

FACULDADE AUTÔNOMA DE DIREITO – FADISP
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*
DOUTORADO EM DIREITO

FRANCISLAINE DE ALMEIDA COIMBRA STRASSER

**O ELO ENTRE O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E A DEMOCRACIA
REPRESENTATIVA COM PERSPECTIVA NO RECONHECIMENTO INDÍGENA**

São Paulo
2022

FRANCISLAINE DE ALMEIDA COIMBRA STRASSER

**O ELO ENTRE O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E A DEMOCRACIA
REPRESENTATIVA COM PERSPECTIVA NO RECONHECIMENTO INDÍGENA**

Tese apresentada à Faculdade Autônoma de
Direito, Programa de Pós-Graduação Stricto
Sensu, como requisito para a obtenção do
título de Doutora.

Orientador: Dr. Henrique Garbellini Carnio

São Paulo
2022

FRANCISLAINE DE ALMEIDA COIMBRA STRASSER

**O ELO ENTRE O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO E A DEMOCRACIA
REPRESENTATIVA COM PERSPECTIVA NO RECONHECIMENTO INDÍGENA**

Tese apresentada à Faculdade Autônoma de
Direito, Programa de Pós-Graduação *Stricto
Sensu*, como requisito para a obtenção do
título de Doutora.

Orientador: Dr. Henrique Garbellini Carnio

São Paulo, 24 de fevereiro de 2022.

Banca examinadora:

Professor Doutor Henrique Garbellini Carnio – FADISP (orientador)

Professor Doutor Ricardo dos Santos Castilho

Professor Doutor Ricardo Pereira de Freitas Guimarães

Professora Doutora Nayara Maria de Freitas da Costa Dallefi Oliveira

Professora Doutora Raquel Rosan Christino Gitahy

O arco que o índio arma, não é arma, é sobrevivência natural. O lugar que o índio vive não é moradia, é natureza. Ser índio, não é ser uma classe digna de piedade e de lamentos, é ser original, ser raiz, ser história e ser principalmente raça pura, com conceitos e modos que devem ser respeitados por quem veio depois! (Almany Falcão)

AGRADECIMENTOS

Além de Deus, que me protege e cuida do palmar da minha vida cotidiana e profissional, agradeço aos meus pais, Mário Coimbra e Regina Lúcia de Almeida Coimbra, pelo cuidado e apoio incondicional aos estudos, além dos atributos sociais e morais.

Não poderia deixar de agradecer à minha irmã, Janaina de Almeida Coimbra, pelo zelo e amor a mim dispensados e, seguramente, ao meu marido, Rangel Strasser Filho, sempre compreensivo e carinhoso, por seu amor que me impulsionou a seguir até o final.

Não esqueço também das minhas filhas gêmeas Ana Beatriz Coimbra Strasser e Maria Fernanda Coimbra Strasser, pela beleza e pela pureza infantil que encantam a todos; sem elas também não conseguiria.

Reverencio o programa de Pós-graduação *Strictu Sensu* em Direito da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP) e, em nome dos coordenadores, André Ramos Tavares e Henrique Garbellini Carnio, cumprimento a todos os professores do curso, que me permitiram, com cientificidade trilhar, o caminho da alteridade.

Sou imensamente agradecida ao meu orientador, Professor Doutor Henrique Garbellini Carnio, pelos ensinamentos e paciência na condução deste trabalho.

Agradeço, também, aos meus amigos do doutorado, Grazielle Lopes Ribeiro, Anne Harlle Lima da Silva, Felipe Diego Martarelli Fernandes e Gilberto Mariot, bem como os meus amigos pessoais e do trabalho: ao lado de vocês a jornada foi mais leve.

Ao meu coordenador do curso de Direito da Unoeste de Presidente Prudente-SP, que não mediu esforços para deixar a grade de horários compatível com o meu doutorado, sempre dando o incentivo necessário.

E, também, à Regina Soares de Macêdo, pela correção do presente trabalho, agradeço imensamente.

Aos indígenas:

Isso de querer ser exatamente aquilo que a gente é ainda vai nos levar além!

(Paulo Leminski)

STRASSER, Francislaine de Almeida Coimbra. **O elo entre o constitucionalismo brasileiro e a democracia representativa com perspectiva no reconhecimento indígena.** 252 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade Autônoma de Direito (FADISP, São Paulo, 2022.

RESUMO

O Direito no reconhecimento indígena tem se revestido da necessidade de conscientização comunitária, enfaixada na participação direta do Estado, por intermédio da democracia representativa e dos valores do constitucionalismo brasileiro contemporâneo, já que somente os detentores do poder têm maior possibilidade para compreender os fundamentos assemelhados dessa cultura; quais sejam: racionalista, individualista e universalista, frutos do colonialismo eurocêntrico; possuem legitimidade para desconstruir a tutela jurídica até então vigente e para reconhecer o cidadão indígena, a partir de um *status* social, cultural, político e econômico, por meio de uma legislação efetiva, que permita a mobilização dessas populações indígenas. Para tratar dessas questões, a tese recupera elementos histórico-jurídicos do processo de colonização, apontando a inconsistência da alteridade e da autodeterminação dos povos indígenas, estabelecidas em documentos internacionais e nacionais, inclusive na Constituição Federal, pugnando pela materialização das promessas neles contidas e, assim conter ameaças e agressões aos direitos desses povos. Não sendo crível deixar que permaneça vencedora a colonialidade nas relações contemporâneas de poder, também se defende, no presente trabalho, a interligação que o Direito deve ter com a política, porque, como o Direito é um sistema social, acaba refletindo o contexto da colonialidade e cria direitos e obrigações comprometidos com essa visão de mundo e de sociedade. Por isso, o processo de transformação em torno da afirmação de direitos levou o constitucionalismo brasileiro a ter, como foco, a condução da Constituição a exercer um duplo papel: de integridade, por ser elemento chave para organização de poder; e de integração, por ser elemento que incorpora valores do pluralismo e da diversidade. Esse duplo papel está aliado ao desafio de que a lei maior do país deve ser efetiva e não *soft law*, pois precisa conferir estatuto jurídica normativa à condição humana. Por esse enfoque, a (re)construção da cidadania permitiu dar azo ao “novo” constitucionalismo latino-americano, marcado nas Constituições da Venezuela (1999), do Equador (2008) e da Bolívia (2009), que regulamentaram a participação popular na elaboração dos textos das constituições, e nas suas respectivas interpretações, pela adoção do modelo de *buen vivir*, cujo foco é o ser humano; e, por consequência, reconhecer a alteridade e, sobretudo, a garantia de participação de todas as etnias das nações latino-americanas, até mesmo criando Cortes Constitucionais com participação dos indígenas. Isso tudo significa que houve uma colaboração para a construção de uma democracia participativa, cujo protagonista é o cidadão, e de um efetivo reconhecimento da alteridade na relação das sociedades nacionais, inclusive com os povos indígenas. Não obstante, o que se analisou no decorrer do trabalho, a partir do método indutivo, e de forma auxiliar, pelos métodos comparativo e qualitativo, é que o melhor caminho a ser trilhado para garantir segurança jurídica aos povos indígenas, pela não violação de seus direitos, é o diálogo transconstitucional entre o constitucionalismo brasileiro e as raízes desses valores que o “novo” constitucionalismo introjetou nos horizontes da complexidade e da solidariedade; pois, só assim, torna-se possível a construção de uma Constituição transversal, que é aquela que busca conciliar e concretizar a igualdade, pelo reconhecimento da alteridade, com o Direito e a política pela democracia participativa.

Palavras-chave: constitucionalismo brasileiro; democracia representativa; reconhecimento indígena.

STRASSER, Francislaina de Almeida Coimbra. **O elo entre o constitucionalismo brasileiro e a democracia representativa com perspectiva no reconhecimento indígena.** 252 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), São Paulo, 2022.

ABSTRACT

The right to indigenous recognition has been covered by the need for community awareness focused on the direct participation of the State, through representative democracy and the values of contemporary Brazilian constitutionalism, since only the holders of power have the legitimacy to understand the similar foundations of this culture, such as: rationalist, individualist and universalist, fruits of Eurocentric colonialism, to relax the legal protection until then in force and effectively recognize from a social, cultural, political and economic status the indigenous citizen, by an effective legislation that allows the mobilization of these indigenous populations. For this, the research recovers historical and juridical elements of the colonization process, pointing out the inconsistency of the otherness and self-determination of the peoples present in national and international documents, including in the Federal Constitution, to claim for the materialization of the promises contained in these current documents and thus contain threats and aggressions to their rights. It is not possible to allow coloniality remain the winner in contemporary power relations, when it is also defended in this research, the interconnection that the right must have with politics. That's because as the right is a social system, it ends up reflecting the context of coloniality, creating rights and obligations committed to to this worldview and society. It is from then on that the process of transformation around the affirmation of rights led Brazilian Constitutionalism to focus on leading the Constitution, as the highest law of a country, to exercise a dual role, one of integrity as a key element for the organization of power and one of integration as an element that incorporates values of pluralism and diversity, combined with the challenge of being effective and not as "soft law," because it must confer normative legal stature on the human condition. Moreover, the (re) construction of citizenship by this approach allowed to give rise to the "new" Latin American constitutionalism marked by the Constitutions of Venezuela (1999), Ecuador (2008) and Bolivia (2009), which regulated popular participation in drafting the texts of constitutions, and their interpretations by adopting a "good to live" model, whose focus would be on the human being, with the consequence of recognizing the alterity and above all the guarantee of participation and recognition of all ethnicities of Latin American nations, in addition to the creation of Constitutional Courts with the participation of indigenous people. This means that there has been a collaboration for the construction of a participatory democracy, whose protagonism is the citizen and the recognition of the alterity in the relationship of national societies, including with indigenous peoples. Nevertheless, what has been said in the course of the work, from the inductive and auxiliary method, using the comparative and qualitative method, is that the best way forward to ensure legal certainty for indigenous peoples, for the non-violation of their rights, it would be a transconstitutional dialogue between the roots of these values introjected by the "new" constitutionalism in the horizons of complexity and solidarity with Brazilian constitutionalism, for only in this way would it be possible to construct a transversal Constitution, it is that which seeks to reconcile equality, through the recognition of alterity, with the right and politics of participatory democracy.

Keywords: brazilian constitutionalism, representative democracy, indigenous recognition.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 DO POSITIVISMO COMO PROMOTOR DO DIREITO ÚNICO NORMATIVO.....	13
1.1 Do Positivismo Filosófico.....	13
1.2 Do Positivismo Jurídico ao Positivismo Metodológico-Descritivo.....	33
1.3 Da re (onstrução) do Positivismo Jurídico	52
2 ACULTURAÇÃO POR ASSIMILAÇÃO	65
2.1 Processo de aculturação por assimilação às aelações de aricção que levam à transfiguração étnica na formação dos povos indígenas no Brasil	70
2.2 Da conquista à colonização.....	86
2.2.1 Antes da colonização: “Terra Brasilis” tinha dono.....	87
2.2.2 O encontro entre dois mundos e seu tratamento jurídico até a Constituição de 1988.....	96
2.2.3 Processo de aculturação por integracionismo.....	115
2.3 Da política indianista integrativa como pretexto da assimilação cultural: do integracionismo às diferenças no plano internacional e nacional a partir da Constituição de 1988	135
2.4 O Caso Raposa Serra do Sol e a tese do marco temporal até o Tema 1031.....	160
3 DOS REFLEXOS DO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO NO BRASILEIRO ENFEIXADO COM O SENTIDO REAL DA DEMOCRACIA.....	198
3.1 Relação entre constitucionalismo e cemocracia na almejada cemocracia representativa constitucional	198
3.2 “Novo” constitucionalismo latino-americano sob a ótica da igualdade, iiferença e participação.....	211
3.3 Para a promoção da inclusão: entre o constitucionalismo e o transconstitucionalismo.....	222
CONCLUSÃO.....	230
REFERÊNCIAS	232

INTRODUÇÃO

O presente estudo perfaz-se na premissa desafiadora de situar o Direito no reconhecimento indígena, a partir do contexto do Estado, nomeado como Democrático de Direito. Isso porque os modos de concretização dos direitos indígenas devem levar em consideração as particularidades existenciais; mas o que acaba ocorrendo é uma erosão desses valores imersos numa sociedade, ainda, marcada pela política colonialista.

