a diversidade cultural, *in casu*, indígena, o princípio da igualdade que rege o nosso Estado democrático de direito deveria fazer prevalecer a obrigatoriedade de tratamento desigual dos diferentes grupos étnicos brasileiros.

E, em síntese apertada, a igualdade encontra-se violada quando para a igualização ou desigualização legal ou para o tratamento legal igual ou desigual, não seja possível encontrar um motivo razoável, compreensível na sua concretude, dispondo que uma determinada atividade é arbitrária. Não seria justificável, portanto, tratar-se igualmente, sem o respeito às diferenças étnicas e culturais, os indígenas brasileiros, tanto do ponto de vista individual quanto no coletivo. Não seria possível, portanto, um ordenamento constitucional que excluísse direitos à diversidade cultural. Uma diferenciação é arbitrária quando não é possível encontrar uma razão qualificada de uma determinada maneira. E esta qualificação necessita de uma razão suficientemente justificada, dentro de um discurso jurídico racional.[24] Ou seja, o problema existente é um problema de valoração.

Não discrepa deste posicionamento a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: "qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações,

---

[23] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 197.

[24] ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 396.

pode ser escolhido pela Lei como fator discriminatório.".[25] O problema não é o traço de diferenciação eleito, já que o próprio princípio da igualdade permite uma valoração pelo legislador[26], a questão principal é existir um "vínculo de correlação lógica" entre a peculiaridade diferencial escolhida e a desigualdade de tratamento em função desta, "desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição".[27]

A "valoração", anunciada por Alexy, é realizada pelo mestre Bandeira de Mello tendo por base a Constituição. Desta forma, se uma Lei é elaborada contendo uma discriminação, deve-se buscar nos "interesses prestigiados na Constituição" a ocorrência de uma incompatibilidade com o princípio da igualdade consagrado também no texto constitucional. Por este caminho enveredou César Sabbag: "As discriminações não autorizadas pela Constituição, implícita ou explicitamente, são inconstitucionais. O ato discriminatório é, por essência inconstitucional.", alçando um valor, a Constituição, relativizado no exame a respeito da igualdade e desigualdade de tratamento.[28]

Inexiste razoabilidade jurídica que compatibilize o tratamento desigual permitido em Lei com a margem de arbitrariedade permitida ao legislador, valoradas conforme a Constituição. Da mesma forma, não existiria razoabilidade jurídica para o tratamento igual dos indígenas, aos demais cidadãos brasileiros, no tocante as diferenças culturais.

---

[25] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 17.

[26] Conforme Alexy: "permite tanto um tratamiento igual como uno desigual, es decir, concede al legislador um campo de acción." (ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 400).

[27] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 17.

[28] SABBAG, César de Moraes. **O Direito de igualdade**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1996, p. 93-94.

3.3. Universalização dos direitos e multiculturalismo: conciliação necessária

Outro grande debate que surge a respeito do reconhecimento da diversidade cultural vai ocorrer quando da ocorrência de colisão entre este direito e os demais direitos humanos, positivados ou não. As práticas culturais das etnias indígenas, muitas vezes, provocam esta colisão. A caça e a pesca, as formas de autorregulação dentro da organização social de determinados povos, e outras tradições e costumes que envolvem as etnias indígenas podem e devem ser contextualizadas dentro do ordenamento jurídico, sempre através de um cotejo com o direito à diversidade cultural. Cidadania e etnocidadania. Já na obra de Francisco de Vitória podemos notar a ingerência sobre os costumes "nefastos" indígenas:

> *Afirmo también que sinnecesidad de la autoridad del Pontífice, los españoles pueden prohibir a los bárbaros toda costumbre y rito nefasto. Y es porque pueden defender a los inocentes de una muerte injusta.*[29]

O processo de universalização dos direitos fundamentais, exigido pela sociedade, encontra-se, portanto, tendo que resolver a seguinte questão: como conciliar culturas distintas, cultura ocidental dos direitos humanos com a cultura das diferentes etnias que fazem parte, queiram ou não, do atual mundo globalizado?

Além disso, em concomitância a essa tentativa de unificar internacionalmente o ordenamento jurídico, acontece também uma segmentação muito forte na sociedade, principalmente em relação a setores marginalizados, impregnados do desequilíbrio econômico, e voltados para suas distinções culturais. Aduz Alain Touraine:

---

[29] VITÓRIA, Frei Francisco de La. **Relecciones del Estado, de los indios y del derecho de la guerra**. México: Porrúa, 1974, p. 69.

> A globalização triunfante é acompanhada por uma segmentação acelerada. Por toda a parte, as identidades que se sentem ameaçadas fecham-se sobre si mesmas; além disso, as formas mais comunitárias de nacionalismo e de vida religiosa armam barricadas para resistir à invasão das tecnologias e formas de consumo vindas do centro hegemônico, ou para utilizar estas em benefício da força dos poderes políticos que se constituem para defendê-las. O integrismo encontra-se por toda parte: no multiculturalismo radical, como nas seitas no Ocidente; nos integrismos religiosos cristão, islâmico, judaico ou hinduísta, nas diversas partes do mundo.[30]

Os diferentes grupos, minorias étnicas, agricultores sem-terra, homossexuais, etc., se organizam para reivindicar direitos, não só os sociais, mas direitos vinculados à diversidade cultural com que se diferenciam do restante da sociedade. Essas reivindicações passam a expor a situação de desigualdade social vivenciada. Kant idealizava, talvez nessa mesma direção, a realização de uma sociedade cosmopolita, universal, onde cada cidadão não está ligado somente a um determinado Estado, mas é um cidadão do mundo. Essas ideias, expostas principalmente no seu escrito *À paz perpétua,* de 1795, posteriores, portanto, à própria Revolução Francesa, introduzem a ideia de um novo sistema de direitos, como bem sintetiza Bobbio:

> Por que Kant julga dever acrescentar aos dois gêneros de direito público tradicionais, o interno e o externo, um terceiro gênero? Porque, além das relações entre o Estado e os seus cidadãos e daquelas entre o Estado e os outros Estados, ele considera que devam ser consideradas também as relações entre cada Estado particular e os cidadãos dos outros Estados, ou, inversamente, entre o cidadão de um Estado e um Estado que não é o seu com os outros Estados.[31]

[30] TOURAINE, Alain. **O que é a democracia**. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 190.

[31] BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 137.

Apesar do ideário da universalização, Kant faz uma advertência quanto às relações envolvendo as diferentes sociedades, no sentido de que o hóspede, ao ingressar em território estrangeiro, não pode se aproveitar do direito de hospitalidade para conquistar ou oprimir, sob qualquer pretexto.

E é contra uma "humanização" pervertida, uma universalização que desrespeita e desconsidera as diferenças, trampolim para o sufocamento da diversidade cultural, que se contrapõe a garantia da diversidade cultural, estampada, inclusive, no mesmo catálogo de direitos fundamentais objeto da pretendida universalização. A planificação da cultura, com o desprezo pela diferença e a supervalorização da unicidade, servindo apenas aos fins preconizados pela cultura ocidental, em especial aos países mais desenvolvidos, de índole neoliberal, vai possuir um contraponto: a diversidade cultural. A Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em Viena, em 1993, como refere Fábio Konder Comparato, ressaltou a importância do reconhecimento da diferença encartada na expansão dos direitos humanos:

> Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente, de modo justo e equitativo, com o mesmo fundamento e a mesma ênfase. Levando em conta a importância das particularidades nacionais e regionais, bem como os diferentes elementos de base históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, promover e proteger todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais.[32]

Esta gama variada de diferenças, multifacetadas, devem ser ressaltadas quando da análise do caso concreto, que envolve os demais direitos

[32] COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 54-55.

humanos e o direito à diversidade cultural. Não pode ser dispensada, como se fosse simplesmente um apêndice de referência, sem aplicação fática. Os direitos das comunidades indígenas e dos indivíduos indígenas, à sua diferença, não deve ser colocado em segundo plano. Encontra-se no mesmo patamar que os demais direitos humanos.

Gadamer, por sua vez, aborda o assunto da diversidade em seu texto *La diversidad de las lenguas y la compreensión del mundo*. Faz uma análise profunda do tema, citando, exordialmente, o texto do Antigo Testamento a respeito da Torre de Babel. Os homens, à procura de Deus, resolvem construir uma imensa torre que irá chegar ao Céu. Deus faz com que todos os construtores comecem a falar em linguagens diferentes, impedindo a obra. O texto bíblico demonstra o ímpeto de dominação que os homens possuem, circundada por uma unicidade e solidariedade representadas por um povo que utiliza somente uma linguagem, autorizada, que se pulveriza pela vontade divina. Em resumo, a vontade de sermos dominadores universais, menosprezando as diferenças.

A partir daí Gadamer disserta a respeito do mundo, do papel dos homens no mundo e do relacionamento entre estes. Para o mestre alemão, entender-se no mundo significa o entendimento entre nós e os outros. E o significado essencial de tal entendimento é entender o outro, é entender um outro horizonte, compreendendo a experiência vivenciada por outra pessoa. Afirma Gadamer que:

> *Todos hemos de aprender que el outro representa una determinación primaria de los límites de nuestro amor proprio y de nuestro egocentrismo. Es un problema moral de alcance universal. También es un problema político. En estas semanas y meses no puedo en absoluto subrayar com suficiente seriedad cuán*

> *crucial es la necesidad de aprender a conseguir una solidaridad realmente efectiva entre la diversidad de las culturas linguísticas y de las tradiciones.*[33]

E o resultado de não se compreender o outro, no conjunto de suas diferenças, de não querer entender a diversidade que existe em cada ser humano, pode ser desastroso. Cornelius Castoriadis reflete, em seu texto "Anotações sobre o racismo" que:

> A ideia que me parece central é que o racismo participa de alguma coisa muito mais universal que habitualmente não se quer admitir. O racismo é um resultado, ou um avatar, particularmente agudo e exacerbado – eu estaria mesmo tentado a dizer: uma especificação monstruosa -, de um traço quase empiricamente universal das sociedades humanas. Trata-se da aparente incapacidade de se constituir como si sem excluir o outro – e da aparente incapacidade de excluir o outro sem desvalorizá-lo e, finalmente, odiá-lo.[34]

O reconhecimento da diversidade cultural, portanto, tem enorme importância para a ruptura do quadro de desigualdades[35], gerado por contextos econômicos e políticos. Tem enorme importância para a repressão ao racismo e preconceitos de toda ordem. Tem enorme importância para a construção do pluralismo político e da democracia. Para a autodeterminação e autonomia dos povos. E tem enorme importância para o próprio indivíduo, para o desenvolvimento de sua identidade e de sua personalidade.

---

[33] GADAMER, Hans-georg. **La diversidad de las lenguas**. Barcelona: Paidós, 1997, p. 120.

[34] CASTORIADIS, Cornelius. In: **Revista de Filosofia Política**. Porto Alegre: L&PM Editores, 1989, p. 60.

[35] "A igualdade figura entre os conceitos básicos da democracia. O princípio democrático sem a igualdade não teria consistência. Num certo sentido, é ela mais importante para a democracia do que a própria liberdade. Não se concebe um Estado democrático sem igualdade, sendo possível, contudo concebê-lo – e este é o caso das chamadas democracias totalitárias de Talmon – sem a liberdade, pelo menos aquela forma de liberdade política teorizada modernamente com base nas afirmações individualistas da personalidade humana, conforme a concepção do Estado liberal." (BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 121)

Fez bem o Parlamentar Originário ao inserir o reconhecimento da diversidade cultural indígena na Constituição. Resta examinar como os intérpretes "autorizados" e "oficiais" têm analisado a importância deste texto e suas implicações.

Capítulo 4

As consequências do reconhecimento da diversidade cultural

O reconhecimento de uma cultura, no caso, a cultura indígena, determinou a obrigatoriedade, estabelecida tanto para o Estado quanto para a sociedade, de encarar o índio como um ser autônomo, independente e capaz. A diferença étnica deve ser respeitada, protegida e valorizada, mas nunca tutelada. Significa que o órgão indigenista federal deve assumir uma nova feição a partir do texto constitucional de 1988. Significa que o Estado deve adequar suas políticas públicas ao contexto da cultura diferenciada existente nas comunidades indígenas. Significa que o índio, sujeito de direitos, deve ser encarado de outro modo pelo Estado, com a afirmação plena de sua identidade e capacidade.

4.1. O fim da tutela

A Lei Substantiva Civil pátria atual considera o índio como relativamente capaz. A Lei nº6001, de 1973, submete o índio à tutela estatal. Tais dispositivos, presentes no Código Civil e no Estatuto do Índio[1], não foram recepcionados pela atual Constituição. Senão, vejamos: a Constituição da República Federativa do Brasil dispõe, em seu artigo 232, que os índios têm capacidade processual eis que "são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses". Consoante

[1] Lei nº6001, de 19 de dezembro de 1973, dispõe em seu capítulo II: "Art. 7º. Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei.

§1º. Ao regime tutelar estabelecido nesta Lei aplicam-se no que couber os princípios e normas da tutela de direitos comum, independendo, todavia, o exercício da tutela da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, bem como da prestação de caução real ou fidejussória.

§2º. Incumbe a tutela à União, que a exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas.

estabelece o artigo 7º do Diploma Processual Civil, toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo.

Logo, a partir da promulgação da Constituição, em 1988, os índios brasileiros adquiriram completa capacidade civil e processual. O instituto da tutela não subsiste mais a partir do novo texto constitucional. Note-se bem que tanto o Código Civil quanto o Estatuto do Índio relacionavam a tutela com a "integração do índio à sociedade nacional" ou "adaptação à civilização do país". À medida em que esta "integração" ou "adaptação" acontecesse, cessaria o instituto da tutela.

Atualmente, portanto, os índios devem receber uma proteção especial, baseada em sua diferença cultural, do Estado brasileiro. Tal proteção não se confunde com tutela. Para Carlos Frederico Marés de Souza o instituto da tutela deve ser redimensionado:

> Ficou claro que não é possível omitir totalmente a tutela, é preciso, porém aprofundá-la, dando o mesmo nome ou criando-lhe outro mais eficaz e direto. O que significa, então, aprofundar a tutela atualmente existente e de acordo com a revolucionária Constituição de 1988? Em primeiro lugar deve-se retomar a definição de 1928, afastando desde logo a tutela orfanológica e qualquer menção ou aplicação, mesmo que subsidiária, da legislação privada, deixando claro que aqui não se trata de Direito Privado de Família, e sim, de Direito Público. Em segundo lugar, deve ser entregue a administração dos bens aos próprios índios, segundo seus usos, costumes e tradições, mantendo a intervenção do Estado sempre que houver negócio jurídico com não índios, mas agregando a responsabilidade objetiva do Estado sempre que, em havendo sua participação, houver prejuízo ao patrimônio indígena. Estaremos assim na seguinte situação: se o negócio jurídico for feito sem a participação do Estado, é nulo e o prejuízo causado deve ser reparado pelo próprio Estado. Há que ser agregado, ainda, um terceiro instrumento de proteção para os negócios que, ainda que nulos, causem danos ao patrimônio e que não possam ser reparados

> pelo agente causador, ou porque se o desconhece ou porque não é solvente, hipótese em que o Estado deve ter a obrigação de fazê-lo.[2]

Tal reordenamento está previsto no Projeto de Lei n. 2057/91, de autoria do Deputado Luciano Pizzatto. As funções do órgão indigenista federal, papel atualmente exercido pela FUNAI, sofrem uma profunda mudança. A tutela desaparece, surgindo a proteção, o assessoramento e a fiscalização como atividades preponderantes a serem exercidas pelo órgão federal. Assim dispõem os artigos 13, 16, parágrafo único, e 17 do referido projeto:

> Artigo 13. O órgão federal indigenista promoverá o acompanhamento e a avaliação dos programas, projetos e ações voltadas para as sociedades ou comunidades indígenas.
> Artigo 16. Cabe à comunidade ou sociedade titular do patrimônio indígena a administração dos bens que o constituam.
> Parágrafo único. O órgão indigenista federal administrará os bens de que trata o inciso I do art.15, podendo administrar também os referentes ao inciso II do mesmo artigo, por expressa delegação da comunidade ou sociedade indígena interessada, e em ambos os casos, manterá o arrolamento dos bens permanentemente atualizado, procedendo à fiscalização rigorosa da sua gestão, mediante controle interno e externo.
> Artigo 17. Cabe ao órgão indigenista federal habilitar e oferecer meios para que a comunidade indígena exerça a administração efetiva do seu patrimônio.

A Magna Carta reconheceu expressamente o direito à diversidade cultural, o direito dos índios às suas tradições, costumes, crenças, línguas e organização social, revogando explicitamente toda e qualquer norma que refira à necessidade dos índios em se "integrarem" à sociedade dita

[2] SOUZA FILHO. **O renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 108. Ver também, no sentido da existência da tutela, artigo anterior à Constituição de 1988: DALLARI, Dalmo de Abreu. "Índios, cidadania e direitos". In: **O índio e a cidadania**. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 53-58.

nacional. A sociedade indígena adquiriu o reconhecimento da sua cultura, com todas as implicações que isto pode trazer. Isso significa que os índios não são "menores" ou "relativamente capazes". São diferentes e esta diferença cultural está prevista na Constituição. O próprio conceito de tutela está intimamente ligado à menoridade e ao pátrio poder. Pontes de Miranda diz ser a tutela "o poder conferido pela Lei, ou segundo princípios seus, à pessoa capaz, para proteger a pessoa e reger os bens dos menores que estão fora do pátrio poder.".[3]

A tutela, na forma como concebida pelo Código Civil e pelo Estatuto do Índio, não existe mais. E incapacidade existiu sim. Os brancos ocidentais nunca tiveram capacidade para entender a diferença cultural existente. Os indígenas sempre foram avaliados, por serem diferentes, como pessoas sem potencial para se desenvolver nos moldes da civilização ocidental. Infelizmente, perdura até hoje a análise caricatural que se faz dos índios. Os nossos Tribunais, infelizmente, são provas documentais de tal incapacidade.

4.2. Políticas públicas diferenciadas

O multiculturalismo e a plurietnia estabelecidas como um direito pelo Estado brasileiro gera diversas implicações para este, que não se consubstanciam somente no contexto da existência de um direito individual, estendido às comunidades indígenas. Possui uma abrangência maior: acarreta o dever do Estado de prestar políticas públicas adequadas à diversidade cultural. Em outras palavras, os direitos sociais acabam se modelando às práticas culturais das diversas etnias, de forma heterogênea, apropriados para atender as demandas da coletividade, ao mesmo tempo em que respeitam a multiplicidade de identidades culturais, tanto no plano individual quanto coletivo.

[3] MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, Tomo IV. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1971, p. 253-254.

As políticas públicas voltadas para atender o direito à saúde das comunidades indígenas devem observar as práticas ancestrais destes grupos, bem como sua etnomedicina. O artigo 122 do Projeto de Lei do Deputado Luciano Pizzatto, número 2057/91, dispõe a respeito dos princípios que devem nortear as ações de saúde voltadas para os índios e suas comunidades:

> I – o respeito e a valorização das diferentes práticas de medicina indígena;
> II – o tratamento diferenciado para cada comunidade indígena, considerados o perfil epidemiológico, a situação sanitária, as condições de bem-estar físico, mental e social e as formas de interação dessas comunidades com a sociedade envolvente.
> III – a participação da comunidade indígena, através de seus representantes, na formulação da política de saúde, e em todas as fases das ações de saúde.

Estes princípios estão perfeitamente adequados ao texto constitucional, democratizando e aplicando, de fato, o direito à diversidade cultural. Além disso, o texto do projeto de Lei reconhece e garante, em seu artigo 123, "o sistema tradicional de saúde de cada comunidade indígena, componente de sua organização social, costumes, crenças e tradições." e, em seu artigo 125, "acesso às ações do Sistema Único de Saúde". Portanto, encontra-se garantido aos índios e comunidades o direito à saúde estendido a todos os cidadãos, na forma do Sistema Único de Saúde, ao mesmo tempo em que garante o direito à diversidade cultural indígena, na forma do Sistema Tradicional de Saúde. É de se salientar que já se encontra em vigor o modelo diferenciado de atendimento à saúde indígena. A lei número 9836, de 23 de setembro de 1999, já estabeleceu uma política adequada:

> Art. 19-F. Dever-se-á obrigatoriamente levar em consideração a realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas e o modelo a ser adotado

> para a atenção à saúde indígena, que se deve pautar por uma abordagem diferenciada e global, contemplando os aspectos de assistência à saúde, saneamento básico, nutrição, habitação, meio ambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional.

Além disso, a referida Lei criou um subsistema de atenção à saúde indígena, componente do Sistema Único de Saúde, baseado na implementação dos Distritos Sanitários Especiais Indígenas, que serão baseados nas diferentes etnias indígenas, possuindo um campo de atuação delimitado justamente por fatores culturais e étnicos. A existência de uma política diferenciada é algo constitucionalmente exigido. Não se pode, no entanto, perceber se esses programas previstos pela legislação federal vão ser colocados em prática e se esta prática vai ser exitosa.

4.3. Educação

Alguns avanços aconteceram no campo da educação indigenista. Ao contrário do que aconteceu em alguns países da América Latina, as línguas indígenas não foram consideradas oficiais, da mesma forma que o português. Em que pese tal fato, a educação bilíngue foi, de forma inédita, elevada à condição de norma constitucional. Dispõe, portanto, a Constituição em seu artigo 210, parágrafo segundo:

> O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

A pedagogia indígena também foi reconhecida e garantida constitucionalmente. Este processo já havia começado através de avanços internacionais como se pode ver na Convenção da UNESCO de 14 de dezembro 1966, relativa à luta contra a discriminação no campo do ensino, artigo V, item 1, alínea "c": "deve ser reconhecido aos membros das

minorias nacionais o direito de exercer atividades educativas que lhes sejam próprias".

