

A TRAJETÓRIA DO DIREITO INDÍGENA À TERRA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO: DA DEMOCRATIZAÇÃO À REVELAÇÃO DA ALTERIDADE NEGADA

*THE TRAJECTORY OF THE INDIGENOUS RIGHT TO
LANDS IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM:
FROM DEMOCRATIZATION TO THE REVELATION
OF DENIED ALTERITY*

Fagundes Rodrigues de Melo¹

Clarissa Marques²

Resumo

A tutela jurídica do direito indígena, ao longo das constituições brasileiras, apresenta a busca inicial por inserir os povos originários na chamada comunhão nacional, impondo o abandono das práticas ancestrais e assimilação da cultura dominante, refletindo as bases coloniais do Estado. A Constituição Federal de 1988 põe fim aos ideais integracionistas e assimilacionistas, protegendo a alteridade. A Comissão Nacional da Verdade (CND) descortina a atuação dos órgãos do Estado que, usando de violência e omissão, promoveram o esbulho das terras ancestrais dos povos indígenas. O presente trabalho, a partir de uma proposta analítica e descritiva, realizada através de pesquisa bibliográfica e documental, propõe o debate jurídico acerca do direito indígena estampado nos textos constitucionais e jurisprudências brasileiros e no relatório da Comissão Nacional da Verdade.

¹ Mestre em História do Pensamento jurídico pela Faculdade Damas, tendo desenvolvido suas pesquisas na linha de Historicidade dos Direitos Fundamentais (PPGD-ARIC/Faculdade Damas).

² Pós- doutorado realizado na The New School of Social Research-NY, Doutora em Direito pela UFPE, Professora do PPGD da Faculdade Damas e da Universidade de Pernambuco – UPE, Coordenadora do Grupo de Estudos e Pesquisas Transdisciplinares sobre Meio Ambiente, Diversidade e Sociedade – GEPT – UPE/CNPq, Coordenadora do Coletivo Direitos em Movimento – UPE, Coordenadora do Programa TransVERgente – UPE/FIOCRUZ.

Palavras-chave

Alteridade; Demarcação; Descolonialidade; Terras Indígenas.

Abstract

The legal protection of indigenous right, throughout the Brazilian constitutions, brings an initial search to insert native peoples into the so-called national communion, imposing the abandonment of ancestral practices and assimilation of the dominant culture, reflecting the colonial bases of the State. The Brazilian Federal Constitution of 1988 puts an end to the integrationist and assimilationist ideals, protecting the alterity. The National Truth Commission unveils the actions of the State agencies that, using violence and omission, they promoted the invasion of the ancestral lands of the indigenous peoples. Analytical and descriptive work carried out through bibliographic and documentary research, focused on the legal debate that involves indigenous law stamped in Brazilian constitutional texts, its jurisprudence and in the National Truth Commission report.

Keywords

Alterity; Demarcation; Decoloniality; Indigenous lands.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO; 1 COLONIALIDADE: NEGAÇÃO E ENCOBRIMENTO DA ALTERIDADE; 2 A PRESERVAÇÃO DA PLURALIDADE CULTURAL E A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: O RECONHECIMENTO DA ALTERIDADE; 3 O PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS: ORIGEM E CARACTERÍSTICAS; 4 A CONVENÇÃO 169 DA OIT E A DEFESA DOS POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS: A RECEPÇÃO PELOS PADRÕES DEMOCRÁTICOS BRASILEIROS; 5 COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE (CNV): A DITADURA MILITAR E SUA AÇÃO VIOLENTA PELAS TERRAS INDÍGENAS; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A colonialidade expressou-se, além de outras formas, através da negação da alteridade indígena, encobrimento de suas culturas e desvalorização de qualquer outra forma de viver que fosse diferente do padrão dos recém chegados nas colônias, regiões compostas por terras já ocupadas por diversas etnias, os povos originários, que sofreram violência para que fosse possível a ocupação dos seus territórios e a colonização.

Este passado colonial marcou o tratamento jurídico oferecido aos indígenas ao longo das constituições brasileiras, que buscou, inicialmente, inserir os povos originários na chamada comunhão nacional, intentando a assimilação da cultura padronizada eurocêntrica e o abandono efetivo das práticas ancestrais dos povos indígenas, tendo sido utilizadas práticas coloniais de encobrimento e negação da alteridade durante grande parte do constitucionalismo brasileiro, tanto em regimes democráticos quanto em regimes ditatoriais.

Tal perspectiva só veio a perder força com a promulgação da Constituição de 1988, dando lugar a um novo horizonte de respeito à diferença, fomentando a proteção à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Além da garantia da terra que tradicionalmente ocupam e do reconhecimento do direito à alteridade, a Constituição de 1988 criou um ambiente propício à proteção e reconstrução da história, que foi levado a efeito pela Comissão Nacional da Verdade (CNV), descortinando as práticas de violência utilizadas outrora, que culminaram no esbulho de terras ancestrais indígenas.

O presente trabalho busca apresentar a trajetória do direito indígena à terra em normas brasileiras e tratados internacionais, bem como contrapor as garantias legais à atuação do Estado com

base no Relatório da Comissão Nacional da Verdade (CNV), refletindo acerca da positivação dos direitos dos povos originários. A metodologia escolhida foi analítica e descritiva, através da pesquisa bibliográfica e documental, baseadas no debate jurídico que envolve o direito indígena histórico, constante nos textos constitucionais brasileiros, jurisprudências e no relatório na Comissão Nacional da Verdade.

A abordagem segue em cinco tópicos: considerações acerca da colonialidade e sua atuação pela negação da alteridade, o histórico do direito constitucional que trata das terras indígenas, a lei infraconstitucional que estabelece as diretrizes da demarcação das terras tradicionalmente ocupadas, a Convenção 169 da OIT e o Relatório da Comissão Nacional da Verdade.

1 COLONIALIDADE: NEGAÇÃO E ENCOBRIMENTO DA ALTERIDADE

A colonização na América Latina foi um período histórico que se perpetuou e foi fator decisivo para a configuração da estrutura de poder que até hoje se apresenta no Estado Brasileiro.

Na realidade, o processo de “descoberta” no Novo Mundo tratou de promover o “encobrimento” do Outro, iniciando com a descrição de Colombo das terras que julgou serem parte da Ásia, quando intentadas suas expedições em busca da Índia, assim explica Dussel,³ “é o modo como ‘desapareceu’ o Outro, o ‘índio’, não foi descoberto como Outro, mas como o ‘si-mesmo’ já conhecido (o asiático) e só re-conhecido (negado então como Outro): ‘en-coberto’”; encobrimento então mantido posteriormente

³ DUSSEL, Enrique. **1492**: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 32

pela negação da viabilidade da alteridade⁴, estabelecendo o padrão hegemônico de Ser e Viver.

Foram consideradas como inexistentes as populações originárias que habitavam os territórios “descobertos”. Desconhecendo, pois, seus costumes, utilizou-se da negação da humanidade daqueles povos, argumentando que “o outro lado da linha alberga apenas práticas mágicas ou idólatras, cuja completa estranheza conduziu à própria negação da natureza humana de seus agentes”⁵ Essa declaração de inexistência ou negação configurava um verdadeiro requisito para a exploração das terras a colonizar, recém “descobertas”.