Não obstante, a participação indígena na criação do Direito para a sua aplicação, pautados no valor supremo da dignidade da pessoa humana, passa a ser a pedra de toque da efetividade de seus direitos na democracia participativa contemporânea; que, além de se encontrar adormecida, atua como um instituto reducionista.

Percebe-se que o direito à diferença, à alteridade, ao pluralismo jurídico, enfeixados na dignidade, precisariam conviver harmonicamente com o Estado brasileiro, cuja premissa constitucional é que todo o poder emana do povo; mas acaba sendo validado pela vontade da maioria, sem a inserção inclusiva daqueles que, pelo pensamento colonizador, são considerados como culturalmente diferenciados.

Frente ao exposto, o presente trabalho tem o objetivo geral de propor uma reflexão acerca do Estado brasileiro, quanto aos direitos positivados nas mais diversas ordens e aos direitos não positivados, mas praticados pelas comunidades indígenas, com enfoque no respeito à organização social e jurídica dos povos indígenas no Brasil. Constituem-se objetivos específicos deste estudo: avaliar a implementação das normas da Constituição Federal, que buscou resgatar, aos povos originários, o que deles foi vilipendiado, pela negação à sua cultura, ao seu território, aos seus valores, inclusive religiosos, implementação essa que alcançou a discussão que está ocorrendo no Excelso Supremo Tribunal, pelo trâmite do processo com repercussão geral, RE 1017365, a respeito do marco temporal; refletir o quão é importante preservar culturas, nações e territórios indígenas, sob pena de estar negando a esses povos seus direitos, seu modo de vida e de produção; analisar a ligação que o Direito deve ter com a política, para alcançar o fortalecimento da democracia participativa e, a partir dos valores impostos pelo constitucionalismo latino-americano, reconstruir no Brasil uma ligação com a política, inclusive em sede do Poder Judiciário, para que as decisões emanadas, notadamente da Corte Suprema, que exerce função constitucional, não ocorram em razão de trocas de favores particularizados. Cabe lembrar que não se garante a democracia com a opção de inverter-se, de maneira desmesurada, para a política, pois proteger o Direito é o

mesmo que proteger a democracia, caminho fundamental a ser percorrido para o reconhecimento almejado desses povos subalternizados.

Quando se pensa em uma Constituição Federal, com sua força normativa, faz-se necessário considerar uma unidade que consiga organizar seus diversos dispositivos; pois do contrário, esse mister, atrelado à vida coletiva, falhará. Nesse sentido, não é sem razão que a Constituição Federal, estabelece os seguintes fundamentos da República:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.¹

Observa-se, nitidamente, que há todo investimento constitucional pelo assentamento da igualdade e contra a discriminação. Como se não bastasse, a justiça social está explícita em todo o corpo normativo constitucional, como nas disposições que tratam a ordem social, econômica, financeira, e nas que tratam as funções sociais das cidades e das propriedades, revelando a preocupação do legislador constituinte em efetivar lutos por um passado histórico de discriminação e desigualdade.

Em relação aos povos indígenas, tal postura ainda é mais exigente, pois são exatamente eles que sofreram a violência inaugural e ilimitada, tendo em vista que os conquistadores, que chegaram no Brasil, classificaram os povos que aqui encontraram como seres sem atributos e inferiores; praticando, nesse contexto, as mais diversas formas de violências e aculturação.

A partir desses pressupostos, a tese foi dividida em três capítulos: sendo o primeiro a respeito das nuances do positivismo até alcançar a conclusão de que as normas devem favorecer toda a sociedade e não somente os interesses particulares dos responsáveis por sua elaboração. O segundo capítulo foi dedicado à questão histórica dos indígenas, vistos erroneamente pelos colonizadores como seres pertencentes a um bloco único, sem cultura e com as mesmas crenças e línguas. Assim, foram abordados tanto os aspectos da identidade indígena: crenças, línguas e valores quanto o fenômeno da aculturação, que relegou esse povo

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 fev. 2022.

à inferioridade, de tal forma que somente conseguiram capacidade postulatória com a Constituição de 1988.

Esse capítulo também tratou de abordar os documentos nacionais e internacionais, ratificados pelo Brasil e que tratam dos direitos dos povos indígenas, e a questão do marco temporal, que é a tese que estabelece limite temporal para o reconhecimento da existência do direito às terras de ocupação tradicional. Tese que, na verdade, passa a ser um contrassenso, já que, se a Constituição Federal busca equalizar para todos, a injustiça histórica sofrida, notadamente pelos indígenas, não faz sentido que os direitos, por ela garantidos, sejam considerados com base na sua data de promulgação.

Também nesse mesmo capítulo, houve uma análise do julgamento do Supremo Tribunal Federal da Raposa Serra do Sol, criticando-se tanto a criação de dezenove condicionantes para a demarcação de terras indígenas quanto o uso, pela Corte Suprema, princípios e institutos do Direito Civil, como a posse e o esbulho, para solucionar os litígios de demarcação, diminuindo a força normativa da Constituição frente a uma norma ordinária, que é a lei civil. E, por fim, o segundo capítulo ainda tratou os votos já proferidos no Recurso Extraordinário, com repercussão geral, nº 1017365, que a Corte Suprema ainda não decidiu definitivamente acerca do assunto do marco temporal.

O terceiro e último capítulo, considerando a necessidade imperiosa da efetividade dos direitos indígenas, transcorreu a respeito da democracia em consonância com o constitucionalismo, bem como das ideias do *buen vivir* do novo constitucionalismo latino-americano, da Venezuela, Equador, Colômbia e Bolívia, que podem ser incorporadas pelo Brasil, especialmente no que se refere à participação dos indígenas, seja nas funções estatais, para a elaboração do Direito, ou seja como cidadãos, para o fortalecimento necessário que deve ocorrer com democracia, enfeixada com o Direito.

Assim, por meio de uma pesquisa exploratória, foram buscadas informações relativas ao problema do reconhecimento desses cidadãos; e de uma pesquisa bibliográfica e documental, foram verificados direitos estabelecidos na Constituição Federal e legislação infraconstitucional, nos tratados internacionais e na jurisprudência. Também foram utilizadas as metodologias de abordagem, qualitativa e comparativa, para estabelecer um paralelo com o constitucionalismo latino-americano, chegando-se na demonstração da exclusão indígena pela sociedade e pelo Estado Democrático de Direito.

Todo o exposto e mais os constantes conflitos envolvendo as terras indígenas ressaltam a grande relevância social da temática e do problema estudados nesta pesquisa, porque trazem à reflexão a necessidade de efetividade dos direitos dos indígenas, direitos

esses adormecidos pela visão, ainda preponderante, do colonialismo. Portanto, não se trata de criar um novo constitucionalismo brasileiro, mas sim de, a partir dos valores do constitucionalismo latino-americano, reconstruir a democracia, com a ligação que deve ter com o Direito; e, por consequência, guiar a Suprema Corte para a tomada de decisões não mergulhadas em política desarrazoada.

1 DO POSITIVISMO COMO PROMOTOR DO DIREITO ÚNICO NORMATIVO

1.1 Do Positivismo Filosófico

O positivismo clássico ou filosófico surgiu na história da filosofia ocidental do século XIX, pelo idealizador Augusto Comte, que buscou compreender a sociedade dessa época, no contexto dos ideais iluministas.

O iluminismo introduziu especialmente a ideia de que não há indivíduos autônomos se não houver espaço para a razão e para a crítica, pois quando não se age com a razão, o ser humano é impulsionado por um determinismo natural ou fica à mercê da promessa teológica. Não há autonomia, portanto, sem capacidade de reflexão.²

Por esta razão, Castilho, citando Kant, afirma que as bases do iluminismo estão no deslocamento do eixo de passividade e submissão no qual os homens se encontravam para o uso da própria razão, independente da direção do outro. Portanto, o pilar teórico não era mais Deus, mas sim o homem, razão pela qual o iluminismo também é conhecido como Humanismo.³

Por sua vez, Martins menciona que, para Kant a dignidade está atrelada às pessoas, porque são seres racionais e, assim, não pode ser substituído o valor interno de cada ser humano, considerando-se que não há preço a ser estabelecido para pessoa; ao contrário dos demais seres vivos, reconhecidos como irracionais e considerados como coisas⁴, que têm preço e não o valor interno do homem.

Como valor intrínseco do ser humano, a dignidade esteve atrelada a um *status* superior, sendo dignos apenas os nobres e aqueles que pertenciam às classes mais altas, fazendo *jus* a privilégios e tratamentos diferenciados; sendo estendida a todos os seres

² BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na Pós-Modernidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 24.

³ CASTILHO, Ricardo. **Filosofia Geral e Jurídica**. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018, p. 90.

⁴ MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental**. 1. ed, (2003) 6. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 29. Martins complementa que: “ao contrário das coisas que já possuem uma existência predeterminada, o homem tem plena liberdade para fazer-se, e aí reside a sua dignidade. Uma dignidade que, embora não seja inata, consiste em realizar um projeto de superação de sua própria condição e de toda a humanidade, visto que o homem não está fechado em si, mas presente sempre num universo humano. E a escolha desse projeto de superação da realidade afirma o valor do que escolhemos, porque nunca podemos escolher o mal, o que escolhemos sempre é o bem, e nada pode ser bom para nós, sem que seja para todos [...]”. Ibid., p. 31.

humanos tão somente com o Estado Moderno, “[...] diante do seu caráter único e insubstituível e da impossibilidade de arbitrar um valor econômico à vida do ser humano.”⁵

A modernidade tinha, como objetivo, oferecer uma vida digna à sociedade, na qual cada um podia realizar a sua personalidade, para ingressar na plenitude expressiva da própria subjetividade, abandonando valores impostos pelas autoridades externas. Por isso, Boaventura de Sousa Santos expõe que, nessa fase, compunham o projeto sociocultural pilares de emancipação e de regulação, sendo que a base estava na capacidade racional do ser humano, haja vista que a racionalidade da ciência era concebida como a única forma válida do saber.⁶

O pilar da regulação era constituído pelo princípio do Estado, cuja articulação se deve a Thomas Hobbes, o defensor de que o Estado deveria manter a paz entre os cidadãos; pois ao delegarem a segurança ao Estado, por meio de um contrato, havia soberania nesse Estado, que tinha poderes ilimitados para organizar a sociedade como lhe aprouvesse. Pelo princípio do mercado dominante, mencionado na obra *Segundo Tratado do Governo Civil*, de John Locke, que negava o poder de origem divina e, por ser adepto da liberdade e da propriedade privada, pugnou nessa sua obra que houvesse substituição do absolutismo e uma relação contratual entre os governadores, por uma Constituição, como um conjunto de leis escritas que nortearia a sociedade. Pelo princípio da comunidade, cuja denominação é de Jean Jacques Rousseau, para quem, ao defender o contrato social, prevaleceriam a soberania da sociedade e a soberania política da vontade coletiva. Isso porque o povo, sendo o titular da soberania, estaria na parte ativa e passiva desse contrato, já que era um ato de liberdade obedecer à lei que escreve para si mesmo e, no momento em que o Estado concretizava a lei, o fazia em nome do povo.⁷ Boaventura de Souza Santos ainda lembra que o pilar da emancipação era composto pela racionalidade estética e expressiva da arte e da literatura; pela racionalidade moral-prática da ética e do Direito; e pela racionalidade cognitivo-instrumental da ciência e da técnica.⁸

Assim, a partir dessas ideias, o século das luzes, após o Renascimento, foi marcado pela razão como norte da humanidade; pela ciência como promotora da verdade, por revelar o autêntico conhecimento; e pelo humanismo avançado, com base em duas premissas: que Deus

⁵ OLIVEIRA, Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi. **Da aplicação do conceito da pessoa com deficiência para o fim de proteção por meio do benefício assistencial de prestação continuada**. 2021. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 23.

⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1995.

⁷ Op. Cit., 1995, p. 77.

⁸ Ibid., p. 77.

estava suplantado e que o homem, como sujeito do universo, devia dominá-lo, além de que todos os seres humanos mereciam toda dignidade e todo respeito.⁹

O homem equipado dessa forma, ficava livre das superstições, dos abusos dos juristas, bem como das determinações sacerdotais, o que condiz com o raciocínio de que o homem se inclinava à ciência como ferramenta de desenvolvimento.

No campo jurídico, houve espaço para o surgimento dos jusnaturalistas, já que eram contrários aos dogmas defendidos pela Igreja da submissão completa aos representantes de Deus e também contrários à obediência irrestrita às leis sem que estivessem respaldadas em uma lei superior, como fundamento da validade.¹⁰ A linha tênue entre esses dois extremos ficava na existência de direitos como a vida e a liberdade, que antecederiam à lei escrita e deveriam ser obedecidos, além da defesa de uma verdade que estaria ligada às decisões que respeitassem os direitos individuais.¹¹

Abeberando-se nessas ideias, fica perceptível a perda da vitalidade que caracterizava o feudalismo, o sistema econômico, social e político da Idade Média, pelo qual as terras foram divididas em reservas senhoriais e lotes camponeses, servindo de abrigo para as pessoas marginalizadas, em troca de proteção das invasões bárbaras; pois, com a burguesia, a economia tornou-se mais monetária e dinâmica, iniciando um processo de centralização do poder nas mãos dos reis, situação que repercutiu em várias revoltas camponesas que esgotaram o modelo de produção feudal.¹²

Essas premissas, pautadas em valores novos que surgiam à época, culminaram na tríade famosa de liberdade, fraternidade e igualdade, lema da rebelião que começou contra o sistema de governo vigente – o absolutismo monárquico – ocorrendo a união dos jusnaturalistas aos burgueses.¹³

A burguesia também rechaçava o poder nas mãos do monarca. Por isso, tinha sólidos argumentos para retomar o movimento histórico em favor da limitação dos poderes dos

⁹ MORIN, Edgar. Para além do Iluminismo. **Revista Famecos**, Porto Alegre, n. 26, p. 24-28, abr.2005. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/3299/2556>. Acesso em: 19 jan. 2021. Edgar Morin acrescenta que, com base em Descartes, Buffon e Marx, a missão da ciência seria o controle da natureza, a partir das ideias de liberdade e emancipação.

¹⁰ CASTILHO, Ricardo. **Filosofia Geral e Jurídica**. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018, p. 90.

¹¹ Id., 2018, p. 91.

¹² FRANCO JUNIOR, Hilário. **Feudalismo**. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1984, p. 12.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 148. Ressalta-se que, na tríade famosa, a igualdade representou o ponto central do movimento revolucionário, pois conforme aduz Comparato: “limitava-se a exclusão das peias sociais ligadas a existência de estamentos de corporações de ofícios. E a fraternidade seria a abolição de todos os privilégios”. COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 148.

governantes, começado na baixa Idade Média, com a Magna Carta de 1215, e seguido na Inglaterra pela *Petition of Rights* de 1628, o *Habeas Corpus Act* e o *Bill of Rights*.¹⁴

Nesse momento histórico, a burguesia ganhou força política e integrava a classe média, que era uma classe intermediária com intuito de ter influência nos negócios da administração pública, antes administrados tão somente pelo clero (Primeiro Estado, que seria a Igreja Católica) e pela nobreza (Segundo Estado).

Essa classe, que Fabio Konder Comparato¹⁵ chama de *Tiers Etat* (Terceiro Estamento ou Estado) deu ensejo à Revolução Francesa, de 1789, que se compunha, de um lado, pela classe burguesa – a líder – formada pelos comerciantes, profissionais liberais, proprietários urbanos que viviam da renda e dos juros e, de outros pelo povo – o liderado – formado pelos não proprietários, pequenos artesãos, operários e camponeses.

Foi nesse cenário que ocorreu o princípio da Revolução, em 14 de julho de 1789, a queda da Bastilha, situada em Paris, capital da França a maior prisão do país, na época, pois ali estavam os presos que representavam ameaça ao forte absolutismo dos reis. Esse acontecimento teve grande importância, pois a gravidade da crise econômica pela qual passava o país fez com que todos estivessem ligados por um objetivo comum: eliminar o Antigo Regime, por meio de uma legislação nova, que forçasse o rei a aceitar um poder legislativo responsável pela elaboração das leis.¹⁶

Assim, o marco da Revolução Francesa foi a queda da Bastilha. As repercussões foram nítidas: feudalismo sucumbiu, ocorreu briga pelo poder, que agora era formado pelos girondinos, os proprietários de grandes negócios, representantes da grande burguesia, e os jacobinos, que seriam a pequena burguesia, provincial e pobre. O saldo final desses conflitos foi a formação de um Estado, fundado nos valores de liberdade, igualdade e fraternidade, com a elaboração da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e das Constituições que repercutiram pelo mundo.¹⁷

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 153.

¹⁵ *Ibid.*, p. 154.

¹⁶ MICHELET, Jules. **História da Revolução Francesa**: Da queda da Bastilha à Festa da Federação. Tradução Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das letras, 1989.

¹⁷ Cf. COMPARATO, 2015, p. 158-159. A Revolução Francesa, na realidade, culmina por instaurar um regime do individualismo egoísta. Essa crítica foi pautada por Marx, que, em sua juventude, escreveu em Paris um manuscrito, sob o título *Zur Judenfrage*, no qual aborda que a Revolução, ao suprimir a dominação social fundada na propriedade da terra, acaba por reduzir a sociedade civil a uma coleção de indivíduos abstratos, perfeitamente isolados em seu egoísmo. Os “direitos do cidadão” passaram então a servir de meio de proteção aos “direitos do homem”, tornou-se mero instrumento de conservação da sociedade civil. Comparato ainda cita Hannah Arendt (*As Origens do Totalitarismo*, nova edição, Harcourt Brace e Company, p. 290) quando afirma que, com a consolidação das nações-Estados, durante o século XIX, os direitos dos homens foram absorvidos pelos direitos do cidadão. Com o advento do Estado totalitário, os

Em 26 de agosto de 1789, foi criada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que, precedendo à Constituição de 1791, instituiu o modelo capitalista e foi inspirada, notadamente, pelas ideias iluministas.¹⁸ Fabio Konder Comparato explica que a razão da dupla menção do homem e do cidadão é que não se referia apenas ao povo francês, mas sim a todos os povos em caráter universal e nacional.¹⁹

O anseio da liberdade foi muito destacado, pois por ele, o Estado funcionaria como *laissez faire*, com interferência mínima na vida privada, apenas para resguardar os direitos fundamentais, especialmente o direito de propriedade, que foi elevado a direito inviolável na Declaração. Para estruturar essa nova sociedade em formação far-se-ia necessária uma reforma intelectual do homem pela necessidade de fornecer-lhe novos hábitos e novas formas de pensar que fossem mais de acordo com as ciências de seu tempo.²⁰ Assim, o pensamento humano foi estruturado em três temas: a filosofia da história, a filosofia positiva e a sociologia.

No que se refere à filosofia da história, Comte a sintetiza na lei dos três Estados: teleológico, metafísico e positivo; que, para Guerra Filho e Carnio, correspondem aos três estágios principais do desenvolvimento do ser humano: a infância, enquanto Estado teleológico; a juventude, enquanto Estado metafísico; e a maturidade, enquanto Estado científico.²¹

homens e as mulheres, privados de nacionalidade, perderam toda a capacidade jurídica, ou seja, deixaram de ser pessoas. COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 164.

¹⁸ Cf. COMPARATO, 2015, p. 162-163. Dentre os iluministas, Montesquieu e Rousseau foram ao que mais influenciaram a Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e a Constituição Francesa. Montesquieu, com sua obra *O Espírito das Leis*, atendia à necessidade de uma limitação institucional dos poderes dos governantes. Rousseau, com sua obra *Do Contrato Social: Princípios do Direito Político*, apresentava suas ideias que iam ao encontro da vontade geral do povo de ser a única fonte de legitimidade dos governantes, acabou inspirando os jacobinos na promoção da Revolução Francesa e, posteriormente, Robespierre na elaboração da redação da Constituição de 1793, pois sua filosofia com largo reconhecimento dos direitos sociais, culminou no reconhecimento da soberania popular, na proclamação de que a lei deve proteger as liberdades, pública e individual, diante da opressão dos que governam, e na afirmação de que a insurreição do povo contra os governantes que violam seus direitos é o mais sagrado dos direitos e o mais indispensável dos deveres.

¹⁹ Op. Cit., 2015, p. 163. Comparato complementa que na Declaração foram atendidas duas principais reivindicações dos burgueses: a garantia da propriedade privada, considerada direito inviolável, contra expropriações abusivas; e a estrita legalidade na cobrança de tributos, porque o alto clero (Igreja) e a nobreza cobravam pesados impostos da população. Também foram extintas as corporações e proibidas de existirem, porque interessava para a burguesia que houvesse mão de obra abundante e livre para a contratação. E na Constituição de 1791 foi estabelecida a distinção entre os direitos do homem, que eram destinados a todos, independentemente de sua nacionalidade, e os direitos do cidadão, próprios dos franceses.

²⁰ COMTE, Augusto. **Curso de Filosofia Positiva/Discurso Sobre o Espírito Positivo/Discurso Preliminar Sobre o Conjunto do Positivismo/Catecismo Positivista**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 3-20.

²¹ GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria política do direito: A expansão política do direito**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 30.

Guerra Filho e Carnio afirmam que, na análise do desenvolvimento do homem, a primeira forma de identificação da causa dos fenômenos, ocorridos em face de todas as anomalias presentes no universo²², tinha por razão agentes sobrenaturais. Isso porque nas sociedades primitivas havia um sincretismo normativo, de tal sorte que as regras de natureza moral, religiosa, jurídica ou social ficavam imbricadas²³. Não havia diferenças essenciais entre homem, planta, animal e demais objetos da natureza; e além do mais, a ofensa cometida por um indivíduo tinha caráter coletivo.