Tal dispositivo rompeu definitivamente, no plano internacional, com os objetivos de integração das comunidades indígenas através da educação. A convenção número 107 da OIT, de 05 de junho de 1957, assegurava "a transição progressiva da língua materna ou vernacular para a língua nacional ou para uma das línguas oficiais do país." Além disso, estipulava que "O ensino primário deverá ter por objetivo dar às crianças pertencentes às populações interessadas conhecimento gerais e aptidões que as auxiliem a se integrarem na comunidade nacional.". O Estatuto do Índio, Lei 6001/73, ainda em vigor, está dimensionado nesta perspectiva integracionista, dispondo que a educação do índio será "orientada para a integração na comunhão nacional mediante processo de gradativa compreensão dos problemas gerais e valores da sociedade.".

No Brasil, dentro de um contexto histórico, a educação bilíngue serviu para auxiliar o processo integrativo, como determinava a Constituição e a legislação infraconstitucional. Em 1956 chegava ao Brasil o *Summer Institute of Linguistics* (Sociedade Internacional de Linguística) com o objetivo principal de traduzir a bíblia em todos os idiomas existentes, mas com outro discurso: apenas estudar as línguas indígenas. Em 1957 foi firmado o primeiro convênio do país, junto ao Museu Nacional do Rio de Janeiro e em 1965 o *Summer Institute of Linguistics* (SIL) apresenta o "Plano de Estudo das Línguas Indígenas", obviamente, de cunho precipuamente pedagógico. No ano de 1969 o SIL firmou um novo convênio agora com a FUNAI, substituta do Serviço de Proteção ao Índio, exercendo o controle oficial da educação indígena, sendo que a educação bilíngue se tornaria obrigatória no país através da Portaria nº 75 de 1972 da FUNAI.

O modelo de escola bilíngue foi preponderante a partir da década de 1970. A técnica do SIL era ensinar a língua indígena, mas através de

normas e sistemas ortográficos existentes nas línguas "civilizadas". Também nesse período foi criada a figura do monitor-bilíngue, com o objetivo de ajudar os missionários na alfabetização nas línguas indígenas.[4] Tal modelo e tal processo educacional deverão ser abolidos pelo Estado, eis que não foram recepcionados pelo texto constitucional. A educação bilíngue deve estar voltada para a valorização da cultura e da língua indígena. Qualquer outro objetivo deve ser extirpado de qualquer plano educacional no Brasil.

Atualmente, o Projeto de Lei número 2057/91, que tramita no Congresso, refere como princípios da educação escolar indígena:

> I – a garantia aos índios de acesso aos conhecimentos da sociedade, com o domínio de seu funcionamento, de modo a assegurar-lhes a defesa de seus interesses e a participação na vida nacional em igualdade de condições, enquanto grupos etnicamente diferenciados;
> II – o respeito aos processos educativos e de transmissão do conhecimento das comunidades indígenas.

Cumpre observar que nenhum índio ou comunidade indígena pode ser obrigado a estudar em escola tradicional[5], tampouco em escola diferenciada. Na primeira hipótese, porque tem acesso à uma educação

[4] SILVA, Márcio Ferreira da. e AZEVEDO, Marta Maria. "Pensando as Escolas dos Povos Indígenas no Brasil: o Movimentos dos Professores Indígenas do Amazonas, Roraima e Acre" In: **A temática indígena na Escola**: Novos subsídios para professores de 1º e 2º graus. Brasília: MEC/MARI/UNESCO, 1995, p. 150-152.

[5] Necessário também distinguir o que seja educação escolar indígena, tendo por referência o sistema formal, institucionalizado na e pela sociedade não-indígena, baseada no letramento e na escola, de educação indígena, eis que esta é um conjunto de mecanismos de socialização e de transmissão de conhecimentos próprios de cada cultura indígena. Não há como se fugir da conclusão que qualquer educação verdadeira voltada para a educação escolar indígena, tem que, reconhecendo o multiculturalismo existente em determinada sociedade, colocar o pluriculturalismo como fundamento para qualquer método de ensino, valorizando a identidade étnica de cada indivíduo ou de cada grupo, bem como estabelecer a educação indígena (e não a educação escolar indígena) como pedagogia apropriada para o desenvolvimento educacional das comunidades indígenas. Conclui-se assim porque toda a ação intercultural carrega uma carga de etnocentrismo extremamente prejudicial ao processo de aquisição de conhecimento a respeito da cultura não-indígena (processo de conscientização ou de cidadania) visto que estabelece mecanismos de inferiorização do próprio ensino praticado pelos indígenas, ou melhor, de desigualização, posto que o manejo dos sistemas dessas etnias não corresponde ao dos não-índios (utilização da escrita, de uma ortografia, etc.) e transforma o método ocidental como de "maior valia" para os índios, no trato intercultural.

diferenciada. Na segunda, porque o reconhecimento da diversidade cultural implica na existência de tradições e costumes que não admitam a participação na educação não-indígena, independentemente do formato, até porque cada etnia possui suas práticas educacionais próprias. A educação pluriétnica, voltada para as comunidades indígenas deve, reconhecendo a diversidade cultural existente entre estas e a sociedade dita nacional, criar meios para reconhecer valores próprios de uma identidade étnica distinta, ensinar a valorizar e proteger estes valores, bem como, *pari passu*, garantir a educação como acesso à cidadania, já que todos os índios possuem os mesmos direitos e garantias assegurados a todos os brasileiros. Inclusive, é de se salientar que as escolas indígenas já se encontram com suas diretrizes regulamentadas através da Resolução número 03, de novembro de 1999. Tal normatização, que explicitamente reconhece e garante o respeito à diversidade cultural indígena, dispõe que:

> Art. 3º - Na organização de escola indígena deverá ser considerada a participação da comunidade, na definição do modela de organização e gestão, bem como:
> I suas estruturas sociais;
> II suas práticas sócioculturais e religiosas;
> III suas formas de produção de conhecimento, processos próprios o métodos de ensinoaprendizagem:
> IV suas atividades econômicas;
> V a necessidade de edificação de escolas que atendam aos Interesses das comunidades indígenas;
> VI o uso de materiais didáticopedagógicos produzidos de acordo com o contexto sócio cultural de cada povo Indígena.

No contexto jurídico atual não se pode mais falar em educação cujo corolário maior seja a perda da identidade étnico-cultural em prol de uma sociedade mais "avançada", mais "civilizada", cujo modelo é a ocidental. O

modelo educacional hoje, e isso é determinado constitucionalmente, não permite a desvalorização da cultura ou sobreposição de valores culturais, com a inserção gradativa de uma cultura "dominante", com toda a sua carga etnocêntrica e preconceituosa.

A partir disso, pode-se afirmar a diversidade cultural como elemento principal dentro de uma prática educacional transformadora, e não a igualdade. Explica-se: o discurso da igualização é colocado de uma maneira sempre interétnica, com preponderância de uma determinada cultura, que objetiva, de forma "bem-intencionada" uma homogeneização dos direitos advindos de textos legais cuja participação em sua elaboração das comunidades indígenas foi mínima ou ilegítima. O direito social à educação passa a ser, consequentemente, algo a ser desesperadamente alcançado como forma de colocar as comunidades indígenas dentro da sociedade não-indígena, em iguais ou melhores condições sociais. Só que este processo também é desintegrador da cultura indígena, já que realça o sistema educacional convencional como sendo "necessário" ao alcance da efetiva cidadania.

O problema maior, então, não é ter direito a uma educação diferenciada, que é uma obrigação do Estado, mas sim o modo como se adquire este direito, respeitando outro direito constitucionalmente estabelecido, à diversidade cultural ou identidade étnica, que compõe basicamente a etnocidadania.

4.4. Ministério Público Federal

O trabalho com a questão indígena tornou necessária a criação de uma instituição de defesa da sociedade que pudesse se especializar nesta seara. O Ministério Público Federal assumiu, a partir da Constituição de 1998 e, de forma mais detalhada, na Lei Complementar número 75/93, este compromisso, de atuar na defesa das comunidades indígenas.

A existência de um órgão indigenista federal, a competência da Justiça Federal para as disputas sobre direitos indígenas e a propriedade das Terras Indígenas, da União Federal, foram fatores decisivos nesta efetivação de mais um direito: o direito de possuírem um órgão permanente, não vinculado ao Poder Executivo, que pudesse defender os direitos indígenas, de uma forma especializada. O artigo 232 da Constituição refere que:

> Artigo 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

E a defesa judicial dos interesses indígenas assume proporções de função institucional, isto porque a própria Constituição define, em seu artigo 129:

> Artigo 129. São funções institucionais do Ministério Público:
> V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

O Ministério Público referido no texto constitucional obviamente só pode ser o Ministério Público Federal, eis que a Lei Complementar nº 75/93, que rege o Ministério Público Federal dispõe que tal atividade é exclusiva desta Instituição:

> Artigo 5º - São funções institucionais do Ministério Público da União:
> III – a defesa dos seguintes bens e interesses:
> e) os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso;

Se torna paradoxal compreender a jurisprudência atual emanada das maiores Cortes do nosso país. É que não se pode conceber que a titularidade exclusiva para promover a ação penal pública não pertença ao Ministério Público Federal, ou que este Ministério Público não tenha que

intervir em qualquer processo, seja penal ou cível, em que exista a presença de indígenas ou de seus interesses. Sendo assim, como afirmar que a competência para o julgamento dessas ações esteja a cargo da Justiça Estadual? Uma interpretação sistemática e razoável não consegue tolerar tal linha de raciocínio. No entanto, é o que vem acontecendo nos nossos Tribunais.

Para o exercício de suas funções discriminadas constitucionalmente, também é necessário um aprofundamento de conhecimentos sobre a área ou setor onde o membro do Ministério Público vá atuar. Assim, diante da ocorrência da segmentação da sociedade, no que tange à efetivação dos direitos individuais ou sociais, exsurge uma intensa diversificação de elementos com os quais se deve lidar. A exigência, então, de uma atitude diferenciada no tocante a esta multidisciplinariedade, é algo inarredável. Não se pode imaginar o trabalho com, por exemplo, comunidades indígenas sem o necessário estudo de antropologia, assim como outros ramos científicos, pertinentes a conceder o balizamento mais adequado ao trabalho desenvolvido pelo Ministério Público. A apropriação desses elementos pode se dar através da própria capacitação do agente ministerial, ou através da criação de grupos técnicos, dentro da Instituição, aptos para acompanhar as atividades específicas desses agentes.

Por outro lado, a especialização dos membros do Ministério Público está intimamente ligada à divisão de tarefas realizadas dentro da própria estrutura institucional, o que já ocorre no Ministério Público Federal. Assim, esta repartição cumpre um papel de realizar a especialização de uma forma natural, eis que cada Procurador da República assume a responsabilidade de possuir um conhecimento minucioso a respeito de sua área de atuação.

O respeito e a efetivação dos direitos indígenas, às suas terras e à diversidade cultural, e o controle sobre esta realização, é papel fundamental

a ser cumprido pelo Ministério Público Federal. As políticas públicas diferenciadas, referidas neste capítulo, e que dizem respeito à vida, cultural e física destas comunidades, deve ser objeto de acompanhamento permanente, o que, diga-se de passagem, vem sendo feito, dentro de um contexto político extremamente excludente da população em geral, agravado por elementos de ordem multicultural, como no caso das populações indígenas. As inúmeras ações civis públicas e o trabalho extrajudicial efetivado pelo Ministério Público Federal vêm construindo uma cultura inovadora dentro da Instituição, uma cultura de reconhecimento e valoração das diferentes etnias indígenas do nosso país.

Capítulo 5

Os direitos indígenas na América do Sul: uma análise comparada

A história normativo-constitucional dos direitos indígenas na América ocupada por espanhóis, não obstante existam aspectos peculiares dadas as especificidades das etnias e dos governos que se sucederam, em quase nada difere da história etnocida produzida no Brasil, visto que vários objetivos políticos de dominação de terras e dos próprios índios são praticamente idênticos. Pode-se, naturalmente, falar em uma política indigenista globalizada para esta época.

As missões evangelizadoras que aportaram no Brasil desde o início da colonização também foram introduzidas no resto do Continente, influenciando decisivamente o trato do Poder Público com as comunidades indígenas. As políticas estatais visavam "transformar" o índio em agricultores convertidos ao catolicismo, isso quando não estimulavam o genocídio[1] direto.[2]

Exemplos de tais atividades encontram-se nos textos constitucionais paraguaio e argentino.

---

[1] "*El indio era temido y la necesidad de 'civilizarlo' llevaba a los sectores dominantes a transgredir los planteos - expuestos como bien intensionados - de hermandad igualitaria. El indio al resistirse a la dominación se convertía en amenaza y quienes dominaban no confiaban en que la metodologia de calmarlos con dádivas surtiera el efecto esperado. Es por ello que muy claramente se expone en la discusión que* la alternativa a la 'acción civilizadora' es 'matarlos o reducirlos'. (TAMAGNO, Liliana. **Las Políticas Indigenistas en Argentina: Discursos, Derechos, Poder y Ciudadanía**. Porto Alegre: Horizontes Antropológicos, 1997, p. 117)

[2] Como exemplos: "*La política del tratamiento del Estado colombiano hacia las poblaciones indígenas ocupantes de tierras marginales o selváticas (no incorporadas a la economia del país), durante todo el siglo pasado y por lo menos la primera mitad del presente, estuvo orientada, casi exclusivamente, a procurar la incorporación de tales grupos al modelo de vida económico, social, cultural y político del resto de la Nación*". (ORTEGA, Roque Roldán. **Reconocimiento y demarcacion de territorio indígenas en la Amazonia**. Bogotá: CEREC e GAIA Foundation, 1993, p. 57.

Na Constituição Paraguaia de 1870 ocorria uma política de "*trato pacífico com los índios*", devendo ser promovida uma "*conversión al cristianismo y a la civilización*". Recorde-se, como mencionado no primeiro capítulo, o ato adicional de 1834 que imprimia os objetivos similares ao indigenismo oficial brasileiro. Em harmonia com o texto constitucional paraguaio foram editadas as Leis de 25 de junho de 1904 e setembro de 1909 que, colocavam as comunidades indígenas em terras públicas, com a sua adjudicação ocorrendo, no entanto, em prol das entidades responsáveis pela dita "integração" dos índios.

Na Constituição da Nação Argentina, de 1853[3], similar ao que estava disposto nas Cartas Brasileira e Paraguaia, correspondia ao Congresso (artigo 67 inciso 15): "*Proveer a la seguridad de las fronteras; conservar el trato pacifico con los indios, y promover la conversión de ellos al catolicismo*.".

Note-se, como suprarreferido, que a conversão ao catolicismo era o objetivo precípuo dessas Constituições, decorrendo daí as funestas políticas indigenistas "integracionistas" da época.

5.1. Integração, conquista de direitos e autodeterminação

As diretrizes que orientaram os países sul-americanos estavam voltadas para uma imagem de cultura indígena subdesenvolvida, que necessitava ser integrada à cultura oficial, estabelecida pelo Estado. O que ocorreu no Brasil, como visto, de uma política assimilacionista, voltada ora para o extermínio, ora para o desrespeito da identidade cultural indígena, foi reproduzido nos outros países. Nas décadas de oitenta e noventa, no entanto, os diversos ordenamentos jurídicos sul-americanos avançaram no reconhecimento do direito à diferença cultural.

[3]Sancionada pelo Congresso Geral Constituinte em 1º de maio de 1853, reformada pela Convenção Nacional *ad hoc* em 25 de setembro de 1860 e com as reformas das convenções de 1866, 1898 e 1956.

5.1.1. Políticas integracionistas

No Paraguai, mesmo com a criação da "Asociación Indigenista del Paraguay"-AIP em 1942, ou do "Departamento de Asuntos Indígenas"-DAI, em 1958, os mecanismos "civilizatórios" continuaram funcionando, até o advento da Lei nº 904, de 18 de dezembro de 1981, o Estatuto das Comunidades Indígenas. Após o reconhecimento da personalidade jurídica destas, as terras seriam transferidas aos índios de forma gratuita, livre e desonerada de gravames, conforme determinava o artigo 20 da referida Lei. A Constituição Paraguaia de 25 de agosto de 1967 arrolou como dever do Estado, no capítulo destinado aos direitos sociais, a proteção da língua guarani (artigo 92), promovendo seu ensino e desenvolvimento. No entanto, esta língua, falada por um contingente enorme da população, não foi reconhecida como oficial.

Na Venezuela, os "resguardos", territórios coletivos entregados pela Espanha[4], foram paulatinamente eliminados através de normas editadas de 1821 a 1936, em um total de seis, passando, estas terras, à propriedade do Estado Venezuelano como se desocupadas (*baldías*) fossem.

Pode-se obter uma definição do que sejam os resguardos indígenas, através da legislação colombiana: "*una institución legal y sociopolítica de caráter especial, conformada por una comunidad o parcialidad indígena, que con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y se rige para el manejo de este y de sua vida interna por una organización ajustada*

[4] Na Colômbia, o decreto de 20 de maio de 1820 ordenou a devolução dos "naturais" aos seus respectivos "resguardos". A Lei 81 de 1958 colocou um fim a dissolução das comunidades que vinha sendo praticada com a criação dos "Resguardos Indígenas Coloniais" e a Lei 135 de 1961 autorização a criação de Resguardos (que se diferenciam das Reservas, seja na Colômbia, "*un globo de terreno baldio ocupado por una o varias comunidades indígenas, delimitado y legalmente asignado por el INCORA a aquella (s) para que ejerza en él los derechos de uso y usufructo con exclusión de terceros*", Decreto nº2001/88, artigo 2º, seja no Brasil, "área destinada a servir de habitat a grupo indígena, com os meios suficientes à sua subsistência", artigo 27 da Lei 6001/73, o Estatuto do Índio) para indígenas em terras baldias.

al fuero indígena o a sus pautas y tradiciones culturales", conforme o artigo 2º do Decreto nº2001/88.

Em 1915, o governo venezuelano efetivou um acordo com o Vaticano para que as missões católicas ocupassem as "*tierras baldías*" habitadas pelas comunidades indígenas e no mesmo ano foi adotada a "*Ley y el Reglamento de misiones*" declarando os poderes delegados aos missionários, na administração destas terras.[5]Como se nota, as missões religiosas ocupavam papel de destaque no processo de desaldeamento e integração das populações indígenas, como ocorria no território brasileiro.

Na atual Constituição Venezuelana, de 16 de janeiro de 1961, o Estado, de forma arcaica e inadequada, deverá promover a incorporação progressiva das comunidades indígenas à sociedade nacional, conforme disciplina o artigo 77. Não ocorreu, infelizmente, a ruptura constitucional com o modelo integracionista, o que, de certa forma, destoa dos demais países da América do Sul, que imprimiram, em suas Cartas Constitucionais, políticas de reconhecimento e valorização das diferentes culturas indígenas.

Na Colômbia, na vigência da Constituição de 1886, o artigo 37 proibia a existência de bens imóveis inalienáveis, o que tornava bastante dificultosa a estabilidade dos territórios indígenas. O fato de os indígenas serem considerados menores de idade contribuiu para não poderem dispor de seu patrimônio, mas, conforme é mencionado por Roque Roldán Ortega, bastava a autorização de algum Juiz ou a dissolução do Resguardo para se operar a venda.[6]É de se observar a incoerência: a título de proteção, os

[5] No Brasil o Decreto 426, de 27/04/1845, chamado de "Regulamento das Missões" optou, anteriormente, por atitude similar. Conforme Manuela Carneiro da Cunha: "*As missões* continuam assim a servir de ponta de lança: quando se querem deter no Paraná os grupos guarani, que durante quase todo o século XIX deambulam num movimento milenarista em busca da Terra sem Males (Nimuendaju 1987 [1914]: 10 ss.), quando se querem aldear os índios do Jauapery na província do Amazonas (Amazonas, 01/08/1865), os Xambioá em Goiás (21/09/1870) ou os Apiacá no Pará (06/10/1880), é a Igreja que se recorre.". (CUNHA, Manuela Carneiro da. **Legislação indigenista do século XIX**. São Paulo: USP-Comissão Pró-Índio/SP, 1992, p.13.). Na Colômbia, a Lei nº153 de 1887 declarou que: "*El Gobierno podrá hacer convenio con representantes de la Santa Sede para el fomento de las Misiones Católicas en las tribus.*"

[6] ORTEGA, Roque Roldán. **Reconocimiento y demarcacion de territorio indígenas en la Amazonia**. Bogotá: CEREC e GAIA Foundation, 1993, p.74.

índios são considerados menores de idade, mas dita "proteção" serve apenas para legitimar atos extremamente prejudiciais. Os territórios indígenas podiam ser vendidos, inclusive com a chancela das autoridades competentes, para "proteger" as populações indígenas.

Como visto, no Brasil, de forma semelhante, o Decreto de 3 de junho de 1833 declarava que os bens pertencentes aos índios seriam administrados pelo Juiz de Órfãos, decreto este ratificado pelo Regulamento nº143, de 15 de março de 1842. Posteriormente, o atual Código Civil alçaria os índios à condição de relativamente incapazes, junto com menores entre dezoito e vinte e um anos.

Na Argentina, em 1958, dois anos após o golpe militar, é criada a "Dirección Nacional de Asuntos Indígenas", órgão destinado às questões indígenas. Em dezembro de 1959, a Lei 14932 subscreveu o Convênio 107, de 05 de junho de 1957, da Conferência Internacional do Trabalho.[7] Posteriormente aos sucessivos governos discricionários, é sancionada em 30 de setembro de 1985, a Lei 23.302, sobre a política indigenista e apoio às comunidades aborígenes. O contexto é idêntico aos brasileiros. A cultura indígena não é considerada ou protegida, e o Estado produz e reproduz políticas assimilacionistas.

5.1.2. Conquistando direitos civis

A partir do final dos anos oitenta, os países sulamericanos foram obrigados, através das pressões internacionais, a reconhecer os direitos

[7] No Brasil, tal convenção foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº20, de 1965 (DO 4-5-65) e promulgada pelo Decreto nº58.824, de 1966 (DO 20-7-66). Na Bolívia, através da Lei 201 de 05 de dezembro de 1962, foi ratificado o Convênio, e no Peru, através da Resolução nº13467. Na Colômbia, a Lei 31 de 1967 alcançou tal objetivo. Note-se que nos anos sessenta diversos países sul-americanos ratificaram esse Convênio, que possui, em seu conteúdo, dispositivos que visam a "incorporação" dos indígenas. Por exemplo, os artigos 23 e 24, respectivamente: "deverá ser *assegurada a transição progressiva* da língua materna ou vernacular para a língua nacional ou para uma das línguas oficiais do país.". "O ensino primário deverá ter por objetivo dar às crianças pertencentes às populações interessadas conhecimento gerais e aptidões que as *auxiliem a se integrarem na comunidade nacional.*".

das comunidades indígenas às suas terras tradicionais e a sua diversidade cultural.