Este tratamento dispensado aos indígenas, de que sua cultura e modo de vida deveriam ser abandonados por serem inferiores ou insuficientes, acabou por influenciar a tutela jurídica do indígena no Brasil, todavia, jamais existiu inferioridade, o que existiu sempre foi a diferença, a alteridade. Na verdade, “antes da ocupação dos portugueses, o Brasil não tinha organizações legais como aquelas conhecidas na Europa. Os habitantes nativos do Brasil possuíam padrões culturais que variavam conforme a localização das aldeias e, conseqüentemente, tinham diferentes regramentos sociais”⁶.

⁴ Interessante perceber os caminhos que a Teoria do Direito trilha nas discussões sobre alteridade. Nesse sentido, V. ALMEIDA, Leonardo M. C. de. Os impasses da alteridade e as exigências da justiça: Drucilla Cornell e a sua filosofia do limite. **Caderno de Direito e Política**, Recife, Vol. 01, Num. 01, out. 2020.

⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Edições Almedina. S.A., 2009. p. 29

⁶ LEAL, Tatiana C. de A., ASFORA, Alessandra M. Recontando a história da pena de morte no Brasil: na linha tênue entre a oficialidade e a extrajudicialidade. **Caderno de Direito e Política**, Recife, Vol. 01, Num. 01, p. 20, out. 2020.

E, mesmo que esses povos tenham sido vitimados pelos “brancos”, desde a colonização, muitas etnias ainda persistem na manutenção de suas culturas e sua identidade, e lutam pela manutenção de suas terras ancestrais, o que demonstra uma forte capacidade de sobrevivência, ainda que inferiorizada na mentalidade colonial. Conforme afirma Rita Laura Segato⁷, “esses povos não somente sobreviveram mediante suas próprias estratégias e lógicas internas, mas também porque é possível imaginar que nos superarão nessa capacidade de sobrevivência”.

2 A PRESERVAÇÃO DA PLURALIDADE CULTURAL E A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988: O RECONHECIMENTO DA ALTERIDADE

As redações dos textos constitucionais brasileiros, quando analisados de forma sucessiva, apresentam a evolução da tutela do direito indígena, partindo da perspectiva ultrapassada de negação da alteridade, com ideais integracionistas, que buscavam inicialmente fazer com que os povos originários abandonassem seus costumes ancestrais, para se juntarem ao “moderno”, até chegarmos ao reconhecimento do direito à alteridade, concedendo aos indígenas o direito ao exercício democrático dos vários modos de ser e viver de forma diferente do padrão estabelecido.⁸

Os reflexos da intenção homogeneizadora do eurocentrismo, característica do colonialismo, podem ser

⁷ SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, n.01, v.01, p. 65-92, jan./jun. 2014. p. 83

⁸ MARTINS, Fernanda Rocha. A Política Indigenista no Brasil. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 550.

percebidos desde a redação da Constituição Brasileira de 1934, quando o legislador não trabalha positivamente a questão da diferença, e, como em todo o período colonial, trata o indígena como um ser aquém da realidade brasileira, que precisa ser integrado à sociedade. Dispões no artigo 5º que caberia privativamente à União legislar sobre sua incorporação à comunhão nacional, denotando então um desrespeito ao modo de vida próprio da comunidade originária. Para além da posição eurocêntrica do artigo 5º, destacamos a proteção que trouxe essa constituição ao estabelecer em seu artigo 129 que “será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”⁹.

A tutela trazida na Constituição de 1934 não foi o primeiro texto legal a garantir o direito dos indígenas sobre suas terras, já que desde o período colonial, através da Carta Régia de 30/7/1781 e do Alvará de 1º de abril de 1680, já se garantia o direito de posse permanente desses povos sobre suas terras ancestrais. Trata-se do indigenato, reconhecido ainda na Lei de 6.6.1775, que exigia para a concessão de sesmarias o respeito aos direito dos índios, primários e naturais senhores das terras por eles ocupadas. Destacando José Afonso da Silva que o direito dos indígenas são direitos naturais, preexistentes à normativa constitucional, acolhidos, e não criados, pelo sistema constitucional em 1934 “como forma de direito constitucional fundamental, direitos humanos fundamentais dos índios que têm, para eles um valor de sobrevivência física e cultural”¹⁰.

⁹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, promulgada em 16 de julho de 1934. [s.p.]

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Parecer**. [s.d.]. p. 4-5

Todavia, a tutela legal ofertada não se mostrou efetiva ao longo da história, tal qual afirmou a Ministra Carmem Lúcia¹¹, em seu voto por ocasião do julgamento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, considerando que o esbulho indígena ocorreu por falta de órgãos judiciais que lhes garantissem a aplicação da legislação colonial, então “os índios viram minguidos os seus direitos e os seus espaços de existência e de manutenção de suas identidades”.

A Constituição Brasileira de 1937, igualmente à anterior, determinava em seu artigo 154 que “será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas”, não trazendo prescrição quanto à integração do indígena¹².

A Constituição Brasileira de 1946¹³ manteve o respeito às terras permanentemente ocupadas e trouxe de volta a competência da União para legislar sobre a comunhão nacional dos índios, assim se repetindo na Constituição de 1967¹⁴, que acrescentou o reconhecimento do direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades existentes nas terras.

O Ato Institucional nº 01 de 1964¹⁵, uma emenda à Constituição de 1967, acrescentou às determinações anteriores, a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer ato que

¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Petição 3.388/RR**. Relator(a): Min. Ayres Brito, julgada em 19 de março de 2009, publicada em DJe-181, divulgada em 24 de setembro de 2009, publicada em 25 de setembro de 2009. [s.p.]

¹² BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, promulgada em 10 de novembro de 1937. [s.p.]

¹³ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, promulgada em 18 de setembro de 1946. [s.p.]

¹⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**, promulgada em 24 de janeiro de 1967. [s.p.]

¹⁵ BRASIL. **Ato Institucional nº 1**, promulgado em 09 de abril de 1964. [s.p.]

tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras indígenas.

Assim podemos ver que os ideais integracionistas sempre estiveram presentes no direito indígena, o que denota a prática colonial de negação da alteridade, onde só é possível uma forma padronizada de viver, aniquilando-se posições contrárias. A imposição de uma cultura não-indígena, ora pela regulação, ora pela violência, ocorreria desde que homogeneizada a população; esta missão do Estado perdurou até que então uma nova ordem constitucional veio a romper esse paradigma.

A Constituição de 1988, conhecida como a constituição cidadã, se comparada às anteriores, apresenta um avanço imenso em relação ao direito indígena, nela não se vê mais o intuito integracionista das anteriores. Percebe-se, pela sua redação, que foi reconhecido o direito de ser indígena, face à proteção destinada ao modo de vida diferenciado do padrão imposto pela maioria dominante.