Esse pertencimento à sociedade, de modo que o que acontecia a um membro dessa unidade social, acontecia para todos, é citado por Kelsen quando traz à lume um costume dos índios Jibaro (que também são conhecidos como Jivaro), pelo qual quando um membro da família ficava doente, os demais deviam se alimentar da mesma forma que o paciente, pois se ingerissem alimentos inadequados seria como se o paciente comesse aquele alimento, piorando a sua condição.²⁴

Da mesma forma, quando um homem morresse, seu irmão deveria se casar com a viúva, porque o marido haveria morrido com ciúmes da esposa que deixou e ela poderia se casar com nenhum outro homem, além de seu cunhado que, com seu irmão falecido, formava uma única personalidade. Ou, também, quando algum homem fosse morto era o sangue de cada integrante do grupo que era derramado.²⁵

Em conformidade com essa falta de consciência do “eu”, se um homem sofresse um acidente que o tornasse incapaz de trabalhar, ele era saqueado por seu grupo porque prejudicou toda a comunidade; e até mesmo quando o indivíduo morria, poderia o grupo espoliar seus parentes, que eram considerados culpados por não terem evitado o falecimento.

A coletividade referida, adverte Carnio²⁶, tinha um conservacionismo característico, em que os vivos eram governados pelos antepassados e pelos mortos, porque, pelo princípio da retribuição, as regras impostas eram conforme aquilo que os antepassados faziam e, por sua vez, os mortos eram considerados sagrados.

²² GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria política do direito**: A expansão política do direito. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 31.

²³ CARNIO, Henrique Garbellini, **Direito e Antropologia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020, p. 34.

Carnio esclarece: “Não havia distinção do eu, tu, ele. Porque não se sentiam como um sujeito em relação a algum outro objetivo, não se sentiam em relação suficiente com as coisas para discernir sobre si próprios. Seu mundo era rodeado de espíritos e medo, temor dos mortos, da vingança e da crença na função retributiva das almas dos mortos”.

²⁴ KELSEN, Hans. **Society and nature**. Chicago: The University of Chicago Press, 1946, p. 11-12.

²⁵ Ibid., p. 12.

²⁶ Cf. CARNIO, 2020, p. 37.

Era, portanto, possível identificar, que as decisões, tidas como justas, eram extensões da vontade dos deuses e dos chefes antigos²⁷. Denotando, com isso, o sentido originário da justiça, uma vez que a ordem que imperava nessas sociedades estava arraigada na própria sociedade e, conforme ensina Carnio²⁸, eles não pensavam a respeito da conexão entre a violação da norma e a desgraça ocorrida, pois a norma obrigatória provinha da autoridade dos antepassados e não da razão.

Kelsen ainda explica que essas ideias se consubstancializam na tendência substancializadora do homem primitivo que não distinguia o corpo e suas condições, suas qualidades, as forças que o movem ou a relação que ele mantém com outros corpos; ao revés, imaginava essas qualidades, condições e forças como substâncias. Na medida em que ele temia certas qualidades ou condições ou desejava obtê-las, ele considerava a coisa temida ou desejada como alguma forma infecciosa ou como uma substância contagiosa pelo toque.²⁹

Essa ideia de que o mal, como doença, era contagioso tem relação com a mencionada responsabilidade coletiva que aflorava na sociedade primitiva, de tal sorte que a retribuição estendia a responsabilidade do indivíduo para o grupo familiar ou para a coletividade. Kelsen acrescenta que a retribuição era exercida sobre todo o grupo, pois os filhos e filhas sofriam pelos pecados cometidos de seus pais, já que o pecado era uma substância, e, portanto, contagioso e hereditário e ressalva que, na verdade, até o grupo coletivo era considerado uma substância, sendo o sangue considerado como a sede dessa substância, que conecta o homem a seu grupo.³⁰

Kelsen ainda acrescenta que Durkheim observou que, na sociedade primitiva, não havia divisão do trabalho pela função social do indivíduo, haja vista que, como a personalidade individual não estava formada, mas sim a mentalidade de pertencimento ao coletivo, consubstanciava-se o caráter autocrático dessa organização social, pela submissão a um chefe, como se os corpos, a comida e o poder dos primitivos fossem propriedade desse chefe.³¹

²⁷ PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. **Ciência Política: Estado e Justiça**. Leme: Editora JH Mizuno, 2007, p. 20.

²⁸ KELSSEN, Hans. **Society and nature**. Chicago: The University of Chicago Press, 1946, p. 38.

²⁹ Cf. KELSSEN, 1946, p. 13. Trecho original: Primitive man is induced to this collectivistic attitude not only by his lack of ego-consciousness but also by a peculiarity of thinking which may be termed a "substantializing tendency." He does not distinguish, as we do between the body and its conditions, its qualities, the forces which move it, or the relation in which it stands to other bodies; he rather imagines these qualities, conditions, forces, and relationships as substances.

³⁰ Cf. KELSSEN, 1946, p. 15.

³¹ Op. Cit., 1946, p. 17-18. Trecho original: "Corresponding to the circumstance that man does not regard himself as a separate individual, but only as a member of a collectivism, is the autocratic character which the social organization shows as soon as chieftaindom appears".

Para Durkheim, essas regras de coesão estão inseridas numa solidariedade³² mecânica, já que os indivíduos partilhavam e compartilhavam das mesmas noções e dos mesmos valores sociais, inclusive no aspecto religioso, para prover a integração entre seus membros.³³ Ele atribui a palavra mecânica à solidariedade, pois o indivíduo não se pertence; mas sim, pertence à sociedade pela consciência coletiva ser muito desenvolvida e, transpondo para as tribos, cada uma delas tinha consciência de si mesma na pessoa do chefe.³⁴

Cabe ressaltar que essa submissão completa do indivíduo aos grupos é explicada pelo mencionado tradicionalismo, peculiar à mentalidade primitiva pela observação exagerada dos usos e costumes herdados dos ancestrais e pelo caráter costumeiro da formação do Direito.

Ademais, para as tribos³⁵, a morte era um castigo sobre-humano, que acarretava um ato de vingança, pois o que importava não era investigar a causa da morte, mas sim imputar alguém como o responsável, pela manifesta ideia de retribuição³⁶.

³² MUSSE, Ricardo. **Comenta Émile Durkheim Fato social e divisão do trabalho**. São Paulo: Editora Ática, 2011, p. 18. Segundo Ricardo Musse, “Durkheim usa o termo ‘solidariedade’ para designar o vínculo que mantém a coesão e a unidade do grupo social. Trata-se de um ‘fato social’ sujeito a variações no espaço e no tempo. Suas diferentes formas de existência, no entanto, não podem ser apreendidas diretamente. A observação e a classificação das diversas formas de solidariedade social tornam-se possíveis graças a um estratagema: recorre-se a um fato externo (os efeitos, no caso o direito como símbolo visível) para apreender o fenômeno interno (as causas, a solidariedade social). Pressupõe-se assim uma correspondência entre os laços sociais e as regras do direito, uma homologia que permitiria estabelecer uma comparação entre os tipos de solidariedade sob uma ótica de ordenação dos preceitos jurídicos”.

³³ DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, 1999.

³⁴ Ressalta-se que, em razão do colapso da solidariedade mecânica, a partir da transição para a industrialização e urbanização, Durkheim traz a lume a solidariedade orgânica, pautada na divisão de tarefas, a partir das características peculiares de cada organismo. Importante ressaltar que essas ideias de Durkheim sofreram embates por parte de outro sociólogo, também relevante do século XIX, Gabriel Tarde, da França, que merece ser apontada. Durkheim criticou Tarde na obra “De la division du travail social” (da divisão do trabalho social) quando esse afirma que: “à medida que as aglomerações humanas se estendem, a difusão das ideias segundo uma progressão geométrica regular é mais acentuada”; pois, para Durkheim, se as sociedades tendem a se assemelhar, os indivíduos tendem a se diferenciar em razão do trabalho social, considerando que a especialização profissional e individualização caminham juntas. Cf. DURKHEIM, 1999, p. 114. Marcia Consolim nos reporta que Gabriel Tarde responde as críticas de Durkheim num artigo chamado “Questions sociales de 1893”, no que tange especificadamente à solidariedade social, pois para ele a solidariedade se dá por meio da comunhão de ideias e de sentimentos e não de interesses de grupos profissionais, como Durkheim afirma. Segundo Tarde, não existem duas formas distintas de solidariedade, pois ambas se baseiam na comunhão de desejos e de crenças, à medida que as pessoas se sociabilizam num caráter imitativo, pois é nas boas condutas e nos bons exemplos que se moralizam os homens, numa troca empática ou simpática com o *outrem*. É, por essa aproximação imitativa, que os indivíduos criam uma comunidade moral e não pela divisão do trabalho social. Tarde, para enfatizar essa dimensão mental, em detrimento da material, utiliza a oposição entre luxo, trabalho, da sensibilidade estética do artista, de tal modo que a socialização e a individualização deverão ocorrer à medida que a jornada do trabalho for diminuindo gradualmente e surgindo mais tempo livre. Esse embate é enriquecedor, haja vista que Durkheim apresentava uma sociologia de dimensões mais objetivas, enquanto que na sociologia de Tarde estavam ideias filosóficas, a partir da descoberta de regularidades e repetições universais presentes nas relações sociais, como fundamento do controle social. CONSOLIM, Marcia; DURKHEIM, Émile; TARDE, Gabriel. Aspectos Teóricos de um Debate Histórico (1893-1904). In: **História: Questões & Debates**, Curitiba, n. 53, p. 39-65, jul./dez. 2010. Editora UFPR, p. 44.

³⁵ CARNIO, Henrique Garbellini, **Direito e Antropologia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020.

Kelsen complementa que, após a morte, aquele que havia morrido ficava na vizinhança do lugar onde morreu, por certo tempo, até que os espíritos chegassem em suas canoas, de uma ilha distante e habitada pelos mortos, para buscar esse fantasma para o seu novo lar³⁷. Nesse sentido³⁸, cita Dudley Kidd, ao referenciar-se aos “kaffirs” (tribos primitivas africanas) que eram capazes de nutrir, ao mesmo tempo, ideias contraditórias, pois não viam dificuldade em acreditar que o avô de um “Kaffir” se apagava como uma vela na hora da morte e, ao mesmo tempo, que esse avô visitava um krall³⁹ no dia anterior de sua morte, na forma de uma cobra.

Era uma forma específica de cobra, pois, conforme Antonio Evaldo Almeida Barros⁴⁰ ensina, os povos africanos, que construíam os “Kralls”, acreditavam numa cobra que não era venenosa e que tinha o espírito de seus antepassados; e que, quando tal serpente se aproximava de suas residências, teriam que sacrificar um boi para ela. A título de exemplo, ele aponta; “Quando uma criança está doente eles vão a um Pajé, e perguntam qual é o problema com a criança. O Pajé lhes diz que o espírito, que supostamente está na cobra, está irritado com alguma coisa – um boi deve ser sacrificado ao espírito e, portanto, a criança vai se recuperar.”⁴¹ O sacrifício era feito e se a criança morresse era porque tinha espírito hostil.

