

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO

CAMILA DE FREITAS TORRES COSTA

DIREITOS HUMANOS E RECONHECIMENTO: natureza da relação dos povos indígenas com o território e os instrumentos jurídicos de regulamentação da propriedade indígena no Brasil

RECIFE
2017

CAMILA DE FREITAS TORRES COSTA

DIREITOS HUMANOS E RECONHECIMENTO: natureza da relação dos povos indígenas com o território e os instrumentos jurídicos de regulamentação da propriedade indígena no Brasil

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã como requisito parcial para obtenção de título de Bacharel em Direito.
Orientador: Prof. Dr. Henrique Weil Afonso

RECIFE
2017

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB-4/2116

Costa, Camila de Freitas Torres.

C837t Direitos humanos e reconhecimento: natureza de relação dos povos indígenas com o território e os instrumentos jurídicos de regulamentação da propriedade indígena no Brasil / Camila de Freitas Torres Costa. - Recife, 2017.
50 f.

Orientador: Prof. Dr. Henrique Weil Afonso.
Trabalho de conclusão de curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2017.
Inclui bibliografia

1. Direito humanos. 2. Povos indígenas. 3. Reconhecimento. I. Afonso, Henrique Weil. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título

343.1 CDU (22. ed.)

FADIC (2018-075)

FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO
CURSO DE DIREITO

CAMILA DE FREITAS TORRES COSTA

DIREITOS HUMANOS E RECONHECIMENTO: natureza da relação dos povos indígenas com o território e os instrumentos jurídicos de regulamentação da propriedade indígena no Brasil

Defesa Pública em Recife, _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente:

Examinador(a)

Examinador(a)

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, irmãos e a toda minha família que, com muito carinho e apoio, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida e me ensinaram desde cedo sobre valores como empatia.

A todos os professores do curso, que foram tão importantes na minha vida acadêmica, em especial ao Prof. Henrique, responsável pela realização deste trabalho.

Ao Curso de Direito da Faculdade Damas, e às pessoas com quem convivi nesses espaços ao longo desses anos. A experiência compartilhada na comunhão com amigos nesse espaço foram o maior legado da minha formação acadêmica.

A todos que acreditam num mundo melhor.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e minha família, agradeço, primeiramente por terem me ajudado tanto nessa etapa e estarem sempre comigo, por serem minha estrutura da vida e fonte inesgotável de carinho, por terem abdicado de seus próprios sonhos para que eu pudesse viver o meu, e pela imensurável compreensão com os momentos de ausência e de dificuldade. Às minhas irmãs, Mariana e Annabelle, proporcionaram momentos de emoção, com mensagens de incentivo e um amor incalculável que me imputaram a tranquilidade e força necessárias para não desistir e para dar o melhor de mim. Aos meus primos, Milena e Demetrius, pela amizade, amor e compreensão que me dispensaram mesmo a distância, pelas palavras de incentivo dadas a todo o tempo e pelo proporcionamento de conversas e momentos inesquecíveis. Ao restante da família que, por ser grande não irei nomear em cada personalidade, lembrando que cada qual mantém sua parcela de responsabilidade neste trabalho, pelo incentivo, pelo amor e por todo o suporte dado desde meu primeiro suspiro. Ao orientador, Prof. Henrique Weil, pela paciência, pelo apoio nos momentos de crise, pelo acompanhamento da pesquisa, dedicação ao processo delicado de construção do conhecimento para que fosse possível a construção deste trabalho. Ao amigo de alma, sempre tão presente me ajudou nos momentos que sempre precisei, que me acompanhou nesta trajetória, sempre com afeto, sempre com amor, ao indelével Ícaro. Também quero agradecer aos amigos que eu fiz ao longo do curso que foram de suma importância para a minha construção profissional e pessoal: Laura, Leo, Lucineide, Bia, Luciana e Chris, obrigada pelos momentos que tornam o curso bem mais leve. Aos amigos do México e da AIESEC que me mostraram que é possível ser um agente de mudança e que nossas lutas ficam mais leves quando colocamos o sorriso no rosto. Ao corpo docente e aos funcionários da Faculdade Damas que sempre buscam da melhor forma nos passar além de conhecimento, valores para nossa atuação.

“Esperar que um homem nascido em liberdade possa aceitar ser confinado ou proibido de ir aonde quiser é tão impossível quanto esperar que os rios corram ao contrário.”

RESUMO

O objetivo desta monografia é análise da eficácia dos instrumentos jurídicos utilizados para regulamentar a propriedade de terras dos povos indígenas a partir da perspectiva do reconhecimento, mostrando a relação desses povos com o território. Esse estudo procura destacar através do primeiro capítulo a constante mudança da construção da ideia de sujeito e de como as lutas de reconhecimento influenciaram as leis. Perpassando por teorias que ajuda compreender melhor o problema dos povos indígenas e o território. No segundo capítulo, o conceito de povos indígenas no Brasil, a cultura desses povos com o território, sua situação atual em relação a dados demográficos utilizando dados de órgãos como IBGE e FUNAI, além de ciências auxiliares do Direito. Então, no terceiro capítulo e através de exemplos como Belo Monte e da luta dos Pataxós. Além de alguns termos específicos nos dispositivos jurídicos que tutelam o processo de demarcação como a questão de tradicionalidade e porque ela tem importância para esse processo. Diante do que foi exposto nesse capítulo. Concluímos que há uma mitigação de direitos qual se está em jogo é o interesse econômico. Tornando todo esse processo frágil e por consequência afetando a eficácia dos instrumentos jurídicos trabalhados. Por fim, chega-se a conclusão que os procedimentos utilizados não seriam feitos da melhor forma para proporcionar o reconhecimento das peculiaridades culturais étnicas e coletivas desses povos. Pois há um grande desrespeito às reservas indígenas desde o processo inicial até depois da demarcação pelo governo e por outros setores dotados de poder devido a fatores políticos e econômicos. Por não haver um reconhecimento aos diversos conceitos de territorialidade. Como solução, é importante pensar na crítica de Fraser quanto à globalização e quanto a necessidade de um reenquadramento da justiça para que os índios possam ter seus direitos e modo de vida reconhecidos através da lei.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos Humanos. Povos Indígenas. Reconhecimento

ABSTRACT

The objective of this monograph is to analyze the effectiveness of the legal instruments used to regulate the land ownership of indigenous peoples from the perspective of recognition, showing the relationship of these peoples with the territory. Our studies seek to highlight through the first chapter the constant change in the construction of the subject idea and how the recognition struggles influenced the laws. Going through theories that helps to better understand the problem of indigenous peoples and the territory. In the second chapter, the concept of indigenous peoples in Brazil, the culture of these peoples with the territory, their current situation in relation to demographic data using data from agencies such as IBGE and FUNAI, as well as auxiliary sciences of Law. Then, in the third chapter and through examples like Belo Monte and the Pataxós struggle. In addition to some specific terms in the legal provisions that protect the demarcation process as the issue of traditionality and why it matters to this process. In view of what has been discussed in this chapter. We conclude that there is a mitigation of rights which is at stake is the economic interest. Making this whole process fragile and consequently affecting the effectiveness of the legal instruments worked. Finally, it is concluded that the procedures used would not be best done to provide recognition of the ethnic and collective cultural peculiarities of these peoples. For there is a great disregard for the indigenous reservations from the initial process until after the demarcation by the government and other sectors endowed with power due to political and economic factors. Because there is no recognition of the various concepts of territoriality. As a solution, it is important to think about Fraser's critique of globalization and the need for a re-framing of justice. So that the Indigenous can have their rights and way of life recognized through the law.

KEYWORDS: Human Rights. Indigenous people. Recognition

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP	Ação Civil Pública
ADI	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
CF	Constituição Federal
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
GT	Grupos de Técnico
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
MPF	Ministério Público Federal
MJ	Ministério da Justiça
OIT	Organização Mundial do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
TI	Terras Indígenas

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 TEORIAS DE RECONHECIMENTO E DIREITO HUMANOS	14
2.1. Processo histórico do conceito de pessoa.....	14
2.2. Desenvolvimento histórico dos Direitos Humanos	16
2.3. Teorias do Reconhecimento.....	18
3 POVOS INDÍGENAS E SUA RELAÇÃO COM O TERRITÓRIO	25
3.1. Território e territorialidade	25
3.2. Novas condutas territoriais e os povos indígenas.....	29
3.3. Povos indígenas no Brasil	33
4 MECANISMOS JURÍDICOS DA REGULAMENTAÇÃO DAS TERRAS ÍNDIGENAS	36
4.1. A Constituição Federal de 1988 e a Convenção 169 da OIT	36
4.2. O processo de demarcação do Território Indígena	40
5 CONCLUSÃO.....	45
6 REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

Há uma diversidade de povos tradicionais no Brasil e, esse pluralismo cultural apontou para a necessidade de analisar as leis e a sua eficácia em relação aos povos e comunidades originárias. Devido a um universo pluriétnico acompanhado de diversos conceitos de território, percepções, crenças e modos de produção de vida.

Esse caminho para o resgate cultural dos povos indígenas na no Brasil, que se suporta nas lutas por emancipação, é responsável pelas novas condutas territoriais que resultaram em um processo de constitucionalização de direitos plurais, que reconhece a diversidade e cria condições de existência contígua para liberdades, prerrogativas, modos de vida e até jurisdições diferenciadas.

Essas novas condutas territoriais por parte dos povos tradicionais criaram um espaço político próprio, na qual a luta por novas categorias territoriais virou um dos campos de disputa. Uns dos principais resultados dessa onda tem sido a criação ou consolidação de categorias fundiárias do Estado. Devido à grande diversidade de formas territoriais desses povos, houve a necessidade de ajustar as categorias às realidades empíricas e históricas do campo, em vez enquadrá-las nas normas existentes da lei brasileira. Quando promulgada, a Constituição Federal Brasileira de 1988 foi um dos instrumentos que proveu subsídio para esses estudos sobre o reconhecimento de várias perspectivas multiculturais, entre elas os direitos dos povos indígenas, que será objeto de estudo deste presente trabalho.

Entre os vários direitos como costumes, línguas, crenças e tradições, reconhecidos pela Constituição Federal, as demarcações das terras indígenas é o destaque para o presente trabalho, pois a terra é um importante meio para a cultura, permitindo a preservação da desta, dos valores e modo particular de vida dentro da comunidade e muitos buscam o reconhecimento destas terras protegidas pelo governo devido aos seus costumes atípicos à sociedade contemporânea, tornando-se portanto uma prerrogativa para que não sejam violados os demais direitos.

A propriedade indígena sempre foi alvo de disputa pelos interesses que sobre elas existem. Porém, nos últimos anos, os constantes ataques contra esses direitos vêm ganhando mais força, sobretudo pelo interesse de ampliação do agronegócio e da construção de mais obras de infraestrutura. A exemplo destas últimas, temos a

construção da Hidrelétrica de Belo Monte no Rio Xingu que afeta diretamente vários povos indígenas e suas terras.