Para Fernanda Rocha Martins a Constituição de 1988 pois fim a este histórico assimilacionista e integracionista baseado na imposição da cultura não indígena aos povos originários, assim, com a nova ordem constitucional “o índio adquiriu, então, o direito à alteridade, isto é, respeita-se a sua especificidade étnico-cultural, garantindo-lhe o direito de permanecer índio”¹⁶.

As garantias estabelecidas constitucionalmente representam um grande avanço na tutela dos interesses dos povos originários, posto que rompem com seu texto o passado colonial, afastando a política integracionista que sempre pairou nas legislações anteriores, concedendo aos indígenas o direito de

¹⁶ MARTINS, Fernanda Rocha. A Política Indigenista no Brasil. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 544.

manter sua organização social, protegendo seus costumes, suas tradições ancestrais, garantindo a sua forma de vida e sua territorialidade coletiva.

A Constituição superou, de uma vez por todas, a visão do colonizador sobre os índios, que é uma visão preconceituosa, cruel, exploradora, etnocida, uma visão, enfim, escravagista. Então, a Constituição, decididamente, optou pelo prestígio das etnias indígenas como formadoras do caráter nacional e coautoras da ideologia nacional.¹⁷

Destacamos o direito disposto no artigo 231 da CF/88, que confere proteção à organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como reconhece o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Entendendo como terras tradicionalmente ocupadas aquelas que 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 tradições¹⁸.

A questão da terra se transformara no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois, para eles, ela tem um valor de sobrevivência física e cultural. Não se amparará seus direitos se não se lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras por eles tradicionalmente ocupadas. Por isso mesmo, foi um dos temas mais difíceis e

¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Petição 3.388/RR**. Relator(a): Min. Ayres Brito, julgada em 19 de março de 2009, publicada em DJe-181, divulgada em 24 de setembro de 2009, publicada em 25 de setembro de 2009. [s.p.]

¹⁸ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, promulgada em 5 de outubro de 1988. [s.p.]

controvertidos na elaboração da Constituição de 1988, que buscou cercar de todas as garantias esse direito fundamental dos índios.¹⁹

Sendo a questão da terra o ponto central das garantias constitucionais dispensadas aos povos indígenas, a Constituição Federal²⁰, destinou as terras tradicionalmente ocupadas à posse permanente desses povos e ao seu usufruto exclusivo as riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. Restou constitucionalmente vedada a remoção das etnias de suas terras ancestrais, salvo em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população ou no interesse da soberania do País, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco. A Constituição ainda estabeleceu essas terras como bens da União, inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis, vinculando e afetando a propriedade dessas terras, de modo a garantir sua destinação aos fins constitucionalmente previstos; tornando nulos e extintos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas ou a exploração das riquezas naturais de seu solo, rios e lagos.

Enquanto existir comunidade indígena usurpada, perdurará seu direito às terras tradicionalmente por ela ocupadas, porque imprescritíveis tais direitos na definição constitucional, assim, a etnia desapossada por não-índios sempre terá o direito de retornar a qualquer tempo, cabendo ao Estado o dever constitucional de viabilizar este retorno²¹.

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Parecer**. 2008. [s.p.]

²⁰ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, promulgada em 5 de outubro de 1988. [s.p.]

²¹ SILVA, José Afonso da. **Parecer**. [s.d.], p. 18.

Compete à União promover a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas, segundo o Ministro Ayres Britto, foi uma opção constitucional delegar à União a competência para demarcação, a ser exercitada, tal competência, também contra os Estados e Municípios, se necessário. Esta opção se dá por uma razão histórica, qual seja, a atuação de Estados e Municípios contrárias as pretensões indígenas de demarcarem suas terras, expedindo títulos de modo a propiciar a ocupação de terras mediante alianças políticas “com agropecuaristas de porte, isolada ou conjugadamente com madeireiras e empresas de mineração”, costumando, estes entes federados, a enxergar na demarcação de terra indígena uma “desvantajosa mutilação de seus territórios, subtração do seu patrimônio e sério obstáculo à expansão”²².

Pelo que, entregues a si mesmos, Estados e Municípios, tanto pela sua classe dirigente quanto pelos seus estratos econômicos, tendem a discriminar bem mais do que proteger as populações indígenas. Populações cada vez mais empurradas para zonas ermas ou regiões inóspitas do País, num processo de espremedura topográfica somente rediscutido com a devida seriedade jurídica a partir, justamente, da Assembléia Constituinte de 1987/1988.²³

José Afonso da Silva²⁴, falando da cessão pelo Estado de terras tradicionalmente ocupadas, reflete sobre o art. 64 da

²² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Petição 3.388/RR**. Relator(a): Min. Ayres Brito, julgada em 19 de março de 2009, publicada em DJe-181, divulgada em 24 de setembro de 2009, publicada em 25 de setembro de 2009. [s.p.]

²³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Petição 3.388/RR**. Relator(a): Min. Ayres Brito, julgada em 19 de março de 2009, publicada em DJe-181, divulgada em 24 de setembro de 2009, publicada em 25 de setembro de 2009. [s.p.]

²⁴ SILVA, José Afonso da. **Parecer**. [s.d.], p. 14

Constituição de 1891, ao declarar pertencente aos Estados terras devolutas situadas nos seus respectivos territórios, fez com que alguns Estados começassem a “estabelecer disposições sobre legitimação de posse, reconhecimento de domínio, discriminações das terras indígenas como se fossem devolutas”, afirmando ainda o autor que “não havia boa-fé nesses procedimentos, porque terras ocupadas pelos índios certamente não eram, nunca foram, nem são devolutas”.

A Constituição, então, diante desse contexto histórico que adjetiva a relação dos Estados e Município com os povos indígenas, opta por delegar à União a competência para a demarcação e proteção das terras tradicionalmente ocupadas.

A Carta Magna, no seu artigo 232, relaciona os índios, suas comunidades e organizações como partes legítimas para ingressar em juízo na defesa de seus direitos e interesses, cabendo ao Ministério Público intervir em todos os atos processuais, bem como defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas, conforme preconiza o item V do artigo 129 da CF/88.

A proteção destinada às terras indígenas reveste-se também de caráter difuso, que visa proteger o direito originário dos povos tradicionais, protegendo, simultaneamente, a matriz histórica formadora do povo brasileiro, deferindo a Constituição proteção à multiculturalidade. A proteção ao patrimônio histórico e cultural é uma obrigação constitucional do Estado Brasileiro, sendo a demarcação de terras indígenas um dos meios para o reconhecimento e fomento desta proteção, possibilitando o reencontro dos povos originários com suas tradições e meios de vida ancestrais; tais costumes ancestrais se encaixam perfeitamente na definição constitucional de patrimônio cultural contida no artigo 216 da CF/88.

3 O PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS: ORIGEM E CARACTERÍSTICAS

A demarcação das terras indígenas foi instituída pelo artigo 19 da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973²⁵, esta é a lei que dispõe sobre o Estatuto do Índio, promulgada durante o regime militar. O Estatuto é fortemente marcado pelos ideais integracionistas desde o seu primeiro artigo, todavia, criou o instituto da demarcação, que apresenta-se muito adequado aos padrões democráticos, apesar de não ter sido cumprido em sua totalidade.