No Paraguai, no que tange às terras, o Estado as deverá prover às comunidades indígenas gratuitamente, visto que as mesmas possuem sua propriedade comunitária, não podendo estas terras serem embargadas, divididas, transferidas, tampouco garantir obrigações contratuais. São imprescritíveis, como as terras indígenas brasileiras, e isentas de tributos. A remoção dessas comunidades de seu habitat somente poderá ser concretizada com o seu consentimento expresso.

Aqui cabe um comentário a respeito da disciplina similar existente na Constituição Brasileira. O parágrafo 5º do artigo 231 dispõe que: "É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.", O princípio contido neste parágrafo, o da *irremovibilidade dos índios de suas terras,* deriva do disposto no § 2º do mesmo artigo, a saber: "as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.".

Ao estabelecer como bens públicos da União as terras indígenas originalmente ocupadas, garantindo-lhes o usufruto exclusivo sobre elas, através da posse permanente, o legislador constituinte brasileiro teve como finalidade maior fixar o índio na terra.

Neste diapasão de ideias, o texto proclama a vedação total em relação à remoção de grupos indígenas de seus territórios, já que no mínimo seria incoerente garantir a posse permanente e permitir a transferência ou remoção destes grupos das terras por eles tradicionalmente ocupadas. Somente após manifestação Parlamentar é que, verificadas as hipóteses de

autorização de remoção, pode esta ocorrer em relação aos grupos indígenas. E a Constituição delimita as hipóteses: 1) catástrofe ou epidemia que ponha em risco a população indígena; e 2) interesse da soberania do país.

Na primeira hipótese, consagra-se o reconhecimento da cultura indígena, protegendo-a e preservando-a. De nada adiantam fotos, documentos e vestígios, se o próprio ser humano que representa esta cultura não existe mais. O falecimento em massa, derivado de calamidades ou doenças, estimularia a extinção, total ou parcial, da cultura, violando o texto constitucional e autorizando a remoção do grupo.

No que tange à segunda hipótese, não é a população indígena que é objeto de proteção, mas sim todo o povo brasileiro, índios e não-índios, eis que a soberania é fundamento da República Federativa Brasileira. Pode-se dizer, então, que a primeira hipótese possui sua base constitucional na dignidade da pessoa humana e a segunda na soberania, ambos fundamentos expostos no artigo 1º da Magna Carta Brasileira.

Na Venezuela, apesar de não possuir uma política de valorização da cultura indígena inserida em seu texto constitucional, o Governo Venezuelano editou o Decreto nº 1635, de 5 de junho de 1991, declarando a região do Alto Orinoco, no Sudeste Amazônico, como sendo Reserva de Biosfera, assegurando a habitação das comunidades indígenas em tal Reserva. No artigo 5º deste Decreto encontram-se diversos dispositivos sobre as políticas públicas estabelecidas para estas comunidades, dentre as quais estão o apoio à autogestão e etnodesenvolvimento, a instrumentalização de planos de saúde pública com respeito à etnomedicina e a garantia da educação bilíngue.

Na Colômbia, através da Lei 89 de 1890, foram desenvolvidos diversos outros dispositivos e ordenamentos que outorgaram o reconhecimento legal de comunidades indígenas, possuindo estas direitos e obrigações, bem como declarando uma determinada "autonomia" governamental

dentro dos Resguardos, que são, conforme estabelece a Constituição em seu artigo 329, de propriedade coletiva e inalienáveis.

Assim como na Venezuela, também as áreas indígenas colombianas estão disciplinadas sobre "terras baldias", sendo que, consoante à lição de Roque Roldán Ortega, existem dois tipos: terras baldias originárias, as quais o Estado nunca transferiu seu domínio a terceiros e terras baldias propriamente ditas, que já pertenceram ao Estado, mas que regressaram por via administrativa ou jurídica.[8]

A adjudicação destas terras está regulamentada pela Lei 135 de 1961, artigo 94, dispondo que o órgão responsável, INCORA (Instituto Colombiano de la Reforma Agraria) constituirá resguardos de terras em benefício dos grupos indígenas colombianos. Tal artigo foi regulamentado pelo Decreto nº 2001, de 28 de setembro de 1988, que estaria próximo ao Decreto brasileiro nº1775/95, o qual estabelece o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas.

Em 4 de março de 1991, através da Lei nº 21, foi adotado pela Colômbia o Convênio da Organização Internacional do Trabalho nº 169 de 1989, que traz diversos avanços em relação ao reconhecimento da cultura indígena, aos direitos originários sobre suas terras, espraiando tais declarações ao campo das políticas públicas, como educação e saúde.

Tal Convênio revisou parcialmente o Convênio 107/57, em junho de 1989, através da 76ª reunião da Conferência Geral do Trabalho, após três anos de discussões sobre o tema. O então Presidente da República brasileiro, Fernando Henrique Cardoso, se comprometeu, a curto prazo, a ratificar a Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais em Países independentes, (Convenção nº169, OIT, 1989) conforme nos informa o Programa

[8] ORTEGA, Roque Roldán. **Reconocimiento y demarcacion de territorio indígenas en la Amazonia**. Bogotá: CEREC e GAIA Foundation, 1993, p. 63.

Nacional de Direitos Humanos, 1996, mas até agora não existe nenhuma notícia de que tenha ocorrido o cumprimento dessa promessa.[9]

No Equador, o Regulamento para adjudicação de terras baldias, de 28 de setembro de 1964, estendia tal possibilidade aos grupos indígenas de ocupação tradicional, a ser realizado pelo IERAC, Instituto Equatoriano de Reforma Agrária e Colonização, observados os requisitos estabelecidos pelos artigos 29 e 30 do Regulamento supramencionado.

Na Constituição Equatoriana de 1984 existem vários dispositivos que são inexistentes nas demais Constituições do Continente da América do Sul no mesmo período, podendo ser considerada pioneira nestas inovações, por assim dizer, conforme o contexto constitucional.

Em seu artigo 1º, a mencionada Constituição coloca o Quíchua e demais línguas indígenas como fazendo parte do patrimônio cultural da Nação, não sendo considerados, porém, idiomas oficiais no país. No artigo 27 da 3ª Seção, que trata de educação e cultura, estes idiomas deverão ser considerados como principais em relação à educação, sendo o espanhol utilizado apenas como língua de relação intercultural.

No Peru, a Constituição anterior, de 1979[10], declarava que as comunidades nativas possuíam existência legal, autonomia organizacional e personalidade jurídica. Tal status já havia sido reconhecido anteriormente através do Decreto Lei nº 20653, de junho de 1974, a chamada Lei das Comunidades Nativas, devendo o Estado proteger e respeitar as tradições (artigo 162) dessas comunidades.

---

[9]Conforme p. 37. Também se comprometeu, p. 32, igualmente em curto prazo, assegurar às sociedades indígenas uma educação escolar diferenciada, respeitando o seu universo sócio cultural e promover a divulgação de informação sobre os indígenas e os seus direitos, principalmente nos meios de comunicação e nas escolas, como forma de eliminar a desinformação (uma das causas da discriminação e da violência contra os indígenas e suas culturas).

[10] Antes do advento da Carta de 1979, o Decreto Supremo nº03, de março de 1957, estabelecia que o Ministério da Agricultura Peruano deveria reservar áreas predispostas a assegurar a subsistência das "*tribus selvícolas*", comprovada a posse imemorial dessas terras.

As terras das comunidades nativas são não-embargáveis, imprescritíveis e inalienáveis (artigo 163), conforme já havia sido estabelecido pela Constituição de 1933, bem como na Lei de Comunidades Nativas.[11]

No Brasil, o Parágrafo 4º do artigo 231 da atual Constituição estabelece que "As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.". Já o art. 20, XI da Lei Suprema dispõe que são bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

O Decreto Lei Peruano 22.175, garante, em seu artigo 10º, a integridade territorial das comunidades nativas. A existência legal e a personalidade jurídica dessas comunidades também foram reconhecidas pela atual Constituição Peruana, de 1993, através do artigo 89, inserido no Capítulo VI, que trata do regime agrário. Neste mesmo artigo, o Estado se compromete a respeitar a identidade cultural destas comunidades e, no artigo 48, reconhece como idioma oficial, nas zonas onde predominem, as línguas indígenas, mencionando o quíchua e o aimará.

Cumpre referir, no entanto, que não foi aprovado o projeto de reforma constitucional que transformava o Peru, como a Colômbia e o Equador, em um país pluriétnico e pluricultural.[12]

Na Argentina, atualmente, o texto constitucional, artigo 75, inciso 17, reproduz praticamente a estrutura da Carta Magna brasileira, dependendo, porém, do Constituinte derivado uma atuação legislativa no sentido de colocar em prática o estabelecido pelo Parlamentar originário.[13]Um aspecto

[11] Derrogada pelo Decreto Lei nº22175 de maio de 1978.

[12] No entanto, existem projetos de reforma constitucional neste sentido. "*La primera visión que tiene el Proyecto concibe al Perú como país pluriétnico y pluricultural, en consideración ello a el proyecto comienza estableciendo por ejemplo, que todos los peruanos tienen el derecho a expresarse en su propio idioma, no solamente en castellano, sino también en quechua o en aymara, ante cualquier autoridad.*".

[13] A revista *El Mundo Indigena*, publicada pelo grupo internacional de defesa das comunidades indigenas IWGIA ressalta que: "*No obstante esta participación y lo positivo del nuevo artículo, que por primera vez reconoce ciertos derechos especiales de los pueblos indígenas em Argentina, debemos ser concientes de sus limitaciones. La debilidad principal, que produjo la protesta de varios de los delegados indígenas en la misma Convención (mapuches y kollas), es su ubicación dentro de la sección que trata de las atribuciones del Congresso nacional, em vez de en la primera*

que merece ser salientado é o reconhecimento da personalidade jurídica das comunidades, contido na Constituição Argentina, bem como na Boliviana, de 1995, artigo 171, inciso II. No Peru, o Decreto 295, de 1984, o Código Civil Peruano, estabelece que as comunidades nativas são organizações tradicionais e estáveis, de interesse público, com finalidade de aproveitar seu patrimônio para benefício geral e equilibrado de todos os indígenas.

No Brasil, filiamo-nos à corrente que define as comunidades indígenas como pessoas jurídicas de direito público, por diversos motivos, já que a Constituição definiu duas estruturas diversas, comunidades e organizações, artigo 232. Ora, as organizações são entes jurídicos de direito privado, aptos a defender os interesses indígenas. Qual seria, então, a distinção em relação às comunidades e às organizações, se ambas estão legitimadas a ingressar em juízo, defender interesses indígenas, etc.?

A diferença é que a comunidade indígena possui sempre interesse público, inerente à sua condição descrita pela Constituição Federal, ou seja, bens pertencentes ao patrimônio da União Federal, administração por parte de órgão indigenista federal, demarcação diferenciada de terras e outras características marcadas pela conotação pública.

Destoa dos objetivos que possui a organização indígena que, necessariamente, não precisa ter interesse público, podendo ter um interesse localizado em prol de diversas comunidades indígenas distintas, pode comprar terras de forma privada, pode se conectar com entidades similares de nível internacional ou nacional, com consciência de vínculo pré-colombiano ou não (o que destoa da comunidade indígena brasileira, segundo pensamos, já que esta possui consciência de sua continuidade

---

parte donde se trata los derechos fundamentales. Aunque en efecto el Art.75, inc.17 claramente constituye un nuevo derecho, no ha sido incluido en la sección de nuevos derechos. Esto significa un rango inferior y no han sido pocos los comentaristas que han preguntado si la inclusión de los derechos indígenas no ha sido más simbólica que real." (**Revista El Mundo Indigena**, 1994/95, Copenhague, p. 94-95).

histórica com sociedades pré-colombianas), e é pessoa jurídica de direito privado.

A questão da atuação obrigatória do Ministério Público, no entanto, não vem demonstrar que as comunidades indígenas são pessoas jurídicas de direito público interno, eis que as organizações indígenas, são, segundo pensamos, pessoas jurídicas de direito privado, e o acompanhamento do Ministério Público, *in casu*, também é obrigatório.

Tal entendimento encontra apoio, também, no projeto de lei que tramita no Congresso, o novo Estatuto das Sociedade Indígenas: "As comunidades indígenas têm personalidade jurídica de direito público interno e sua existência legal independe de registro ou qualquer ato do Poder Público".

Sobre a comunidade indígena, dispõe o atual Estatuto do Índio que: "é um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes sem, contudo, estarem neles integrados.".[14] Manuela Carneiro da Cunha conceitua comunidades indígenas como aquelas "que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude da consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas.".[15] Entendemos que essa última definição é a mais adequada. É que, se adotarmos o conceito legal de índio como sendo aquele indivíduo que se considera pertencente a uma comunidade indígena, conseguintemente, teremos que aceitar que essa comunidade formada por estes índios também deve se considerar distinta da sociedade nacional com a consciência de seu vínculo com sociedades pré-colombianas.

---

[14] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do Índio. Ensaios e documentos**, São Paulo: Ed.Brasiliense, 1987, p. 26.

[15] CUNHA, idem, ibidem.

O Decreto Colombiano nº 2.001, de 28 de setembro de 1988 dispõe, em seu artigo 2º, por sua vez: "*Entiéndese por Parcialidade o Comunidad Indígena al conjunto de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen, manteniendo rasgos y valores propios de su cultura tradicional, así como formas de gobierno y control social internos que los distinguen de otras comunidades rurales*". Para Luiz Días Muller, criticando a definição do Convênio OIT nº107/57: "*Es um grupo social, que se reconoce a sí mismo, asentado históricamente em um territorio, y que comparte uma lengua y valores culturales comunes, rigiendo autónomamente su vida em comunidad.*". [16]

Aspectos relevantes são as questões envolvendo a prova da existência das comunidades e das organizações indígenas, bem como a representatividade e legitimidade das mesmas. Se considerarmos as comunidades como pessoas jurídicas de direito público, mas com características distintas das demais pessoas, evidentemente que a demonstração de sua existência não vai seguir os parâmetros tradicionais de aferição da personalidade, ou seja, as provas e procedimentos serão distintos.

Permitimo-nos concluir que a prova fundamental da existência de uma comunidade indígena deve ser estabelecida a partir de dados e fatos antropológicos, a serem apreciados e emitidos por peritos nesta área, assim como o órgão indigenista federal deverá ser chamado para providenciar os documentos pertinentes ao caso. A representatividade e consequente legitimidade processual estão ligadas aos interesses exclusivos da própria comunidade ou dos índios individualmente.

Em resumo, pode-se afirmar que índios, comunidades e organizações possuem plena capacidade processual para ingressar em juízo, defendendo

[16] MULLER, Pedro Luíz. "Las Minorias y Comunidades em el Derecho Internacional". In: **Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas:** Introducción al derecho de las comunidades indígenas. México: Universidade Nacional Autônoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, p. 25.

interesses individuais, coletivos e difusos. Já a prova da existência da organização indígena deverá ser feita mediante registro de sua constituição perante o órgão competente.[17]

Na Bolívia, a Constituição Política do Estado, de 1967, estabeleceu, em seu artigo 168, uma política de desenvolvimento econômico e social das comunidades campesinas, sem, no entanto, especificar se as comunidades indígenas estavam amparadas também neste dispositivo.

Antes do advento da atual Constituição Boliviana, foram editados decretos que garantiram diversos direitos às comunidades indígenas, como o Decreto Supremo nº 22.609, de 24 de setembro de 1990, seguindo determinações da Lei Geral de Colonização[18], da Lei Geral Florestal[19], a Resolução Suprema nº205.862[20], de 19 de fevereiro de 1989 e o Decreto 22.611, editado na mesma data.

5.2. A autodeterminação dos Povos Indígenas: respeito à diversidade cultural

O princípio da autodeterminação dos povos, que rege os grandes tratados internacionais referentes às comunidades indígenas, é um elemento basilar na construção de um Estado verdadeiramente democrático. É de se ressaltar que todas as comunidades humanas sempre aspiram sua plena

[17] Cumpre observar que a FUNAI, exerce, atualmente, as funções de órgão de assistência ao índio, sendo que, dentro dessas funções, obviamente se encontra a assistência jurídica e judiciária, ou seja, o índio, a comunidade ou a organização que necessitar de apoio por parte do órgão indigenista, no tocante ao acompanhamento judicial, poderá requisitá-lo, se assim o quiser, devendo, obrigatoriamente, a FUNAI, ou quem a substituir, oferecer meios para a defesa dos interesses indígenas em juízo. A capacidade civil absoluta adquirida após o advento da Constituição Federal não eliminou, de forma alguma, o dever da União, ou do órgão pertinente, de auxiliar os índios neste campo.

[18] Reconhece que as tribos nômades ou semi-nômades bolivianas possuem, de forma dispersa, suas áreas tradicionais de ocupação na região de selva da República, definindo como grupos étnicos marginais: "*tribus o agregados sociales que, en condiciones nómades o seminómades, tienen sus áreas tradicionales de dispersión en las regiones selváticas del territorio de la República.*".

[19] Determina que o Centro de Desenvolvimento Florestal proteja as tribos indígenas e faça a delimitação das áreas apropriadas para sua sobrevivência.

[20] Declara de necessidade nacional e social o reconhecimento e a propriedade dos territórios de ocupação tradicional pelos grupos indígenas.

autonomia. Autonomia esta voltada para suas particularidades e especificidades.

A comunidade internacional, através de tratados, pactos e convenções, sentiu necessidade de iniciar o processo de reconhecimento da autonomia das sociedades minoritárias, dentro de um contexto de universalização e globalização hegemônica. Passos decisivos foram tomados com os Pactos assinados em 1966, dos direitos civis e políticos, e dos direitos econômicos, culturais e sociais que refere: "Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico social e cultural." e a Convenção OIT nº169, de 07 de junho de 1989, que reconhece "as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas entidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram.".

A autodeterminação desses povos se insere de forma adequada dentro de um Estado Democrático de Direito. É que o Direito deve reconhecer na diferença, cultural, étnica, etc., uma possibilidade de inserção distinta dos demais membros e cidadãos que se submete ao ordenamento jurídico e à própria Forma de Estado.

A atual Constituição Paraguaia, promulgada em 20 de junho de 1992, transforma o guarani em idioma oficial do país, ao lado do espanhol, afirmando, assim como fez Bolívia e Equador, ser o Paraguai um país pluricultural.

Afirmando a existência dos povos indígenas como grupos culturais anteriores ao próprio nascimento do Estado, a Constituição Paraguaia reconhece e garante, em seu artigo 63, a identidade étnica dos povos

indígenas, podendo, assim como no Brasil, possuir sua própria organização política, social, econômica, cultural e religiosa.[21]A atual Constituição Boliviana, de 1995, dispôs que, apesar de ser uma república unitária, é um Estado "multiétnico e pluricultural"[22], o que impõe, a todas as políticas públicas indigenistas criadas e a serem desenvolvidas, uma obrigatoriedade de respeitar as diversas etnias que existem no país.

A atual Constituição Política da Colômbia, de junho de 1991, reconheceu em seus princípios fundamentais (título I), além da autonomia de suas entidades territoriais (artigo 1º), englobando os territórios indígenas, a diversidade étnica e cultural da Nação Colombiana (artigo 7º). O artigo décimo oficializou as línguas e dialetos dos grupos étnicos (garantindo o ensino bilíngue e o respeito a sua identidade cultural, artigo 68) em seus territórios, clarificando ainda mais a autonomia mencionada e a valorização da diversidade cultural, fundamentos da República Colombiana.[23]

Um formidável avanço constante da atual Constituição da Colômbia se encontra no enquadramento dos territórios indígenas como sendo entidades territoriais, tal quais os departamentos, distritos e municípios, conforme dispõe o artigo 286. Tais entidades possuem autonomia para a gestão de seus interesses, podendo governar-se por autoridades próprias, possuir atribuições (competências), administrar recursos e instituir tributos (artigo 287).

---

[21] Sujeitando-se, estas comunidades, internamente, a disposições consuetudinárias (respeitados os direitos fundamentais), devendo estas até mesmo serem utilizadas como solução para conflitos judiciais. Em verdade, tal posicionamento é mais avançado do que o brasileiro sobre o reconhecimento e garantia de um regramento interno diferenciado do direito Estatal.

[22] A Constituição Mexicana aditou, em 1992, o seu artigo 4º, estabelecendo que "A nação mexicana tem uma composição pluricultural sustentada originalmente em seus povos indígenas. A Lei protegerá e promoverá o desenvolvimento de suas línguas, culturas, usos, costumes, recursos e formas específicas de organização social, e garantirá a seus integrantes o acesso efetivo à jurisdição do Estado. Nos juízos e procedimentos agrários em que eles sejam parte, tormar-se-ão em conta suas práticas e costumes jurídicos nos termos estabelecidos pela Lei."

[23] Ver, neste sentido: FAVRE, Henri. **El indigenismo**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 143-144.

Tais disposições são muito similares às previstas para as comunidades autônomas na Constituição Espanhola de 20 de dezembro de 1978, devendo seu embasamento ter desta sido extraído.[24] A Constituição chega a conceder a estas entidades territoriais indígenas o poder de estabelecer programas de cooperação e integração, dirigidos ao etnodesenvolvimento, com países que formam fronteira com a Colômbia (artigo 289).

Enquanto não se tornam entidades territoriais, os territórios indígenas possuem um disciplinamento bastante interessante dentro da Constituição. Poderão estabelecer, conforme seus usos e costumes, conselhos de governo que têm diversas funções, dentre as quais destaco a possibilidade de definir políticas, planos e projetos de desenvolvimento econômico e social, prover investimentos públicos, perceber e distribuir verbas e velar pela preservação dos recursos naturais, tudo em conformidade com o artigo 330.