Com, isso as demarcações de terras dos povos indígenas ganharam grande destaque, pois como já mencionado anteriormente a forma de como ocorre e a sua eficácia é alvo de constantes críticas devido à burocracia e a demora que levam em consideração vários fatores, mas não há uma relevância na questão dos processos étnicos e culturais.

Tendo em vista o Sistema Jurídico como principal tutor da proteção dos direitos dos povos indígenas e, ao mesmo tempo, levando em consideração a particularidade dessa cultura quanto aos conceitos de território e territorialidade, qual a eficácia dos instrumentos jurídicos existentes para regulamentar as propriedades dos povos indígenas, proporcionando o reconhecimento das peculiaridades étnicas e culturais?

Sendo assim, os procedimentos utilizados não seriam feitos da melhor forma para proporcionar o reconhecimento das peculiaridades culturais étnicas e coletivas desses povos. Pois há um grande desrespeito às reservas indígenas desde o processo inicial até depois da demarcação pelo governo e por outros setores dotados de poder devido a fatores políticos e econômicos. Por não haver um reconhecimento aos diversos conceitos de territorialidade.

Portanto, o presente trabalho tem como objetivo geral a análise da eficácia dos instrumentos jurídicos utilizados para regulamentar a propriedade de terras dos povos indígenas a partir da perspectiva do reconhecimento, mostrando a relação desses povos com o território. Além disso, o trabalho tem como objetivos específicos explicar a importância do reconhecimento e por que se trata de um problema de Direitos Humanos, apresentar o conceito de povos indígenas, situação social e demográfica e como se dá sua relação com o território; e por fim, analisar os mecanismos jurídicos adotados para a regulamentação das terras indígenas.

Através do levantamento bibliográfico, jurisprudencial, utilizando dados de órgãos como IBGE e FUNAI, pelo método dedutivo por meio de três capítulos mediante uma pesquisa de natureza analítica-qualitativa, realizada de forma indireta.

O primeiro capítulo aborda o conceito de Reconhecimento e sua importância nas sociedades multiculturais e porque se trata de Direitos Humanos; o segundo conceito de povos indígenas no Brasil, a cultura desses povos com o território, e por último como se dá sua relação com o território; por fim, o terceiro uma análise sobre

os mecanismos jurídicos adotados para a regulamentação das terras indígenas utilizando exemplos práticos e sua aplicabilidade.

2 TEORIAS DE RECONHECIMENTO E DIREITO HUMANOS

Para se entender as Teorias do Reconhecimento, se faz necessária uma breve análise histórica dos Direitos Humanos. Visto que seus atributos, bem como o conceito de pessoa estão em constante mudança, devido às transformações sofridas ao longo do tempo, e em paralelo a isto, alteraram-se as formas de pensar e acolher as reivindicações por direitos. Nesse sentido, é de suma importância compreender como a noção de pessoa foi concebida ao longo os séculos, uma vez que foi determinante para a configuração dos Direitos Humanos.

2.1. Processo histórico do conceito de pessoa

Sobre o conceito de pessoa temos que Comparato (2003, p. 12), se consagrou neste estudo, defendendo que houveram cinco fases com distintas concepções sobre esse objeto. De modo que demoraram vinte e cinco séculos para que essas elaborações culminassem na ideia de que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, sem discriminação racial, de gênero e social, instituindo-se legalmente.

Para o autor, primeiramente, o conceito de pessoa surgiu através da discussão sobre a identidade de Jesus Cristo, no que diz respeito a ortodoxia ou heterodoxia, duas interpretações antagônicas. A primeira afirmava a natureza exclusivamente divina de Jesus Cristo. A segunda, doutrina ariana, informava que Jesus não tinha uma natureza consubstancial a Deus, em virtude de ter sido efetivamente gerado por ele. A conclusão foi pela natureza dupla de cristo, humana e divina, em uma única pessoa.

Posteriormente expôs que através de Boécio foi inaugurado no início do século VI, escritos que influenciaram todo o pensamento medieval. Segundo tinha como definição que a substância é a característica própria de um ser. Pensamento que foi recepcionado por Santo Tomás de Aquino, que compreendia o homem composto por uma substância corporal e outra espiritual.

Diante da concepção medieval de pessoa, houve a elaboração do princípio da igualdade essencial de todo ser humano, que formou o núcleo do

conceito universal de direitos humanos, como os direitos comuns a toda a espécie humana, e portanto, resultantes da sua própria natureza.

Essa compreensão de humano não é geral. Pois, dentro desse contexto de humanidade havia uma escala de acordo com a sua ligação com o divino. Quando mais próximo de Deus, mas elevado espiritualmente. Não se incluía, por exemplo, os pagãos, estes necessitavam de uma maior evolução espiritual, já que não eram reconhecidos como iguais pela igreja. Recordando-nos que não havia uma diferenciação entre Estado e religião, um Estado alopoiético.

Ademais, o autor também recorda que através de Kant temos a ideia de dignidade da pessoa, cuja concepção deve estar relacionada ao ser considerado e tratado como um fim em si mesmo. O resultado disto é que, em razão da sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, como ente capaz de agir segundo as leis que ele próprio edita.

Conforme Kant (APUD, Comparato, 2003, p.20) “o princípio primeiro de toda a ética é o de que o ser humano e, de modo geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se a seu talante”. Tratar a humanidade como um fim em si implica no dever de favorecer, tanto quanto possível, o fim de outrem, considerados como se fossem meus. Reportando-nos a ideia de altruísmo, no qual não devemos fazer para os outros o que não queremos para nós mesmos.

Com efeito, tal afirmação relativiza o valor das coisas em oposição ao valor absoluto da dignidade da pessoa humana, estabelecendo sob o fundamento da liberdade o que Comparato (2003, p.25) denomina de “o mundo das preferências valorativas”. Bem como, o mundo das normas, enquanto preceitos suscetíveis de consciente violação. Além disso, compreende-se que a pessoa é o único ser vivo capaz de dirigir sua vida em função de preferências valorativas, sujeitando-se voluntariamente as normas valorativas criadas por si próprio.

Mais tarde, a partir da filosofia da vida e o pensamento existencialista próprios da primeira metade do século XX, diante da constatação da crescente despersonalização do homem contemporâneo, como consequência da mecanização e burocratização da vida em sociedade, a reflexão filosófica acentua o caráter único e irreprodutível da personalidade individual. Cada ser possui uma identidade inconfundível com a de qualquer outro.

Vale ressaltar que essa acentuação teve como função quebrar toda despersonalização causada pelas consequências da Segunda Guerra Mundial trazendo-nos a ideia atual sobre o conceito de pessoa, sem qualquer discriminação de raça, gênero ou etnia.

Bobbio é outro autor que também discute no seu livro “A era dos direitos” acerca das teorias filosóficas relacionadas à construção do conceito de ser humano e das leis escritas, ligadas aos atributos necessários a ele. De acordo com ele, essas teorias foram acolhidas pela primeira vez por um legislador através das Declarações de Direito dos Estados Norte-Americanos e da Revolução Francesa.

2.2. Desenvolvimento histórico dos Direitos Humanos

Logo, as primeiras gerações dos Direitos Humanos tiveram início através das revoluções liberais: inglesa, americana e francesa, culminando na elaboração de suas respectivas Declarações de Direitos. A Revolução Inglesa teve como marco a *Petition of Rights*, de 1628, que buscou garantir determinadas liberdades individuais, e o *Bill of Rights*, de 1689, que consagrou a supremacia do Parlamento e o império da lei. Já a Revolução Americana retratou o processo de independência das colônias britânicas na América do Norte, culminado em 1776, e ainda na criação da Constituição norte-americana de 1787.

Somente em 1791 foram aprovadas 10 emendas que, finalmente, introduziram um rol de direitos na Constituição norte-americana como limitação do poder estatal através da separação dos poderes, a liberdade religiosa e a inviolabilidade de domicílio, ainda sobre a Revolução Inglesa na opinião de Comparato temos que:

A Revolução Inglesa apresenta, assim, um caráter contraditório no tocante as liberdades públicas. Se, de um lado, foi estabelecida pela primeira vez no Estado moderno a separação de poderes como garantia das liberdades civis, por outro lado essa fórmula de organização estatal, no *Bill of Rights*, constituiu o instrumento político de imposição, a todos os súditos do rei da Inglaterra, de uma religião oficial (COMPARATO ,2003, p. 92).

Na Revolução Francesa, houve a adoção da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão pela Assembléia Nacional Constituinte francesa, em 27 de agosto de 1789, que consagrou a igualdade e liberdade, levando à

abolição de privilégios, direitos feudais e imunidades de várias castas, em especial da aristocracia de terras. Em sua primeira edição, consagrou a perda dos direitos absolutos do monarca francês, implantando-se uma monarquia constitucional, mas, ao mesmo tempo, reconheceu o voto censitário.

Através do lema “liberdade, igualdade e fraternidade” (“liberté, égalité et fraternité”), houve a garantia de igualdade, da liberdade política e religiosa e de manifestação de pensamento. Sendo assim, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão considerada a primeira constituição com vocação universal.

O universalismo foi o grande alicerce da afirmação dos direitos humanos posteriormente, no século XX, com a edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, após a 2ª Guerra Mundial. Ainda sobre esta revolução, Comparato nos recorda também que:

A Revolução Francesa desencadeou, em curto espaço de tempo, a supressão das desigualdades entre indivíduos e grupos sociais, como a humanidade jamais experimentara até então. Na tríade famosa, foi sem dúvida a igualdade que representou o ponto central do movimento revolucionário. A liberdade, para os homens de 1789, limitava-se praticamente à supressão de todas as peias sociais ligadas à existência de estamentos ou corporações de ofícios. E a fraternidade, como virtude cívica, seria o resultado necessário da abolição de todos os privilégios (COMPARATO, 2003, p. 148).

No final do século XVIII, os jacobinos franceses passaram a defender a ampliação do rol de direitos da Declaração Francesa para abarcar também os direitos sociais, como o direito à educação e assistência social. Em 1793, os revolucionários franceses editaram uma nova “Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão”, redigida com forte apelo à igualdade, com reconhecimento de direitos sociais, como o direito à educação.

No século XIX, os movimentos socialistas ganharam apoio popular na Europa devido aos seus ataques ao modo de produção capitalista. Tendo como expoentes Proudhon, Karl Marx, Engels e August Bebel, eles criticavam a exploração da classe operária.

A Revolução Russa de 1917 estimulou novos avanços na defesa da igualdade e justiça social. Introduziu-se os chamados direitos sociais, que pretendia assegurar condições materiais mínimas de existência em várias Constituições. As pioneiras foram a Constituição do México (1917), a da República da Alemanha

(também chamada de República de Weimar, 1919) e, no Brasil, a Constituição de 1934.