No Estatuto do Índio está definido que as terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio - que hoje é a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), em substituição ao antigo SPI - seriam administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

Neste decreto também ficou estabelecido o prazo de cinco anos para que o Poder Executivo fizesse a demarcação das terras ainda não demarcadas, o que foi descumprido, tendo sido então estabelecido um novo prazo no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/88²⁶ - prazo de cinco anos a partir da promulgação - novamente descumprido, já que até hoje a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas não foi concluída.

O Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996²⁷ dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras

²⁵ BRASIL. **Lei nº 6.001**, promulgada em 19 de dezembro de 1973. [s.p.]

²⁶ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, promulgada em 5 de outubro de 1988. [s.p.]

²⁷ BRASIL. **Decreto nº 1.775**, promulgado em 08 de janeiro de 1996. [s.p.]

indígenas; este Decreto elege a antropologia como a peça chave para a demarcação, e não poderia ser diferente, já que os territórios indígenas abrigam a alteridade, valendo-se a democracia da ciência e da técnica para se chegar à melhor solução nas demandas dos povos originários.

Conforme dispõe o Decreto nº 1.775, será a demarcação fundamentada em estudo antropológico de identificação desenvolvido por antropólogo de qualificação reconhecida e caberá a este profissional também coordenar os trabalhos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação da terra.

A demarcação é dependente do método antropológico, conforme explica Júlia Trujillo Miras, implicando esse método em “um mergulho etnográfico: a observação e aprendizado construído junto com cada comunidade, de modo a permitir que o antropólogo, ao identificar a(s) terra(s) indígena(s), possa fazer mais do que cimentá-las sob um ‘modelo-território’”²⁸.

Apesar do procedimento contar com um responsável técnico, qual seja o antropólogo, bem como ter espaço para o contraditório e a ampla produção de provas até que chegue a sua homologação, não raramente antes do próprio Estado se insurgem contra os laudos antropológicos. Dessa forma, impactos ao procedimento e lançam dúvidas na população quanto à sua higidez, tentando arrazoar seus posicionamentos sobre bases incertas, como no caso do diálogo em plenário de ministros do STF, onde, por ocasião do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29.087, que versava sobre a Terra Indígena

²⁸ MIRAS, Júlia Trujillo. Demarcação e Equivocação: uma reflexão a partir do caso da Terra Indígena Krĩkati. **Revista de @antropologia da UFSCar**, Santa Catarina, n.09 (1), p. 131-150, jan./jun. 2017, p. 138.

Guyraroká, o Ministro Gilmar Mendes proferiu os seguintes termos:

A União não pode amanhã retirar territórios a seu bel talante, e nós sabemos como isso é feito, esses laudos, laudo da FUNAI. E, veja, agora quanto à técnica, laudo da FUNAI dizendo que houve índio em algum momento, e isso é suficiente para retirar cidades inteiras de um dado local. Veja o risco que isso envolve para todos, quer dizer, infelicitando inclusive os índios que vão ser, na verdade, não sujeitos, mas objeto desse tipo de insegurança²⁹.

O laudo antropológico é peça processual de grande relevância na demarcação de terras indígenas, a base para o deslinde da causa, através do qual se pode verificar a análise da situação fática de ocupação de determinado território tendo em vista a alteridade, as características peculiares do povo que o ocupa e a faz constituir território de ocupação tradicional, sujeito à demarcação. Isto porque, a antropologia preocupa-se com detalhes além da simples posse tradicional, dos conceitos sedimentados no debate jurídico predominante, ao qual estão habituados os operadores do Direito.

Face à relevância do aspecto antropológico para a efetivação da demarcação, os Ministros do STF, ofertaram em seus votos, algumas diretrizes para o laudo.

O Ministro Menezes Direito³⁰ afirmou que o laudo deve demonstrar até que ponto se estende a ocupação indígena, cabendo

²⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Ord. em Mandado de Segurança 29.087 Distrito Federal**. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 16 de setembro de 2014, publicado em DJe-187, divulgado em 08 de outubro de 2014, publicado em 14 de outubro de 2014. [s.p.]

³⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Petição 3.388/RR**. Relator(a): Min. Ayres Brito, julgada em 19 de março de 2009, publicada em DJe-181, divulgada em 24 de setembro de 2009, publicada em 25 de setembro de 2009. [s.p.]

a indagação aos índios sobre o conhecimento de determinada área, a busca de elementos arqueológicos, a observação dos deslocamentos e com isso descobrir quais são as áreas realmente utilizadas tradicionalmente.

O que se busca em um procedimento tão sério e de tão importantes repercussões para a vida nacional é uma clara demonstração do ponto de vista científico. Não basta apenas a existência de mapas indicativos de ocupação. Pode-se e deve-se ir além. Menciono, como exemplos, as possibilidades de se fotografar e marcar sítios utilizados ou abandonados e de se realizar levantamentos aerofotogramétricos das áreas utilizadas sazonalmente e comparativos com o recurso a imagens de satélites³¹.

O Ministro ainda cita a necessidade de participação de, pelo menos, três antropólogos no procedimento de demarcação, evitando “que as pré-concepções pessoais de um único profissional influenciem todo o trabalho de identificação e demarcação”³².

Voltando às diretrizes constantes do Decreto nº 1.775, vemos que este garante também a participação do grupo indígena envolvido, atentando-se assim à transparência e ao contraditório no processo de demarcação. O contraditório³³ também está garantido pela possibilidade de os entes públicos e demais interessados manifestarem-se - após a publicação no Diário Oficial da União e

³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Petição 3.388/RR**. Relator(a): Min. Ayres Brito, julgada em 19 de março de 2009, publicada em DJe-181, divulgada em 24 de setembro de 2009, publicada em 25 de setembro de 2009. [s.p.]

³² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Petição 3.388/RR**. Relator(a): Min. Ayres Brito, julgada em 19 de março de 2009, publicada em DJe-181, divulgada em 24 de setembro de 2009, publicada em 25 de setembro de 2009. [s.p.]

³³ SILVA, José Afonso da. **Parecer**. 2008. [s.p.]

no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação - apresentando à FUNAI razões, instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório que foi elaborado pelo grupo técnico incumbido do estudo de identificação.

Conforme parecer do professor José Afonso da Silva³⁴, após a homologação da demarcação pelo Ministro de Estado da Justiça – que analisa o estudo e as contestações apresentadas, cabendo decidir sobre a sua aceitação – estaria configurado que o procedimento preencheria os requisitos constitucionais. A demarcação seria, portanto, um ato meramente declaratório de uma situação pré-constituída, assim, o ato de homologar a demarcação implicaria dizer que o Estado

[...] reconheceu que aquelas são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e que são, assim, terras por eles habitadas em caráter permanente, e são utilizadas para suas atividades produtivas, imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. Com isso também foram reconhecidos os direitos originários daqueles índios sobre aquelas terras³⁵.