A atual Constituição, promulgada em 1996, manteve os avanços referentes à educação e ao idioma. Em seu título preliminar, elegeu o Estado Equatoriano como sendo pluricultural e multiétnico, idêntico ao que ocorreu na Constituição Boliviana, não significando tratar-se de um Estado multinacional, mas sim que cada cultura tem o mesmo espaço político-social dentro do Estado Equatoriano.

Tanto a anterior Constituição (artigo 107) quanto a atual (artigo 135), no título destinado à função jurisdicional, determinaram que o Estado estabelecerá defensores públicos para o patrocínio das comunidades indígenas.

---

[24] Constituição Espanhola: "*La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas*.", artigo 2º, e "*En el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el artículo 2 de la Constitución, las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a sua autogobierno y constituirse em Comunidades Autónomas con arreglo a lo previsto en este Título y en los respectivos Estatutos*.", artigo 143, número 1.

A grande novidade, disposta no título referente à hierarquia e controle da ordem jurídica, é a possibilidade da presença das comunidades indígenas no Tribunal Constitucional, guardião das garantias constitucionais, a serem escolhidos pelo Congresso Nacional (artigo 174).

Apesar de não ser o tema deste trabalho, e mesmo que o Poder Constituinte Originário não tenha votado favoravelmente em relação à existência de várias Nações dentro da Nação Brasileira, distanciadas desta do ponto de vista cultural, mas amparadas sobre um mesmo território geográfico, a plurietnia seria um avanço formidável para a formação constitucional do país, já que simplesmente formalizaria uma realidade incontestável e inerente à nossa própria dimensão continental.

Acreditamos que uma construção jurisprudencial a partir de tais dispositivos é possível com o objetivo de, gradualmente, alterar o texto constitucional no sentido de ser reconhecida uma realidade multisocietária e pluricultural, com a inclusão destes conceitos no artigo 1º , *caput***,** da Magna Carta.[25] Neste sentido leciona o jurista espanhol Jesus Prieto de Pedro:

> *Pero donde este derrotero de la voz 'culturas' en la Ley Superior ha conseguido un respaldo clarividente es en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. . . . la sentencia de 5 de abril de 1984; en ella el alto Tribunal no sólo reitera la idea de una pluralidade de expressiones culturales mayores (de la nación espanõla, de las nacionalidades y de las regiones), sino que asume decididamente una concepción amplia de lo cultural en tanto hecho coletivo, pues la extiende a toda comunidad territorial:*
>
> *'...una reflexión sobre la vida cultural, lleva a la conclusión de que la cultura es algo de la competencia propria e institucional del Estado y de las Comunidades Autónomas, y aún podríamos añadir de otras comunidades, pues allí donde*

[25] Ver, neste sentido, Sílvio Coelho dos Santos In: SANTOS, Sílvio Coelho dos. **Os Povos Indígenas e a Constituinte**. Florianópolis: UFSC/Movimento, 1989, p. 59.

> *vive podríamos añadir de otras comunidades, pues allí donde vive una comunidad hay una manifestación cultural respecto de la cual las estructuras públicas representativas pueden ostentar competencias, dentro de lo que en un sentido no necessariamente técnico administrativo puede comprenderse dentro de 'fomento de cultura'.*[26]

O Reconhecimento existente em nossa Carta Maior, artigo 231, *caput*, também está presente no texto constitucional boliviano, artigo 171, inciso I, que, inclusive, em seu inciso III, garante que as lideranças indígenas poderão exercer funções de administração e jurisdição, através de suas normas próprias, para solução alternativa de conflitos, sempre que tais funções não extrapolem os ditames constitucionais e infraconstitucionais. O artigo 63 da atual Constituição Paraguaia também possui disposição similar. É necessário entender a história dos povos indígenas na América do Sul como um todo, nunca de forma compartimentada.

Parafraseando o brilhante Eros Roberto Grau, assim como não se pode interpretar uma Constituição aos pedaços, não se pode, e com maior razão, querer analisar os mecanismos constitucionais e infraconstitucionais existentes na América do Sul, mesmo que seja restrita à análise dos direitos indígenas, somente através de um enfoque legal.

A realidade histórica, sócio-política, econômica, religiosa, que envolve esta questão é de uma riqueza infinita, incapaz de ser mensurada em um sintético texto.

No entanto, ao produzir esta pesquisa, o esforço de tentar clarear um pouco mais toda esta realidade pode não ter sido em vão. Visualizaram-se os avanços e os retrocessos normativos que ocorreram nos países sul-americanos. Esboçou-se um panorama que demonstra a tentativa de diversos

[26] PEDRO, Jesus Prieto de. **Cultura, culturas y Constitucion**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 104.

países, seja por influência estrangeira ou não, de conceder direitos aos índios, transformando-os em cidadãos, na sua grande maioria trabalhadores católicos.

Nos dias de hoje, pode-se argumentar que na sociedade indígena estão, gradativamente, sendo incorporados valores ocidentais cumprindo um papel histórico, que em determinados momentos foi exercido pela Igreja e em outros pelos governos discricionários que se desenvolveram no continente.

Esta função integracionista nunca considerou ou respeitou a condição cultural diferenciada dos povos indígenas. Enfim, o direito à diversidade cultural em uma sociedade multiétnica jamais chegou a ser positivado nos ordenamentos jurídicos então vigentes. Independentemente de tais fatos, o que se constata com facilidade é que diversas Constituições atuais consagram, seja em suas garantias fundamentais, seja em capítulos isolados, os direitos das comunidades indígenas.

Países como Equador, Colômbia, Peru e Brasil possuem extensas legislações e possuem também em suas Cartas Constitucionais diversos dispositivos que tornam possível uma interpretação que pode ser positiva em relação às reivindicações que tenham origem na sociedade indígena.

Se a realidade vivenciada por esta é extremamente triste, por outro lado os instrumentos legais estão disponíveis, cabendo a todos os que lidam com a causa indígena a construção de um trabalho consciente e crítico em torno destas comunidades.

Capítulo 6

O judiciário diante do novo texto constitucional

Torna-se necessário visualizar como vem se posicionando o Poder Judiciário brasileiro em relação às questões indígenas. A criação normativa do direito à diversidade cultural indígena rompeu com todo o ordenamento jurídico anterior, fulcrado em uma perspectiva assimilacionista, caracterizando a cultura indígena como uma cultura inferiorizada. No entanto, a forma como a Hermenêutica tem lidado com tal direito pode torná-lo ineficaz, o que, de certa forma, anularia o avanço constitucional. Os conflitos de competência que têm surgido em torno do problema relacionam-se com a Justiça Estadual e com a Federal, diante de um texto constitucional que refere de forma vaga e imprecisa a competência da Justiça Federal para processar e julgar "as disputas sobre direitos indígenas". Mas tais debates suscitam, principalmente, um problema: a incapacidade de se lidar com a diversidade cultural.

O Projeto de Lei nº 2.057, de autoria do Deputado Luciano Pizzatto, tentou resolver a questão especificando que, além das disputas sobre direitos indígenas, a Justiça Federal teria competência para processar e julgar os crimes praticados contra os índios, suas comunidades, suas terras e seus bens e também os crimes praticados por índios. De certa forma, tal dispositivo regularia melhor a questão criminal, mas o projeto de lei é completamente omisso para especificar o que seriam os direitos indígenas, deixando, novamente, a cargo do Poder Judiciário tal função. Cumpre salientar que o Governo Federal apresentou uma "proposta alternativa" ao projeto do referido deputado, simplesmente repetindo o texto constitucional.

É imperioso aduzir que, sem uma definição mais precisa sobre o que são os direitos indígenas, a quem pertencem, se são de ordem individual ou coletiva, referem-se somente aos direitos originários, a confusão que reina na jurisprudência brasileira irá perdurar, com resultados prejudiciais à própria concepção da identidade dos índios e das comunidades indígenas.

No nosso entendimento, o Poder Judiciário brasileiro como um todo, esferas estadual e federal, tem se mostrado incapaz de resolver, à saciedade, os problemas jurídicos que surgem em torno dos direitos indígenas. Resta evidenciado que, se o Supremo Tribunal Federal considera os direitos indígenas não só os territoriais, originários, mas também os que dizem respeito "aos elementos da cultura indígena", a Justiça Federal se torna competente quando se trata de "disputa sobre direitos indígenas", que envolvem os direitos à diversidade cultural.

É necessária uma análise muito mais aprofundada para definir o direito à diversidade cultural. E isto não vem sendo feito. Simplesmente, o que aparentemente não é elemento cultural, dentro de uma visão estritamente jurídica, sem elementos sociológicos, está servindo de suporte para decisões judiciais extremamente equivocadas. Vamos supor que um índio que tem sua carteira furtada dentro de uma cidade grande. Certamente tal fato não terá implicações na diversidade cultural indígena, individual ou da comunidade. Certeza esta que deve ser sempre relativizada com o conjunto probatório, que inclui, sem exceção, a existência de análise antropológica, feita por quem conhece esta matéria. No entanto, no caso de um índio que é assassinado fora da área indígena, afirmar que tal fato não possui relevância ou implicações para os "elementos da cultura indígena", sem o mínimo suporte técnico adequado, é desprezar o texto constitucional. E este desprezo só pode ter raízes na história constitucional que reinou durante tanto tempo, e tantos prejuízos

deixou na atual hermenêutica realizada pelo Judiciário. Na dicção de Rogério Gesta Leal "quem dá efetividade à intepretação é um ser racional e também histórico, que fala, se comunica dentro da história e de uma história determinada, de uma cultura determinada, de um contexto determinado. Desta forma, o processo de constituição do significado do texto está profundamente marcado pelos elementos discursivos e categoriais erigidos pelo tempo daquela história.".[1] Neste último caso, o de homicídio, se torna escancarado que a Justiça Federal seria totalmente competente para o processamento e o julgamento da questão.

6.1. Conflito de competência. O processo como obstáculo à construção dos direitos indígenas

O Supremo Tribunal Federal vinha firmando posição no sentido da competência da Justiça Federal para julgar as disputas sobre direitos indígenas, conforme a terminologia estampada na Constituição de 1988, em seu artigo 109, inciso XI.[2] Tal posicionamento, especialmente no que tange à competência para o julgamento de crimes que envolvam indígenas, era contrário ao exposto pelo Superior Tribunal de Justiça, como se nota na ementa que se transcreve:

> EMENTA: PENAL. PROCESSUAL. ÍNDIA MORTA NA ALDEIA. COMPETÊNCIA. CONFLITO. 1. Sendo o indígena autor ou vítima de crime, a competência para o processo e julgamento e da Justiça Estadual Comum. (Súmula 140-STJ). 2. Conflito conhecido; competência do suscitado. [3]

---

[1] LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 133.

[2] Cumpre frisar o denodo e o brilhantismo das Organizações Não-governamentais que trabalham em prol dos direitos indígenas. No sentido do texto, referente a competência da justiça federal, inclusive com críticas em relação a esta, o que traduz o objeto parcial deste trabalho, no sentido de que o Judiciário, federal ou estadual, mostra-se despreparado para enfrentar a questão ver: LEITÃO, Ana Valéria Araújo. "Guarani – comunidades de Sete Cerros e de Jaguapiré" In: **A defesa dos Direitos Indígenas no Judiciário. Ações propostas pelo Núcleo de Direitos Indígenas**. São Paulo-Brasília: Instituto Socioambiental, 1995, p. 93-258.

[3] CC 16.087, STJ, TERCEIRA SEÇÃO, Relator MIN. EDSON VIDIGAL, Data da decisão 08/06/96, DJU 24/06/96, PÁGINA 22706. Outros exemplos: "EMENTA: CC - CONSTITUCIONAL - COMPETENCIA - CRIME - SILVICOLA (VITIMA) - RESERVA INDIGENA - A competência da Justiça Federal esta consagrada no art. 109 (Constituição da

Estando inclusive sumulado tal entendimento: “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime em que indígena figure como autor ou vítima.”.[4]

No conflito de competência relativo ao Caso Galdino, que será estudado de forma aprofundada no capítulo seguinte, o Superior Tribunal de Justiça consolidou, mais uma vez, tal posicionamento. Nesta decisão, o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro afirmou que o objetivo do artigo 231 era a proteção dos grupos étnicos, ou, conforme suas próprias palavras “busca-se preservar a etnia indígena, ou seja – grupo biológico e culturalmente homogêneo. A finalidade se evidencia de pronto: busca-se conservá-la de modo a que o choque de cultura, de civilização não prejudique os índios. Há, portanto, nítida distinção entre a – etnia – e a – pessoa – do índio.”. [5] Parece até que a comunidade não é formada por todos os indivíduos. Em outras palavras, o índio é confundido com sua própria comunidade, o que não pode persistir, tanto do ponto de vista sociológico, quanto do ponto de vista jurídico, já que o direito à diversidade cultural é, também, direito individual.

No entanto, o grande problema não é notar esta distinção, que existe independentemente do texto legal. A grande questão é poder afirmar, com certeza, se existe uma interconexão entre a etnia e o índio-indivíduo, potencialmente relevante para ensejar um deslocamento de competência.

Republica). O objeto jurídico e o referencial. Não obstante a tutela da União aos índios, competente e a Justiça comum do Estado para processar e julgar crimes de homicídio e lesão corporal, ocorridos em área de reserva indígena, ainda que a vítima seja índio." (CC 4.469-7, STJ, TERCEIRA SEÇÃO, Relator MIN. VICENTE CERNICCHIARO, Data da decisão 17/06/93, DJU 02/08/93, Página 14172).;

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONFLITO DE COMPETENCIA. HOMICIDIO. CRIME PRATICADO POR SILVICOLA. I - A proteção que a Constituição Federal confere a defesa dos interesses do indígena não alcança o privilégio do foro federal, para processar e julgar crime de homicídio praticado por índio, ocorrido em áreas de reserva indígena. II - Conflito conhecido para declarar competente o Juízo suscitado. " (CC 8.733-3, STJ, TERCEIRA SEÇÃO, Relator MIN. PEDRO ACIOLI, Data da decisão 16/06/94, DJU 22/08/94, Página 21204).

[4] Súmula 140, STJ, DJU 24/05/95, Página 14853.

[5] Conflito de Competência, nº19687/DF, Brasília, 14 de maio de 1997 (data do julgamento).

Mais adiante o mesmo Ministro conclui afirmando que "Quando o índio, individualmente considerado, pratica um crime, ou é vítima do delito, só por isso, a etnia indígena não corre perigo de perder sua individualidade.".[6] Ora, como pode o Ministro, de forma tão peremptória, afirmar tal fato? Será que não seria necessária uma leitura antropológica do caso concreto para se poder declarar a inexistência de perigo? E se o homicídio for realizado contra uma grande liderança indígena? Esta análise mostra-se superficial e abrupta, como se as relações indígenas, a organização social garantida constitucionalmente, não merecessem um exame mais minucioso e detalhado.

O que se observa, com clareza, é que tal *decisum* carece de um balizamento mais adequado no que diz respeito aos aspectos antropológicos e culturais que lhes são pertinentes.

Em prossecução, o mesmo Ministro aduziu:

> Urge, ainda, distinguir dois institutos. Não se confundem o – objeto jurídico – e o – objeto material – do crime. O primeiro significa o valor que se visa a preservar. O objeto jurídico é a pessoa, ou coisa sobre a qual incide a ação delituosa. No caso do art.109, XI, o objeto jurídico corresponde aos – direitos indígenas. O objeto material, o índio. A Constituição, no referido art.109, XI, refere-se ao – objeto jurídico. Em face dessas considerações, a etnia indígena (objeto jurídico) não sofreu – perigo – sequer; ao contrário, o índio, como qualquer outra pessoa, compõe - objeto material – do fato narrado na denúncia.[7]

Quanto aos termos utilizados no desenvolvimento da decisão supracitada, não se pode aduzir que o "objeto jurídico", os direitos indígenas, não estejam intrinsecamente ligados ao "objeto material", o índio. Somente um estudo antropológico, produzido por especialistas desta área, a

[6] Conflito de Competência, nº19687/DF, Brasília, 14 de maio de 1997 (data do julgamento).

[7] Conflito de Competência, nº19687/DF, Brasília, 14 de maio de 1997 (data do julgamento).

antropologia, é que poderia ousar fazer qualquer afirmação nesse sentido. Além disso, a quem pertencem os direitos indígenas? O texto constitucional é claro ao afirmar que pertencem a cada índio. Não se trata de relevar o papel da comunidade. Mas se trata de afirmar que os direitos indígenas também são de ordem individual.

Com sabedoria que lhe é peculiar, o Ministro José Arnaldo da Fonseca, em voto proferido neste mesmo Conflito de Competência, questiona a competência da Justiça Estadual: "Ora, vem um chefe indígena da sua comunidade à Capital da República para, junto aos órgãos federais, defender interesses da sua gente na questão de terras no sul da Bahia; é assassinado aqui e não se encontra o interesse da União num processo dessa natureza?"**.**[8] João Pacheco de Oliveira assinala a importância das viagens dos líderes indígenas, acentuando, portanto, a relevância cultural de tais atividades:

> Foi absolutamente decisivo o papel de líderes como Acilon, entre os Turká (cf. Baptista, 1992), de Perna-de-Pau, entre os Tapeba (Barreto Filho, 1993), de João-Cabeça-de-Pena, entre os Kambiwá (Barbosa, 1991). Suas viagens às capitais do Nordeste e ao Rio de Janeiro para obter o reconhecimento do SPI e a demarcação de suas terras configuraram verdadeiras romarias políticas, que instituíram mecanismos de representação, constituíram alianças externas, elaboraram e divulgaram projetos de futuro, cristalizaram internamente os interesses dispersos e fizeram nascer uma unidade política antes inexistente. É preciso perceber que essas viagens só assumiram tal significação porque os líderes também atuaram em uma outra dimensão, realizando outras viagens, que foram peregrinações no sentido religioso, voltadas para a reafirmação de valores morais e de crenças fundamentais que fornecem as bases de possibilidade de uma existência coletiva.[9]

[8] Conflito de Competência, nº19687/DF, Brasília, 14 de maio de 1997 (data do julgamento).

[9] OLIVEIRA, João Pacheco de. **A viagem de volta. Etnicidade, política e reelaboração cultural no Nordeste Indígena**. Rio de Janeiro: Contracapa, 1999, p. 31-32.

Portanto, o Tribunal tinha consciência de que o papel do índio Galdino era o de "defender interesses de sua gente na questão de terras", que não se tratam, obviamente, de simples direitos da União, apesar da União Federal ser proprietária de Terras tradicionalmente ocupadas. Se tratam de interesses indígenas, de direitos indígenas, direitos originários, mas também de aspectos peculiares da cultura "de sua gente", ou seja, de viagens efetuadas, com o intuito explícito de reivindicar os "objetos jurídicos" pertencentes a toda uma comunidade, e, por via de consequência, ao próprio índio Galdino. Infelizmente, o Superior Tribunal de Justiça e, posteriormente, a Suprema Corte brasileira não souberam reconhecer a importância da atividade empreendida por Galdino na capital do país. A consequência de tal reconhecimento realizaria um papel fundamental na efetivação concreta dos direitos arrolados na Constituição brasileira.

6.2. Antropologia e Direito: a diversidade das instituições e a diversidade cultural

As demais Cortes brasileiras também têm enfrentado a questão. É de se salientar que mesmo quando a Justiça Federal se debruça sobre estes direitos indígenas, reconhecendo a competência, os argumentos utilizados são, no mínimo, questionáveis. Não se enfrenta o problema de ser a diversidade cultural um direito indígena. Simplesmente, a competência é da Justiça Federal porque os índios necessitam de proteção especial pela União Federal, quase uma tutela, face à sua condição desigual. Claro que existe desigualdade, tendo em vista todo o processo espoliativo acarretado às populações indígenas no Brasil. No entanto, não se confunde desigualdade com diferença. O que atrai a competência da Justiça Federal é a diferença, notadamente a diferença cultural. Fábio Konder Comparato assinala bem esta distinção:

> As diferenças são biológicas ou culturais, e não implicam a superioridade de alguns em relação a outros. As desigualdades, ao contrário, são criações arbitrárias, que estabelecem uma relação de inferioridade de pessoas ou grupos em relações a outros. Assim, enquanto as desigualdades devem ser rigorosamente proscritas, em razão do princípio da isonomia, as diferenças devem ser respeitadas ou protegidas, conforme signifiquem uma deficiência natural ou uma riqueza cultural.[10]

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região já teve oportunidade de se manifestar sobre a competência das causas que envolvam indígenas. Vale a pena reproduzir:

> PENAL. EXTORSÃO. ART. 158 CP. DELITO PATRIMONIAL.COMPETÊNCIA DE JURISDIÇÃO. CRIME PRATICADO CONTRA COMUNIDADE INDÍGENA. QUALIDADE SINE QUA NON DAS VÍTIMAS. ART. 109, IV, CF/88. DOLO DIRECIONADO À GESTANTE SILVÍCOLA. HIPOSSUFICIÊNCIA CULTURAL. FERIMENTO A INTERESSES DA UNIÃO. PRECEDENTE STF. SÚMULA 140 STJ. JUSTIÇA FEDERAL. PRISÃO PREVENTIVA.
>
> 1. A Súmula nº 140 do STJ não esgota de forma plena as hipóteses de criminalidade em que indígena figure como vítima ou autor. A previsão constitucional do art. 109, IV, prevalece em se constatando prática de infração penal em detrimento a interesses da União e de suas entidades autárquicas.
> 2. Com a unificação da Previdência Social o silvícola foi equiparado ao empregado rural, na condição de agricultor. A conduta criminosa denunciada veio a frustrar o gozo deste direito. A especial condição da índia gestante, aculturada, primitiva e rude, foi essencial à prática denunciada. A extorsão imputada ao paciente foi direcionada exclusivamente a uma parcela da população indígena grávida, buscando tomar-lhes o numerário que receberiam a título de auxílio-maternidade.
> 3. Considerando que a tutela do índio, de titularidade da FUNAI, alcança a proteção dos direitos do indígena, houve ferimento a interesses de entidade

[10] COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 185.