No plano do Direito Internacional, consagrou-se, pela primeira vez, uma organização internacional voltada à melhoria das condições dos trabalhadores – a Organização Internacional do Trabalho, criada em 1919 pelo próprio Tratado de Versailles, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial. Influenciado pelas idéias do estado social dos autores citados acima, tinha como objetivo promover a paz e promover melhorias das relações empregatícias. Não poderia se falar em paz sem a justiça social.

2.3. Teorias do Reconhecimento

Diante da luta social de Hobbes, um dos principais influenciadores das Revoluções Liberais e do moralismo kantiano, surge a ideia de que a sociedade reconciliada só pode ser entendida de forma adequada como uma comunidade eticamente integrada de cidadãos livres. Utilizando-se dessa influência Hegel propôs pela primeira vez a ideia de reconhecimento, traçou uma visão baseada na ética da sua Teoria da Subjetividade. Assim, na sua visão, o reconhecimento é uma relação ética entre sujeitos e consiste num processo de etapas de reconciliação e de conflito ao mesmo tempo, as quais substituem umas às outras. Como define em:

Consideremos agora este puro conceito do reconhecimento, a duplicação da consciência-de-si em sua unidade, tal como seu processo se manifesta para a consciênciade-si. Esse processo vai apresentar primeiro o lado da desigualdade de ambas [as consciências-de-si] ou o extravasar-se do meio termo nos extremos, os quais, como extremos, são opostos um ao outro; um extremo é só o que é reconhecido; o outro, só o que reconhece. (HEGEL, 1992, p.127)

Essa visão foi responsável por influenciar as principais teorias de reconhecimento que conhecemos hoje. À medida que trouxe a ideia da esfera social, que proporciona a possibilidade dos sujeitos se auto-reconhecerem nas suas potencialidades e capacidades, mais ou menos semelhantes. Ou seja, a possibilidade de estarem em comunhão, reconhecendo o outro na sua singularidade e originalidade. O que faz com que cada nova etapa de reconhecimento social

capacite o indivíduo a apreender novas dimensões de sua própria identidade. Fato que estimula lutas por reconhecimento, mostrando o ponto central deste processo, o movimento no qual o conflito e reconhecimento condicionam-se mutuamente.

Com a criação da Escola de Frankfurt, deu-se uma geração de filósofos influenciados pelo marxismo, que começou a questionar como se daria o reconhecimento pelo Estado Democrático de Direito. Habermas, um dos principais nomes dessa escola, começou uma análise sobre a possibilidade de conciliação entre a teoria de direito individualistas e a luta por reconhecimento. Constatou-se que as conquistas políticas do liberalismo e da social-democracia demonstraram que seria possível, pois no decorrer histórico, ambas, objetivaram superar a privação de direitos de grupos privilegiados.

Conforme Habermas (2002, p.229), “a constituição faz valer exatamente os direitos que os cidadãos precisam reconhecer mutuamente, caso queiram regular de maneira legítima seu convívio com os meios do direito positivo”. O autor também considera que os movimentos de emancipação seriam a busca pelo reconhecimento dos direitos que foram violados. São eles: o feminismo, multiculturalismo, nacionalismo e a luta contra a herança eurocêntrica. Ainda sobre análise do reconhecimento, referente ao Estado Democrático de Direito, Habermas afirma que “uma ordem jurídica é legítima quando assegura por igual a autonomia de todos os cidadãos. E os cidadãos só são autônomos quando os destinatários do direito podem ao mesmo tempo entender-se a si mesmos como autores do direito.” (HABERMAS, 2002, p. 242)

Então, conforme Habermas (1993, p.298), o indivíduo só ganha distância reflexiva em relação à própria história de vida no horizonte de formas de vida que ele partilha com outros, e que formam o contexto para os projetos de vida diferentes de cada um. Assim, o discurso prático-moral representa a ampliação ideal de nossa comunidade de comunicação a partir da perspectiva interior e, ante esse fórum, “só podem encontrar assentimento fundamentado aquelas sugestões de norma que expressam um interesse comum de todos os envolvidos”. (1993, p.299). As normas fundamentadas discursivamente fazem valer o conhecimento daquilo que a cada momento reside no interesse geral de todos, bem como uma vontade geral que apreendeu em si sem repressão a vontade de todos.

Axel Honneth foi assistente de Habermas na Universidade de Frankfurt e teve forte influência de Hegel. Sua teoria vai de encontro com a de Habermas sobre

a necessidade de se construir a Teoria Crítica em bases intersubjetivas e com componentes universalistas.

A diferença é que a base da interação social é o conflito, e sua gramática é a luta por reconhecimento. Isso acontece em virtude da forma na qual os indivíduos se inserem na sociedade, através das lutas por reconhecimento. Já Habermas prega que ocorre através do reconhecimento estatal.

Axel ainda defende que há três formas de reconhecimentos recíprocos para explicar a gramática do reconhecimento são elas: “dedicação emotiva, como a conhecemos das relações amorosas e das amizades, são diferenciados o reconhecimento jurídico e o assentimento solidário como modos separados de reconhecimento.” (HONNETH, 2003, p. 157). No amor o reconhecimento é feito através da dedicação emotiva dos sujeitos da interação. Para isso, usa-se de exemplo uma criança quando nasce, o reconhecimento jurídico se dá pela igualdade legal e o reconhecimento solidário reflete a auto-estima.

Apesar das diferenças, é importante destacar o diálogo entre Fraser e Honneth, fruto de uma provocação feita pela autora em torno de problematizações feitas sobre o reconhecimento. Fraser publicou, em 1995, dois ensaios que buscavam discutir os conflitos entre a política de reconhecimento e a política de redistribuição, introduzindo uma distinção transversal entre dois tipos de soluções para as injustiças sociais, a depender se estas são culturais ou econômicas, o que norteou, em medida, as discussões sobre as questões do reconhecimento social e, sobretudo a respeito das atuações dos novos sujeitos sociais como os povos indígenas.

Ambos partem do ponto de vista de que a justiça deve englobar dois conjuntos de questões: as lutas por distribuição e as lutas por reconhecimento. Para eles, a justiça tem como fundamento a equidade, no sentido em que todos os cidadãos possuem direitos iguais em relação um ao outro, os quais conferem a cada um a mesma autonomia. Também defendem que o reconhecimento não se reduz a um simples epifenômeno da distribuição. Não obstante, são apenas nessas questões que há uma concordância de pensamento entre ambos. Pois, para Fraser, os graus de autonomia individual são medidos pela paridade de participação, e para Honneth são a formação de uma identidade bem-sucedida e as próprias condições intersubjetivas de reconhecimento para a formação desta identidade que funcionam como os critérios para avaliar a igualdade social.

Com isso, Nancy Fraser como exposto em seu artigo “Reconhecimento sem ética?” (2007) buscou diferenciar a redistribuição e o reconhecimento, de forma dualista. A busca da redistribuição seria a alocação mais justa de recursos e bens, enquanto o reconhecimento procura o respeito igualitário das distintas perspectivas das minorias étnicas, “raciais” e sexuais, bem como a diferença de gênero. Os dois complementam, como um status social. Pois, nem sempre o problema de reconhecimento, como nos exemplos citados estão ligados a apenas uma questão de distribuição de recursos de forma igualitária ou de reconhecido como igual na sociedade. Nesses casos vamos ver que é necessário o reconhecimento de forma dual.

De acordo com Fraser o não reconhecimento leva à subordinação social no sentido de ser privado de participar como igual na vida social e o remédio para esse tipo de injustiça social é justamente o reconhecimento através da redistribuição. Ela também trouxe a discussão acerca da globalização e o modo pelo qual discutimos a justiça. Para Fraser, “a globalização não pode solucionar, mas sim problematizar, a questão do “como”, uma vez que politiza a questão do “quem”.” (FRASER, 2009, p.35). Uma vez que o legislador é integrante de uma minoria social privilegiada e que a criação não reflete a representatividade do que é necessário para promover uma justiça social mais justa. Sendo necessário haver um enquadramento da justiça com a forma de que é promovida a democracia, através de uma paridade participativa, fornecendo exatamente o tipo de refletividade que é necessário em um mundo globalizado.

Ainda se procurou diferenciar dos autores Charles Taylor e Axel Honneth, sobre sua visão através do texto:

Diferentemente de Taylor e Honneth, proponho conceber o reconhecimento como uma questão de justiça. Desse modo, não se deve responder à pergunta “O que há de errado com o falso reconhecimento?”, dizendo que isso impede o pleno desenvolvimento humano devido à distorção da “auto-relação prática” do sujeito (Honneth, 1992 e 1995). Deve-se dizer, ao contrário, que é injusto que, a alguns indivíduos e grupos, seja negada a condição de parceiros integrais na interação social, simplesmente em virtude de padrões institucionalizados de valoração cultural, de cujas construções eles não participaram em condições de igualdade, e os quais depreciam as suas características distintivas ou as características distintivas que lhes são atribuídas. Deve-se dizer, então, que o não reconhecimento é errado porque constitui uma forma de subordinação institucionalizada – e, portanto, uma séria violação da justiça (FRASER, 2005, p. 111).

Com o debate entre Fraser e Honneth vemos que as teorias do reconhecimento não ocorreram somente na Alemanha, outros autores como Taylor e Boaventura Santos também foram importantes expositores. Taylor, defendeu o reconhecimento através da política. Sua visão é de que a política de igual dignidade objetiva criar um campo neutro, no qual as pessoas de diversas culturas possam se encontrar e coexistir, fazendo uma relação de reconhecimento e identidade, como expõe em:

Alguns aspectos da política atual estimulam a necessidade, ou, por vezes, a exigência, de reconhecimento. Pode-se dizer que a necessidade é, no âmbito da política, uma das forças motrizes dos movimentos nacionalistas. E a exigência faz-se sentir, na política de hoje, de determinadas formas, em nome dos grupos minoritários ou 'subalternos', em algumas manifestações do feminismo e naquilo que agora, na política, se designa por 'multiculturalismo' (TAYLOR, 1998, p.45).

A proposta de uma política de reconhecimento perpassa pelo objeto de maior crítica pelos liberais de igualdade, que se refere à relativização dos direitos individuais e, conseqüentemente, questiona a saída mais adequada a esse problema. Para tanto, Taylor propõe um rol de liberdades fundamentais as quais seriam garantidas a todos os cidadãos e, a priori, invioláveis, muito embora possa haver motivo relevante para tal, como nos casos de grupos diferenciados que tenham um modo de vida incompatíveis com os demais, por exemplo os povos indígenas. O que há de interessante nesse novo modo de pensar o liberalismo tratado pelo filósofo é o modo como é tratada a diversidade.