Sobre a natureza meramente declaratória do ato de demarcação, corroboram as palavras do Ministro Ayres Britto, ao concordar que, uma vez homologado, o ato demarcatório se reveste de presunção de legitimidade e veracidade, “além de se revestir de natureza declaratória e força auto executória”, definindo

³⁴ SILVA, José Afonso da. **Parecer**. 2008. [s.p.]

³⁵ SILVA, José Afonso da. **Parecer**. 2008. [s.p.]

as normas constitucionais que tratam do tema, como “de eficácia plena ou de pronta aplicação, no sentido de que *prescindente* da intercalação da lei infraconstitucional”³⁶.

Consolidam-se, por fim, as características da demarcação como ato meramente declaratório, dotado de força auto executória, consubstanciado em normas constitucionais de eficácia plena, independente de lei infraconstitucional para sua aplicação.

4 A CONVENÇÃO 169 DA OIT E A DEFESA DOS POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS: A RECEPÇÃO PELOS PADRÕES DEMOCRÁTICOS BRASILEIROS

Conforme lições do professor Carlos Frederico Marés de Souza Filho³⁷, a Organização Internacional do Trabalho-OIT preocupou-se com o trabalho forçado, promovendo a tutela dos interesses dos povos nativos coloniais e dos que foram trazidos para a colônia à força. A tentativa foi solucionar os conflitos entre o Estado e as populações locais. O autor defende que as Convenções e Recomendações da OIT findam no “reconhecimento de que os países latino-americanos mantinham um processo colonial interno” explorando a força de trabalho dos que “viviam e sobreviviam à margem da sociedade hegemônica fundada no contrato, na propriedade individual e na produção para o mercado”.

³⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Petição 3.388/RR**. Relator(a): Min. Ayres Brito, julgada em 19 de março de 2009, publicada em DJe-181, divulgada em 24 de setembro de 2009, publicada em 25 de setembro de 2009. [s.p.]

³⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os povos tribais da Convenção 169 da OIT. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, [s.l.], n. 03, v. 42, p. 155-179, set./dez. 2018. p. 155-156.

A doutrina de Marés ainda reflete sobre as mudanças sofridas ao longo do tempo nas concepções de proteção aos povos indígenas implementadas pela OIT, que buscou pela Convenção 107 de 1957³⁸, proporcionar o pleno emprego em detrimento dos meios de vida não englobados pelo eurocêntrico, “o passaporte para o ingresso na modernidade era o contrato de trabalho e o preço era abandonar a comunidade”³⁹.

Na concepção da primeira metade do século XX pleno emprego significava nenhum indivíduo sem um contrato de trabalho assalariado. Este integracionismo, na Convenção 107, era dirigido especialmente aos chamados “trabalhadores indígenas” que englobavam todos os nacionais não integrados, tribais, camponeses, quilombolas, etc. Era voltado para tudo aquilo que a modernidade considera não trabalho, como os trabalhos de autossustentação e trabalhos domésticos⁴⁰.

Reforça a valorização da pluralidade o avanço na redação da Convenção 169, quando comparada à da Convenção 107, posto que esta “tratava de pessoas, indivíduos e seus direitos individuais, especialmente contratuais, já que o objetivo era a integração,

³⁸ Curioso perceber que um século e meio antes da Convenção 107 da OIT a Europa celebrava a obra *Paz Perpétua* de E. Kant, o que posteriormente seria considerada uma das bases para o Direito Internacional Público. Apesar da referida celebração a modernidade europeia e as organizações internacionais seguiram sem conseguir superar desafios como alteridade e pluralidade. Nesse sentido, V. AFONSO, Henrique Weil. *A Paz Perpétua: Immanuel Kant e o direito internacional*. **Caderno de Direito e Política**, Recife, Vol. 01, Num. 01, out. 2020.

³⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os povos tribais da Convenção 169 da OIT. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, [s.l.], n. 03, v. 42, p. 155-179, set./dez. 2018. p. 164.

⁴⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os povos tribais da Convenção 169 da OIT. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, [s.l.], n. 03, v. 42, p. 155-179, set./dez. 2018. p. 164.

assimilação por meio do contrato de trabalho”, e àquela “trata do direito dos povos, coletividades, comunidades”, estando aí a principal contribuição da Convenção 169 da OIT para os conceitos modernos da temática indígena. Ou seja, trata “do direito à manutenção da situação histórica anterior à colonização ou criada enquanto o processo colonial se desenvolvia”.⁴¹

A Convenção nº 169 da OIT, da qual o Brasil é signatário, foi promulgada através do Decreto nº 5.051/2004, esta convenção merece destaque pois dela podem se extrair definições que configuram verdadeiros conceitos sobre a temática do direito indígena, vejamos a caracterização de indígena, segundo texto da referida Convenção:

1. A presente convenção aplica-se: (...) 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.⁴²

A Convenção também estabelece que o reconhecimento da identidade indígena se dará pela autoidentificação ou auto-atribuição, não cabendo a agentes externos determinarem ou criarem mecanismos de identificação para reconhecimento de direitos aos povos originários, “o critério da auto-atribuição é o único capaz de reconhecer o grupo humano titular das normas da

⁴¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os povos tribais da Convenção 169 da OIT. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, [s.l.], n. 03, v. 42, p. 155-179, set./dez. 2018. p. 165.

⁴² BRASIL. **Decreto nº 5.051**, promulgado em 19 de abril de 2004. [s.p.]

Convenção e as demais leis protetoras das populações tradicionais”⁴³.

Ainda desta Convenção, destacamos uma especial conotação dada ao termo tradicionalidade da ocupação, cabendo ao Estado adotar medidas para salvaguardar o direito dos povos utilizarem as terras, que, mesmo não estando exclusivamente ocupadas por eles atualmente, tenham tido tradicionalmente acesso a elas, ficando claro que a tradicionalidade guarda mais relação com costume histórico cultural do que o a continuidade da posse, seguem os termos do artigo 14:

Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes⁴⁴.

Para o Ministro Ricardo Lewandowski, a Convenção 169 da OIT constitui um “marco jurídico internacional para a proteção dos direitos indígenas, com elevado conteúdo moral e ético”, que, mesmo não possuindo força vinculante, “possui inegável valor hermenêutico, apto a balizar as ações dos Estados no tocante aos respectivos povos indígenas”⁴⁵.

⁴³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os povos tribais da Convenção 169 da OIT. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, [s.l.], n. 03, v. 42, p. 155-179, set./dez. 2018. p. 170.

⁴⁴ BRASIL. **Decreto nº 5.051**, promulgado em 19 de abril de 2004. [s.p.]

⁴⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Petição 3.388/RR**. Relator(a): Min. Ayres Brito, julgada em 19 de março de 2009, publicada em DJe-181,

Através do Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009⁴⁶, foi promulgada a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, esta define em seu artigo 27 que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”, alçando, então, os tratados internacionais a uma posição acima das leis infraconstitucionais e abaixo da Constituição.

Do ponto de vista jurídico, portanto, a Convenção 169/OIT é norma supralegal brasileira. A sua aplicação não pode ser afastada por nenhum ato legal, seja Lei Complementar, Lei Ordinária, Medida Provisória, Decreto, Portaria, etc. Isto significa que a conduta do Poder Público em especial da Administração Pública não pode deixar de observar os critérios estabelecidos na Convenção 169 sob alegação de que outras leis lhe são incompatíveis⁴⁷.