> autárquica da União a atrair a competência da Justiça Federal para o processo e julgamento da matéria.
> 4. Sendo o paciente réu acusado de prática delituosa ameaçadora e violenta, incomportável a revogação da prisão preventiva eis que permanecem presentes as determinantes de sua decretação para a conveniência da instrução criminal, para assegurar a aplicação da Lei penal e para garantir a ordem pública.
> 5. O voto vencido do Relator acolheu o entendimento da Súmula 140 do STJ.[11]

Note-se que o referido Tribunal Regional decidiu que a Justiça Federal seria competente para o julgamento da questão criminal porque a União Federal, através do órgão indigenista, seria responsável pela proteção dos indígenas. Os ilustres juízes aplicaram o artigo 109, inciso IV, da Constituição, tendo em vista a prática de infração penal em detrimento a interesses da União Federal e de suas entidades autárquicas. Tal argumento não poderia prosperar.

Os índios não são mais tutelados pela FUNAI ou por qualquer outra entidade. O papel da FUNAI, atualmente, a partir da Constituição de 1988, é efetuar a proteção das comunidades indígenas. E proteção que não se confunda com tutela. A visão de um poder tutor que impera em certos tribunais é decorrente, por certo, da estrutura normativa existente durante boa parte do século, apresentada na primeira parte deste trabalho, eis que, contemporaneamente, os índios se tornaram objeto de uma "proteção especial" calcada no instituto da tutela.

Pode-se observar que os termos utilizados no *decisum*, "hipossuficiência cultural", "aculturada", "rude" e "primitiva", foram empregados para demonstrar que as comunidades indígenas lesadas não tinham capacidade intelectual para compreender o delito perpetrado, derivada tal incapacidade de sua condição cultural. A decisão também

[11] *Habeas Corpus* n.º 0401026342, publicado no Diário de Justiça no dia 23 de junho de 1999.

equipara os indígenas a empregados rurais, na condição de agricultores, o que se assemelha aos objetivos do já extinto Serviço de Proteção ao Índio, que, dentro de uma perspectiva integracionista, ambicionava "transformar" o índio em um campesino. A advertência de Roberto Cardoso de Oliveira encaixa-se perfeitamente neste posicionamento equivocado: "Ao fim dessas considerações, chega-se à conclusão de que a posição do índio na sociedade inclusiva, mesmo nos seus setores mais responsáveis, administrativamente falando, em nada lhe é favorável. A sua 'representação étnica' na consciência nacional continuará a ser estereotipada, pelo menos enquanto não penetrar nas escolas e na imprensa, saindo dos limites dos museus e dos cursos especializados.". [12]

Na verdade, a cultura diferenciada dos grupos indígenas, assegurada e reconhecida pelo texto constitucional, não se confunde com hipossuficiência ou pobreza. Ou mesmo com "rudeza" e "primitivismo". O que deve perseverar nas interpretações que se faz, da competência federal ou estadual no julgamento destas demandas, é a indagação concernente à influência ou não dos elementos culturais, transformados em direito pelo Legislador Originário, na configuração da lide. Carlos Frederico Marés retrata bem essa situação:

> O Estado, deste modo, apesar de suas Leis, tem tido uma dramática, cruel e genocida política em relação aos índios, mas tem apresentado um discurso pluralista, liberal e democrático, elevando à categoria de sistema um direito envergonhado, que liberta os índios da escravidão e permite que o intérprete leia a aplicação da tutela orfanológica, tratamento diferenciado na aplicação e execução da pena, e o julgador entenda como reconhecimento de inferioridade étnica e um estímulo à integração.[13]

[12] OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **A sociologia do Brasil indígena**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro e UNB, 1978, p. 74.

[13] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 117.

De certa forma, perdura até hoje o desejo de existir uma sociedade monocultural, desprezando-se a riqueza cultural de outras comunidades humanas que não seja a ocidental.[14]As culturas diferenciadas acabam por serem caracterizadas por culturas empobrecidas, utilizando-se até mesmo o discurso da desigualdade, de forma equivocada, para legitimar uma cultura de "desigualização". Fábio Konder Comparato também leciona desta forma: "O pecado capital contra a dignidade humana consiste, justamente, em considerar e tratar o outro – um indivíduo, uma classe social, um povo – como um ser inferior, sob pretexto da diferença de etnia, gênero, costumes ou fortuna patrimonial. Algumas diferenças humanas, aliás, não são deficiências, mas, bem ao contrário, fontes de valores positivos e, como tal, devem ser protegidas e estimuladas.".[15]

No caso sob exame depreende-se que, provavelmente, as comunidades indígenas extorquidas não tinham a exata compreensão de seus direitos previdenciários. No entanto, a ausência de tal conhecimento não se relaciona com ausência de inteligência. Demonstra talvez a ausência de um conhecimento que não faz parte da cultura indígena. Como assinala Pierre Clastres, as diferentes técnicas empregadas pelas sociedades não podem ser comparadas, eis que são adequadas para as necessidades existentes. Vale a pena transcrever o texto:

---

[14] María Lugones e Joshua Price, educadores no Novo México, sintetizam bem essa questão em seu texto Dominant Culture: *El deseo por un alma pobre* (The desire for an impoverished soul): "*The dominant culture in a society is not just the mainstream culture, the one that happens to inform the institutions of that society. 'Mainstream' does not capture the most important aspects of the meaning of dominant culture. The process through which a culture's rules and values come to inform the institucional structure of the society is what marks it as dominant. That process involves the erasure of other cultures and their concomitant reduction to ornaments: it is a process of domination*. El deseo por la monocultura es un deseo de tener un alma pobre.". (A cultura dominante não é justamente a cultura principal, a única de todas a instruir as instituições desta sociedade. "Principal" não é a captura dos mais importantes aspectos do significado da cultura dominante. O processo através do qual as regras e valores culturais vêm instruir a estrutura institucional da sociedade é o que marca esta dominação. Este processo envolve a eliminação de outras culturas e sua concomitante redução em ornamento: isto é o processo de dominação. O desejo por uma monocultura é um desejo de ter uma cultura pobre.) (In: **Multiculturalism from the margins: non-dominant voices on difference and diversity**. Westport: Bergin & Garvey, 1995, p. 104)

[15] COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 212.

> O que ocorre na realidade? Se entendemos por técnica o conjunto dos processos de que se munem os homens, não para assegurarem o domínio absoluto da natureza (isso só vale para o nosso mundo e seu insano projeto cartesiano cujas consequências mal começamos a medir), mas para garantir um domínio do meio natural adaptado e relativo às suas necessidades, então não mais podemos falar em inferioridade técnica das sociedades primitivas: elas demonstram uma capacidade de satisfazer suas necessidades pelo menos igual àquela de que se orgulha a sociedade industrial e técnica. Isso equivale a dizer que todo grupo humano chega a exercer, pela força, o mínimo necessário de dominação sobre o meio que ocupa. Até agora não se tem conhecimento de nenhuma sociedade que se haja estabelecido, salvo por meio de coação e violência exterior, sobre um espaço natural impossível de dominar: ou ela desaparece ou muda de território.

E continua:

> Não existe, portanto, hierarquia no campo da técnica, nem tecnologia superior ou inferior; só se pode medir um equipamento tecnológico pela sua capacidade de satisfazer, num determinado meio, as necessidades da sociedade. E, sob esse ponto de vista, não parece de forma alguma que as sociedades primitivas se mostraram incapazes de se proporcionar os meios de realizar esse fim.[16]

É notório o fato de que as sociedades indígenas são originariamente, em sua totalidade, ágrafas. Ora, o manuseio de documentos escritos para quem não domina esta tecnologia se torna mais difícil. E não é por ausência de inteligência, ou "primitivismo". É porque não faz parte da cultura dos índios lidar com documentos. Portanto, o problema é cultural. E, se é cultural, faz parte dos direitos indígenas reconhecidos e assegurados pela Constituição. E, se faz parte dos direitos indígenas, então a competência

[16] CLASTRES, Pierre. **A Sociedade contra o Estado. Pesquisas de Antropologia Política**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990, p. 133-134.

para o julgamento é exclusiva da Justiça Federal, como estabelece o artigo 109, inciso XI, da Carta Maior.

Um laudo antropológico poderia explanar melhor estas assertivas. As questões judiciais que envolvem indígenas carecem deste suporte técnico.

Cumpre ressaltar que a miserabilidade que atinge as comunidades indígenas também deve ser levada em consideração. Mas não é o fato preponderante para a declinação de competência. No entanto, deve-se salientar que uma das características, infelizmente, apontadas por Ian Brownlie para caracterizar alguns povos indígenas seria a hipossuficiência econômica. "Uma característica particular de certas classes de culturas tradicionais é a vulnerabilidade em face do individualismo econômico e pressões empresariais."[17], afirma Brownlie. Elemento este, a vulnerabilidade, não levado em consideração pelas Nações Unidas.

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, julgando *Habeas Corpus* impetrado contra a decisão supratranscrita, emanada do egrégio Tribunal da 4ª Região, concedeu a ordem, anulando o processo desde a peça vestibular acusatória. Um dos escassos argumentos esgrimidos pelo Ministro Relator do processo, Fernando Gonçalves, foi o de que por "disciplina intelectual" o Tribunal impetrado deveria "acatar" a Súmula nº 140 anteriormente reproduzida. Vale a pena transcrever a lição do ilustre Carlos Frederico Marés de Souza Filho:

> Na raiz desta visão que não ler o que a Lei diz, está a ideologia integracionista, à qual se filiaram sempre o Direito e o Estado brasileiros, como consequência do pensamento dominante. Exatamente por isso é tão difícil para comentaristas e juízes entenderem porque os índios devem ter regalias apenas porque são índios. Na visão dominante, a única justificativa para atenuar as penas e

[17] ("*A particular characteristic of certain types of traditional aboriginal culture is its vulnerability in the face of economic individualism and entrepreneurial pressures*."). BROWNLIE, Ian. "Indigenous Peoples: a relevant concept?" In: **Treaties and indigenous peoples**. Oxford: Clarendon, 1992, p. 61.

> minorar os efeitos de sua aplicação aos índios, é o fato de que eles teriam um entendimento incompleto do caráter delituoso, por falta de compreensão das regras sociais e, numa visão que chega ao limite do racismo, por inferioridade ética ou mental. A ideologia dominante não consegue entender que os índios pertencem a outra sociedade, cultural e organizativamente diferenciada, de tal forma que o tipo de pena e a forma de seu cumprimento devem ser também diferenciados. É isto que pretende dizer o Estatuto do Índio, jamais entendido. Ainda mais clara que o Estatuto, talvez porque mais recente, a Constituição Federal de 1988 reconhece esta diferença.[18]

Se a Justiça Federal é competente para processar as questões que envolvem indígenas, é porque existe uma realidade amparada na diferença cultural das comunidades etnicamente distintas. Não se trata, como afirma Carlos Frederico Marés de Souza Filho, de regalia, mas sim de tratamento adequado, especializado, conferido constitucionalmente à Justiça Federal.

6.3. A vida como resposta processual

O Supremo Tribunal, por sua vez, vinha afirmando, até o julgamento do *Habeas Corpus* nº 75.404 referente ao "Caso Galdino", como veremos no capítulo seguinte, que a Justiça Federal é competente para todas as ações que envolvam "direitos indígenas", seja na órbita civil seja na criminal. Afirmava a Suprema Corte que o texto constitucional não é limitativo, deixando claro que para qualquer disputa (processo judicial, *latu sensu*) que se refira a um único índio ou a vários, ou mesmo a uma comunidade indígena, competente é a Justiça Federal. O Subprocurador-geral da República Cláudio Lemos Fonteles expediu o seguinte entendimento:

> Ora, como dissemos antes, porque o artigo 231, caput, da Constituição Federal 'impõe à União o dever de preservar as populações indígenas, preservando,

[18] SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 117.

> sem ordem de preferência, mas na realidade existencial do conjunto, sua cultura, sua terra, sua vida', e porque o inciso IX, do artigo 109, da mesma Carta, que o primeiro operacionaliza, marca na Justiça Federal de 1ºgrau a competência jurisdicional para as contendas sobre direitos indígenas, a Justiça Estadual não mais está legitimada a conhecer das infrações penais cometidas por, ou contra índios.[19]

Entendeu a Corte Máxima que o inciso XI em comento não restringe a espécie de "direitos indígenas" a serem objeto de apreciação e decisão por parte da Justiça Federal. Qualquer que seja o direito, no âmbito criminal ou civil, individual ou coletivamente, a competência é toda federal.

Entendeu também que o artigo 231, *caput*, quando afirma que a União Federal deve demarcar, proteger e fazer respeitar todos os bens relativos às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, não inibe, de forma alguma, o contexto dado ao inciso XI do artigo 109, já que, simplesmente, na organização político-administrativa do país, tais terras estão enquadradas como bens da União (artigo 20, inciso XI). O excelso Pretório assim se manifestava, reiteradamente, sobre a competência da Justiça Federal:

> HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. ÍNDIO. JUSTIÇA ESTADUAL. INCOMPETÊNCIA. ARTIGO 109-XI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
> Caso em que se disputam direitos indígenas. Todos os direitos (a começar pelo direito à vida) que possa ter uma comunidade indígena ou um índio em particular estão sob a rubrica do inciso XI do artigo 109 da Constituição Federal.
> Habeas Corpus concedido para que se desloque o feito para a Justiça Federal, competente para julgar o caso.
> (HC nº71835-3, MS, Rel. Ministro Francisco Rezek, DJ Seç 1 22.11.96 45687)

> Concluído o julgamento de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal contra acórdão do TRF da 1ªRegião que afirmara a

[19] FONTELLES, Cláudio Lemos In: **Os Direitos Indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: SAFE e NDI, 1993, p. 205.

> competência da justiça estadual para julgar homicídio cometido por um índio contra outro, dentro da reserva indígena. A Turma, por maioria, entendendo que a expressão '*disputa sobre direitos indígenas*', do art.109, XI, da CF, abrange não apenas a comunidade indígena como um todo, mas também cada índio individualmente, conheceu do recurso e lhe deu provimento para reconhecer a competência da justiça federal. Vencidos os Ministros Néri da Silveira, relator, e Carlos Velloso que davam interpretação restritiva ao mencionado preceito constitucional e reconheciam a competência da justiça estadual. Precedente citado: HC 71835-MS (DJU de 22.11.96).[20]

Transcreve-se trecho do HC nº71835-3, voto do Ministro Francisco Rezek, que sintetizava o entendimento, antes pacífico, da Suprema Corte:

> O art.109, inciso XI, estabelece que 'aos juízes federais compete processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas'. Não é questão, a meu ver, de dar interpretação extensiva a esse dispositivo. É questão de lê-lo rigorosamente como nele se contém. Fala-se aqui em disputa, e todo processo judicial o é. Sobre direitos indígenas, e todos os direitos (a começar pelo direito à vida) que possa ter uma comunidade indígena ou um índio em particular estão sob essa rubrica. De tal sorte que aquilo que à primeira abordagem alguém poderia apontar como a interpretação ampliativa do inciso XI do art.109, na verdade não é mais do que uma interpretação atenta ao propósito do constituinte, mas, sobretudo, obediente à literalidade da norma, ao que significa disputa e ao que significam direitos indígenas.[21]

Equivocada se mostrava, também, esta apreciação do artigo 109 pelo Supremo Tribunal Federal. Na verdade, o direito à vida é um direito fundamental assegurado pela nossa Constituição a todas as pessoas, sem distinção. Os índios também possuem o direito à vida porque está insculpido no catálogo do artigo 5º e não porque se trata de direito indígena.

[20] RECr 192.473-RR, rel. p/ac. Min. Marco Aurélio, 4.2.97.

[21] HC 71835-MS, DJU de 22.11.96, (LEX 222, p.298).

Os direitos indígenas são aqueles previstos no artigo 231 da Carta Maior: os direitos originários, relativos às terras e os direitos aos seus costumes, crenças, tradições, línguas e organização, ou seja, o direito à diversidade cultural. Quando estes direitos não são afetados, não se estabelece a competência da Justiça Federal.

E estes direitos indígenas são conferidos a quem? Quando um índio vem a falecer são atingidos outros valores além do direito à vida? Os índios são obrigados a estarem dentro de uma Terra Indígena (Reserva como impropriamente se diz[22]) ou a conviverem em uma comunidade para serem considerados índios? Afinal, quem é o titular deste direito à diversidade cultural? Conforme anteriormente assinalado, são titulares desses direitos tanto os índios, compreendidos individualmente e coletivamente, em suas comunidades, quanto as etnias indígenas.

[22] O atual Estatuto do Índio distingue Terras Indígenas de Reservas Indígenas. Conforme o art. 26 do referido Diploma a União poderá estabelecer, em qualquer parte do território nacional, áreas destinadas à posse e ocupação pelos índios, onde possam viver e obter meios de subsistência, direitos ao usufruto e utilização das riquezas naturais dos bens nelas existentes, respeitadas as restrições legais, sendo que as áreas reservadas na forma deste artigo não se confundem com as de posse imemorial das tribos indígenas, podendo organizar-se sob a modalidade de reserva indígena; as Terras Indígenas, conforme preconiza o artigo 17, são aquelas habitadas pelos indígenas e que os mesmos detêm sua posse permanente, assemelhando-se ao disposto no texto constitucional vigente.

Capítulo 7

O índio que não é índio

Fez-se necessária uma análise da história normativo-constitucional dos dispositivos que disciplinaram a questão indígena para entender os motivos do entendimento (ou desentendimento) da Suprema Corte brasileira. Como visto, somente em 1988 ocorreu o reconhecimento da cultura indígena pelo Estado. Antes, os constituintes insistiam na tese da "incorporação" dos índios pela "sociedade nacional", ou, em outras palavras, os diferentes grupos étnicos indígenas precisavam, gradativamente, perder a sua identidade cultural e integrarem-se na cultura não-indígena, oficial. Estas teses, por mais inconstitucionais que sejam, ainda estão presentes na jurisprudência brasileira.

Como se afirmou, o direito à vida não é um direito indígena, apesar dos índios brasileiros também possuírem tal direito. Os direitos indígenas são aqueles encontrados no ***caput*** do artigo 231: os direitos originários e o direito à diversidade cultural, conforme leciona o Ministro José Néri da Silveira:

> O que são 'direitos indígenas' para a regra constitucional em exame? Penso, por primeiro, que a própria Constituição se incumbiu de estabelecer o conteúdo básico para a locução 'direitos indígenas'e o fez no art.231, quando preceituou:
> 'Art.231 – São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (...).'
> Ora, essa norma inserida no capítulo que cuida dos Índios parece dar uma definição do que constituiria aquele complexo de direitos a respeito dos quais litígio deva ser dirimido no âmbito da Justiça Federal. Trata-se de disputas

> sobre direitos indígenas, cuja matriz está no art.231, suso transcrito, com todas as compreensões que essa regra tão ampla pode admitir.[1]

É necessário, pois, que se analise com profundidade todas essas compreensões da regra que possam ser admitidas. A primeira é de que tal regra se consubstancia em um direito individual: são reconhecidos aos índios. Não são reconhecidos, originariamente, às comunidades indígenas ou aos grupos étnicos. São reconhecidos aos índios. Por extensão alcança as comunidades e os grupos étnicos, é claro. Mas os índios são os titulares indiscutíveis de tais direitos originários e à diversidade cultural.[2] A extensão às comunidades abarca direitos fundamentais de outra dimensão, *in casu*, de terceira dimensão (geração), notadamente reconhecidos como direitos sociais, econômicos e culturais, que dependem uma prestação positiva por parte do Estado, relacionadas diretamente com as políticas públicas desenvolvidas por este. Leciona Anderson Cavalcante Lobato que:

> é necessário deixar claro que a dicotomia aparente entre, por um lado, os direitos de primeira e segunda geração, isto é, direitos civis e políticos, que demandariam uma atitude abstencionista por parte do Estado – direitos de natureza negativa – ; e, por outro lado, os direitos da terceira geração, ou seja, direitos econômicos, sociais e culturais que, contrariamente, demandariam, uma atitude promotora do Estado – direitos de natureza positiva –, esta aparente antinomia pode e deve ser superada pelo reconhecimento da indivisibilidade e interdependência de todos os direitos fundamentais.[3]

---

[1] HC 71835-MS, DJU de 22.11.96, (LEX 222, p. 300-301)

[2] Além de serem titulares, obviamente, de todos os direitos concernentes aos cidadãos brasileiros. Neste sentido: "Embora cada índio seja juridicamente um cidadão brasileiro, o seu modo de pensar, de relacionar-se com o mundo, de entender-se consigo mesmo e com os outros homens, em suma, o seu modo de viver, não é determinado pelo conceito jurídico que dele faz o Estado brasileiro, mas por sua inserção numa comunidade que tem seus próprios valores, cristalizados e reproduzidos por sua ação. Portanto, à sua condição de cidadão brasileiro, se agrega outra, fruto de sua realidade social, muito mais profunda e importante para sua sobrevivência histórica: a de ser membro de uma nação indígena." (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. "A cidadania e os índios" In: **O índio e a cidadania**. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 46)

[3] LOBATO, Anderson Cavalcante. "O Reconhecimento e as Garantias Constitucionais dos Direitos Fundamentais" In: **Cadernos de Direito Constitucionais e Ciência Política**. São Paulo: Ed. RT, 1998, p. 147.