Taylor, porém, não trata do assunto diretamente, mas contextualiza evolutivamente o conceito de identidade, a noção de autenticidade e a importância do reconhecimento, a fim de relacionar com a política de igual dignidade e seus desdobramentos. É importante frisar que em momento algum o autor rechaça a política que critica, mas tão somente propõe um novo modo de se relacionar com a diferença e o respeito com as especificidades, pois, do contrário, negaria a relevância histórica do surgimento da igual dignidade e incorreria no mesmo erro que censura.

Através de uma crítica à globalização e ao eurocentrismo, que tem por consequência o crescimento das minorias, pois há olhar de superioridade do colonizador sobre os povos colonizados. Onde ele não se inclui nesse processo.

Boaventura Santos trouxe o reconhecimento como forma de libertação através da política e dos Direitos Humanos. Pois a luta contra a hegemonia propõe uma democracia participativa pautada por política de igualdade e no respeito às diferenças, através da defesa dos direitos humanos.

Portanto, as coordenadas políticas e geográficas, nas quais o movimento global de direitos humanos tem operado, têm sofrido profundas alterações, devido a essas lutas libertárias. Ao longo da última década, presenciamos a tomada das ruas por centenas de milhares de pessoas para protestar contra injustiças sociais e políticas, entre elas os povos indígenas. Vimos também as potências emergentes do Sul desempenharem um papel cada vez mais influente na definição da agenda global de direitos humanos. Como no caso do Brasil que tem se mostrado cada vez mais ativo quando o assunto é atuação dos Direitos Humanos, mesmo ainda essa atuação não estando perfeita em relação ao nosso próprio país. Com isso destaco que as minorias democráticas tem tomado destaque no cenário atual para a produção.

Diante do que foi exposto, concluímos os problemas dos povos indígenas pode se tratar de um problema de reconhecimento, pois ao longo da sua trajetória sofreu um processo, pelos portugueses, de uma “domesticação” da cultura deles, tirando a autonomia desses povos e que custa até hoje tirar esses povos da condição de telespectadores para o tornarem autores e que para a solução seria o reconhecimento através da participação.

O grande estudioso desses povos, Fernando Dantas destaca:

O reconhecimento constitucional dos índios, e suas organizações sociais de modo relacionado, configuram, no âmbito do direito, um novo sujeito indígena, diferenciado, contextualizado, concreto, coletivo, ou seja, sujeito em relação com suas múltiplas realidades socioculturais, o que permite expressar a igualdade a partir da diferença. O marco legal desse reconhecimento, em razão da dificuldade de espelha exhaustivamente a grandiosa complexidade e diversidade que as sociedades indígenas representam, está aberto para a confluência das diferentes e permanentemente atualizadas maneiras indígenas de conceber a vida com seus costumes, línguas, crenças e tradições, aliadas sempre ao domínio coletivo de um espaço territorial (DANTAS, 2012, p. 187).

Podemos encontrar aspectos do que foi exposto anteriormente, como a questão levantada por Habermas, de que não basta os dispositivos jurídicos garantirem o direito subjetivo, é necessário garantir a autonomia dos sujeitos de direito. Pois, numa sociedade pluralista como o Brasil, podemos ver que a questão

de reconhecimento não se resume a um parâmetro de distribuição, como foi adotado através dos instrumentos jurídicos de regulamentação da propriedade indígena. Assim como o reenquadramento da justiça de Fraser, através de formulações de políticas públicas para os povos indígenas. Visto que é necessário que se determine qual tipo de reconhecimento é desejado, em vez da simples diferenciação entre estas políticas e as de redistribuição.

Torna-se importante interpretar corretamente o sentido do reconhecimento. Por exemplo, um reconhecimento que objetive integração não deixa de ser uma política de reconhecimento das diferenças. Além disso, como afirma Albuquerque, o “reconhecimento apenas em seu aspecto legal e formal não acarreta conseqüências práticas para o desenvolvimento dos povos ameríndios.” (ALBUQUERQUE, 2008, p. 74).

Esse caminho de resgate cultural dos povos indígenas na América Latina e no Brasil, que se suporta nas lutas por emancipação, é responsável pelo início de um processo de constitucionalização de direitos plurais, que reconhece a diversidade e cria condições de existência contígua para liberdades, prerrogativas, modos de vida e até jurisdições diferenciadas, que, posteriormente vamos estudar suas peculiaridades culturais e como se encontram a situação atualmente a fim de que seja evitada uma supressão das identidades indígenas.

3 POVOS INDÍGENAS E SUA RELAÇÃO COM O TERRITÓRIO

Preliminarmente, no início desse capítulo é necessário definir o que é território e territorialidade, para posteriormente dissertarmos sobre a situação dos povos indígenas no Brasil e como se chegou à tutela dos seus direitos através do território. Pois, é importante lembrar que os povos indígenas fazem parte de um dos movimentos sociais que Wolkmer (2001) denomina de fonte de produção jurídica, dado que através das suas lutas não só aprimoram as leis que temos hoje, mas também transformam estas.

3.1. Território e territorialidade

A definição de território é de suma importância ao Direito, visto que é ele que determina o pertencimento a uma nação e entra até como critério de competência para organização normativa e de aplicação processual. Bonavides afirma que há três definições jurídicas de território são elas: a Teoria do Território-Patrimônio, a Teoria do Território-Objeto, a Teoria do Território-Espaço e a Teoria do Território-Competência, esta última encontra-se inserida na definição de Território-Espaço.

Na teoria do território-patrimônio temos uma confusão do território com a propriedade ou com outros direitos reais. Pois, na Idade Média não havia uma distinção do que seria aqui direito público ou direito privado e se explicava a noção do território através do direito das coisas, devido ao regime feudal.

Já na teoria do território-objeto, nos deparamos com conceitos jurídicos no qual o território é um o objeto de um direito das coisas, público, ou de um direito real, de caráter público. Segundo os adeptos dessa corrente, o direito do Estado sobre o seu território é especial, eminente e soberano. O território passar a ser uma coisa, do ponto de vista do Direito Público. Como Bonavides define melhor a seguir:

É o território posto na sua exterioridade, sobretudo na sua acepção corporal, como coisa, como objeto frente ao Estado, que seria o titular, a pessoa do qual aquele estava desmembrado, mas a cuja vontade ficava sujeito. O território estaria assim para o Estado do mesmo modo que a coisa para o proprietário, e a soberania territorial seria no direito público aquilo que no direito civil é o direito de propriedade (BONAVIDES,2000, p. 123).

A teoria do território-espço, desenvolvida através de Fricker, mostrou que a soberania não podia ser exercida sobre coisas, mas sobre pessoas, e que o território não exprime um prolongamento do Estado, senão um momento em sua essência. Logo, o território do Estado significa a extensão espacial da soberania deste.

A teoria do território-espço acabou por desembocar na teoria do território-competência, obra dos juristas austríacos da chamada Escola de Viena, que passaram a ver no território simplesmente um elemento determinante da validade da norma, sobretudo um meio de localização da validade da regra jurídica. Bonavides acerca dessa teoria destaca que:

Essa teoria se desdobra em duas acepções de território. A primeira, mais restrita, faz do território a esfera de competência local, a “diocese do poder estatal”, segundo a linguagem de Radnitzky. A segunda encara o território de maneira significativamente ampla, nos termos análogos da teoria do território-espço, a saber, como âmbito da validade da ordem estatal, como delimitação espacial da validade das normas jurídicas (BONAVIDES, 2000, p. 123).

A teoria do território-espço é a mais comum no sistema jurídico como coloca Reale (2002,p. 94) no seu livro acerca da definição de território que “todo sistema jurídico positivo cobre dado espaço social, referindo-se a certo território, sob a proteção de um poder soberano.” Diante deste conceito, vemos que a ideia de território está ligada ao Estado Nação que está ligada ao conceito de pertencimento ao reconhecimento a um Estado, remetendo ao nacionalismo.

Como forma de transitoriedade sobre o conceito de território e territorialidade e sobre as teorias apresentadas pode-se notar que o território não diz respeito somente à materialidade do espaço. Pois não há território exterior a relações sociais.

Pela falta de definição clara de territorialidade no âmbito jurídico utilizamos a definição geográfica. Na qual a principal diferenciação do conceito de território e territorialidade dá-se por no território temos um espaço físico para aplicação de um poder, enquanto nada mais é do que um processo deste. Logo, o território é um mero instrumento da territorialidade.

Raffestin (1993, p. 160), geógrafo que se baseou nas concepções de poder de Foucault, define que a territorialidade corresponde a “um conjunto de

relações que se originam num sistema tridimensional sociedade-espaço-tempo em vias de atingir a maior autonomia possível, compatível com os recursos do sistema". Portanto, a territorialidade é sempre uma relação e se manifesta em todas as escalas, vinculando-se às coletividades e à esfera do vivido. Argumentando que além da demarcação de parcelas individuais existe a relação social entre os homens, indo além do que uma simples relação homem-espaço.

É importante notar que, se entendermos o território apenas como uma área delimitada e constituída pelas relações de poder do Estado, consoante se entende na geografia, estaríamos desconsiderando diferentes formas de focar o seu uso. As quais não engessam a sua compreensão, mas a torna mais complexa por envolver uma análise que leva em consideração muitos atores e muitas relações sociais.

Em combinação ao argumento de espaço e poder, Milton Santos destaca que "o espaço é um verdadeiro campo de forças cuja formação é desigual. Eis a razão pela qual a evolução espacial não se apresenta de igual forma em todos os lugares". (Santos, 1978 p.122). Direcionando a ideia que vimos anteriormente da construção de espaço através das relações sociais, onde quem tem mais força são certas classes em situações privilegiadas.

(...) O espaço por suas características e por seu funcionamento, pelo que ele oferece a alguns e recusa a outros, pela seleção de localização feita entre as atividades e entre os homens, é o resultado de uma práxis coletiva que reproduz as relações sociais, (...) o espaço evolui pelo movimento da sociedade total. (SANTOS, 1978, p. 171).

Para ele, o espaço precisa ser considerado como totalidade: conjunto de relações realizadas através de funções e formas apresentadas historicamente por processos tanto do passado como do presente. Desse modo, o espaço, além de instância social que tende a reproduzir-se, tem uma estrutura que corresponde à organização feita pelo homem. Além disso, é também uma instância subordinada à lei da totalidade, que dispõe de certa autonomia, manifestando-se por meio de leis próprias. Assim, o espaço organizado é também uma forma resultante da interação de diferentes variáveis.

O espaço social corresponde ao espaço humano, lugar de vida e trabalho: morada do homem, sem definições fixas. Já o espaço geográfico é organizado pelo homem vivendo em sociedade e, cada sociedade, historicamente, produz seu

espaço como lugar de sua própria reprodução.

De acordo com Santos (1978), “a utilização do território pelo povo cria o espaço”; imutável em seus limites e apresentando mudanças ao longo da história, o território antecede o espaço. Entretanto, o espaço geográfico é mais amplo e complexo, entendido como um sistema indissociável de sistemas de objetos e ações, em que a instância social é uma expressão concreta e histórica. O território é um conceito subjacente em sua elaboração teórico-metodológica e representa um dado fixo, delimitado, uma área.