Como se pode ver, o medo era o elemento psicológico fundamental que determinava a legalidade dos atos. Frente às forças da natureza, aos outros homens e aos animais que

³⁶ Como no exemplo, dado por Kelsen, do “Kaffir” que quebrou um pedaço de âncora de um navio encalhado, morreu logo depois. Desde então, os Kaffirs atribuíram o caráter divino à âncora e, ao passar do tempo, honraram-na com saudações para evitar a sua ira. Os kaffirs não supõem que o dano a uma âncora geralmente seria a causa da morte do ferido. Se eles virem neste caso qualquer aplicação de uma lei geral, é de retribuição e não de causalidade. A âncora é imaginada como um ser pessoal, que se vingou do ofensor, numa explicação para legitimar o comportamento pessoal. KELSEN, Hans. *Society and nature*. Chicago: The University of Chicago Press, 1946, p. 05.

³⁷ KELSEN, Hans. *Society and nature*. Chicago: The University of Chicago Press, 1946, p. 03.

³⁸ Op. Cit., 1946, p. 02.

³⁹ Segundo Weimer: “Um kraal é constituído por um terreno cercado que contém as diversas ‘cubatas’, locais de trabalho, a horta, as árvores frutíferas e de sombra, espaços cerimoniais, cercados de animais, etc. Por ‘cubata’ deve ser entendido uma construção que abriga uma só atividade, como uma cozinha, um dormitório, uma sala de trabalho, um celeiro, um sanitário. Como cada ‘cubata’ abrigava apenas uma função, um kraal era formado por diversas construções. As principais características de um kraal são: a) cerca externa delimitando o terreno; b) existência de diversas ‘cubatas’; c) existência de uma única entrada; d) a construção principal é do ‘chefe’; e) uma significativa variedade de atividade exercidas ao ar livre; f) existência de locais de plantações e de árvores (frutíferas ou de sombra) e, por vezes, g) a existência de curral para animais”. WEIMER, Günter. *Inter-relações Arquitetônicas Brasil África*: Pronunciamento de Posse como Membro Efetivo do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul, 28 de maio de 2008. Disponível em: <https://www.ihgrgs.org.br/artigos/membros/G%C3%BCnter%20Weimer%20-%20Inter-rela%C3%A7oes%20Arquitetonicas%20Brasil-Africa.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2021

⁴⁰ BARROS, Antonio Evaldo Almeida. Entre o kraal e a terra iluminada: as Áfricas do jovem John Dube, p.159-182. In: TRAJANO FILHO, Wilson (org.) *Travessias antropológicas, estudos em contextos africanos*. Brasília: ABA Publicações, 2012, p. 159-179.

⁴¹ BARROS, Antonio Evaldo Almeida. Entre o kraal e a terra iluminada: as Áfricas do jovem John Dube, p.159-182. In: TRAJANO FILHO, Wilson (org.) *Travessias antropológicas, estudos em contextos africanos*. Brasília: ABA Publicações, 2012, p. 166.

fossem maiores que o homem com medo, os primitivos acabavam criando explicações do mundo como “[...] uma necessidade prática de fuga do próprio medo e da morte.”⁴²

E o motivo do medo que os primitivos nutriam ante quaisquer violações que cometessem, haja vista o poder transcendental ser tão marcante a ponto de poder causar a morte de uma pessoa consciente de sua culpa. O indivíduo, ao ser acusado de qualquer ato perverso por vários membros da comunidade, além da possibilidade de sofrer reprovação pública pelo ato cometido, tinha um sentimento de vergonha tão agudo que se retirava para um local isolado, cavava sua sepultura e se estrangulava.

Os desejos e medos dominavam os homens numa lógica de retribuição e essa lógica garantiu a ordem social e depois resultou em causalidade, baseada nas relações de troca, como o apanágio da sociabilidade.

Assim, essa perspectiva mencionada que os homens primitivos tinham da natureza ser habitada por espíritos era caracterizada, como visão animista ou animismo, como personalista, pois os poderes da natureza eram considerados, pelos primitivos, como objetos concretos e, conseqüentemente, designados como pessoas. Kelsen adverte que não se trata de personificação, pela falta de consciência do ego, haja vista que o selvagem não conseguia projetar seu ego no mundo externo, pois carecia de qualquer consciência do ego real.⁴³

O homem primitivo, ao revés, projetava os fenômenos de sua vida psíquica no mundo externo: ele considerava os sonhos como ocorrências reais e não relacionava suas emoções consigo mesmo, pela visão personalista que detinha da natureza. Isso porque, conforme já citado alhures, pela ausência do ego no homem primitivo, ele não sabia distinguir o “eu” do “tu”, pois seu mundo era rodeado de espíritos, do medo, temor dos mortos, da vingança e da questão retributiva das almas dos mortos, que seria o animismo, “[...] crença na natureza como habitada por espíritos e se expressava na projeção da vida psíquica sobre o mundo exterior”.⁴⁴

Nesse sentido, Yuval Noah Harari⁴⁵ afirma que, no animismo, as normas e os valores humanos tinham que levar em consideração os interesses e as perspectivas de outros seres:

⁴² Guerra Filho e Carnio acrescentam que as primeiras manifestações jurídicas que surgiram nas comunidades primitivas eram revestidas de caráter religioso, pois as instituições religiosas eram dotadas de maior autoridade nos grupos sociais, nos quais as funções de trabalho individual e o sentido da vida coletiva ainda não haviam ensejado algo como o Estado. GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria política do direito: A expansão política do direito**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 33.

⁴³ KELSEN, Hans. **Society and nature**. Chicago: The University of Chicago Press, 1946, p. 24.

⁴⁴ ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao Direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 65.

⁴⁵ HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: Uma breve história da humanidade**. Tradução Janaina Marcoantonio. 48. ed. Porto Alegre: L&PM, 2019, p. 219.

animais, plantas, fadas e fantasmas. Cita o exemplo de um bando de caçadores, do vale dos Ganges, que pode ter estabelecido uma lei que não podiam cortar uma figueira grade, sob pena do espírito da figueira ficar furioso e se vingar. Ou o caso de outro bando de caçadores, vivendo no Vale do Indo, ter proibido as pessoas de caçar raposas de cauda branca, pois uma raposa de cauda branca certa vez revelou a uma velha sábia onde o bando poderia encontrar obsidiana (pedra vulcânica preciosa).

Por sua vez, Freud⁴⁶ esclarece, em complemento, que o animismo se trata da forma de concepção do mundo dos povos primitivos, atrelada aos espíritos, benévolos ou malignos, que movem os processos naturais, bem como às coisas inanimadas. Acrescenta que os seres primitivos também acreditavam numa tal “animação” dos seres humanos individuais, pois como as pessoas têm almas, que são portadoras das atividades espirituais, elas deixam esses corpos para se sediarem em outros seres humanos.

Seria a crença, o pensamento de que se é capaz de influenciar fenômenos naturais a partir de determinados atos, como se houvesse uma relação entre ato ou pensamento e um fenômeno natural distinto dele (superstição, por exemplo) e, por sua vez, a magia seria a ideia de influenciar os espíritos, com algo que pudesse agradá-los ou desagradá-los, numa conexão do real com o ideal de fazer a vontade dos deuses.

Ademais, partindo das ideias de Comte, Freud⁴⁷ leciona que a humanidade produziu três grandes visões do mundo: animista, religiosa e científica, sendo que o animismo é o que explicou verdadeiramente o universo.

Isso porque os homens primitivos eram dominados por uma tendência emocional, cujos comportamentos eram essencialmente determinados pelo desejo⁴⁸. O desejo era atrelado à magia, já que, quanto menos o homem dominava a natureza, mais ele se voltava para os seus desejos, expressos em uma linguagem peculiar de sinais de seres sobre-humanos. Especialmente, porque o primitivo esperava que o poder desses seres sobre-humanos, satisfizesse as suas necessidades.

Dessa forma, por ser imprescindível que os homens primitivos controlassem o mundo que os rodeava, incluindo o domínio sobre os animais, as coisas e os outros homens, e estendendo-o aos respectivos espíritos, que foram criadas as técnicas do animismo, consubstanciadas na magia ou feitiçaria.

⁴⁶ FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu**: Algumas concordâncias entre a vida psíquica dos homens primitivos e a dos neuróticos. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Penguin Companhia das Letras, 2013, p. 45-60.

⁴⁷ Cf. FREUD, 2013, p. 46.

⁴⁸ Trecho original: This fact has been well expressed by saying that in the beginning man's behavior was essentially by desire". KELSEN, Hans. **Society and nature**. Chicago: The University of Chicago Press, 1946, p. 02.

Ademais, Freud citando Kelsen, afirma que a interpretação social da natureza é a magia, que se⁴⁹ distingue da feitiçaria, pois essa seria a arte de influenciar os espíritos, tratando-os como se fossem seres humanos em condições e circunstâncias iguais; isto é, apaziguando-os, conciliando-os, obtendo sua “[...] simpatia, intimidando-os, roubando-lhes o poder, submetendo-os à nossa vontade – utilizando os mesmos recursos que se mostraram eficazes com as pessoas vivas”. Já a magia, ignorando os espíritos, não recorre a meios psicológicos, mas a meios especiais.

Seriam meios especiais, pois, para Kelsen, a magia deveria servir para dar poder ao homem para que pudesse prejudicar seus inimigos, submeter os eventos naturais a vontade do homem e defender a pessoa dos perigos e dos inimigos⁵⁰. Para confirmar as ideias de Kelsen, Freud cita, dentre outros, Frazer e seu aporte da magia homeopática e contagiosa.

Frazer⁵¹ inicia afirmando que a comunicação entre os primitivos ocorreria pelo contato (forma primeva de pensamento humano), por uma lei da similitude ou similaridade (magia homeopática), em que a autoridade maior era dos reis, como se eles fossem magos e que tivessem alcançado essa superioridade em virtude de uma suposta proficiência na arte da magia.

Ato contínuo, Frazer⁵² expõe que a magia partia de princípios, consubstanciados na ideia de que o semelhante produz o semelhante e que as coisas, uma vez terem estado em contato, continuam a agir umas sobre as outras, mesmo após ter cortado esse contato físico.

Do primeiro princípio, tem-se que, pela similitude, o mago bastava imitar o efeito desejado, que assim conseguiria alcançar o resultado pretendido, já que o efeito se assemelhava à sua causa. Tratava-se da magia homeopática, pois os mesmos princípios que se aplicavam à sua arte, são os que regulavam a natureza inanimada, ou seja, seria uma associação de ideias pela similaridade que eram universais e não baseadas tão somente nas ações humanas.

Trazendo para exemplos práticos, Frazer relaciona a magia homeopática com o que faziam os indígenas norte-americanos (ojiwas), que para ferir o inimigo, desenhavam a figura da pessoa na areia, barro ou cinza, e atravessavam essa representação com qualquer objeto pontiagudo para que o representado pudesse experimentar a dor nesse instante. E se os ojiwas

⁴⁹ FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu**: Algumas concordâncias entre a vida psíquica dos homens primitivos e a dos neuróticos. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Penguin Companhia das Letras, 2013, p. 48.

⁵⁰ Ibid., p. 48.

⁵¹ FRAZER, Sir James George. **O Ramo de Ouro**. Tradução Waltensir Dutra. São Paulo: Zahar Editores, 1982, p. 83.