Bartolomé Clavero, em texto célebre, refere que estes direitos indígenas, na sua composição ameríndia, são basicamente legítimos por se tratarem, inicialmente, de direitos individuais. Aduz que:

> *La base constituyente debe ser el individuo, sus derechos, pero ya sabemos también que no el sujeto que se toma por tal en la cultura constitucional. Individuo no debe decir más de lo que dice, cada una de las personas vivas en el universo. Desde los comienzos del constitucionalismo, el problema ya consistía en que una figura no universal se constituía en sujeto de derechos universales, predicados e impuestos como tales. En el mismo derecho actual de los derechos humanos de escala internacional hemos detectado el problema. No es cosa lograda todavía el individuo como sujeto de derechos y fundamento así del derecho. Sobradamente hemos visto cómo há venido fungiendo por tal dentro de la cultura constitucional una categoría lastrada, no outra quizá quela que sigue solapadamente operando cuando quiere figurarse el derecho indígena como extensión de libertad individual o como cobertura social del individuo sin más cuestión, sin cuestión sobre todo de estado y de propriedad.*[4]

Outra conclusão que se impõe é de que o texto constitucional não fala em índios que vivam em terras indígenas. O reconhecimento exposto na Constituição alcança a todos os índios, sem distinção. Portanto, índios que vivem em centros urbanos ou fora das áreas indígenas, também estão abrangidos e protegidos pelo mesmo texto constitucional. Equivocado, portanto, o posicionamento do Ministro Maurício Correa exposta em seu voto no *Habeas Corpus* nº71.835-3: "também entendo que quando há disputa envolvendo índios, sobretudo índios que não são aculturados, ou mesmo aculturados, mas que vivam em reservas, a competência para decidir conflitos entre eles e até entre eles e brancos é da Justiça Federal.".[5]

---

[4] CLAVERO, Bartolomé. **Derecho Indígena y cultura constitucional en América**. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994, p. 122.

[5] HC 71835-MS, DJU de 22.11.96, (LEX 222, p.298).

Além disso, a Constituição não diferencia índios "aculturados" de "não-aculturados" e não pode o intérprete ir além do que pretende o texto constitucional.[6] Ora, a cultura não é algo estático, e este processo de perda de valores culturais ou agregação de outros é um processo que se insere em toda a realidade humana, e não só nas áreas indígenas. A sociedade brasileira vive um processo de incorporação de valores norte-americanos extremamente intensa. Nem por isso deixa de ser a sociedade brasileira. Índios que optam por alguma religião ocidental ou que se filiam a partidos políticos não deixam de ser índios. A cultura é algo dinâmico, nunca estático.

José Afonso da Silva é incisivo:

> A identidade étnica perdura nessa reprodução cultural, que não é estática; não se pode ter cultura estática. Os índios, como qualquer comunidade étnica, não param no tempo. A evolução pode ser mais rápida ou mais lenta, mas sempre haverá mudanças e, assim, a cultura indígena, como qualquer outra, é constantemente reproduzida, não igual a si mesma. Nenhuma cultura é isolada. Está sempre em contato com outras formas culturais. A reprodução cultural não destrói a identidade cultural da comunidade, identidade que se mantém em resposta a outros grupos com os quais dita comunidade interage. Eventuais transformações decorrentes do viver e do conviver das comunidades não descaracterizam a identidade cultural. Tampouco a descaracteriza a adoção de instrumentos novos ou de novos utensílios, porque são mudanças dentro da mesma identidade étnica.[7]

Afirma a antropóloga Manuela Carneiro da Cunha:

---

[6] "Nos poucos casos que chegaram aos Tribunais Superiores, porém, é pacífica a decisão de não serem aplicadas as regalias oriundas da origem étnica, com o argumento de que, nos casos concretos, os agentes já estariam suficientemente 'aculturados'. Este raciocínio revela o velho preconceito claramente estabelecido nas Leis imperiais de que o ideal para o índio é viver sob a proteção da 'justa, humana, pacífica e doce' sociedade brasileira. Quer dizer, o índio, na medida em que vai conhecendo a 'civilização', a 'cultura', vai dela se abeberando e se transformando em um civilizado, deixando, por isso de ser índio.". (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. "O direito envergonhado: o direito e os índios no Brasil" In: **Índios no Brasil**. Brasília: Ministério da Educação e Desporto, 1994, p. 165)

[7] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 725.

> Para estabelecer a inadequação desses pressupostos, bastará lembrar o seguinte: se, para identificarmos um grupo étnico, recorrêssemos aos traços culturais que ele exige – língua, religião, técnicas etc. – nem sequer poderíamos afirmar que um povo qualquer é o mesmo grupo que seus antepassados. Nós não temos forçosamente as mesmas técnicas, nem os valores dos nossos antepassados. A língua que hoje falamos diverge significativamente daquela que eles falavam. Uma Segunda objeção deriva de que um mesmo grupo étnico exibirá traços culturais diferentes conforme a situação ecológica e social em que se encontra, adaptando-se às condições naturais e às oportunidades sociais que provêm da interação com outros grupos, sem, no entanto, perder com isso sua identidade própria.

E, mais adiante:

> Em suma, traços culturais poderão variar no tempo e no espaço, como de fato variam, sem que isso afete a identidade do grupo. Essa perspectiva está, assim, em consonância com a que percebe a cultura como algo essencialmente dinâmico e perpetuamente reelaborado. A cultura, portanto, ao invés de ser o pressuposto de um grupo étnico, é de certa maneira produto deste.[8]

Neste mesmo sentido João Pacheco de Oliveira:

> A etnicidade supõe necessariamente uma trajetória (que é histórica e determinada por múltiplos fatores) e uma origem (que é uma experiência primária, individual, mas que também está traduzida em saberes e narrativas aos quais vem a se acoplar). O que seria próprio das identidades étnicas é que nelas a atualização histórica não anula o sentimento de referência à origem, mas até mesmo o reforça. É da resolução simbólica e coletiva dessa contradição que decorre a força política e emocional da etnicidade.[9]

---

[8] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os Direitos do Índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 24-25.

[9] OLIVEIRA, João Pacheco de. **A viagem de volta. Etnicidade, política e reelaboração cultural no Nordeste Indígena**. Rio de Janeiro: Contracapa, 1999, p .30. Ainda, neste mesmo sentido: "*In the same vein, cultural characteristics, such as language, religion, customs, can vary in relation to time, space and, to some extent, by economical and political activities or by ecological circumstances, without impinging upon the internal identity of an*

O processo de "incorporação" referido nos capítulos iniciais deste trabalho culminou com a incompreensão do Estado brasileiro em relação aos valores culturais de muitos grupos étnicos, pelo menos os que sobreviveram ao extermínio em massa, às doenças, à devastação do meio ambiente. Não poderia o texto constitucional de 1988 que pretendeu romper com este processo afirmar que os índios rotulados de "aculturados" - em que um dos grandes culpados, senão o maior, pela incompreensão deste problema é justamente o Estado brasileiro - não teriam o reconhecimento estendido a todos os grupos étnicos indígenas do nosso país. Conforme adverte Terence Turner: "A partir do momento em que os povos nativos assumem uma nova importância política e teórica ao falar em seu próprio nome, como pessoas e agentes mais que como vítimas, é fundamental compreender seus padrões ideológicos e suas formas de ação coletiva. As sociedades e culturas indígenas começaram a surgir, finalmente, como fatores significativos em situações interétnicas.". [10] Um dos grandes problemas é que os juristas ainda estão amarrados a estes preconceitos, enraizados na sociedade em que vivemos. Diz Gadamer:

> A tarefa hermenêutica se converte por si mesma num questionamento pautado da coisa, e já se encontra sempre determinada por este. Com isso o empreendimento hermenêutico ganha um solo firme sob seus pés. Aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à casualidade de suas opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e consequentemente possível a opinião do texto – até que este, finalmente, já não possa ser ouvido e perca

indigenous group. In other words, culture is not static. For instance, language, customs, behaviour are always changing in a dynamic process.". (Nesta mesma linha, características culturais, com linguagem, religião, customes, podem modificar em relação ao tempo, espaço, e, de forma mais extensa, por atividades políticas e econômicas ou circunstâncias ecológicas, sem colidir com a identidade interna do grupo indígena. Em outras palavras, a cultura não é estática. Por exemplo, língua, costumes, condutas estão constantemente mudando em um processo dinâmico.) (Rios, Aurélio Virgílio da Veiga. **Legal aspects of the presence of traditional peoples on protected areas**: The Guarany/Mbya case. Dissertação apresentada na Universidade de Bristol, Inglaterra, 1997, p. 09)

[10] TURNER, Terence. "De cosmologia a história: resistência, adaptação e consciência social entre os Kayapó" In: **Amazônia: etnologia e história indígena**. São Paulo: NHII-USP e FAPESP, 1993, p. 44.

> sua suposta compreensão. Quem quer compreender um texto, em princípio, deve estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si.[11]

O que o texto constitucional quer dizer é que os índios são titulares do direito à diversidade cultural, do direito às suas tradições, crenças, costumes e línguas. O texto fala do índio-indivíduo e não do índio-grupo étnico. É uma compreensão pluriétnica do nosso Parlamentar Originário que se estende ao grupo étnico como um todo, mas não se confunde com este. E este direito, à diversidade cultural, não foi conquistado "somente para inglês ver", como anota, ironicamente, Robert Shirley.[12]

O texto constitucional também não vincula o reconhecimento à diversidade cultural indígena à terra indígena. Os direitos originários inclusive estão separados, apesar de estarem explicitados no mesmo artigo. Pode-se até tecer um quadro comparativo: na primeira parte deste trabalho, demonstrou-se que as legislações coloniais e imperiais procuravam delimitar os territórios onde viviam as comunidades indígenas, possibilitando e potencializando o processo de catequização e desvalorização da cultura.

Como é que se quer, atualmente, fazer uma exegese idêntica? Limitar a concepção dos índios aos seus contornos territoriais e geográficos pode

---

[11] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 405.

[12] "Do ponto de vista da ciência jurídica pura e da lógica técnica no elaborar as Leis, o Brasil pode ser considerado um país desenvolvido. É na aplicação das Leis, entretanto, que surgem os problemas; na divisão nítida entre a teoria e a prática, que permitiu que a forte tendência liberal na filosofia jurídica brasileira (a crença na democracia, os direitos humanos básicos, a remuneração adequada para o trabalho, etc.) existisse lado a lado com uma das mais elitistas e estratificadas sociedades de classe do mundo. Algumas Leis no Brasil são escritas para atingir o objetivo tencionado pelo legislador ou pelo governo, e para fazer cumpri-las é montado um sistema de aplicação de Leis adequado. Outras são escritas para atingir o objetivo tencionado pelo legislador ou pelo governo, e para fazer cumpri-las é montado um sistema de aplicação de Leis adequado. Outras são escritas com fins de propaganda, para satisfazer oficialmente a alguns grupos de interesses; 'para inglês ver', como diz o velho ditado. Neste caso, não há providências para a execução da Lei, e esta simplesmente não surtirá efeito ou, no máximo, somente sobre uma pequena minoria da população. Contudo, outras Leis são aprovadas mesmo sabendo-se que na situação brasileira e com o sistema jurídico existente terão um resultado bem diferente daquele determinado. Essa lacuna entre o direito formal e o aplicado é real em todos os países, mas no Brasil alcançou proporções quase surrealistas. Os brasileiros simplesmente não acreditam na Lei.". (SHIRLEY, Robert. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 89)

ter o mesmo significado: o aprisionamento dos índios para facilitar o trabalho de incorporação dos mesmos à "sociedade nacional". O texto constitucional não exige que o índio use cocar e pinturas no corpo para ter o direito reconhecido no artigo 231. Simplesmente, e a clareza é solar, reconhece o direito que todo o indivíduo indígena tem de possuir suas próprias tradições, crenças e costumes. E de que essa diversidade cultural, muito mais do que reconhecida pelo ordenamento jurídico, está presente na própria individualidade, personalidade, identidade de cada índio brasileiro.[13] Continua Hans-Georg Gadamer:

> Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem 'neutralidade' com relação à coisa nem tampouco autoanulamento, mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar sua verdade com as próprias opiniões prévias.[14]

A imagem que se tem do índio é uma imagem deturpada.[15] Se o índio passa a se vestir como um branco deixa de ser índio. Se o índio viaja para fora da aldeia deixa de ser índio. Se dorme em uma rodoviária para se

---

[13] Nesse mesmo sentido: "Os povos que permaneceram confinados em pequenas áreas têm hoje a sensação clara de ter sido fraudados. Embora com uma relação longa e próxima com a sociedade nacional, não foram jamais integrados como indivíduos, porque, apesar de usar roupas, sapatos e relógios, continuam a ser índios, com tradições, usos, costumes, crenças e língua próprios; continuam sendo povos, vivendo coletivamente e obedecendo às regras de seu grupo, mas perderam o território original.". (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. "O direito de ser povo.". **Folha de São Paulo**, 11/04/2000, p. 09)

[14] GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Vozes, 1998, p. 405.

[15] "[...] a riquíssima diversidade cultural dos índios no Brasil não foi ainda entendida pela sociedade brasileira. O próprio termo índio, genérico, insinua que todos estes povos são iguais. O senso comum acha que todos têm uma mesma cultura, língua, religião, hábitos e relações jurídicas civis e de família. Esta falsa ideia é disseminada nas escolas através dos livros didáticos, que não raras vezes misturam os índios brasileiros, seus costumes, com os índios norte-americanos que aparecem, também estereotipados, nos filmes do velho oeste.". (SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. **O renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1999, p. 38)

proteger do frio, deixa de ser índio. Passa a ser branco, mendigo, qualquer coisa. Menos índio.

7.1. As raízes constitucionais da atual hermenêutica

O sistema anterior ao advento da atual Constituição estabelecia a incorporação, integração, assimilação dos índios pela sociedade nacional. Um dispositivo racista e preconceituoso. Os índios foram obrigados, na maioria das vezes de forma extremamente violenta, a abandonar ou escamotear suas tradições, crenças e costumes.

Agora, pergunta-se: por culpa deste processo não podem mais ter o reconhecimento exposto no artigo 231? Justamente este artigo que veio tentar corrigir o posicionamento anterior?

Tentou, mas ainda não conseguiu com total êxito, visto que a jurisprudência atual do Supremo Tribunal[16] vai em sentido contrário ao estampado no texto. Assim leciona Lênio Streck: "O intérprete não pode captar o conteúdo da norma desde o ponto de vista quase arquimédico situado fora da existência histórica, *senão unicamente desde a concreta situação histórica na qual se encontra,* cuja elaboração (maturidade) conformou seus hábitos mentais, condicionando seus conhecimentos e seus pré-juízos.".[17] Além disso, os diferentes grupos étnicos vão agregando valores de outras culturas, sem que isso implique, necessariamente, no "aculturamento", ou que se possa utilizar de posições maniqueístas tais como "aculturados" e "não-aculturados", como fez o Supremo Tribunal. Em sociedades pluriétnicas como a nossa, o inter-relacionamento é

[16] E mesmo em países onde a população indígena é bem maior, como no México, a atividade jurisdicional não tem sendo adequada à realidade sócio-cultural dos grupos étnicos. María Martinez refere que: "*Existe todo um soporte histórico, antropológico y sociológico que determina la situación cultural, educativa, social, econômica de los 56 grupos étnicos asentados em nuestro territorio pero, no obstante este soporte, los operadores jurídicos parecen ignorar el peso de la realidad mexicana: su multietnicidad, heterogeneidad cultural y linguística.*" (MARTÍNEZ, María del Pilar Hernández. "Del acceso a la justicia de los grupos étnicos" In: **Derechos contemporáneos de los Pueblos Indios Justicia y Derechos étnicos em México**. México: UNAM, 1992, p. 63)

[17] STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 189.

inevitável e representa, também, uma faceta do direito à diversidade cultural. Jesús Prieto de Pedro afirma que: "*El principio de pluralismo cultural se sustenta en dos presupuestos: que la diversidad cultural es un hecho natural, una tendencia espontánea de los grupos humanos, y, como tal, un valor, y que la personalidad de los individuos no se desenvuelve aisladamente, sino al calor de ambientes y contextos culturales determinados*.". [18]

A interpretação do texto deve se voltar para uma compreensão do conteúdo da norma a ser concretizada, atividade esta que não pode estar dissociada das pré-compreensões que possui o intérprete ou dos referentes ao problema concreto que precisa resolver. A atividade hermenêutica adquire dimensões de um processo extraordinariamente complexo que envolve o ser, e sua compreensão do mundo, e o próprio objeto de cognição, interconectados. O início da empreitada hermenêutica constitucional deve ser, portanto, a própria Constituição, ou, conforme as palavras de Canotilho: "o debate sobre a Constituição e a Lei é indissociável da 'pré-compreensão da constituição'", [19] sem abstrair os conteúdos cultural e histórico presentes. O que sobressai aos olhos é que o direito à diversidade cultural é inerente a cada índio e é o direito indígena referido pelo Supremo Tribunal. E nem poderia ser diferente porque está assegurado na nossa Constituição. Isto significa que qualquer relação que possa ter um índio, com quem quer que seja, pode vir a afetar este direito indígena. Fica mais claro ao exemplificar tal entendimento: qual a repercussão que tem o falecimento de um índio para o seu grupo étnico ou para seu grupo parental? Afeta suas crenças, tradições e costumes? Qual o significado

[18] PEDRO, Jesus Prieto de. **Cultura, culturas y Constitucion**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995, p. 104.

[19] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 12.

religioso, cultural enfim, da morte para um determinado grupo étnico? Ou para o próprio indivíduo?

Talvez somente antropólogos possam responder a tais perguntas. Por que? Porque é necessária uma análise da complexidade do ambiente sócio-cultural em que vivia o índio para ter clareza nestas respostas.[20]A diversidade cultural, costumes, tradições, crenças, línguas e organização social restam afetadas em situações similares às exemplificadas? Por certo que sim. As repercussões e consequências podem ser examinadas pelos antropólogos, assim como é necessário, *mutatis mutandis*, um perito contábil para examinar um orçamento de uma empresa.

Os juízes utilizam peritos contábeis sempre que necessário para espancar dúvidas que fogem do seu conhecimento jurídico. É afetada a diversidade cultural quando ocorre um falecimento de um índio? Diversidade cultural esta que é, conforme entendimento jurisprudencial da Suprema Corte brasileira, direito indígena explicitado no artigo 231? Talvez. De que forma? Um profundo estudo antropológico poderá dizer. E não é somente em relação às terras que deverá ocorrer tal exame. Nas disputas judiciais que envolve os "elementos da cultura indígena", conforme afirma a jurisprudência, deverá, de forma obrigatória, ser utilizada a pesquisa antropológica para amparar qualquer decisão. Neste sentido encontra-se o posicionamento de Bartolomé Clavero. Para o ilustre jurista, os problemas envolvendo direitos indígenas, individuais e coletivos, no âmbito de uma cultura constitucionalista, só pode ser resolvido através de uma análise antropológica. São suas palavras: "Sigue siendo la antropología quien nos aclara estas cosas.".[21]

---

[20] A antropóloga Sylvia Caiuby Novaes relata situação em que foi nomeada para emitir laudo direcionado a determinar se um indivíduo da etnia Terena era ou não índio, no contexto estabelecido pela legislação constitucional anterior. Ver CAIUBY, Sylvia. "Laudos Antropológicos: Algumas Questões e Inquietações" In: **A perícia antropológica em processos judiciais**. Florianópolis: ABA, CPI/SP e UFSC, 1994, p. 67-70.

[21] CLAVERO, Bartolomé. **Derecho Indígena y cultura constitucional en América**. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994, p. 155. E, no mesmo sentido, Aracy Lopes da Silva: "A antropologia é a única disciplina plenamente capacitada para a

No entanto, é necessário fazer-se ressalvas à amplitude da atividade antropológica nos trabalhos técnicos requisitados pelo Poder Judicial, como anota João Pacheco de Oliveira:

> O antropólogo dispõe de competência para – ou mesmo lhe é eticamente facultado – dizer se tal ou qual indivíduo é (ou não) membro de um dado grupo étnico? Ou ainda, o antropólogo pode efetivamente assegurar que um determinado grupo humano é (ou não) indígena, isto é, mantém relações de continuidade com populações pré-colombianas? E por fim, pode o antropólogo estabelecer, tendo em vista tal grupo étnico, qual é precisamente o território que lhe corresponde?
>
> Estas são questões muito complexas do ponto de vista antropológico, mas para as quais juízes, procuradores e advogados aguardam respostas precisas. É por isso que qualificam como *perícia* as investigações (que os antropólogos chamariam de *pesquisa*) empreendidas para a elaboração de um *laudo*, ao qual é atribuído um elevado grau de exatidão técnico-científica. A comparação, algumas vezes lembrada, com a chamada *perícia de paternidade*, feita através do exame de DNA, é totalmente deslocada e assustadora.[22]

Se seguirmos por outra linha, de que os direitos indígenas podem ser visualizados simplesmente sob o prisma jurídico, desconsiderados elementos de ordem antropológica, podemos tornar o artigo 231, pelo menos no tocante à garantia da diversidade cultural, uma fórmula vã e inconsequente.

---

apreensão da realidade dos povos indígenas por havê-los escolhido como seu objeto por excelência, desde que se constituiu como disciplina." (Silva, Aracy Lopes da. "Há antropologia nos laudos antropológicos?" In: **A perícia antropológica em processos judiciais**. Florianópolis: ABA, CPI/SP e UFSC, 1994, p. 64)

[22] OLIVEIRA, José Pacheco de. "Os instrumentos de bordo: expectativas e possibilidades do trabalho do antropólogo em laudos periciais" In: **Indigenismo e territorialização**: Poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Contracapa, 1998. p. 270. E, neste mesmo sentido: "O Direito enquanto Ciência e mais especificamente a Ciência do Direito Constituicional, devem ser compreendidas enquanto desentronizadas de uma unidade científica, mas como detentores de sinais diacríticos específicos em relação à Antropologia, História e Sociologia, dentro outras. Nestas ciências sociais, prepondera a responsabilidade para com a descrição realizada com fidedignidade sobre os grupos ou aspectos estudados em uma época ou sociedade nos quais muitas questões podem permanecer em aberto. Naquelas, de cunho jurídico entretanto, indaga-se ao jurista, além das circunstâncias fáticas, sobre soluções pertinentes ao caso concreto. O Jurista está assim, às voltas com o interminável problema de fornecer respostas aos casos concretos.". (SILVA, Dimas Salustiano da. **Constituição democrática e diferença étnica no Brasil contemporâneo**: um exercício constitucional-concretista face o problema do acesso à terra pelas comunidades negras remanescentes de quilombos. Dissertação aprovada pela UFPR, 1996, p. 156)

O caso Galdino nos oferece farto material sobre a questão do posicionamento do Supremo em relação à questão indígena. No dia 20 de abril de 1997, o indígena da etnia Pataxó Galdino Jesus dos Santos foi assassinado por jovens em Brasília, de um modo exacerbadamente violento: dormindo em um abrigo para pedestres, o índio foi queimado vivo.