Ainda utilizando as ciências auxiliares do Direito para a definição de territorialidade, temos uma contraposição do ponto de vista antropológico, que crítica o conceito de territorialidade ligado ao Estado nação, como já apresentado e o usado no direito para definir território, que argumenta ser necessário reconhecer outras formas de territorialidade. Como expõe Emília Pietrafesa de Godoi:

Quando falamos em não reconhecimento de múltiplas territorialidades e da deslegitimação delas por parte do Estado, isso implica em não reconhecimento de direitos sobre um espaço de vida e trabalho, produzindo o que muitos autores qualificam como processos de desterritorialização. Podemos pensar concretamente em várias situações de deslocamentos compulsórios promovidos, por exemplo, por grandes projetos desenvolvimentistas, como as hidrelétricas, por grandes empresas de extração de minérios, por frentes de expansão, pelo avanço de grandes plantações monocultoras e ainda pela criação de áreas de preservação ambiental, nos casos em que a “ideologia preservacionista” entra em colisão com a possibilidade da presença humana nessas áreas (GODOI, 2014, p.4).

A postura adotada pelo conhecimento ocidental considerou sempre o homem enquanto sujeito diferenciado em relação à natureza, estabelecendo que a proximidade entre o homem e o mundo natural revelaria o grau de sua animalidade e a selvajaria de seu povo. O primeiro ponto do estudo demonstra já uma ruptura com mais esse pensamento moderno/colonial e o apontamento de um novo olhar para a relação entre ser humano e natureza. Os povos indígenas, símbolo dos movimentos descoloniais e do constitucionalismo transformador, mantém uma relação de pertencimento para com o mundo natural, é uma ligação diferenciada da estabelecida pelo mundo moderno, onde a continuidade das tradições, da cultura e da própria vida só são possíveis através da continuidade do contato com seu território natural.

É importante frisar que há uma diversidade de povos indígenas no Brasil e, esse universo pluriétnico acompanha conceitos diversos de território, percepções e

cosmovisões que se baseiam em crenças, e modos de produção de vida. São essas mesmas visões diferenciadas que intentam ocupações específicas, sendo permeadas com unicidade tão somente por sua compreensão de terra enquanto propriedade de ocupação coletiva e recurso sociocultural. Como exemplifica Alcida Ramos:

Para muitas sociedades indígenas, como os já mencionados Cubeo, o território grupal está ligado a uma história cultural. Essa história, muitas vezes revestida de linguagem mítico-religiosa, orienta e define os movimentos espaciais das aldeias de um sítio ocupado para outro novo. A ordenação de grupos residenciais ao longo dos rios obedece a um modelo representado pela uma gigante sobre sucuri: à sua cabeça correspondem os grupos locais mais na política e ritualmente, localizados rio abaixo; à sua cauda, os menos importantes; localizados nas cabeceiras. (RAMOS, 1986, p.19)

Antes da Constituição Federal de 1988, os índios eram obrigados a passar por um processo de “civilização”. Pois, embora existisse o reconhecimento do território indígena desde a Constituição Federal de 1934, não havia uma preocupação com os limites territoriais.

Frente às ameaças ao acesso e a utilização dos recursos naturais, os povos tradicionais se sentiram obrigados a elaborar novas estratégias territoriais para defender suas áreas. Isto, por sua vez, deu lugar à atual onda de territorialização em curso. O alvo central dessa onda consiste em forçar o Estado brasileiro a admitir a existência de distintas formas de expressão territorial – incluindo distintos regimes de propriedade – dentro do marco legal único do Estado, atendendo às necessidades desses grupos.

3.2. Novas condutas territoriais e os povos indígenas

As novas condutas territoriais por parte dos povos tradicionais criaram um espaço político próprio, na qual a luta por novas categorias territoriais virou um dos campos privilegiados de disputa. Uns dos principais resultados dessa onda tem sido a criação ou consolidação de categorias fundiárias do Estado. Devido à grande diversidade de formas territoriais desses povos, houve a necessidade de ajustar as

categorias às realidades empíricas e históricas do campo, em vez enquadrá-las nas normas existentes da lei brasileira.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, distintas modalidades territoriais foram fortalecidas ou formalizadas. Prioritariamente o texto constitucional de 1988 inova ao reconhecer o direito de ser, ou seja, permissiona a continuidade étnica, melhor dizendo, garante o direito aos indivíduos pertencentes a povos indígenas de permanecer em sua condição de índio. Como coloca Marcela Nogueira em:

A Constituição Federal de 1988 representa uma ruptura paradigmática no tocante à temática da territorialidade indígena no Brasil. Não obstante ser o primeiro texto constitucional a tratar do tema em um capítulo, trouxe uma amplitude ao grau de proteção dos povos indígenas, reconhecendo "sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições", e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam" (artigo 231, *caput*). É o rompimento com o perfil integracionista que o Estado brasileiro, até então, constitucionalmente designava aos povos indígenas e o momento à partir do qual lhes são (re)assegurados seus direitos territoriais, produto de demandas históricas de redemocratização e luta pelo reconhecimento político ocorridas ao longo da história no Brasil. (NOGUEIRA, 2005, p.65)

Interligando essa busca por reconhecimento do território, a cultura indígena e a sua interação social, em relação a última Albuquerque recorda que:

A identidade étnica de um povo resulta de um diálogo constante com o diferente, um "jogo complexo" entre o "eu" e o "outro", entre o "próprio" e o "alienígena", entre identidade e alteridade. Exatamente por esse inter-relacionamento que cada vez mais tem-se afirmado a cultura dos povos indígenas. (ALBUQUERQUE, 2003, p. 193)

Além do que foi exposto acima, o complexo sistema internacional de proteção aos direitos humanos vem se mostrando preocupado com a tendente absorção dos povos indígenas, bem como demais povos tradicionais, pela cultura dominante de países inseridos no contexto ocidental de mundo. Reportando a tutela que Stuart Hall recomenda em relação as sociedades tradicionais para evitar que estas tenham a identidade sufocada pela globalização. Por esta razão que tem-se determinado o aumento do arcabouço legislativo sobre a temática dos povos "tradicionais, indígenas, tribais". Essas legislações surgidas no contexto do pós-colonialismo, marcadas pelo movimento descolonial, tem por objetivo o resguardo dos direitos desses povos à sua identidade, autonomia e conservação dos valores tradicionais.

Por consequência, não apenas nos textos constitucionais se configurou a normatização de tratamento das territorialidades indígenas. O sistema jurídico brasileiro se compõe de normas infraconstitucionais, constitucionais e internacionais, que poderão considerar supra legais ou de recepção com status de emendas constitucionais e, neste aspecto, de igual valor às normas da própria Constituição, devendo, inclusive, ser incorporadas ao seu texto, como é o caso da Convenção 169 da OIT foi promulgada pelo Brasil em 2004.

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

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

Como já citado acima, podemos perceber que a noção de Terra Indígena está ligada ao processo político-jurídico conduzido sob a égide do Estado. Reitera-se, ademais, que as definições conceituais de recursos ambientais, produção e essencialidades, encontradas na cultura dos povos indígenas não guardam relação com a percepção de tais conceitos dentro da cultura ocidental.

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

O direito à terra existe desde o momento em que a comunidade se forma, ou seja, como direito congênito existe desde o surgimento ou nascimento da própria comunidade. [...] A continuidade de existência da comunidade depende do lugar de sobrevivência. Por isso há uma estreita vinculação entre o direito à terra como direito originário e o direito à existência desses povos e comunidades, esta negação os mantém na invisibilidade, quando os próprios instrumentos normativos tentam legitimamente trazê-los à visibilidade jurídica. (WOLKMER, 2016, p.10).

A imensa diversidade sociocultural do Brasil é acompanhada de uma extraordinária diversidade fundiária. As múltiplas sociedades indígenas, cada uma delas com formas próprias de inter-relacionamento com seus respectivos ambientes geográficos, formam um dos núcleos mais importantes dessa diversidade. Ao passo que as centenas de remanescentes das comunidades dos quilombos, espalhadas por todo o território nacional, formam outro.

De acordo com a FUNAI, o reconhecimento dos índios, enquanto realidade social diferenciada, na Constituição Federal, não pode estar dissociada da questão territorial, dado o papel relevante da terra para a reprodução econômica, ambiental, física e cultural destes. Por este motivo, a etnicidade é um dos requisitos para conseguir a tutela das terras indígenas, de modo a amenizar a falta de reconhecimento da cultura desses povos.

Os critérios adotados pela FUNAI se baseiam na Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada integralmente no Brasil pelo Decreto nº 5.051/2004, e no Estatuto do Índio (Lei 6.001/73). A Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada integralmente no Brasil pelo Decreto nº 5.051/2004, em seu artigo 1º afirma que:

"1. A presente convenção aplica-se: a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;
b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.
2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção."

Já o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73) define, em seu artigo 3º, indígena como: "...todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional." Então, um pessoa pode ser considerada indígena ou não a depender da sua constatação pessoal, ou se assim for consideradas pela população que a cerca.

Dessa forma, os critérios utilizados consistem na auto declaração, na consciência de sua identidade indígena e no reconhecimento dessa identidade por parte do grupo de origem. Por serem considerados processos dinâmicos de construção individual e social, não fica a critério do Estado definir quem é índio ou não, a sua função se resume em garantir que esses processos sejam respeitados, como expõe Teófilo da Silva em crítica:

Tampouco cabe à FUNAI realizar tais "identificações étnicas". Aos aparelhos indigenistas do Estado (como a FUNAI entre outras agências governamentais e "neo-governamentais") cabe apenas o papel de solicitar e viabilizar (ou, no mínimo, não inviabilizar) estudos etnográficos, pesquisas de campo, pesquisas bibliográficas e históricas que informem e subsidiem as ações e decisões políticas em prol da proteção dos direitos indígenas, em particular o direito de pessoas e grupos de se auto-afirmar, na qualidade de sujeitos históricos que são, como indígenas autônomos(SILVA, 2005, p.121).

3.3. Povos indígenas no Brasil

Segundo o último senso, existem cerca de 305 grupos no Brasil que se auto identificam como povos indígenas, falando mais de 274 línguas, em uma população de 896.917, conforme o Censo Nacional do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010, dos quais 324.834 vivem em cidades e 572.083 em áreas rurais. Apesar do fato deles representarem apenas 0,43% da população, os povos indígenas estão presentes em 80% dos municípios brasileiros.

Processos coloniais e genocidas resultaram num declínio da população nativa, de um número estimado de cinco milhões de pessoas antes da chegada dos europeus, para menos de um milhão nos dias de hoje. Contudo, de acordo com o

censo nacional de 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a população indígena está crescendo.