Assim a Convenção 169 da OIT deve ser observada internamente, não podendo ser contrariada por normas infraconstitucionais, ensejando o seu descumprimento penalidades internacionais.

Do ponto de vista da evolução da tutela internacional do direito indígena, comparando a Convenção nº 107 com a Convenção nº 169, surge, novamente, o reconhecimento da alteridade, o direito de se permanecer índio, desaprovando as medidas de promoção do pleno emprego em detrimento do modo de vida ancestral. Esta valorização da alteridade também é

divulgada em 24 de setembro de 2009, publicada em 25 de setembro de 2009. [s.p.].

⁴⁶ BRASIL. **Decreto nº 7.030**, promulgado em 14 de dezembro de 2009. [s.p.].

⁴⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os povos tribais da Convenção 169 da OIT. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, [s.l.], n. 03, v. 42, p. 155-179, set./dez. 2018. p. 168.

norteadora da tutela constitucional brasileira do direito indígena, mostrando assim, que o direito de permanecer índio é a interpretação atualizada e mais refinada dessa garantia que a constituição oferta aos povos originários, afastando qualquer mecanismo que negue o exercício desse direito sobre o pretexto da integração.

5 COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE (CNV): A DITADURA MILITAR E SUA AÇÃO VIOLENTA PELAS TERRAS INDÍGENAS

Os direitos indígenas constaram em todas as constituições a partir de 1934, inclusive naquelas promulgadas em governos militares, que não obstante lhes outorgassem direitos, não lhes garantiam plenamente, implementando políticas que foram muito prejudiciais aos povos indígenas, o que restou comprovado pelos relatórios da CNV:

Omissão e violência direta do Estado sempre conviveram na política indigenista, mas seus pesos respectivos sofreram variações. Poder-se-ia assim distinguir dois períodos entre 1946 e 1988, o primeiro em que a União estabeleceu condições propícias ao esbulho de terras indígenas e se caracterizou majoritariamente (mas não exclusivamente) pela omissão, acobertando o poder local, interesses privados e deixando de fiscalizar a corrupção em seus quadros; no segundo período, o protagonismo da União nas graves violações de direitos dos índios fica patente, sem que omissões letais, particularmente na área de saúde e no controle da corrupção, deixem de existir. Na esteira do Plano de Integração Nacional, grandes interesses

privados são favorecidos diretamente pela União, atropelando direitos dos índios⁴⁸.

É interessante destacar que o Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/73, foi promulgada durante regime militar, de forma a repetir a disposição da Constituição então vigente à época, determinando que “cabe aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes”. Percebe-se uma atenção especial destinada aos indígenas ao ratificar direitos que já estavam estabelecidos, todavia, o relatório da CNV trouxe luz às violações sofridas pelos povos indígenas, efetivadas pelos militares, que confirmam o desrespeito à diferença, transparecendo o real interesse por detrás da legislação.

Em análise ao relatório da CNV, nos chama a atenção práticas utilizadas para o esbulho das terras indígenas, que descortinam atos de violência, atribuídos ao Estado, adotando e permitindo ações extremas contra povos indígenas, que visavam à tomada de seus territórios.

Foram emitidas amiúde declarações oficiais fraudulentas que atestavam a inexistência de índios nas áreas cobiçadas por particulares. Para tomar posse dessas áreas e tornar real essa extinção de índios no papel, empresas e particulares moveram tentativas de extinção física de povos indígenas inteiros – o que configura um genocídio terceirizado – que chegaram a se valer de oferta de alimentos envenenados, contágios propositais, sequestros de crianças, assim como de massacres com armas de fogo. Em 1967, o Relatório Figueiredo, encomendado pelo Ministério do Interior, de mais de 7.000 páginas e 30 volumes,

⁴⁸ COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE - CNV. **Relatório**: textos temáticos. v. 2. Brasília: CNV, 2014. p. 204-205.

redescoberto em novembro de 2012, denuncia a introdução deliberada de varíola, gripe, tuberculose e sarampo entre os índios⁴⁹.

Conforme o Relatório foi editado o Plano de Integração Nacional em 1970, este, preconizando a ocupação da Amazônia, ignorou-se a prévia ocupação do local por povos indígenas de forma a viabilizar a abertura de estradas. Assim a existência dessas populações foi negada, apoiando-se na busca de sua integração à comunhão nacional.⁵⁰

Consta do Relatório que órgãos estatais buscaram contato com grupos indígenas para atração e remoção de seus territórios, não só para viabilizar obras de infraestrutura, mas também para implantação de projetos agroindustriais que estimularam a violência contra os ocupantes originários.

É particularmente eloquente o documento em que o então presidente da Funai, Bandeira de Mello, ao negar, em 1970, à empresa Vila Bela Agropastoril S/A uma certidão negativa de existência de índios Nambikwara, acrescenta: “Logo que atraídos e pacificados e transferidos para a reserva definitiva, esta presidência poderá atender ao pedido de V.Sa.”⁵¹.

Percebemos então que durante este período o procedimento estabelecido era negar a existência formal dos índios, o que acabou impulsionando a expulsão desses povos de seus

⁴⁹ COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE - CNV. **Relatório:** textos temáticos. v. 2. Brasília: CNV, 2014. p. 207.

⁵⁰ COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE - CNV. **Relatório:** textos temáticos. v. 2. Brasília: CNV, 2014. p. 209.

⁵¹ COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE - CNV. **Relatório:** textos temáticos. v. 2. Brasília: CNV, 2014. p. 209.

territórios, para assim legitimar a inexistência, requisito para a ocupação que se deu sob incentivos fiscais do Estado.

Esta foi a situação das certidões negativas fraudulentas de existência de índios constantes do relatório da CNV, a certidão negativa da existência de índios era um pré-requisito para a concessão de incentivos públicos à empreendimentos na Amazônia Legal. A referida certidão deveria ser solicitada pelos interessados à FUNAI, comprovando a ausência de grupos indígenas na área pleiteada, sendo constatado em uma CPI de 1977, que várias certidões negativas foram concedidas para áreas habitadas por populações indígenas:

O próprio presidente da Funai, General Ismarth Araújo de Oliveira, admitiu em depoimento à CPI que o órgão não tinha total conhecimento das áreas habitadas por populações indígenas e que, portanto, não havia condições de determinar com exatidão se havia ou não habitantes nas áreas pleiteadas por investidores⁵².

O Relatório apresenta diversos casos de violações contra povos indígenas, e a violência, utilizada para propiciar o vazio demográfico, se expressou de várias formas ao longo do período, dentre as quais destacamos o sequestro de crianças, a contaminação proposital por doenças infectocontagiosas e as transferências compulsórias, inclusive para áreas habitadas por povos inimigos.

O Relatório, ao se referir ao extermínio dos Xetá⁵³, informa que contra este povo foi utilizada, além de outras formas de violência, a prática do sequestro de crianças, inicialmente por

⁵² COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE - CNV. **Relatório:** textos temáticos. v. 2. Brasília: CNV, 2014. p. 213.