Posteriormente, ocorreu um intenso debate judicial sobre a questão da competência para julgar o crime: se federal ou estadual. Em voto encabeçado pelo Ministro Maurício Corrêa, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser a competência da Justiça Estadual: "2. O inciso XI do artigo 109 confere competência à Justiça Federal para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas, os quais são aqueles indicados no art. 231 da Constituição, abrangendo os elementos da cultura e os direitos sobre terras, não alcançando delitos isolados praticados sem qualquer envolvimento com a comunidade indígena.".[23]

Para o Ministro Maurício Corrêa os direitos indígenas são aqueles compreendidos no *caput do* artigo 231 da Constituição Federal. São direitos relativos à "questões ligadas aos elementos da cultura indígena e aos direitos sobre terras."

Nesta linha de raciocínio, a Justiça Federal não seria competente para julgar a disputa, a lide, a contenda, visto que não se tratava, o caso, de processo que envolvesse direitos indígenas, na concepção do Supremo Tribunal. Para o referido ministro, a competência da Justiça Federal somente aconteceria quando da ocorrência de genocídio[24], da disputa de terras entre índios ou entre índios e não-índios, quando praticado em reserva indígena, ou, ainda, decorrente de conflito relativo a questões indígenas.

[23] HC nº75.404-o DF.

[24] Crime contra um grupo étnico na disputa de terras praticado dentro de reserva indígena, RE nº179,485-2-AM, Rel.Min. Marco Aurélio, DJU de 10.11.1995.

No capítulo anterior, tivemos a oportunidade de observar que no *Habeas Corpus* nº 71.835-3 o mesmo Ministro Maurício Corrêa pregava ser a Justiça Federal competente para o julgamento de homicídio ocorrido dentro de Reserva Indígena, onde vítima e homicida eram índios. Pois bem.

Como já afirmado, o delito em questão não precisa ser praticado dentro de Terra Indígena. E isso porque, se identificado o artigo 231 como sendo a norma que determina quais são os direitos indígenas, como fez o Ministro Corrêa, então deve dar-se interpretação adequada ao texto. O reconhecimento foi conferido aos índios, independentemente do lugar onde estejam vivendo. A Terra Indígena não é uma prisão, mas sim objeto dos direitos originários estabelecidos pelo Constituinte. O índio pode sair e entrar em uma Terra Indígena sem perder a sua identidade cultural.

O julgamento anterior, *Habeas Corpus* nº 71.835-3, nada referia a respeito de disputa sobre terras. Simplesmente era um homicídio praticado por índio contra outro índio, dentro de área indígena. Logo, os direitos indígenas afetados eram outros, os direitos "ligados aos elementos da cultura indígena", o direito à diversidade cultural.

A morte de um indígena, qualquer indígena, pode acarretar transformações na vida cultural de uma comunidade indígena. E, ressalte-se novamente: o texto do artigo 231 reconhece aos índios-indivíduos o direito à sua organização social, crenças, costumes, etc., independentemente do lugar onde estão vivendo. Estudos antropológicos poderão tornar mais clara a situação.

Em outra situação, no *Habeas Corpus* nº 79.530-7, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, o famoso caso de Bênkaroty Kayapó (Paulinho Payakan), foi decidido por unanimidade pela Segunda Turma que era desnecessária qualquer perícia antropológica, eis que o Juiz Monocrático já havia verificado ser o indígena em questão "integrado à civilização", "integrado à comunhão nacional". Por que? Porque o índio em questão era

funcionário da FUNAI, residia na cidade em imóvel por ele adquirido, falava português, possuía conta corrente bancária, habilitação para dirigir veículos automotores e, ainda, possuía empresa de comércio de exportação de óleo de castanha para a Inglaterra. Sendo assim, não era índio. Em outras palavras, o índio que quer ter um carro deve estar preparado para perder a sua identidade cultural. Se quiser se tornar funcionário público, deve ter consciência que este processo o desligará de sua cultura. Isso é inadmissível. É inadmissível porque não possui suporte científico nenhum. Muito menos jurídico. A cultura é dinâmica. Não é estática. Novamente o índio é visualizado como não-integrado a cultura não-indígena. No momento que passa a usufruir de bens ou produtos relacionados com a cultura não-indígena, deixa de ser índio. Passa a estar "integrado" à cultura não-indígena. Diante do novo texto constitucional, tal presunção não pode mais subsistir. A cultura indígena é reconhecida pelo texto constitucional como integrante do Estado brasileiro, respeitada suas diferenças culturais. Não pode ser concebido o inverso: os índios, pertencentes a uma sociedade não-integrada, estão fora do Estado, se integrando no instante que "deixam" seus "hábitos tradicionais". A sociedade indígena, com todas as suas diferenças culturais, é reconhecida na sua integralidade pelo texto constitucional e pelo Estado brasileiro.

Qual a análise que fez a Suprema Corte sobre as tradições do grupo étnico a que pertencia o réu? Como se pode esperar que o Tribunal decida sobre a etnicidade de alguém, se nem ao menos indagou sobre a realidade sociocultural que o envolvia? De certa forma, os índios são tratados como no início da colonização: uma categoria humana única e homogênea.[25]

[25] Conforme assinala John Gledhill, professor de Antropologia da Universidade de Manchester: "*The category 'indio' was a label originally imposed by colonisers, with negative connotations which the term 'indígena' (original inhabitants of a territory) sought to transcend. Indigenous peoples continued to divide themselves into distinct ethnic groups (etnias) and in many contexts, more local, community identities took precedente over feelings of inclusion in broader ethnic categories*.". (A categoria "índio" era um rótulo originalmente imposto pelos colonizadores, com uma conotação negativa que o termo "indígena" (habitante original do território) procurava transcender. Povos indígenas

O que impressiona neste julgado é que ele é datado de 19 de dezembro de 1999, passados onze anos da promulgação da Constituição vigente, e possuindo em seu texto referências à integração dos índios na comunhão nacional. Não custa lembrar que o processo integracionista foi abolido pela Constituição. E "figuras" como índio integrado ou não integrado não deveriam mais existir.

A própria situação geográfica do capítulo dos Índios na Constituição brasileira traduz tremendo equívoco. A Ordem Social, título VIII da Carta Maior, dispõe sobre os direitos sociais, tendo como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça social. O ordenamento social, que disciplina os direitos sociais positivados constitucionalmente, diz respeito a aspectos relevantes para as etnias indígenas, correspondentes às políticas públicas que devem ser concretizadas em benefício destas, mas que não formam a essência dos dispositivos que regem a matéria indígena na Constituição.

Nesse sentido leciona José Afonso da Silva:

> Mas é preciso convir que o título da ordem social misturou assuntos que não se afinam com essa natureza. Jogaram-se aqui algumas matérias que não têm um conteúdo típico de ordem social. Ciência e tecnologia e meio ambiente só entram no conceito de ordem social, tomada essa expressão em sentido bastante alargado. Mesmo no sentido muito amplo, é difícil encaixar a matéria relativa aos índios no seu conceito.[26]

Deveria existir um título à parte para estruturar a questão indígena no plano constitucional. A justiça social diz respeito à concretude das políticas públicas. A justiça social é a construção de políticas públicas que

continuam divididos em distintos grupos étnicos (etnias) e em muitos contextos, mais localizadas, suas identidades comunitárias estão inseridas sobre sentimentos de inclusão em amplos grupos étnicos.) (GLEDHILL, John. "Liberalism, socio-economic rights and the politics of identity: from moral economy to indigenous rights" In: **Human Rights, culture & context**: anthropological perspectives. Bristol: Pluto, 1997, p. 92)

[26] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 706.

garantam a igualdade. Essas políticas, que dizem respeito aos direitos sociais, que, por sua vez, dizem respeito a prestações positivas por parte do Estado, com tonalidade diferenciada quando tratam de minorias étnicas, são essenciais para a consolidação dos direitos de primeira dimensão, como é o caso dos direitos à diversidade cultural. Mas não se confundem com estes.

7.2. O índio-indivíduo como sujeito de direitos

Existem mais elementos que podem desnudar os motivos do entendimento adotado pela Suprema Corte brasileira, além da cultura histórica que se desenvolveu e que é relativa à integração dos índios à "sociedade nacional".

Quando o Ministro Maurício Corrêa, em seu voto, refere os direitos indígenas como sendo aqueles ligados aos elementos da cultura indígena e aos vinculados às terras tradicionalmente ocupadas, aponta mais um dado: esses direitos precisam possuir algum envolvimento com a comunidade indígena.

Interessante frisar, mais uma vez, que o artigo 231 reconhece ao indivíduo indígena, e por extensão aos grupos étnicos, os direitos indígenas, à diversidade cultural e originários, sem sequer referir o termo “comunidade”.

Então, quais são os motivos que levam ao posicionamento supracitado, a exigência de um envolvimento com a comunidade indígena? A resposta pode estar no Estatuto do Índio, Lei 6001/73. Tal diploma legal conceitua índio, artigo 3°, inciso I, como sendo “todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”.

Necessário se faz retornar agora para a análise referente a exigibilidade de envolvimento com a comunidade. Para a Lei nº 6001, portanto, o

indivíduo, para ser considerado índio, necessita ser identificado como pertencente a um grupo étnico. Sobre tal dispositivo, anterior ao advento da atual Constituição, assim se manifesta a antropóloga Manuela Carneiro da Cunha:

> Isso significa que dos três critérios incluídos na definição legal de índio apenas o da identificação por si mesmo e pelos outros é estritamente correto do ponto de vista antropológico: ele engloba os outros dois, na medida em que são consequência e mecanismos dele e não critérios independentes. A adoção do critério antropológico significa também que só a comunidade indígena pode decidir quem é e quem não é seu membro.[27]

E continua conceituando comunidade e índio: "Comunidades indígenas são aquelas que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude da consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas. É índio quem se considera pertencente a uma dessas comunidades e é por ela reconhecido como membro.".[28]

Nesta mesma esteira de ideias, enquadra-se o projeto de Lei nº2057/91, que entende por "índio, o indivíduo que se considera como pertencente a uma sociedade ou comunidade indígena, e é por seus membros reconhecido como tal.". Tal projeto pretende alterar o atual Estatuto do Índio.

No plano jurídico, não podemos concordar inteiramente com tal entendimento. Em primeiro lugar porque o direito à diversidade cultural é um direito individual. Para que um indivíduo se considere índio não é necessário o aval de um grupo ou de uma comunidade. O texto constitucional não vincula o reconhecimento das tradições, crenças e costumes aos grupos étnicos, mas sim aos índios.

---

[27] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os Direitos do Índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 25.

[28] CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os Direitos do Índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 26. Nesse mesmo sentido: OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Identidade, Etnia e Estrutura Social**. São Paulo: Pioneira, 1975, p. 01-02.

Em não sendo assim, tal dispositivo poderia acarretar diversos problemas. O indivíduo que se entende como índio, que tem suas crenças e tradições integradas em sua personalidade, em sua identidade, em sua vida, dependeria sempre de um reconhecimento de seu grupo.[29] E isto é inconstitucional. É inconstitucional porque tal reconhecimento foi conferido individualmente a cada índio.

No entanto, este reconhecimento, da parte do grupo, deve ser sempre analisado *cum granum salis* já que deve estar fincado em elementos da cultura indígena, a ser apurado em dados antropológicos. O reconhecimento grupal deve ser relativizado. Mas obrigatoriamente deve ser analisado. Note-se que o próprio índio pode reconhecer-se como pertencente a um determinado grupo indígena. É neste sentido, pelo menos no plano jurídico, que deve ser buscada a conceituação de índio.

José Afonso da Silva leciona neste sentido:

> Enfim, o sentimento de pertinência a uma comunidade indígena é que identifica o índio. A dizer, é índio quem se sente índio. Essa autoidentificação, que se funda no sentimento de pertinência a uma comunidade indígena, e a manutenção dessa identidade étnica, fundada na continuidade histórica do passado pré-colombiano que reproduz a mesma cultura, constituem o critério fundamental para a identificação do índio brasileiro. Essa permanência em si mesma, embora interagindo um grupo com outros, é que lhe dá a continuidade étnica identificadora.[30]

Este entendimento, exposto na Carta de 1988, representa todo um movimento político internacional que se voltou para a defesa da diversidade cultural, seja no plano coletivo, como o Pacto Internacional sobre

[29] No entanto, deve-se ressaltar: nos casos em que determinado grupo étnico decide pela expulsão de um índio, o chamado "desaldeamento", deve-se apurar se tal expulsão se deu em conformidade com os costumes e tradições deste grupo. Em caso contrário, a expulsão se der por motivos de outra ordem, o indígena expulso tem o direito de postular judicialmente o seu retorno, utilizando principalmente a via do "habeas corpus".

[30] SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1992, p. 725.

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais[31], seja no plano individual, como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos[32], ambos de 1966. Este último consagra em seu artigo 27:

> Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua.

O direito à diversidade cultural se encontra estabelecido, em primeiro lugar, para o indivíduo, com relação direta ao grupo ao qual pertence. Celso Lafer, com base no pensamento arendtiano refere que: "o direito das minorias consagrado no texto do art. 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ao levar em conta a experiência da Sociedade das Nações, explicitamente não considera estes direitos como direitos de titularidade coletiva. Eles são direitos individuais das pessoas, que integram uma minoria para, em conjunto, exercer em comum com os demais membros do seu grupo.".[33]

E frise-se: o texto constitucional direcionou os estudos antropológicos no sentido de não ocorrer a exclusão do grupo. A análise antropológica deve buscar os motivos que levam o índio a se reconhecer como integrante de um determinado grupo. Deve, portanto, aferir o próprio grupo. Clavero, novamente, situa bem esta questão:

> *Sólo sobre unos presupuestos de derecho individual pueden además formularse unos princípios comunes de convivencia civilizada entre variadas culturas*

[31] Adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16.12.66 – Resolução nº2.200 (XXI); Aprovado pelo Decreto Legislativo nº226, de 12.12.95 (DO de 13.12.91) e Promulgado pelo Decreto nº591, de 1992 – (DO de 7.7.92).

[32] Adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16.12.66 – Resolução nº2.200 (XXI); em vigor, de acordo com o art.49, a partir de 23.3.1976; Aprovado pelo Decreto Legislativo nº226, de 12.12.95 (DO de 13.12.91) e Promulgado pelo Decreto nº592, de 1992.

[33] LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 157.

> *y múltiples comunidades, sentarse unas bases. Es com ellas como puede elevarse la posición de la comunidade y reducirse en su caso la del estado o sólo así puede llegarse incluso a parangonarse ambas. La base individual no excluye el derecho colecivo no sólo en su sentido de derecho derivado y dependiente de la libertad asociativa del indivíduo o cobertura social suya, sino tampoco en la significación fuerte de poder de la colectividad, sea estado o comunidad, en esta significación nuestra. Sólo introduce el detalle del requisito constitutivo de justificación y funcionalidad. Es un requerimiento también universal para toda colectividad, para toda aquella que efectivamente se justifique y funcione por las necesidades y los deseos de individuos libres, para toda en suma que continúe en el campo del derecho, que no salga del mismo.*[34]

Obviamente que o direito individual, a liberdade negativa, que é conferido ao índio, de ter sua diversidade cultural reconhecida e protegida, não é, como qualquer outra liberdade positivada como direito fundamental, ilimitada. Possui limites decorrentes da própria interação social, vivenciada por todo indivíduo. É pertinente à dignidade da pessoa humana.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão afirma que a dignidade da pessoa estabelece: "*la concepción de la persona como un ser ético-espiritual que aspira a determinarse y a desarrollarse a sí mismo en libertad. La Ley Fundamental no entiende esta libertad como la de un individuo aislado y totalmente dueño de sí mesmo, sino como la de um individuo referido a y vinculado com la comunidad*.".[35]

Isto reconstitui o próprio princípio da proporcionalidade, que está presente no texto constitucional brasileiro, e está se tornando regra na hermenêutica constitucional de diversos países. Nesse mesmo sentido leciona Mercedes Galán Juárez: "*la dignidad se recibe al ser una persona*

---

[34] CLAVERO, Bartolomé. **Derecho Indígena y cultura constitucional en América**. Madrid: Siglo veintiuno editores, 1994, p. 123-124.

[35] ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 345.

reconocida por otras personas! La dignidad nunca es una apariencia monista. Discutir la dignidad humana es discutir las relaciones humanas, y no discutir las posesiones humanas, sean materiales o espirituales.".[36]

Os direitos fundamentais precisam ser cotejados, não no sentido de serem restringidos, mas no sentido de serem corretamente interpretados. O direito fundamental à diversidade cultural possui, logicamente, suas limitações impostas aos próprios índios, titulares que são deste direito. O mestre alemão Robert Alexy leciona:

> *Esta formulación, en la que resuena claramente el principio de proporcionalidad, no sólo dice que la libertad es restringible, sino también que no es restringible en virtud de razones cualesquiera sino sólo en virtud de razones suficientes. Pero, justamente esto es el contenido del principio de la libertad negativa ya que éste, en tanto principio, no otorga una permisión definitiva de hacer u omitir lo que se quiera, sino que tan sólo dice que cada cual puede hacer u omitir lo que quiera en la medida en que razones suficientes (derechos de terceros e intereses colectivos) no justifiquen una restricción de la libertad negativa. Com ello, el principio de la libertad negativa puede tomar en cuenta, en toda sua amplitud, la vinculación del individuo com la comunidad.*[37]

A cultura constitucional, como quer Bartolomé Clavero, não pode dispensar a cultura antropológica. Se Galdino foi considerado pelo Supremo como indígena, não poderia este Tribunal ter desconsiderado este fato: qualquer indivíduo, por mais isolado que esteja, possui vínculos com a sua comunidade, e estes vínculos não se rompem pela simples situação de isolamento que, no caso analisado, era eventual. Na esfera antropológica, a respeito de identidade étnica, Roberto Cardoso de Oliveira afirma que:

---

[36] JUÁREZ, Mercedes Galán. **Antropología y Derechos Humanos**. Madrid: Dilex, 1999, p. 101. Obra originada de tese defendida na Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madrid, em 1995, com o título "Dimensión Antropológica básica de los Derechos Humanos".

[37] ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 347.

> A noção de identidade contém duas dimensões: a pessoal (ou individual) e a social (ou coletiva). Antropólogos (ex.: WH.Goodenough, 1963, M.Moerman, 1965) e sociólogos (ex.: E.Goffman, 1963; McCall & Simmons, 1966) têm trabalhado a noção de identidade e procurado mostrar como a pessoal e a social estão interconectadas, permitindo-nos tomá-las como dimensões de um mesmo e inclusivo fenômeno, situado em diferentes níveis de realização.[38]

O mestre Bartolomé Clavero é incisivo neste ponto: "La comunidad no es parte que pueda hacer viva su presencia, contraponer sus razones, poner de manifiesto su cultura.". [39]

O indígena não está fisicamente preso ao seu grupo. Não precisa viver em conjunto com o seu grupo para ser reconhecido como índio. Os seus elos de ligação se consubstanciam em elementos de ordem sociocultural. Existe um vínculo cultural do indivíduo com o seu grupo, esteja ele vivendo de forma isolada ou não. Juridicamente, frente ao nosso texto constitucional, não há como se fugir desta perspectiva.

Vale frisar, mais uma vez que, também, o indígena não está preso à Terra Indígena onde vive o seu grupo étnico.

O Supremo Tribunal Federal apoia o seu atual posicionamento em uma legislação arcaica e eivada de inconstitucionalidades. O Superior Tribunal de Justiça, baseado nestes precedentes, também tem constantemente violado o direito individual dos indígenas à sua diversidade cultural. O julgamento por este Tribunal do Conflito de Competência número 28.776-Mato Grosso do Sul, cujo Relator foi o Ministro Félix Fischer, retrata este entendimento:

---

[38] OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Identidade, Etnia e Estrutura Social**. São Paulo: Pioneira, 1975, p. 4.

[39] CLAVERO, Bartolomé. **Derecho Indígena y cultura constitucional en América**. Madrid: Siglo veintiuno editores, 1994, p. 146.

> PROCESSUAL PENAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CRIME PRATICADO POR INDÍGENA CONTRA INDÍGENA. Inexistindo o envolvimento de interesses gerais dos indígenas, o crime praticado é de competência da Justiça Estadual.[40]

Mas quem decide quais são os interesses gerais dos indígenas? Os Tribunais, de forma unilateral? Será que as comunidades indígenas e cada um dos seus membros não vão ser ouvidas nunca sobre sua diversidade cultural, sobre seus interesses? Até quando a sociedade não-indígena vai determinar o que é indígena e o que, não é? Se torna necessário que o intérprete compreenda que, em um Estado Democrático de Direito[41], o indivíduo tenta se diferenciar dos outros justamente para poder entender a si mesmo, sua história, suas relações, sua vida, conseguindo entender, por conseguinte, os outros indivíduos, numa situação de troca equilibrada.

E é necessário um exercício hermenêutico consentâneo com a nossa Constituição atual e que transformou definitivamente a forma como o Estado deve encarar as diferenças étnicas. Os novos direitos constitucionais devem ser agudamente compreendidos sob pena de não se tornarem efetivos. Conforme Canotilho "colocar a cabeça hermenêutica dos juristas nos pés constitucionais e reproblematizar renovadoramente a 'arquitectónicas' e 'ordenação funcional' de um Estado Democrático.".[42] E a população torna-se insatisfeita com a prestação jurisdicional produzida no Brasil. Sob

---

[40] CC 28.776-Mato Grosso do Sul.