Quanto a demografia territorial, temos que a extensão territorial do Brasil é de 851.196.500 hectares e as terras indígenas somam “693 áreas”, ocupando uma extensão total de 113.185.694 hectares ou 13.3% das terras do país. Na Amazônia Legal há 422 terras indígenas (TIs) somando 111.401.207 hectares, representando 22,25% do território amazônico e 98,42% da extensão de todas as TIs do país.

Segundo o Instituto Socioambiental os 1,58% restante das TIs localizam-se no Nordeste, Sudeste, Sul e estado do Mato Grosso do Sul. A região Nordeste do Brasil é uma das regiões de antiga colonização, densamente povoada que tem terras indígenas de extensão extremamente reduzida, onde a questão fundiária se constitui o cerne da luta política atual dos povos indígenas onde suas terras estão ameaçadas pelo avanço de projetos desenvolvimentistas turísticos, agroindustriais, pecuários, portuários e industriais, e pela expansão urbana.

Assim, a dignidade humana dos povos indígenas está condicionada ao respeito aos seus territórios, aos seus modos de vida e às suas instituições, como garantia prévia e imprescindível à satisfação das necessidades básicas. Portanto, o espaço e as formas de vida enquanto direitos consuetudinários devem ser protegidos, sendo esse o comando constitucional.

Com isso, o que buscam é o reconhecimento de seus territórios e do modo de vida que construíram ali. Assim, surgem conflitos quando os povos tradicionais reivindicam seus próprios espaços culturais, políticos e territoriais dentro do aparelho único do Estado, principalmente quando confrontam não a legitimidade do Estado como tal, mas o nacionalismo homogeneizador promovido por alguns dos seus setores, a exemplo do exército. Em última instância, o que esses grupos reivindicam são seus direitos – como cidadãos e como povos – sem questionar a legitimidade do Estado brasileiro.

Os povos indígenas fazem parte dos movimentos sociais e os novos sujeitos coletivos para a produção da nova cultura jurídica onde é necessário repensar conceitos básicos do que nos foi apresentado e por fim reproduzir sua renovação que resultou. A exemplo, como citado anteriormente, na necessidade da tutela territorial indígena através da CF/88. O que podemos ver é que apesar do reconhecimento na Constituição, as leis ainda não cumpriram o seu objetivo. Como coloca Baniwa em:

(...) Entre a letra das leis e a prática há uma enorme distância, ou lacunas institucionais e conceituais intransponíveis que dificultam ou anulam as possibilidades de maior efetividade desses direitos, conquistados com muita luta, sofrimento, dor, sangue e morte de lideranças e povos indígenas inteiros. Por que os direitos coletivos, os sistemas jurídicos, socioculturais, econômicos e políticos dos povos indígenas continuam sendo desconsiderados, ignorados e negados? Por que as organizações sociais tradicionais continuam sendo desqualificadas no âmbito das relações políticas, jurídicas e administrativas com o Estado? Afinal de contas, não foram os índios que aprovaram e adotaram essas leis, mas os próprios agentes e operadores do Estado brasileiro. (BANIWA, 2012, p. 216)

O desenvolvimento contínuo de distintas formas espaciais nos leva a considerar uma reestruturação e a inclusão do conceito de territorialidade no âmbito jurídico como já mencionado anteriormente sempre que é necessário utilizar buscamos através das ciências auxiliares para que seja aplicado pelo meio da analogia. A falta de respeito ao pluralismo cultural da população brasileira ressalta a relatividade destes conceitos jurídicos. Gostaria de enfatizar que a falta de diálogo entre os diferentes setores da sociedade também se torna um problema na questão do processo de demarcação. Por outro lado, a percepção das dificuldades que nos traz as mudanças que vemos hoje.

Concluimos, por fim, após a análise sobre territorialidade e a relação dos povos indígenas com o território que falta o reconhecimento de outras territorialidades pelo sistema jurídico brasileiro. Para no próximo capítulo analisarmos os instrumentos jurídicos de regulamentação da propriedade indígena no Brasil a fim de que possa ser feita mais considerações.

4 MECANISMOS JURÍDICOS DA REGULAMENTAÇÃO DAS TERRAS ÍNDIGENAS

Neste capítulo vamos conhecer os mecanismos jurídicos de regulamentação das terras indígenas, analisar a eficácia da sua aplicação; entender como se dá o processo de demarcação e regularização do território indígena.

4.1. A Constituição Federal de 1988 e a Convenção 169 da OIT

Como já citado anteriormente, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma inovação ao reconhecer a propriedade indígena. As condições elencadas para se caracterizar o território indígena. Destarte, o art. 231, §1º, determina:

Art. 231(...) §1º. São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (BRASIL, 1988).

Alguns dos elementos do artigo nos remetem aos conceitos já trabalhados. Como a questão da tradicionalidade se referindo à relação tradicional com a terra, construída pelas relações sociais entre espaço-tempo, sendo este o lugar como modo externar a produção econômica, de manifestação de suas tradições de acordo com os costumes e crenças.

Vale ressaltar, que a posse não é como simples poder de fato sobre a coisa, para a sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria, na posse indígena. Conforme visto anteriormente, ela é tratada de forma diferente do nosso sistema jurídico. Quando a CF relaciona às terras de ocupação tradicional como sendo aquelas habitadas em caráter permanente, esta posse não pode ser confundida com o conceito de posse civil.

A Convenção 169 da OIT (art. 14.1) determinou a necessidade de compreender a posse indígena considerando seus usos, costumes e tradições. O Estatuto do Índio também destaca essa necessidade, sendo esta relacionada à sua subsistência ou à utilização econômica, ao afirmar que devem ser reconhecidos os direitos de propriedade e posse dos povos indígenas e tribais sobre as terras que

tradicionalmente ocupam. Esta compreensão, de forma conjunta com a de ocupação tradicional, foi importantíssima, sobretudo para vários povos indígenas que não poderiam reivindicar seu direito com base em uma ocupação efetiva de toda a área indígena da qual necessitavam, devido à invasão de não-indígenas em suas terras, tendo sido expulsos de parte ou da totalidade delas.

Um dos exemplos mais emblemáticos foram os pataxós. Pois tiveram seus direitos reconhecidos na década de 30 quando a Constituição Federal sequer reconhecia o direito do índio de ser índio. Depois com a exploração do cacau, tiveram que deixar suas terras em prol do interesse econômico. Mas a forma que o Estado encontrou de recompensar foi colocando esses povos num processo de imposição cultural onde tiveram que freqüentar escolas para se inserir na nossa sociedade. Posteriormente se uniram para reivindicar o seu reconhecimento. Como contextualiza Santos:

Menos de trinta anos depois, na década de 80, os indivíduos Pataxó Hãhãhãe, que se imaginavam integrados e felizes na vida de cidadãos brasileiros, trabalhadores livres, foram se reagrupando, aos poucos e timidamente. Em ousada ação simbólica, retomaram uma das fazendas que se havia constituído em suas terras e nela se instalaram, iniciando uma luta que já dura 20 anos e causou muitas mortes. Ao primeiro grupo foram se juntando outros, novas famílias que se reconheciam e eram reconhecidas como pataxó hãhãhãe e, em júbilo, lembravam os antepassados comuns e reafirmavam sua condição de índios, de povo, de coletivo. O Estado e a elite local negavam, e negam até hoje, essa condição, o que os obrigou a ingressar na Justiça pelo reconhecimento dos direitos. (SANTOS, 2003, p.85)

Com isso o povo deixou a visão de simples telespectador, e hoje é reconhecido e presente, ainda que todos os seus direitos não tenham sido reconhecidos. Tudo isso foi possível através de uma luta que teve dois patamares: o jurídico no Supremo Tribunal Federal para o reconhecimento de toda a terra e o fático, reocupando fazendas e reagrupando ainda mais o povo.

Como podemos ver há uma demora no processo de reconhecimentos da propriedade indígena e os índios são obrigados por conta própria a defender seus interesses, como expõe Victoria Tauli-Corpuz da ONU no relatório sobre os povos indígenas no Brasil de 2016:

Um refrão recorrente entre os povos indígenas por todo o país era a urgente necessidade de concluir os processos de demarcação e terras, fundamental para todos os seus outros direitos. Povos indígenas do país inteiro repetidamente enfatizaram que, devido à ausência prolongada de uma proteção eficaz do Estado, eles se veem forçados a retomar suas terras

para garantir sua sobrevivência. Muitos até declararam que, caso recebam ordens de despejo ou reintegração de posse, não deixarão suas terras e, se necessário, morrerão por isso (TAULI-CORPUZ, 2016, p. 7).

Ainda sobre os instrumentos jurídicos utilizados temos que o Estatuto do Índio regulou, em seu art. 19, o processo administrativo de demarcação de terras indígenas. Conforme o Estatuto, a FUNAI é a responsável por realizar esse processo, levando em consideração os aspectos culturais e históricos da ocupação indígena na área por meio de estudos antropológicos. Este procedimento existe para determinar territorialmente a titularidade indígena e evitar que terceiros a tome, sendo responsabilidade, sendo também de competência da União demarcar, proteger e fazer respeitar os direitos indígenas sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas.

Contudo, a exploração econômica dos TI para a construção de infraestruturas, como a construção de hidrelétricas e estradas. Gera um dos pontos mais divergentes da relação entre Estado e povos indígenas. Pois os embates com o Estado geram dificuldade ao acesso e utilização destas terras e dos seus recursos, quando o governo, por querer realizar obras, pretende ou intervém nas áreas destes povos.

Como o caso do projeto de Belo Monte que tem sido repleto de controvérsias e resistência pelos povos indígenas cujas vidas impacta. Foi observado que grupos indígenas e organizações não governamentais reclamavam que o projeto de Belo Monte estava sendo conduzido sem medidas adequadas de mitigação e consulta com as comunidades afetadas.