⁵² Cf. FRAZER, 1982, p. 83.

pretendiam matar esse inimigo, queimavam ou enterravam o boneco e falavam algumas palavras mágicas nesse momento.⁵³

O mesmo autor adverte que a magia homeopática também era usada para fazer o bem, expondo ⁵⁴ que os índios cora, do México, quando queriam multiplicar rebanhos modelavam a figura do animal em cera ou barro, ou a esculpiam em madeira, e a depositavam numa caverna das montanhas. Isso porque, conforme explica aludido autor, as montanhas representavam prosperidade, riquezas, inclusive para os rebanhos. “Para cada vaca, gamo, cão ou galinha desejado, o índio tinha de sacrificar uma imagem correspondente da criatura” ⁵⁵: eis a lógica do semelhante produzir o semelhante.

Além dos índios cora, Frazer também enfatiza o lado benévolo da magia homeopática ao citar⁵⁶, dentre outros exemplos, o das mulheres estéreis esquimós do estreito de Bering, desejosas de serem mães, que consultavam um feiticeiro e esse pedia para os seus respectivos maridos fazerem um boneco sobre o qual deviam praticar certos ritos sagrados, além de dormirem com ele sob o travesseiro.

Dessa forma, um dos grandes méritos da magia homeopática era permitir que o resultado fosse alcançado, desde que houvesse imitação dos seus efeitos⁵⁷, como no exemplo dos índios da Colúmbia Britânica, que viviam, em grande parte da pesca, abundante em seus mares e rios. No entanto, se o peixe não aparecia na temporada adequada, para evitar que passassem fome, os índios comunicavam um feiticeiro, o *nootka*, para que pudesse fazer uma imagem de um peixe nadando e o colocasse na água, na direção onde surgiam os cardumes: era o ritual praticado por orações e crenças de que os peixes imediatamente apareceriam.

Além da magia homeopática ou imitativa, havia a magia contagiosa, pela qual se as coisas estivessem ligadas por um certo momento, ainda que se desligassem, continuavam a manter uma relação de empatia, de modo que tudo que afetasse uma delas também afetaria a outra. Frazer⁵⁸ a cita no exemplo clássico de que a pessoa com a posse de cabelos ou unhas humanas poderia exercer influência a qualquer distância sobre a pessoa da qual foram cortados. E também no caso dos nativos da Península de Gazelle, na Nova Bretanha, que usavam parte ou pertences da pessoa que desejavam enfeitiçar, como cabelos, vestuários ou

⁵³ Frazer também expõe como exemplo os índios cora no México, “que quando queriam matar alguém, faziam uma imagem dessa pessoa com barro cozido, com pedaços de pano, etc., e, em seguida, murmurando encantamentos, espetavam a cabeça ou a barriga da estatueta para que a vítima sofresse”. FRAZER, Sir James George. **O Ramo de Ouro**. Tradução Waltensir Dutra. São Paulo: Zahar Editores, 1982, p. 89.

⁵⁴ Ibid., p. 89.

⁵⁵ Ibid., p. 89.

⁵⁶ Ibid., p. 92.

⁵⁷ Ibid., p. 95.

⁵⁸ Ibid., p. 106.

qualquer peça que tivesse relação com ela. Tais coisas eram usadas para um *papait* ou encantamento “[...] que consiste em recitar uma certa fórmula mágica ao mesmo tempo em que se sopra, da palma da mão, um pouco de cal”.⁵⁹

Outra aplicação também da magia contagiosa que se acreditava existir, era a relação entre o ferido e o que ou quem lhe causou a ferida, de modo que tudo que fosse feito por esse agente causador ou para ele afetaria o ferido para o bem ou para o mal⁶⁰. Como exemplo, o caso dos nativos que acreditavam que podiam tornar manco um homem colocando pedaços pontiagudos de quartzo, vidro, osso ou carvão em suas pegadas⁶¹.

Relacionando essas magias trazidas por Frazer, Kelsen⁶² expõe que nesse sistema animista, no qual houve progressos e desenvolvimento, deve-se mencionar, sob um viés psicanalítico, que a explicação dada para o fato de os guerreiros de uma tribo selvagem se imporem total abstinência e limpeza antes de entrar em guerra, é que assim eles eliminavam seus desejos para que o inimigo não se apoderasse dessa parte da sua pessoa, com o intuito de prejudicá-lo pela magia. Porém, a explicação mais conveniente, seria que esse guerreiro se impôs essas restrições a “[...] título de compensação, porque se acha a ponto de permitir-se a plena satisfação de impulsos mais cruéis e mais hostis, normalmente proibidos”.⁶³

Esse mesmo raciocínio se aplica, conforme Freud, quando os homens partiam para guerras, caças ou coleta de plantas valiosas e suas mulheres deviam permanecer em casa, sujeitas a inúmeras restrições severas, para que a expedição fosse exitosa, haja vista que a magia simpática atuava sobre essa distância. Porém, conforme adverte referido médico, por trás desses disfarces está a explicação psicológica: os homens só dão o melhor de si quando se acham tranquilos em relação às mulheres que deixaram em casa ou quando declaram abertamente que se a mulher trair o homem, acarreta a ruína de todos os seus esforços⁶⁴.

Kelsen ainda complementa que essa psicologia do meio animista se assemelha muito com as crianças, haja vista que a criança não diferencia o ser humano de outras espécies de animais, portanto, veem os animais como iguais, como faziam os primitivos, pelo pertencimento incondicional que unia os membros da comunidade-clã (*kinship*).⁶⁵

⁵⁹ FRAZER, Sir James George. **O Ramo de Ouro**. Tradução Waltensir Dutra. São Paulo: Zahar Editores, 1982, p. 106.

⁶⁰ Ibid., p. 109.

⁶¹ Ibid., p. 110.

⁶² FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu: Algumas concordâncias entre a vida psíquica dos homens primitivos e a dos neuróticos**. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Penguin Companhia das Letras, 2013, p. 59.

⁶³ Cf. FRAZER, 1982, p. 158.

⁶⁴ Cf. FREUD, 2013, p. 59.

⁶⁵ Kelsen explica que *Kinship* é participar da substância comum. Então, não se restringe a fazer parte da substância de sua mãe, da qual nasceu e com cujo leite foi alimentada, mas de que também a alimentação que a pessoa ingere mais tarde, e com a qual renova seu corpo, pode obter e reforçar a *kinship*. Ibid., p. 80.

Além dessas magias, homeopática e contagiosa, também existia a magia pública, utilizada em favor da comunidade, para a qual, conforme Frazer⁶⁶, o mago ocupava um *status* de funcionário público, com grande reputação de autoridade de chefe e de rei, haja vista que o bem-estar da tribo dependia da realização desses mitos mágicos. Assim, para Frazer⁶⁷, à medida que a magia pública foi afetando a sociedade selvagem, a profissão pública selecionou o mago como sendo o mais capaz, substituindo o governo de homens adultos para a monarquia; o que, para esse autor, foi benéfico haja vista que essa foi uma condição essencial para a superação da selvajaria pela humanidade.

Tal superação ocorre porque o homem deixou de ser constrangido pelo costume e pela tradição para uma aparente paradoxal liberdade, intrínseca no governo dos despóticos. Frazer⁶⁸ explica que é aparente o paradoxo da liberdade, pois defende que na monarquia apesar do homem se tornar súdito submisso ao rei, há mais liberdade para pensar os próprios pensamentos e destinos, já que, sob o modelo férreo do costume hereditário, a sorte do homem estava lançada do berço até o momento da sua morte.

Dessa forma, acredita que à medida que a profissão pública foi se solidificando, houve uma contribuição para emancipar a humanidade do peso da tradição, com uma visão mais abrangente do mundo.

Ademais, Frazer também sugere uma linha evolutiva da magia, que passa pela religião até alcançar a ciência.⁶⁹ Esse pensamento tem por base a dialética de Hegel, quando define magia como pensamento primitivo do ser humano a ser suplantado pela religião, em razão de sua própria insuficiência. A partir de então, da tese da magia primitiva emergiu a antítese da religião, que resultou na síntese da ciência, como estágio moderno e eficaz.⁷⁰

Ele explica que, na magia, o homem dependia de sua própria força para enfrentar os perigos e dificuldades da natureza, acreditando que pode manipular as forças da natureza, desde que não cometa erros. Se errar, o homem primitivo deixa de confiar em sua própria

⁶⁶ FRAZER, Sir James George. **O Ramo de Ouro**. Tradução Waltensir Dutra. São Paulo: Zahar Editores, 1982, p. 111.

⁶⁷ Cf. FRAZER, 1982.

⁶⁸ Cf. FRAZER, 1982

⁶⁹ Esse antropólogo segue a visão de Hegel sobre a magia como manifestação primitiva da religiosidade. Cf. FRAZER, 1982, p. 622-624.

⁷⁰ No que se refere ao método dialético hegeliano, Castilho leciona que Hegel tem por objetivo aprender o concreto e o universal, não o individual e o abstrato. Daí que na apreensão concreta do real, deve ser buscada a unidade entre o ser e o pensamento, a partir de três elementos: o Ser, a Natureza e o Espírito. O ser seria o conjunto dos elementos lógicos de toda a realidade, consubstanciada na tese, antítese e síntese. A natureza seria a manifestação do ser no mundo fenomênico, a sua exteriorização ou concretude. Já o espírito é a consciência da realidade, estando numa posição elevada em relação ao ser e a natureza e representa a ascensão histórica do humano ao divino. CASTILHO, Ricardo. **Filosofia Geral e Jurídica**. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018, p. 155-156.

inteligência, para se colocar à mercê de seres invisíveis que existem na natureza, os quais atribui-lhe poderes. Revela que a magia foi gradualmente substituída pela religião, regulada pela paixão, pela vontade e pelo capricho desses seres invisíveis e superiores, mas semelhantes, em gênero, a esse homem primitivo. Ato contínuo, Frazer⁷¹ adverte que à medida que o homem galga conhecimento, os espíritos mais lúcidos deixam de creditar na teoria religiosa para explicar os fenômenos da natureza, mas sim a partir da ciência, pautada na observação paciente e precisa desses fenômenos.

Além de Frazer, Marcel Mauss⁷² trabalha o conceito de magia, relacionando magia com a religião, ora em contraponto e ora tratando-as como se fossem os mesmos institutos, dentro do campo do sagrado. Credita que a magia é um fato social, pois se pode relacionar a primeira forma de representações coletivas; ou seja, a mais primeva de todas as técnicas atreladas ao estudo social. Critica Frazer, pois entende que não se pode nomear apenas algumas magias, mas sim considerar o maior número possível delas, num sistema heterogêneo de sociedades primitivas e de sociedades muito diferenciadas, como México, Índia e outros povos australianos.

A proposta desse sociólogo, ao elaborar essa crítica a Frazer, é que religião, ciência e magia se interrelacionam, a partir da noção de sagrado e, portanto, não há uma evolução entre magia e religião, como propõe Frazer. O mágico age sobre forças espirituais, e, portanto, religiosas. Assim, se magia e religião pertencem ao campo do sagrado, como se deu e, ainda, se dá a dimensão social da magia é o ponto de partida para Mauss⁷³, haja vista que se preocupou em estudar o rito como meio de compreensão da magia, para mostrar uma noção completa e satisfatória a respeito da magia e seu empenho.

Para esse estudo, seu método foi, a partir da análise das mencionadas sociedades primitivas e das diferenciadas, ressaltar que não há diferença entre primitivo e civilizado, como há no senso comum, pois o que importava e, ainda, importa é a experiência de cada grupo a ser analisado. Assim, referido autor usou, como ponto de partida, a delimitação do que seria magia, pois pertencia a uma classe distinta dos fenômenos sociais. E, para isso, relacionou os atos que compunham e compõem o rito sagrado, em que a magia está inserida, como os atos mágicos, religiosos e técnicos, com o adendo que o ato mágico precisa de repetição, já que está aliado à crença coletiva na efetividade desse ato.