⁵³ COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE - CNV. **Relatório:** textos temáticos. v. 2. Brasília: CNV, 2014. p. 224.

fazendeiros e funcionários das colonizadoras e em seguida pelo próprio Serviço de Proteção aos Índios (SPI), órgão estatal a quem caberia, à época, a proteção destes povos em situação de vulnerabilidade, culminando na desagregação do povo física e culturalmente, aproximando bastante as práticas da ditadura com as práticas eurocêntricas da época colonial.

Destacamos na prática do sequestro empregada na expulsão de povos tradicionais, sua semelhança com a violência da colonização, impondo, os próprios órgãos do Estado, a destruição da cultura que deveriam defender. Destacamos a citação do Relatório sobre a ação do SPI (Serviço de Proteção ao Índio) que produziu “não apenas a separação física, mas também o processo de esfacelamento cultural forçado pela mudança abrupta, a retirada de adornos, a perda da língua e a imposição de hábitos da sociedade não indígena às crianças, agora em poder de famílias urbanas”⁵⁴.

No caso dos Cinta Larga⁵⁵, o massacre foi perpetrado por seringalistas, empresas de mineração e de colonização, havendo relatos da morte de uma população de cinco mil Cinta Larga, vítimas de “envenenamento por alimentos misturados com arsênico; aviões que atiravam brinquedos contaminados com vírus da gripe, sarampo e varíola; e assassinatos em emboscadas”.

No caso dos Tapayunas⁵⁶, o relatório aponta que em virtude da implementação de diversas obras de infraestrutura e, com a omissão dos órgãos de proteção, ocorreu o súbito contato entre índios e não índios, o que gerou muitos conflitos; na tentativa de

⁵⁴ COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE - CNV. **Relatório:** textos temáticos. v. 2. Brasília: CNV, 2014. p. 225.

⁵⁵ COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE - CNV. **Relatório:** textos temáticos. v. 2. Brasília: CNV, 2014. p. 237-238.

⁵⁶ COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE - CNV. **Relatório:** textos temáticos. v. 2. Brasília: CNV, 2014. p. 227.

impedir o extermínio completo do povo Tapayuna, foi feita a transferência dos sobreviventes para o Parque Indígena do Xingú, sem estudos prévios, realocando os indígenas em um território ocupado por povos rivais, aumentando assim a sua situação de vulnerabilidade.

O Relatório⁵⁷ descortina também os mecanismos utilizados para liberar as terras indígenas à colonização, utilizando-se, o SPI, de demarcações diminutas no Mato Grosso e realocando índios Guarani e Kaiowá, à força, nessas pequenas áreas. Enquanto isso, servidores públicos do SPI abusavam do seu poder detendo e até torturando os indígenas, enriquecendo com o arrendamento do trabalho indígena e de suas terras, vejamos o relato trazido no Relatório sobre a expulsão dessas etnias:

Os relatos dos Kaiowá mais velhos que presenciaram o despejo [...] são enfáticos sobre a ocorrência de violência, muita confusão e correria; [...] casas foram queimadas, pessoas amarradas e colocadas à força na carroceria do caminhão que realizou o transporte das pessoas e dos poucos pertences recolhidos às pressas. [...] Os índios afirmam que dias depois da retirada das famílias, índios procedentes de Jarará encontraram dois corpos carbonizados em uma casa queimada pelos agentes que perpetraram a expulsão, o de uma anciã e o de uma criança. Outra criança teria caído no rio Taquara na tentativa desesperada de fugir para a aldeia Lechucha e se afogado nas águas, sendo encontrada pelos mesmos índios presa às ramagens da margem⁵⁸.

⁵⁷ COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE - CNV. **Relatório:** textos temáticos. v. 2. Brasília: CNV, 2014. p. 227.

⁵⁸ COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE - CNV. **Relatório:** textos temáticos. v. 2. Brasília: CNV, 2014. p. 215.

No Relatório, a CNV traz algumas recomendações ao Estado brasileiro, que apresentam algumas conclusões dos estudos efetivados pela comissão, dentre as quais, a consideração de que “a perseguição aos povos indígenas visando a colonização de suas terras durante o período investigado constituiu-se como crime de motivação política, por incidir sobre o próprio modo de ser indígena”. Destaca-se também a recomendação para que o Estado brasileiro efetive a regularização, desintração e recuperação das terras indígenas, nos seguintes termos:

- Regularização e desintração das terras indígenas como a mais fundamental forma de reparação coletiva pelas graves violações sofridas pelos povos indígenas no período investigado pela CNV, sobretudo considerando-se os casos de esbulho e subtração territorial aqui relatados, assim como o determinado na Constituição de 1988.

- Recuperação ambiental das terras indígenas esbulhadas e degradadas como forma de reparação coletiva pelas graves violações decorrentes da não observação dos direitos indígenas na implementação de projetos de colonização e grandes empreendimentos realizados entre 1946 e 1988⁵⁹.

A responsabilidade do Estado apresenta-se em vários momentos da violência, dentre os quais na ação e omissão dos agentes e órgãos públicos, ora praticando atos de atrocidade contra as populações através de concessões de terras à particulares, implantação de obras de infraestrutura que não levavam em conta a existência das populações indígenas no caminho de rodovias e hidroelétricas, ora se omitindo. Negava-se os modos de vida desses

⁵⁹ COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE - CNV. **Relatório**: textos temáticos. v. 2. Brasília: CNV, 2014. p. 215.

povos sob o argumento de integrá-los e os dizimando para então acessar seus territórios, bem como permitindo que particulares agissem da forma que melhor lhes aprouvesse, usando de violência contra as populações indígenas impunemente.

Podemos relacionar as práticas do período colonial e com o ditatorial, utilizando a doutrina de Boaventura de Sousa Santos: “Apresentada como a manifestação mais benevolente do ordenamento ‘regulação/emancipação’, essa forma de regulamentação traz consigo a lógica da apropriação/violência sempre que estejam em jogo relações de poder muito desiguais”⁶⁰.

Vemos então, nas práticas da ditadura, a real aparência do colonizador, que nega a alteridade quando lhe é conveniente, substituindo a regulação/emancipação pela apropriação/violência, encobrando a existência do outro, para beneficiar o bem da maioria dominante, guardando no fundo grandes interesses particulares e escusos.

CONCLUSÃO

A negação da alteridade é um modo de operação da colonialidade, encobrando a existência do outro para justificar a apropriação de seus bens, materiais e imateriais, e violentar suas vidas, em detrimento da regulação; já que, inexistindo o outro, não se faz necessária a tutela estatal, abrindo o campo para a atuação dos dominantes sobre os dominados.

Buscando romper com o eurocentrismo e por fim as relações coloniais de poder, surgem os ideais de valorização da

⁶⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Edições Almedina. S.A., 2009. p. 40.

pluralidade, atacando a visão homogênea de mundo imposta até então, conferindo proteção à alteridade, a valorização do outro, do diferente, para aglutinar os conhecimentos e experiências de vida, somando em busca do bem comum.