Uma série de ações jurídicas proeminentes foram apresentadas pelo Ministério Público Federal. Contudo, a invocação do mecanismo de suspensão de segurança pelo judiciário impediu as contestações judiciais dos povos indígenas e permitiu com que projetos prosseguissem sem o cumprimento do dever do Estado de consultar para obter o consentimento livre, prévio e informado dos povos afetados. A Comissão Inter-Americana de Direitos Humanos emitiu medidas cautelares em 2011, na qual abordou a falta de adequada consulta prévia, a falta de acessibilidade do estudos de impactos e a urgente necessidade de proteger a vida e a integridade física dos povos indígenas. Apesar disso, autorizações governamentais foram expedidas para o prosseguimento do projeto. Como expõe Carina Oliveira:

As dificuldades na construção do empreendimento são muitas: as peculiaridades técnicas decorrentes da construção de uma hidrelétrica na região da floresta amazônica, o impacto da obra ao meio ambiente e às comunidades locais, o que resultou em manifestações contrárias da sociedade civil⁹ e em ações do Ministério Público Federal (MPF) desfavoráveis à continuidade do empreendimento. O MPF já interpôs quinze Ações Cíveis Públicas (ACPs) questionando a implantação da hidrelétrica.¹¹ Além do MPF outras organizações também ajuizaram ações como Organizações Não Governamentais (ONGs). Duas cautelares e uma Suspensão de Liminar (SL) foram analisadas pelo STF: a cautelar à Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) 3473, julgada em 2005;¹² a SL n. 125 proferida pela Ministra Ellen Gracie em 2007¹³ e a medida cautelar à Reclamação 14404, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto de 2012¹⁴. As outras ACPs ainda não foram julgadas pelos tribunais superiores. (OLIVEIRA, 2016, p.255)

Apesar do mérito ainda não ter sido julgado nessas três ações, o STF sinalizou que não é necessário o consentimento prévio e informado das comunidades indígenas para que o empreendimento seja construído. Remetendo-nos aos problemas trazidos nos capítulos anteriores. Onde há certa dificuldade no universo jurídico de reconhecer a autonomia dos povos indígenas.

Os dois principais problemas jurídicos que envolveram a construção de Belo Monte foram a necessidade ou não de oitiva das comunidades indígenas antes da autorização da construção do empreendimento e a garantia de permanência das comunidades indígenas em suas terras. Para evitar relatos que foram remetidos a ONU como colocado abaixo:

As comunidades descreveram como seus modos de vida tradicionais baseados na pesca e caça tornaram-se inviáveis devido à mudança radical das correntes do rio, a água tornou-se turva e o estoque de peixes foi reduzido. Eles explicaram que as doenças transmissíveis por mosquitos aumentaram, que áreas extensas foram desmatadas, ilhas submersas e pes-soas desalojadas. Moradias inadequadas e inapropriadas foram oferecidas àqueles desalojados pela barragem, algumas vezes em lugares sem acesso ao rio Xingu. (TAULI-CORPUZ, 2016, p. 11)

Apesar da Convenção tratar o princípio de consulta previsto no artigo 6º não estabelece de que forma deverá ocorrer a consulta e possibilita que ocorra através de instituições representativas dos indígenas. Para alguns, a consulta através das instituições representativas poderiam não zelar pela efetiva opinião dos indivíduos indígenas supostamente representados. No Brasil, a consulta prévia ainda carece de mecanismo permanente para torná-la efetiva, nos termos previstos no art. 6º da Convenção 169, pois não há ainda norma que estabeleça como ela deve ocorrer e quais os procedimentos a serem adotados para tanto, como no caso citado acima.

Muito embora não haja a necessidade dessa regulamentação para que a consulta prévia seja realizada efetivamente, sua regulamentação é importante, pois torna a regra clara e possibilita seu maior conhecimento.

4.2. O processo de demarcação do Território Indígena

O processo de demarcação ocorre a partir do seguinte processo: identificação e delimitação, reconhecimento, demarcação física, homologação e registro em cartório. O Decreto ainda prevê a participação do povo indígena em todas as fases do procedimento, representado segundo suas formas próprias.

1ª fase – identificação e delimitação: a FUNAI compete a iniciativa para demarcar administrativamente a terra indígena, requisitando a realização de um estudo antropológico sobre a ocupação tradicional e seus limites. A autarquia, através de portaria, nomeia um antropólogo de qualificação reconhecida para realizar este estudo, em prazo fixado na Portaria nomeatória. Posteriormente, é designado um Grupo Técnico para, fundamentado no trabalho do antropólogo, realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica e ambiental, além do levantamento fundiário. Este levantamento pode ser realizado juntamente com o órgão federal e estadual específico e da própria comunidade indígena envolvida, além de poder solicitar a colaboração de membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos. O trabalho do GT deve basear-se nas diretrizes presentes na Portaria MJ nº 14. Ao fim de seus trabalhos, o grupo apresenta um relatório à FUNAI caracterizando a terra indígena a ser demarcada.

Nessa fase há uma crítica quanto a forma que acontece os mecanismos de identificação pois há uma desigualdade na forma de orientação dessa prática e que reproduzem estigmas originários da nossa incapacidade de lidar com a diferença cultural e com a desigualdade política daqueles culturalmente mais próximos de nós. Como expõe Teófilo Silva:

O “cerco” de assistência e suas formas de categorização étnica implementadas por agentes e agências indigenistas oficiais ou não-governamentais vêm se impondo sobre pessoas, comunidades e sociedades indígenas após estas terem sofrido uma série de outras imposições: expropriação fundiária, circunscrição territorial, aldeamento,

doutrinação religiosa, fixação de força de trabalho, acamponesamento, proletarianização, em suma, “territorialização” (que se revela, assim, mais uma faceta do processo civilizador). Passando a constituir linhas de força remodeladoras de suas identidades sociais e repercutindo na reavaliação de si mesmos como sujeitos de direito. Tais reavaliações demonstram quanto os índios não são receptores passivos das formas de categorização étnica acionadas por agentes e agências da sociedade nacional. (SILVA, 2005 ,p. 131)

2ª fase – declaração (reconhecimento): nesta, são realizadas análises pela FUNAI da proposta da Terra Indígena elaborada pelo GT. Aprovado o relatório, a FUNAI promove a publicação de um resumo daquele, junto com a descrição e o mapa da área, no Diário Oficial da União e no Diário Oficial do Estado onde se localiza a terra indígena. Com a inovação do contraditório, desde o início do procedimento (com a portaria) até noventa dias após a publicação do relatório acima, os Estados e municípios sobrepostos à terra indígena, assim como particulares que se sintam afetados pelo processo demarcatório, podem apresentar documentos para pleitear indenizações (como títulos dominiais) ou para denunciar vícios no relatório (como laudos, declarações de testemunhas, fotos e mapas). Findo o prazo para as contestações, a FUNAI deve pronunciar-se sobre as razões apresentadas e enviá-las, junto com o procedimento feito até então, ao Ministro da Justiça, no prazo de sessenta dias. A partir daí, o Ministro, no prazo de 30 dias, contados da recepção do procedimento, pode tomar três caminhos: declarar, por Portaria, os limites da terra indígena e a continuidade da demarcação; pedir a realização de diligências, no prazo de noventa dias; ou desaprovar a identificação e retornar os autos à FUNAI, através de decisão fundamentada. A decisão do Ministro deve estar circunscrita ao artigo 231, §1º da Constituição, que traz as condições para a caracterização da ocupação tradicional indígena. O intuito dessa fase é demilitar as áreas, seria o primeiro passo após os estudos feitos na fase anterior para reconhecer os direitos dos índios.

3ª fase – demarcação: Aprovados os trabalhos feitos e com base na Portaria Declaratória da terra indígena supracitada, é realizada, em campo, a materialização dos limites da área, colocando no terreno os limites topográficos anteriormente fixados. Podemos ver o que caracteriza esse momento é declaração. Vale recordar que depois que declarada, só um motivo juridicamente relevante pode revogar esse ato administrativo.

4ª fase – homologação: por meio de expedição de Decreto Federal, é homologada a demarcação administrativa da Terra Indígena. Não há prazo para a expedição deste Decreto. É a confirmação da fase anterior também é uma das mais demorada, pois diante da falta de prazo e por ser atribuído à Presidência da República tende a demorar.

5ª fase – registro: após publicado o Decreto, é, enfim, promovido o registro da Terra Indígena no cartório Imobiliário da comarca de situação do imóvel e na Secretaria de Patrimônio da União, em até trinta dias após a homologação. É com esta regularização que a terra indígena torna-se tão documentada quanto os títulos dominiais do direito civil.

Ainda, havendo presença de não-indígenas na área sob demarcação, deve ser feita a desintrusão, ou seja, a retirada daqueles que não são indígenas. Segundo a Constituição Federal, há o pagamento das benfeitorias nos casos de ocupação de boa-fé. Mas o que ocorre são diversos conflitos, principalmente onde há zonas de grande interesse econômico, como no caso dos pataxós.

Assim, o que vemos é que a não realização do processo demarcatório repercute diretamente na garantia da posse indígena sobre suas terras, mesmo com o dispositivo legal de que o direito em questão não depende da demarcação para se fazer valer. Percebemos, cada vez mais, que a hegemonia do ambiente político apresenta tendências no sentido de aprovar a manutenção do sistema de sem a participação geral. Assim mesmo, o consenso sobre a necessidade autonomia desses povos. Há uma preferência pela permanência da estrutura de hierarquias culturais. Onde uma cultura é considerada inferior a outra. Por isso o processo demarcatório de terras indígenas é considerado ato administrativo complexo, pois envolve a conjugação de vontades de mais de um órgão administrativo, só podendo estar juridicamente perfeito e acabado quando atinge o final de todas suas fases.

Portanto, mesmo sendo a Portaria Declaratória do Ministro da Justiça o momento em que a terra é declarada indígena, aquela ainda depende da homologação do Presidente da República. Isto faz com que a União não assuma, muitas vezes, sua responsabilidade no que diz respeito à efetiva fiscalização e proteção daquelas terras enquanto não terminado todo o processo demarcatório.

Apenas quando se dá o reconhecimento pelo Estado da tradicionalidade da ocupação da terra pelo povo indígena é que se estabelece uma maior proteção (embora, mesmo com o reconhecimento, várias terras indígenas estejam invadidas),

o que só acontece com o fim do processo de demarcação que, por sua complexidade e por vários outros interesses, em muitos casos demora anos ou até décadas para terminar, como é o caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima.

Existem alguns projetos de emenda constitucional e projetos de leis que buscam alterar os preceitos constitucionais existentes e o conjunto de leis que tratam dos direitos dos povos indígenas, bem como a forma que ocorre as demarcações.

Recentemente, mais um Projeto de lei tramitou na Câmara dos Deputados, com o objetivo de mudar o procedimento de demarcação de terras indígenas. É o Projeto de Lei 4.791/2009, dos deputados Aldo Rabelo e Ibsen Pinheiro, que buscava submeter a demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas ao Congresso Nacional, e se encontra hoje em trâmite na Câmara, na Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional. Apenso a ele há outro Projeto, 4.891/2009, que dispõe sobre a revisão das terras indígenas já existentes, enumerando as situações em que seria possível a realização desta revisão (vale salientar que aqui só se consideram hipóteses de revisão para diminuir ou extinguir a terra indígena). Como justificativa destes projetos, centram-se os argumentos da ameaça à soberania nacional que as terras indígenas podem representar, por estarem em áreas de fronteira, como também o retrocesso no desenvolvimento econômico do país, dos Estados e dos municípios que representariam estas terras. É comum também o argumento de “muita terra para pouco índio”, privilegiando que outra forma de demarcação seja buscada. Posteriormente vieram outros projetos como a Proposta de Emenda à Constituição em análise na Câmara, a PEC 215, que deseja mudar a competência das demarcações do executivo para o legislativo.