⁷¹ FRAZER, Sir James George. **O Ramo de Ouro**. Tradução Waltensir Dutra. São Paulo: Zahar Editores, 1982, p. 624.

⁷² MAUSS, Marcel. **Sociologia e Antropologia**. Tradução Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

⁷³ Op. Cit., 2003. Essa ligação entre religião e magia pelo rito que circunda ambas, que procuram manter uma forma de ter contato com o sagrado também está presente no seguinte texto: MAUSS, Marcel; HUBERT, Henri. **Ensaio Sobre a Natureza e a Função do Sacrifício**, 2. ed. São Paulo, Perspectiva, 2001, p. 141-227.

Como a magia, para Mauss é um fato social, por ser pública, ela acaba tangenciando a religião, que também representa manifestações coletivas. O contraponto é que, na religião, “[...] o indivíduo sente-se subordinado a poderes que o ultrapassam e o incitam a agir [...]”⁷⁴, enquanto que, na magia, a subordinação refere-se a ideias comuns, nas quais se constata a existência de proibições ou, pelo menos, de retenções, observadas por grupos inteiros em relação a certas coisas e a certos atos.⁷⁵ Seu pensamento continua para afirmar que a magia produz uma modificação no espírito: “[...] o mágico ou o mágico e o interessado que jejuam permanecem castos ou purificam-se antes de operar; testemunham desse modo que sentem uma espécie de incompatibilidade entre as coisas nas quais vão tocar, vão fazer e a condição na qual se encontram na vida corriqueira”.⁷⁶

E que, pelo seu caráter místico, a magia, como técnica primeva, conforme citado alhures, colaborou com a formação de outras técnicas e das ciências atuais: “[...] a farmácia, a medicina, a cirurgia, a metalurgia, a arte de esmaltar (as duas últimas são herdeiras da alquimia) não teriam podido viver se a magia não lhes tivesse dado seu apoio e, para fazê-las durar, se não as tivesse mais ou menos absorvido”.⁷⁷

Ademais, afirma que “[...] a medicina, a farmácia, a alquimia, a astrologia desenvolveram-se na magia em torno de um núcleo de descobertas puramente técnicas, tão reduzido quanto possível [...]”⁷⁸, supondo, inclusive, que outras técnicas mais antigas se confundiram com a magia no começo da humanidade, tanto que, na Grécia, a astronomia e a alquimia eram físicas aplicadas e quem as aplicava recebia o nome de mágico.

Também deve ser ressaltado que o que se conhece na matemática acerca dos quadrados científicos, bem como a respeito da propriedade mágica dos números e das figuras se deve a magia. “A magia alimentou a ciência e os mágicos forneceram os cientistas”.⁷⁹

Além de James Frazer e Marcel Mauss, outro antropólogo clássico que trata acerca da magia é Claude Lévi-Strauss⁸⁰ que também leciona que a eficácia da magia, depende da crença nessa magia, que se apresenta sob três aspectos complementares: primeiro, a crença do feiticeiro na eficácia de suas técnicas; depois, do doente ou da vítima por ele tratado que o feiticeiro tem o poder de curá-lo; e da opinião da coletividade que auxilia nessa relação do feiticeiro com aqueles que ele enfeitiça.

⁷⁴ MAUSS, Marcel. **Sociologia e Antropologia**. Tradução Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2003, p. 125.

⁷⁵ Ibid., p. 160.

⁷⁶ Ibid., p. 161.

⁷⁷ Ibid., p. 175.

⁷⁸ Ibid., p. 175.

⁷⁹ MAUSS, Marcel. **Sociologia e Antropologia**. Tradução Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2003, p. 176.

⁸⁰ LÉVIS-STRAUSS, Claude. **Antropologia Estrutural**. Tradução Beatriz Perrone Moizés. São Paulo: Cosac Naify, 2003, p. 182.

A partir da efetividade da magia, Lévi-Strauss começa a analisar o comportamento dos índios, do grupo Nambikwara no Brasil, numa noite em que o feiticeiro, um homem robusto de 45 anos muito bem-humorado, não havia retornado para a sua tribo. Esse bando ao qual pertencia o feiticeiro era composto por integrantes de origens diferentes, em razão de circunstâncias obscuras, sendo que um dos grupos tinha sido dizimado por uma epidemia alguns anos antes e o outro estava enfrentando o mesmo problema, de tal sorte que não dava para supor quando eles tinham se unido.⁸¹

Alguns homens da tribo, já desesperados, na iminência de uma catástrofe, conseguiram encontrar o chefe tiritando no frio noturno, sem o cinto, os colares e as pulseiras e descabelado. A versão, dissipada pelo feiticeiro, foi que um trovão, advindo de uma tempestade, havia o carregado dali para vários quilômetros; mas outras versões foram iniciadas por outros indígenas. Houve quem propagasse que o feiticeiro tinha inventado a estória do trovão somente para conseguir ter contato com seus antigos compatriotas: eis o motivo do pretexto do trovão; que por mais que o feiticeiro tivesse relações íntimas com as forças sobrenaturais, era uma criação sua que ele havia voado nas asas do trovão até o rio Ananás.

A real versão não se soube; mas Lévi-Strauss deixa, como legado, que dentre as versões produzidas, por mais que fossem contraditórias, a versão do feiticeiro acabou sendo a dominante e a que influenciou o grupo para que não ficasse desconexo do sistema.

Strauss continua expondo a respeito do papel do mago quando relata a história de uma menina de doze anos da tribo Zuni do Novo México, que tinha sofrido uma crise nervosa imediatamente após um adolescente ter pegado em suas mãos. Por essa razão, esse adolescente foi acusado de feitiçaria e como no século XX, a feitiçaria tinha, como resultado, a morte, foi levado a julgamento mais de uma vez, mas não conseguiu comprovar a sua inocência.⁸²

A tribo, na realidade, queria saber como aquele adolescente havia conseguido os poderes; o que o levou a mudar e, abandonando a estratégia para provar a sua inocência, se conformar com o fato de ser feiticeiro; o porquê contou uma longa e detalhada estória de como adquiriu os seus poderes para os integrantes da tribo.

Lévi-Strauss mostra que, primeiramente, houve uma tentativa para se estabelecer um equilíbrio entre o comportamento normal, que era reclamado de tudo e de todos, e o

⁸¹ LÉVIS-STRAUS, Claude. **Antropologia Estrutural**. Tradução Beatriz Perrone Moizés. São Paulo: Cosac Naify, 2003, p. 183.

⁸² Cf. LÉVIS-STRAUS, p. 186.

comportamento patológico do mago, que sobrecarregava uma realidade, tendo em vista que “[...] quanto mais o rapaz falava, mais profundamente ele mergulhava no que dizia, às vezes seu rosto se iluminava com a satisfação de dominar a sua audiência”.⁸³

O que Lévi-Strauss quer mostrar é que comportamentos contraditórios passaram a se integrar, a partir da necessidade do homem ou, melhor, da tribo, que pedia um feiticeiro, tendo, como princípio, a origem dos poderes mágicos daquele jovem.

Por sua vez, Weber⁸⁴ complementa que a religião também está na magia, mesmo que essa religião tenha deuses com poderes, pelo fato de a magia propiciar segurança àquelas pessoas que a ela recorrem.

Assim, nas sociedades tribais é a partir das ideias que o homem primitivo tinha de que podia modificar a sua concepção social e é também a partir das necessidades da própria tribo e de relações que tinham com a natureza que estão ligadas as noções de retribuição e de justiça. E são essas noções que levaram o princípio da causalidade⁸⁵ a se estruturar a partir das relações de troca entre o homem primitivo e a natureza.

Isto porque os primitivos interpretavam a natureza conforme as normas de retribuição; pois para eles, a natureza era como se fosse a parte intrínseca da sociedade.⁸⁶ Portanto, a interpretação do princípio da causalidade como resultado da retribuição possibilita uma emancipação da interpretação social em relação à natureza, ocorrendo uma gênese da formação social e, por consequência, do Direito, a partir de um sentido normativo dessa organização:

A reflexão consciente, da qual só pode surgir a lei da causalidade, ocorre nos processos mentais do homem primitivo apenas se acontecerem coisas extraordinárias, através das quais a sucessão normal de eventos é interrompida de forma inesperada. Por essa razão, a causalidade está fora desse contexto para o homem primitivo.⁸⁷

⁸³ LÉVIS-STRAUSS, Claude. **Antropologia Estrutural**. Tradução Beatriz Perrone Moizés. São Paulo: Cosac Naify, 2003, p. 189.

⁸⁴ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. v. 1. Brasília e São Paulo, UnB & Imprensa Oficial, 2004, p. 292.

⁸⁵ Paulo Nader expõe que o princípio da causalidade é a relação entre a causa e o efeito de um fenômeno. “Diante de um fato da natureza a indagação que se apresenta é sempre um porquê. A explicação do fenômeno exige um recuo ao passado, a fim de se constatar a circunstância que lhe serviu de causa. Literariamente situado o princípio, pode-se dizer que “na esfera da natureza não há recompensas nem punições: há consequências”. NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**, 36. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 85.

⁸⁶ Trecho original, página VII do livro, na introdução: “The primitive interprets “nature” according to social norms, especially according to the lex talionis, the norm of retribution”. KELSEN, Hans. **Society and nature**. Chicago: The University of Chicago Press, 1946, p. VII.

⁸⁷ Trecho original: “Conscious reflection, from which alone can emerge the law of causality, occurs in the mental processes of primitive man only if extraordinary things happen through which the normal succession of events is unexpectedly interrupted, ainda above all, if Strong emoticons are aroused. For this reason a concept of causality or a tendency to causal thinking is out of the question for primitive man”. KELSEN, Hans. **Society and nature**. Chicago: The University of Chicago Press, 1946, p. 03.

Acerca do princípio da retribuição atrelado à contribuição da história natural do dever e do direito, Nietzsche também expõe em *Aurora*⁸⁸ que:

[...] nossos deveres são os direitos dos outros sobre nós. De que modo eles os adquiriram? Considerando-nos capazes de fazer contrato e dar retribuição, tomando-nos por iguais e similares a eles e, assim nos confiando algo, nos educando, repreendendo, apoiando. Nós cumprimos o nosso dever, isto é, justificamos a ideia de nosso poder que nos valeu tudo, o que nos foi dado, devolvemos na medida que nos concederam.

O que Nietzsche leciona é que o dever e o direito se fundam em relações de poder, de tal sorte que estão no mesmo eixo para benefício e compromisso dos polos distintos de uma relação: “[...] assim nascem os direitos: graus de poder reconhecidos e assegurados. Se as relações de poder mudam substancialmente, direitos desaparecem e surgem outros – é o que mostram os direitos dos povos, em seu constante desaparecer e surgir”⁸⁹.

Assim, apesar de direitos e deveres se destinarem para polos distintos em uma relação, eles se originam no mesmo contrato ou pacto, qual seja no compromisso firmado entre as partes, de tal sorte que quando o homem descumpre com o acordado, está descumprindo o acordo com todos da sua sociedade.