A Constituição não exclui qualquer modo de vida de seu amparo, pelo contrário, busca reunir todas as etnias em torno de um eixo comum, povo brasileiro, sem abrir mão de proteger as diferentes manifestações culturais para que estas sejam utilizadas em benefício do desenvolvimento de toda a nação. Concede, assim, aos povos originários, a liberdade de escolherem como viver, não lhe podendo ser imposta cultura diversa, a não ser que assim o queiram.

O interesse da Carta Magna atual em proteger a alteridade fica claro pela análise sistemática das normas brasileiras que tratam da questão indígena. A Constituição Brasileira de 1988 rompeu com uma questão repetida em todo o histórico normativo do tema: a integração dos indígenas à cultura dos não índios, prática colonial afastada de vez pela promulgação da constituição cidadã, que veio a conferir proteção à cultura indígena. Ou seja, sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Todavia a Constituição de 1988 não inovou conferindo garantia aos índios das terras por ele ocupadas, apenas reafirmou este direito que sempre existiu normatizado desde o período colonial, elevado a direito constitucional em 1934.

A questão da terra é o ponto central do direito indígena na Constituição de 1988, posto que as demais garantias só podem ser efetivadas dentro dos seus territórios, não sendo possível dissociar a vida dos povos originários de sua terra ancestral. A cultura indígena depende da terra para que se estabeleça e se apresente em sua plenitude, podendo a partir de então se perpetuar, transmitindo-se entre gerações.

O processo de demarcação depende de requisitos constitucionalmente estabelecidos, sendo o mais forte deles a tradicionalidade. A efetiva demonstração desta tradicionalidade foi colocada pela lei sob a responsabilidade da antropologia, esta é uma opção legal lógica, pois só uma ciência que se volta para a alteridade, seria capaz de efetivamente comprovar a ocupação tradicional de determinada área sob específica forma de utilização, que lhe torna peculiar a ponto de receber a tutela estatal. A ocupação tendo caráter tradicional, comprovada em laudo, deverá ser demarcada e afetada para a posse e fruição daquela comunidade indígena.

A atuação da OIT demonstra também a evolução da tutela dos indígenas sobre suas terras ancestrais e proteção à alteridade, vindo, inicialmente, com normas que refletiram ideais integracionistas, com a proteção e promoção do emprego para os povos originários nos padrões da maioria dominante, para, evoluindo tais normas, refletirem a proteção da liberdade de poder ser e viver da forma que melhor lhes aprouver, face ao direito à alteridade reconhecido.

A celeuma maior surge tendo em vista o contexto histórico que pesa sobre as terras indígenas, pois nem todas as terras mantiveram a ocupação tradicional, muitas delas desfeitas com o emprego de extrema violência, ditada pela lógica colonial da apropriação das coisas pertencentes ao “outro”, esbulhando assim as terras dos povos originários.

Estados e Municípios, historicamente, não enxergam com bons olhos a questão da demarcação, interpretando-a como prejudicial para seu desenvolvimento, por vezes agindo de modo a prejudicar as etnias com concessões de terra em benefícios de particulares, o que fez o constituinte optar pela União para o dever

constitucional de demarcar as terras indígenas tradicionalmente ocupadas.

Grandes exemplos desse processo violento puderam ser extraídos do Relatório da Comissão Nacional da Verdade, que descortinou a atuação do Estado durante o regime militar. Foram muitos os meios cruéis para tomar as terras dos Xetá, Cinta Larga, Tapayunas, Kaiowá, dentre outros, e entregá-las ao interesse privado. Assim, fica estampado o percurso histórico do direito indígena à sua terra ancestral, como senhores originários delas que são, os quais sofreram, ao longo da história, violentos esbulhos, apesar da lei, há muito tempo, lhes reconhecer e declarar direitos, sendo mesmo assim vitimados pelas práticas coloniais violentas, descortinadas pela Comissão Nacional da Verdade em louvor à memória.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Henrique Weil. *À Paz Perpétua: Immanuel Kant e o direito internacional*. **Caderno de Direito e Política**, Recife, Vol. 01, Num. 01, p. 43, out. 2020.

ALMEIDA, Leonardo M. C. de. Os impasses da alteridade e as exigências da justiça: Drucilla Cornell e a sua filosofia do limite. **Caderno de Direito e Política**, Recife, Vol. 01, Num. 01, p. 245, out. 2020.

BRASIL. **Ato Institucional nº 1**, promulgado em 09 de abril de 1964. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ATT/ait-01-64.htm. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, promulgada em 24 de janeiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 27 nov. 2019.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 10 de novembro de 1937. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. Constituição Federal de 1988, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. Decreto nº 1.775, promulgado em 08 de janeiro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1775.htm. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 5.051**, promulgado em 19 de abril de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 07 ago. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 7.030**, promulgado em 14 de dezembro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm. Acesso em: 04 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.001**, promulgada em 19 de dezembro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm. Acesso em: 04 set. 2019.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE - CNV. **Relatório:** textos temáticos. v. 2. Brasília: CNV, 2014. Disponível em: http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/volum_e_2_digital.pdf. Acesso em: 14 set. 2020.

DUSSEL, Enrique. **1492:** o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993

LEAL, Tatiana C. de A., ASFORA, Alessandra M. Recontando a história da pena de morte no Brasil: na linha tênue entre a oficialidade e a extrajudicialidade. *Caderno de Direito e Política*, Recife, Vol. 01, Num. 01, p. 17, out. 2020.

MARTINS, Fernanda Rocha. A Política Indigenista no Brasil. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). **O Direito e as políticas públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 548-568.

MIRAS, Júlia Trujillo. Demarcação e Equivocação: uma reflexão a partir do caso da Terra Indígena Krĩkati. **Revista de @ntropologia da UFSCar**, Santa Catarina, n.09 (1), p. 131-150, jan./jun. 2017. Disponível em: http://www.rau.ufscar.br/wp-content/uploads/2017/10/6_Julia_Miras.pdf. Acesso em: 14 set. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Edições Almedina. S.A., 2009.

SEGATO, Rita Laura. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, Brasília, n.01, v.01, p. 65-92, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24623>. Acesso em: 02 out. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Parecer**. [s.d.]. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf. Acesso em: 04 nov. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Parecer**. 2008. Disponível em: <https://especiais.socioambiental.org/inst/esp/raposa/index5363.html?q=node/260>. Acesso em: 04 set. 2019.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os povos tribais da Convenção 169 da OIT. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, [s.l.], n. 03, v. 42, p. 155-179, set./dez. 2018. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/55075/27099>. Acesso em: 14 set. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Petição 3.388/RR.**

Relator(a): Min. Ayres Brito, julgada em 19 de março de 2009, publicada em DJe-181, divulgada em 24 de setembro de 2009, publicada em 25 de setembro de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 14 set. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. **Recurso Ord. em Mandado de Segurança 29.087 Distrito Federal.** Relator(a):

Min. Gilmar Mendes, julgado em 16 de setembro de 2014, publicado em DJe-187, divulgado em 08 de outubro de 2014, publicado em 14 de outubro de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880>. Acesso em: 14 set. 2020.