Outra discussão a respeito da propriedade indígena que é de suma importância analisar é a questão da terra e de sua titularidade, se coletivamente dos povos indígenas, ou se da União sendo flexibilizada sua destinação aos índios conforme as oscilações do mercado, sempre perpassa pela questão do capitalismo que, na modernidade rege os contratos sociais e o direito de um maneira geral. Como nos exemplos citados acima, onde o governo decide de acordo com interesse econômico atual. Por falha do próprio dispositivo que deixa uma margem para tal flexibilização como Art. 231, § 5, CF/88º:

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. (BRASIL, CF, art. 231)

Portanto, podemos perceber que há uma mitigação de direitos qual se está em jogo é o interesse econômico. Tornando todo esse processo frágil e por consequência afetando a eficácia dos instrumentos jurídicos trabalhados e gerando uma insegurança jurídica. Usando os casos citados acima, mais uma vez, de exemplo que apesar de ter seu direito à terra reconhecido foram revogados em prol do interesse econômico, como se o caso dos indígenas fosse mero choque de direitos.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se que entre os vários direitos como costumes, línguas, crenças e tradições, reconhecidos pela Constituição Federal, as demarcações das terras indígenas é o mais relevante, pois a terra é um importante meio para a cultura, permitindo a preservação da desta, dos valores e modo particular de vida dentro da comunidade e muitos buscam o reconhecimento destas terras protegidas pelo governo devido aos seus costumes atípicos à sociedade contemporânea, tornando-se portanto uma prerrogativa para que não sejam violados os demais direitos.

Através do primeiro capítulo vimos a constante mudança da construção da ideia de sujeito e de como as lutas de reconhecimento influenciaram as leis. Perpassando por teorias que ajuda compreender melhor o problema dos povos indígenas e o território. Como a questão de Habermas e Honneth que ambos concordam quanto reconhecimento por meio de uma teoria intersubjetiva(eu me reconheço através do reconhecimento do outro), se diferenciam na questão da forma como se dá esse reconhecimento. Pois para Honneth a forma na qual os indivíduos se inserem na sociedade, é através das lutas por reconhecimento. Já Habermas prega que ocorre através do reconhecimento estatal. Outros teóricos como Taylor defendera o reconhecimento através da política. Sua visão é de que a política de igual dignidade objetiva criar um campo neutro, no qual as pessoas de diversas culturas possam se encontrar e coexistir. Não muito distante, com a ideia de justiça social através da redistribuição e reconhecimento, como forma de evitar uma subordinação institucionalizada que leva ao não reconhecimento. No mesmo parâmetro, Boaventura Santos trouxe o reconhecimento como forma de libertação através da política e dos Direitos Humanos, para se libertar da forma que é feita a globalização e desvirtuar do eurocentrismo.

No segundo capítulo, estudamos conceito de povos indígenas no Brasil, a cultural desses povos com o território, sua situação atual em relação a dados demográficos utilizando dados de órgãos como IBGE e FUNAI, além de ciências auxiliares do Direito. Reitero que há uma diversidade de povos indígenas no Brasil e,

esse universo pluriétnico acompanha conceitos diversos de território, percepções e cosmovisões que se baseiam em crenças, e modos de produção de vida. É de extrema importância Estado não reconhecer outros conceitos de territorialidade para evitar que essas culturas tão peculiares desapareçam como aconteceu em outros países.

Como exposto, também é possível perceber que através da condição de auto declaração para reconhecimento desses povos, é possível ver que não é possível distinguir a condição de ser índio sem desvirtuar da questão territorial. Pois não podemos reconhecer a condição de ser índio apenas na forma existencial, devemos reconhecer todos os atributos necessários para a condição da dignidade humana. Retomo, a visão de espaço como forma resultante da interação de diferentes variáveis. Principalmente a questão do espaço social correspondente ao espaço humano, lugar de vida e trabalho: morada do homem, sem definições fixas. Pois este conceito foi de extrema importância para entender as lutas que levaram a proteção das TI foram frutos de uma pressão de uma relação social, com as demais camadas da sociedade. Essas novas condutas territoriais por parte dos povos tradicionais criaram um espaço político próprio, na qual a luta por novas categorias territoriais virou um dos campos privilegiados de disputa. Uns dos principais resultados dessa onda tem sido a criação ou consolidação de categorias fundiárias do Estado. Devido à grande diversidade de formas territoriais desses povos, houve a necessidade de ajustar as categorias às realidades empíricas e históricas do campo, em vez enquadrá-las nas normas existentes da lei brasileira, a exemplo disso é o uso do estudo antropológico para definir as TIs.. Porém, mesmo com a tutela sob forma da lei, nos últimos anos, os constantes ataques contra esses direitos vêm ganhando mais força, sobretudo pelo interesse de ampliação do agronegócio e da construção de mais obras de infraestrutura. A exemplo destas últimas, temos a construção da Hidrelétrica de Belo Monte no Rio Xingu que afeta diretamente vários povos indígenas e suas terras. Mesmos os dados estatísticos mostrando que as é necessário reconhecer mais TIs.

Então, no terceiro capítulo e através de exemplos como Belo Monte e da luta dos Pataxós. Analisamos alguns termos específicos nos dispositivos jurídicos que tutelam o processo de demarcação como a questão de tradicionalidade e porque ela tem importância para esse processo. Além de, diferenciar a questão da posse, do qual relembremos que na posse indígena não é como simples poder de fato sobre a

coisa, para a sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria. Conforme visto anteriormente, ela é tratada de forma diferente do nosso sistema jurídico. Diante do que foi exposto nesse capítulo. Chegamos a conclusão que há uma mitigação de direitos qual se está em jogo é o interesse econômico. Tornando todo esse processo frágil e por consequência afetando a eficácia dos instrumentos jurídicos trabalhados.

Por fim, chega-se a conclusão que os procedimentos utilizados não seriam feitos da melhor forma para proporcionar o reconhecimento das peculiaridades culturais étnicas e coletivas desses povos. Pois há um grande desrespeito às reservas indígenas desde o processo inicial até depois da demarcação pelo governo e por outros setores dotados de poder devido a fatores políticos e econômicos. Por não haver um reconhecimento aos diversos conceitos de territorialidade. Como solução, é importante pensar na crítica de Fraser quanto à globalização e quanto a necessidade de um reenquadramento da justiça para que os índios possam ter seus direitos e modo de vida reconhecidos através da lei.

6 REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Antonio Armando Ulian do Lago. **Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas**. 2003, disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106553>. Acesso 26/11/17.

BANIWA, Gersem. **A conquista da cidadania indígena e o fantasma da tutela no Brasil contemporâneo**. In: RAMOS, Alcida Rita. *Constituições nacionais e povos indígenas*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012.p. 206- 236

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10ª edição, São Paulo: Malheiros, 2000. Cap. 6.

BRASIL. Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973 - Estatuto do Índio. In: MAGALHÃES, Edvard Dias (org.) **Legislação indigenista brasileira e normas correlatas**. 2ª ed, Brasília: FUNAI/CGDOC, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. In: MAGALHÃES, Edvard Dias (org.) **Legislação indigenista brasileira e normas correlatas**. 2ª ed, Brasília: FUNAI/CGDOC, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p.13-184.

DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. **Multiculturalismo, cidadania e direito dos povos indígenas**. Revista Amazônia Legal. 2012 – Prelo;

FRASER, Nancy. **Reconhecimento sem ética?**. Lua Nova [online]. n.70, p.101-138, 2007, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n70/a06n70.pdf>. Acesso em 08/06/17.

_____. **Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado**. Lua Nova[online], 2009, no.77, p.11-39. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n77/a01n77.pdf>. Acesso em 26/11/17.

_____. Y Honneth, Axel . **¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político – filosófico**. España: Editorial Morata, 2006. p. 13-15.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002, p. 229-267.

HABERMAS, Jürgen. **Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática**. In: BONI, Luís A. de. STEIN, Ernildo. (Org). *Dialética e liberdade: Festschrift em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima*. Petrópolis: Rio de Janeiro: Vozes; Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1993, p.298-299.

HEGEL, G.W.F. **Fenomenologia do Espírito**. Trad. Paulo Meneses com a colaboração de Karl-Hetnz Efken. Petrópolis, Vozes, 1992. Parte I, p. 126-134.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003.

ISA. **Situação jurídica das TIs hoje**. Disponível em: http://www.socioambiental.org/pib/portugues/quonqua/ondeestao/sit_jurid.html. Acesso em 22/11/2017.

NOGUEIRA, M. I. **A titularidade das terra indígenas no Brasil: análise do paradoxo entre a Constituição Federal 1988 e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2015. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito Agrário) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2015. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/handle/tede/5083>. Acesso: 03/10/2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da missão ao Brasil da relatora especial sobre os direitos dos povos indígenas de 2016**. Disponível em: <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/country/2016-brazil-a-hrc-33-42-add-1-portugues.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2016.

OIT. **Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. 1989. In: MAGALHÃES, Edvard Dias (org.) **Legislação indigenista brasileira e normas correlatas**. 2ª ed, Brasília: FUNAI/CGDOC, 2003. p. 42-54.

RAFFESTIN, C. **Por uma Geografia do Poder**. São Paulo: Ática. 1993.p.143- 163

REALE, MIGUEL. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002,p. 94.

RIBEIRO RORIZ, João Henrique e DO AMARAL JUNIOR, Alberto. **O Direito Internacional em Movimento: Jurisprudência Internacional Comentada - Brasília**, Instituto Brasiliense de Direito Civil Grupo de Pesquisa Crítica e Direito Internacional, 2016.

SANTOS SOARES, Amanda. **Direito à Terra e a “Viagem da Volta”**: **Processos de construção da Terra Indígena Potiguar De Monte-Mor**. 2009. Dissertação (Programa de PósGraduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, área de concentração em Direitos Humanos) 2009. Disponível em: <http://www.cj.ufpb.br/pos/contents/pdf/bibliovirtual/dissertacoes-2009/amanda-santos-direito-a-terra-indigena.pdf/view>. Acesso em 23/11/2017

SOUZA SANTOS, Boaventura. **Pela Mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Editora Cortez, 1997.

_____. **Reconhecer para Libertar**: Os caminhos do cosmopolitismo cultural. Rio de Janeiro: Editora Civilização, 2003, p. 557- 610.

TAVARES, André Ramos De. **Curso de direitos humanos**: 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.p. 41-45.

TEÓFILO DA SILVA , Crithian. **Identificação étnica, territorialização e fronteiras: A perenidade das identidades indígenas como objeto de investigação antropológica e a ação indigenista**. Revista de Estudos e Pesquisas, FUNAI, Brasília, v.2, n.1, p.113-140, jul. 2005

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito**. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

_____. **Direitos Territoriais Quilombolas:além do marco temporal**.Goiás: PUC Goiás, 2009, p. 6 a 25.