[41] "Nessas condições estruturais, democracia é a manutenção da complexidade: é a estrutura seletiva que reproduz complexidade baseada na permanente ativação de operações de tomada de decisões. A democracia é a oportunidade de reproduzir sempre novos horizontes de decisão sob as condições de autocontrole fixadas no sistema da política. A democracia se encontra na base do incremento da complexidade e do seu controle seletivo através da tematização política das exigências do ambiente. Precisamente nisso, afirma Luhmann, reside a racionalidade e a humanidade da democracia: não no sentido de considerar a democracia como um conjunto de procedimentos racionais para superar conflitos sociais, nem no sentido de que a democracia realiza valores universais. Essa racionalidade e essa humanidade constituem os seus limites. Suas potencialidades consistem na estabilização evolutiva da diferenciação social, isto é, na sua capacidade estrutural de abrir o espaço do possível; democracia é um excesso de produção de possibilidade de decisões". (DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**. Porto Alegre: SAFE, 1998, p. 57)

[42] CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 10.

um determinado ângulo, as normas constitucionais parecem não possuir efetividade. Sob outro, os Tribunais entram em contradição, confundindo o cidadão. Bem anota Anderson Cavalcante Lobato: "Deste modo, percebemos o crescimento constante dos níveis de insatisfação da população em relação à Justiça. Com efeito, não se compreende por um lado, as razões jurídicas que impossibilitam a aplicação concreta e imediata de uma norma constitucional, e, por outro lado, a longa espera por uma decisão definitiva do Supremo Tribunal, ocasionando a multiplicação de decisões conflitantes entre juízes e tribunais inferiores. Tais situações têm contribuído sobremaneira ao desprestígio da prestação jurisdicional oferecida pelo Judiciário brasileiro.".[43]

A democracia se consolida com uma interpretação consentânea destas diferenças e com a compreensão que decorre da existência de direitos fundamentais[44]. Essa compreensão é essencial para o intérprete do Direito. Ao dar-se conta de tal contexto, a leitura dos textos jurídicos se torna completamente diferente. Afirma Lênio Streck: "O intérprete do Direito é um sujeito inserido/jogado, de forma inexorável, em um (meio) ambiente cultural-histórico, é dizer, em uma tradição. Quem interpreta é sempre um sujeito histórico concreto, mergulhado na tradição.". E, mais adiante: "Na ciência jurídica nunca se ressaltará suficientemente que a interpretação é uma nova leitura das normas jurídicas e que cada caso será uma nova aplicação, algo assim como se o direito recobrasse o seu vigor cada vez que é aplicado e cumprido.".[45]

---

[43] LOBATO, Anderson Cavalcante. A contribuição da jurisdição constitucional para a consolidação do Estado Democrático de Direito. In: **Cadernos de Pesquisa**. n.5. São Leopoldo: UNISINOS, 1997, p. 12.

[44] "*Se compreende el nexo que, por la vía de los derechos, liga las diferencias a la igualdad y las opone a las desigualdades y a las discriminaciones. Las diferencias - sean naturales o culturales - no son otra cosa que los rasgos específicos que diferencian y al mismo tiempo individualizan a las personas y que, en cuanto tales, son tutelados por los derechos fundamentales*." (FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías**. Madrid: Trotta, 1999, p. 82.).

[45] STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 234.

Portanto, a exegese da Suprema Corte não pode estar restrita a uma análise superficial dos fatos, à incorporação de valores constitucionais ultrapassados e à ausência de amparo antropológico.[46] Como refere Peter Häberle, "o processo de interpretação constitucional é infinito, o constitucionalista é apenas um mediador (*Zwischenträger*)."... "O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto.".[47]E os direitos indígenas, consagrados na Constituição, estão à espera desta hermenêutica, adequada, apropriada, que possibilite que a cultura indígena, finalmente, seja não só reconhecida no plano normativo, mas reconhecida, respeitada e valorizada no plano fático.

[46] Refere Rogério Gesta Leal que: "Se a nominada ciência jurídica se constitui pressupondo uma certa noção de linguagem e de sujeito de direito e operadores jurídicos, é no movimento e transformação dessas noções, na arena política e social do cotidiano, que vamos encontrar o deslocamento de seus limites e, consequentemente, de suas relações.". (LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 135)

[47] STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 42.

Conclusão

Analisando a Constituição atual, ou mesmo comparando-a com as anteriores, pode-se facilmente perceber que a intenção do Legislador, ao reconhecer os direitos indígenas, foi romper com o processo integracionista que era desenvolvido pelo Estado brasileiro. Não ouso, entretanto, penetrar na seara de questionamentos que poderão advir sobre a legitimidade da construção jurídica disposta na Carta Maior. Mas não basta um texto politicamente correto para se alterar uma situação que existe e perdura em nosso país, e, em toda América Latina, há tantos séculos. Séculos estes que, inclusive, são motivo de comemoração no Brasil.

Mas os motivos para os índios comemorarem são poucos. A realidade da situação de vida dos diferentes grupos étnicos é incrivelmente desoladora. As políticas públicas diferenciadas, direcionadas para estas populações, são escassas e ineficientes.

Por outro lado, a riqueza cultural destes grupos, a diversidade desta riqueza, é algo a ser comemorado diariamente. Eduardo Galeano escreveu que a riqueza dos índios era a sua grande maldição. Certamente se referia à riqueza das terras que os índios possuíam, dos potenciais hídricos e minerais que pertencem a estas terras e aos seus donos originários. Mas também deve ter se referido ao conjunto inimaginável de culturas que existem, e o potencial imenso de conhecimento e experiências que o homem ocidental está encontrando. E não compreendendo.

Esta cultura, esta diversidade cultural está protegida, pelo menos no plano jurídico, no Brasil. E é por isso que se torna necessário se fazer uma interpretação cada vez mais apropriada e consentânea do texto constitucional. Em não sendo assim, corremos o risco de participarmos do sistema

"incorporativista" anterior. Esta compreensão adequada do que seja direitos indígenas parte justamente da compreensão dos nossos juízos anteriores, não do esquecimento deles. E parte, também, de uma leitura mais completa e original, diante das situações atuais de conflito, de nossa Constituição. Escreveu Clavero, com total propriedade:

> *No hay respuesta constitucional por parte alguna y hay responsabilidad para una parte sola, la constitucional, la que se presume tal y presume de tal. Las reformas constitucionales ya están también requiriendo um reparto de responsabilidades, una asunción de responsabilidad por la parte indígena. Es la autodeterminación y autonomía que ni siquiera se concibe. El bloqueo es antes, mucho antes, cultural que político, de la propia cultura constitucional, una cultura incapaz de concebir la capacidad de otras culturas ni siquiera cuando procede a reconocerlas. No estamos con todo tal lejos de unos tiempos coloniales. Tal vez debiéramos comenzar a reconocer a todos los efectos, y el nuestro es el jurídico, que estamos ante situaciones todavía tales, situaciones de un colonialismo que no lo es menos por ser interno.*[1]

A cultura constitucional representada através das formas que o Poder Público se relaciona com as diversas identidades culturais tem que sofrer uma reflexão. Os limites deste relacionamento, os limites desta hermenêutica, devem ser descobertos a partir da compreensão desta própria cultura constitucional. Que não pode se limitar na sua própria cultura, mas deve estender esta compreensão para outras dimensões, para outras realidades socioculturais.

Estes conflitos envolvem, de forma emergencial, face à realidade que se apresenta, situações que demandam a sobrevivência de diversos grupos humanos e, quiçá, da própria humanidade. O presente da humanidade. E

[1] CLAVERO, Bartolomé. **Derecho Indígena y cultura constitucional en América**. Madrid: Siglo veintiuno editores, 1994, p. 139.

o entendimento atualíssimo de que essa humanidade não é homogênea, e que nunca adquirirá este formato. Seja no seu presente, seja no seu futuro.

O que se quer na presente obra é demonstrar não só a existência de um direito à diversidade cultural, conquistado depois de quinhentos anos de história. História de genocídios, de matanças, de desrespeito, de menosprezo. Quer-se expor uma constatação sobre o despreparo do Poder Público em trabalhar a questão indígena, em atuar com o diferente, com grupos étnicos distintos da sociedade ocidental. Uma fatia deste despreparo cabe ao Poder Judiciário brasileiro, que possui uma responsabilidade enorme na implementação efetiva da Constituição. Responsabilidade na transformação da sociedade conforme estabelecido pela Constituição.

A tarefa nesta dissertação depreendida não está limitada à análise sobre a competência das Justiça Estadual ou Federal para examinar as lides envolvendo indígenas. O direito à diversidade cultural é igual para ambas esferas do Judiciário brasileiro. O que ocorre é que ambas se mostram despreparadas para enfrentar a questão indígena. E parece não existir uma vontade maior de se capacitar para tal enfrentamento, aprofundando a discussão antropológica sobre os direitos das etnias brasileiras. O Poder Público como um todo sofre deste mal. Prepotência e desconhecimento se misturam. O resultado desta mistura é a continuidade no trato desrespeitoso para com as etnias indígenas.

Como já referido, a sociedade ocidental já demonstrou uma incapacidade absoluta, pecha impingida aos índios, de tratar as culturas diferenciadas de uma forma adequada e justa. O reconhecimento do direito à diversidade cultural indígena se apresenta como um desafio. Um desafio para o Poder Público e para toda a sociedade, no sentido de reconhecer esta incapacidade e procurar enfrentá-la. Este enfrentamento vai possibilitar que se tornem efetivos os direitos indígenas, que antes de mais nada determinam o respeito às culturas diferenciadas existentes no nosso país.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALMEIDA, Rita Heloísa de. **O Diretório dos Índios**: Um projeto de "civilização" no Brasil do século XVIII. Brasília: UNB, 1997.

ARAÚJO, Ana Valéria (org). **A defesa dos direitos indígenas no Judiciário**: Ações propostas pelo Núcleo de Direitos Indígenas. Instituto Sócio Ambiental, 1995.

ARNS, Dom Paulo Evaristo. História do Brasil. In: **Carta Capital**, 26.04.2000, São Paulo, p. 68.

AZEVEDO, Francisca L.Nogueira de Azevedo e MONTEIRO, John Manuel (orgs.). **Confronto de Culturas**: Conquista, Resistência, Transformação. São Paulo: EDUSP, 1997.

BEUCHOT, Mauricio. **Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de Las Casas**. Barcelona: Anthropos, 1994.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BROWNLIE, Ian. **Treaties and indigenous peoples**. Oxford: Clarendon, 1992.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

CASTORIADIS, Cornelius. Anotações sobre o racismo. In: **Revista de Filosofia Política**. Porto Alegre: L&PM Editores, 1989.

CASTRO, Sílvio. **A Carta de Pero Vaz de Caminha**: O Descobrimento do Brasil. Porto Alegre: L&PM, 1997.

CASTRO, Eduardo Viveiros de e Manuela Carneiro da Cunha (orgs.). **Amazônia**: etnologia e história indígena. São Paulo: Núcleo de História Indígena e do Indigenismo-USP e FAPESP, 1993.

CLASTRES, Pierre. **A Sociedade contra o Estado**: Pesquisas de Antropologia Política. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.

CLAVERO, Bartolomé. **Derecho Indígena y cultura constitucional en América**. Madrid: Siglo veintiuno editores, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

CUADERNOS de Derecho Judicial. **Derechos de las minorías em uma sociedade multicultural**. Director: Javier de Lucas Martín. Madrid: Consejo general del Poder Judicial, 1999.

CUADERNOS DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS._**Introducción al derecho de las comunidades indígenas**. México: Universidade Nacional Autônoma de México e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Legislação indigenista do século XIX**. São Paulo: USP-Comissão Pró-Índio/SP, 1992.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os Direitos do Índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **História dos Índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, FADESP e Secretaria Municipal de Cultura/SP, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Reconhecimento e Proteção dos Direitos dos Índios**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, v.28, n.111, p. 315-320, jul/set, 1991.

DALTO, Renato. **Missões Jesuíticos-Guaranis**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

FARIA, José Eduardo. **A função social do Ministério Público**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1990.

FARIA, José Eduardo. **Direito e Justiça, a função social do Judiciário**. São Paulo: Ática, 1989.

FAVRE, Henri. **El indigenismo**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías**: La ley del más débil. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

FOUCALT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **O índio brasileiro e a revolução francesa**: As origens brasileiras da teoria da bondade natural. Rio de Janeiro: José Olympio e MEC, 1976.

FRASER, Nancy. **Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista**. Brasília: UNB, 2001.

FREITAS, Décio. Descobrir o descobrimento. In: **Jornal Zero Hora**. Porto Alegre, 26.03.2000, p. 27.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & Senzala**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1973.

GADAMER, Hans-Georg. La Diversidad de las lenguas y la compreensión del mundo. In: KG. Koselleck-Gadamer. **Pensamiento Contemporâneo** n.43. Barcelona: Paidós, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Vozes, 1998.

GARLET, Ivori José. **Mobilidade Mbyá:** história e significação. Dissertação apresentada na Pontifícia Universidade Católica/RS, 1997.

GINZBURG, Jaime. A carta de Caminha e a origem do Brasil. In: **Jornal Zero Hora**, caderno de cultura, 25.03.96, Porto Alegre, p.05.

GOMES, Mércio Pereira. **Os índios e o Brasil**. Petrópolis: Vozes, 1991.

GONZAGA, João Bernardino. **O Direito Penal Indígena**: À época do Descobrimento do Brasil. São Paulo: Max Limonad, (19_).

GRUPIONI, Luiz Donizete Benzi (org). **Índios no Brasil**. Brasília: Ministério da Educação e Desporto, 1994.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

HARRIS, Dean A.. **Multiculturalism from the margins**: non-dominant voices on difference and diversity. Westport: Bergin & Garvey, 1995.

IWGIA. **Revista El Mundo Indígena**. Copenhague: IWGIA, 1994/95.

JUÁREZ, Mercedes Galán. Antropología y Derechos Humanos. Madrid: Editorial Dilex, 1999. 225 p.

KERN, Arno Alvarez. **Missões**: uma utopia política. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1982.

KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural**. Barcelona: Paidós, 1996.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

LAS CASAS, Frei Bartolome de. **Del unico modo de atraer a todos los pueblos a la verdadera religión**. México: Fondo de Cultura Econômica, 1975.

LEAL, Rogério Gesta. **Direitos humanos no Brasil**: desafios à democracia. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1997.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado**: Cidadania e Poder Político na Modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LIMA, Antônio Carlos de Souza. **Um grande cerco de paz**: Poder tutelar, indianidade e formação do Estado do Brasil. Petrópolis: Vozes, 1995.

LOBATO, Anderson Cavalcante. O Reconhecimento e as Garantias Constitucionais dos Direitos Fundamentais. In: **Cadernos de Direito Constitucionais e Ciência Política**. São Paulo: Ed. RT, 1998. v.6, n.22, p. 141-159.

LOBATO, Anderson Cavalcante. A contribuição da jurisdição constitucional para a consolidação do Estado Democrático de Direito. In: **Cadernos de Pesquisa**. São Leopoldo: UNISINOS, novembro/1997. Caderno n.5.

MARTIUS, Carl Friedrich Philipp von. **O Estado do Direito entre os autóctones do Brasil**. São Paulo: Itatiaia e USP, 1982.

MENDES JR., João. **Os Indígenas do Brazil, seus direitos individuaes e políticos**. Edição fac-similar em 1988. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1937.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo IV. Rio de janeiro: Ed. Borsoi, 1971.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Contexto e Horizonte Ideológico: reflexões sobre o Estatuto do Índio. In: **Sociedades Indígenas e o Direito, uma questão de direitos humanos**. Florianópolis: UFSC, 1985, p. 17-31.

OLIVEIRA, José Pacheco de. **Indigenismo e territorialização**: Poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Contracapa, 1998.

OLIVEIRA, João Pacheco de. **A viagem de volta**: Etnicidade, política e reelaboração cultural no Nordeste Indígena. Rio de Janeiro: Contracapa, 1999.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **A sociologia do Brasil indígena**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro e UNB, 1978.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Identidade, etnia e estrutura social**. São Paulo: Pioneira, 1975.

PEDRO, Jesús Prieto de. **Cultura, culturas y Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

PÉREZ LUÑO. Antonio E.. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Tecnos, 1999.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial. In: **História dos Índios no Brasil**, p. 115-132.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PROGRAMA Nacional de Direitos Humanos. Presidência da República, 1996.

RECONOCIMIENTO y demarcacion de territorio indígenas en la Amazonia. Bogotá: Fundação GAIA/CEREC, 1993.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**: Estudos de Antropologia da Civilização. Petrópolis: Vozes, 1993.

RIBEIRO, Darcy. **O Processo Civilizatório**: Etapas da evolução sociocultural. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

RIOS, Aurélio Virgílio da Veiga. **Legal aspects of the presence of traditional peoples on protected areas**: the Guarany/Mbya case. Dissertação apresentada na Universidade de Bristol, Inglaterra, 1997.

ROLDÁN ORTEGA, Roque. Reconocimiento legal de tierras a indígenas em Colombia. In: **Reconocimiento e Demarcación de Territorios Indigenas em la Amazonia**. Bogotá, GAIA/CEREC, 1993, p. 56-88.

RUSCHEL, Ruy Ruben. O sistema jurídico dos povos missioneiros. In: **Direito e Justiça na América Indígena**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 183-198.

SABBAG, César de Moraes. **O Direito de igualdade**. Rev. dos Tribunais. Guarulhos, v. 4, n. 15, p. 93-94, abr/jun, 1996.

SANTILLI, Juliana. **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direito Indígenas e Sérgio Fabris Editor, 1993.

SANTOS, Beatriz Catão Cruz. **O pináculo do temp(l)o**. Brasília: UNB, 1997.

SANTOS, Sílvio Coelho dos; Dennis Werner; Neusa Sens Bloemer e Anelise Nocke (orgs.). **Sociedades Indígenas e o Direito. Uma Questão de Direitos Humanos**. Florianópolis: UFSC, co-edição CNPq, 1985.

SANTOS, Sílvio Coelho dos. **Povos Indígenas e a Constituinte**. Florianópolis: UFSC e Movimento, 1982.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SAUCEDO, Isidro. **Derechos contemporáneos de los Pueblos Indios**: Justicia y Derechos étnicos em México. México: UNAM, 1992.

SCHADEN, Egon. **Aculturação Indígena**: Ensaios sobre fatores e tendências da mudança cultural de tribos índias em contacto com o mundo dos brancos. São Paulo: Pioneira e USP, 1969.

SCWARCZ, Lilia. **O Espetáculo das raças**: cientistas, instituições e a questão racial no Brasil 1870-1930. São Paulo: Companhia das letras, 1995.

SEPÚLVEDA, Juan Ginés de. **Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios**. México: Fondo de Cultura Econômica, 1996.

SILVA, Aracy Lopes da; GRUPIONI, Luís Donisete Benzi. **A temática indígena na escola**: Novos subsídios para professores de 1º e 2º graus. Brasília: MEC/MARI/UNESCO, 1995.

SILVA, Dimas Salustiano da. **Constituição democrática e diferença étnica no Brasil contemporâneo**: um exercício constitucional-concretista face o problema do acesso à terra pelas comunidades negras remanescentes de quilombos. Dissertação aprovada pela UFPR, 1996.

SILVA, Orlando Sampaio, Lídia Luz e Cecília Maria Helm (org.). **A perícia antropológica em processos judiciais**. Florianópolis: Associação Brasileira de Antropologia, Comissão Pró-Índio/SP e UFSC, 1994.

SHIRLEY, Robert. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional Positivo**. Ed. Malheiros, 9ª ed., 1992.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1999.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. A cidadania e os índios. In: COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO/SP. **O índio e a cidadania**. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 47-51.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O direito envergonhado: o direito e os índios no Brasil. In: GRUPIONI, Luiz Donizete Benzi (org.). **Índios no Brasil**. Brasília: Ministério da Educação e Desporto, 1994, p. 153-168.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Brasil, Amazônia e indio: el derecho em jaque. In: **Derechos territoriales indigenas y ecologia en las selvas tropicales del América**. Bogotá: GAIA e CEREC, 1992, p. 87.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O direito de ser povo. In: **Folha de São Paulo**, 11.04.2000, p. 09.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TAMAGNO, Liliana. **Las Políticas Indigenistas en Argentina**: Discursos, Derechos, Poder y Ciudadanía. Porto Alegre: Horizontes Antropológicos, 1997, ano 3, nº 6, p. 111-134.

TORRE RANGEL, Jesus Antônio de la. Direitos dos povos indígenas da Nova Espanha até a modernidade. In: **Direito e Justiça na América Indígena**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 219-240.

THOMAS, Georg. **Política indigenista dos Portugueses no Brasil**:1500-1640. São Paulo: Loyola, 1981..

TODOROV, Tzvetan. **Nós e os outros**: a reflexão francesa sobre a diversidade humana. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

TOURAINE, Alan. **O que é a democracia**. Petrópolis: Vozes, 1996.

UOL. SÃO PAULO. 23 jan. 2020. "Índio tá evoluindo, cada vez mais é ser humano igual a nós", diz Bolsonaro... Disponível em: https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/01/23/indio-ta-evoluindo-cada-vez-mais-e-ser-humano-igual-a-nos-diz-bolsonaro.htm?cmpid=copiaecola . Acesso em 09 nov. 2021.

VIEIRA, Otávio Dutra. Colonização portuguesa, catequese jesuítica e direito indígena. In: **Direito e Justiça na América Indígena**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 143-182.

VITÓRIA, Francisco de. **Relecciones**: del Estado, de los indios, del derecho de la guerra. México: Editorial Porrúa, 1974.

WILSON, Richard A.. **Human Rights, culture & context**: anthropological perspectives. Bristol: Pluto, 1997.

WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Indígena**: da conquista à colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

WOLKMER, Antônio Carlos (org.). Pluralidade Jurídica na América luso-hispânica. In: **Direito e Justiça na América Indígena**: da conquista à colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 75-93.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de História do Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

YOUNG, Irish. **Justice and the politics of difference**. Princeton: Princeton University Press, 1990.

A Editora Fi é especializada na editoração, publicação e divulgação de pesquisa acadêmica/científica das humanidades, sob acesso aberto, produzida em parceria das mais diversas instituições de ensino superior no Brasil. Conheça nosso catálogo e siga as páginas oficiais nas principais redes sociais para acompanhar novos lançamentos e eventos.

www.editorafi.org
contato@editorafi.org