Henrique Carnio defende que o apanágio da sociabilidade está nesse período das relações de troca, notadamente entre credor e devedor, que determinam a forma mais antiga das relações humanas nos primórdios civilizatórios⁹⁰.

Nesse sentido, Nietzsche grifa que essas relações de troca derivavam de uma ressignificação da matriz do débito e crédito, que passa a dar sentido às relações entre as gerações existentes e os antepassados, fundadores das primeiras comunidades, na medida em que a vida deveria ser vivida numa sociedade, sob primado da paz, da liberdade, da ordem e da prosperidade, por estar ligada ao crédito dos ancestrais.⁹¹

⁸⁸ NIETZSCHE, Friedrich. **Aurora**: Reflexões sobre os preconceitos morais. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia de Bolso, 2016, p. 76.

⁸⁹ Cf. NIETZSCHE, p. 77.

⁹⁰ GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria política do direito**: A expansão política do direito. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 26.

⁹¹ Nas palavras de Nietzsche: “na originária comunidade tribal, a geração que vive sempre reconhece para com a anterior, e em especial para com a primeira, fundadora da estirpe, uma obrigação jurídica (e não um mero vínculo de sentimento: seria lícito inclusive contestar a existência deste último durante o mais longo período da espécie humana). A convicção prevalece de que a comunidade subsiste apenas graças aos sacrifícios e as realizações dos antepassados - e de que é preciso lhes pagar isso com sacrifícios e realizações: reconhece-se uma dívida (*schuld*) que cresce permanentemente, pelo fato de que os antepassados não cessam, em sua sobrevida com espíritos poderosos, de conceder à estirpe novas vantagens e adiantamentos a partir de sua força. Em vão, talvez? Mas não existe ‘em vão’ para aqueles tempos crus e ‘sem alma’. O que se pode lhes darem troca? Sacrifícios (inicialmente para alimentação, entendida de modo mais grosseiro), festas, música, homenagens, sobretudo obediência, pois os costumes enquanto obra dos antepassados, também seus preceitos e ordens – é possível lhes dar bastante? Esta suspeita permanece e aumenta: de quando em quando exige um

Assim, esse Estado teleológico, para Comte, pode ser sintetizado em três períodos sucessivos: fetichismo, politeísmo e o monoteísmo.⁹² No fetichismo, uma vida espiritual semelhante à do homem é atribuída aos seres naturais, já o politeísmo esvazia os seres naturais do animismo e passa a outros seres, invisíveis e de um mundo superior; e no monoteísmo, o homem reúne todas as divindades em uma só.

Ato contínuo, no próximo estágio, o metafísico, os agentes supernaturais acabam sendo substituídos por ideias ou forças, não creditando mais na subordinação da natureza e do homem ao sobrenatural, mas que essas forças são capazes de “[...] engendrar por elas próprias todos os fenômenos observados, cuja explicação consiste na determinação para cada um de uma entidade correspondente.”⁹³ Outrossim, na esfera política, Comte complementa que “[...] o espírito metafísico corresponderia a uma substituição dos reis pelos juristas; supondo-se a sociedade como originária de um contrato, tende-se a basear o Estado na soberania do povo”.⁹⁴

Já no que tange ao último Estado, da lei dos três Estados, denominado positivo ou científico, busca-se o porquê das coisas, substituindo o que era espiritual pela experimentação concreta e transitando para o conhecimento científico que ocorre somente a partir da observação dos fenômenos comprováveis pela experiência – o método científico. A ciência então, passa a compreender os fenômenos, a partir da observação direta.⁹⁵ Assim, segundo o positivismo filosófico, o homem passa a ser civilizado quando aplica a ciência em seu dia a dia, encarando a realidade por meio da observação direta dos fenômenos.⁹⁶

1.2 Do positivismo jurídico ao positivismo metodológico-descritivo

imenso resgate, algo monstruoso como pagamento ao credor (o famigerado sacrifício do primogênito, por exemplo, sangue humano em todo caso). Segundo esse tipo de lógica, o medo do ancestral e de seu poder, a consciência de ter dívidas para com ele cresce necessariamente na exata medida em que cresce o poder da estirpe, na medida em que ela mesma se torna mais vitoriosa, independente, venerada e temida. Não ao contrário! E todo passo para o debilitamento da estirpe, todos os indícios de degeneração, de desagregação iminente, diminuem o medo do espírito de seu fundador, oferecendo uma imagem cada vez mais pobre de sua sagacidade, de sua providência e da presença de seu poder”. NIETZCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral: Uma Polêmica**. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 72.

⁹² COMTE, Augusto. **Curso de Filosofia Positiva/Discurso Sobre o Espírito Positivo/Discurso Preliminar Sobre o Conjunto do Positivismo/Catecismo Positivista**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 17.

⁹³ GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria política do direito: A expansão política do direito**. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 32.

⁹⁴ Cf. COMTE, 1978, p. 18.

⁹⁵ Cf. COMTE, 1978, p. 21.

⁹⁶ CASTILHO, Ricardo. **Filosofia Geral e Jurídica**. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018, p. 192.

A partir das ideias de Comte e da estrutura política organizada, fruto da Revolução Francesa, com os ideais de humanização permanente dos valores sociais, far-se-ia indispensável a elaboração de um código para se garantir a segurança jurídica⁹⁷ aos cidadãos em relação às ideias que eram as dominantes no antigo regime (monarquia absolutista e as normas de origem religiosa). Foi, então, que os líderes da Revolução Francesa fizeram ecoar, na primeira Constituição (a de 1791) daquele país, a promessa de criação de um código com todas as leis civis existentes.

Assim, Napoleão Bonaparte, após tomar o poder, pelo Golpe de 18 Brumário (do ano VIII, em 1.799), instituiu o regime de Consulado, que reunia os poderes, administrativo e legislativo, e tinha o objetivo da unificação do direito privado, seja porque os grandes governantes da história haviam deixado um grande legado de obras legislativas, seja porque a Revolução Francesa havia acabado com os obstáculos para essa unificação legislativa, quando eliminou as ordens, as corporações, os privilégios de castas e os particularismos locais. Assim, para consolidar os ideais burgueses, far-se-ia necessária essa codificação.⁹⁸

Para isso, Napoleão, que queria ser lembrado como um grande legislador, presidiu como primeiro Cônsul, 55 das 107 reuniões do Conselho de Estado, tendo participação intensa na redação dos artigos do Código Civil francês que, em 31 de março de 1804 foi promulgado, contendo três livros: o primeiro das pessoas, o segundo dos bens e o terceiro da propriedade, pela compilação de trinta e seis leis civis existentes.⁹⁹

⁹⁷ Segurança jurídica no sentido de confiança: “a segurança jurídica é voltada para a proteção no ordenamento como um todo, direcionada na confiança dessa proteção”. Assim, a segurança jurídica, tendo forte ligação com o princípio da confiança, objetiva efetivar os direitos tidos como fundamentais, evitando a instabilidade e a insegurança e por fim preserva a dignidade da pessoa humana. DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa. **Da Segurança Jurídica da Súmula Vinculante no Brasil: Contribuições/ Influências do Sistema da Common Law e Civil Law**. 2. ed. São Paulo: Edijur Leme, 2019, p. 64.

Complementando, Guilherme Camargos Quintela afirma que a “segurança jurídica, como princípio decorre do “macroprincípio” estruturante da ordem constitucional brasileira, o Estado de Direito [...] a segurança jurídica possui, em termos precípuos, a função de mediatizar o sobreprincípio do Estado de Direito e, ao empreender tal tarefa, o subprincípio “segurança jurídica” transmuda-se em sobreprincípio, dele decorrendo além da segurança jurídica objetiva (da qual deriva a irretroatividade e a proteção ao direito adquirido) , também a segurança subjetiva, ou proteção da confiança. Impõe-se, assim, seja realizado o itinerário argumentativo pelo qual será possível deduzir do princípio da segurança jurídica o princípio da proteção da confiança, perfazendo, em termos mais amplos, a dedução “Estado de Direito/Segurança Jurídica/Proteção da Confiança”. QUINTELA, Guilherme Camargos. **Segurança Jurídica e proteção da confiança: A justiça prospectiva na estabilização das expectativas no direito tributário brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 117.

⁹⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. Code Civil francês. Gênese e difusão de um modelo. In: **Revista de Informação Legislativa**, ano 50, n. 198, p. 59-88, abril/jun de 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/198/ril_v50_n198_p59.pdf/view. Acesso em: 25 jan. 2021

⁹⁹ Castilho ressalta que o Código Civil Francês foi rebatizado para Código Napoleão em 1807 e depois novamente batizado em 1815, no Congresso de Viena, como Código Civil. CASTILHO, Ricardo. **Filosofia Geral e Jurídica**. 5. Ed. São Paulo. SaraivaJur, 2018, p. 112.

No entanto, conforme asseverado por Castilho, o Código Civil francês recebeu críticas, pois privilegiou a burguesia, reflexo dos pensamentos dos séculos XIX e XX, instaurando um regime do individualismo egoísta.¹⁰⁰

Isso porque, segundo Fabio Comparato¹⁰¹, a Revolução Francesa, ao suprimir a dominação social fundada na propriedade da terra e ao abolir as corporações e os estamentos, acabou por reduzir a sociedade civil a uma coleção de indivíduos abstratos, perfeitamente isolados em seu egoísmo.

Continua referido autor, citando Benjamin Constant, que essa liberdade era inteiramente privada com o repúdio a toda interferência estatal na vida da família e profissional, podendo dar ensejo à instauração de um novo autoritarismo político.¹⁰² Apesar das críticas, deve ser enfocado que o pano de fundo dessas manifestações teóricas era o livre mercado enfeixado no capitalismo concorrencial, preconizando o bem comum, com a concentração do capital.

Na realidade, o capitalismo começara a surgir já na queda do feudalismo, pois com o comércio baseado nas trocas de mercadorias pelos excedentes da produção, o eixo de produção não era mais a terra; mas sim o dinheiro, como referencial de valor, o que imprimiu maior velocidade ao comércio.

As cidades passaram a ficar numerosas, pois se transformaram em locais adequados para desenvolvimento das atividades humanas. Era como se, nas cidades, as pessoas pudessem experimentar certa liberdade, já que podiam desenvolver suas habilidades para as atividades de troca de mercadorias (comércio), diferente da atmosfera do feudalismo, num sistema de servidão.

Com o crescimento cada vez maior das cidades, a produção no campo diminuiu e os nobres aumentaram os tributos das terras, o que fez com que os camponeses se unissem e eclodissem revoltas por onde passaram. Isso ocorreu na Inglaterra, onde grupos de camponeses marcharam até Londres, destruindo edifícios, e na França, onde essas revoltas de camponeses precederam a Revolução Francesa e abriram espaço para a transformação desses servos em futuros proletários para a produção capitalista, a qual era concebida como uma

¹⁰⁰ CASTILHO, Ricardo. **Filosofia Geral e Jurídica**. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018, p. 112.

¹⁰¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 159-160.

¹⁰² Com essas ideias e citações de Benjamin Constant, expostas em seu Curso de Política Constitucional, tradução de D. Maciel Antonio Lopez. Madrid: Imprenta de la Compañía, 1820, Comparato critica Rousseau; pois, quando afirma que os direitos individuais não estão protegidos pela vontade geral, expõe a necessidade de mecanismos institucionais que limite a soberania popular. Cf. COMPARATO, 2015, p. 159-160.

ordem natural que viria substituir a ordem medieval e a estrutura protecionista do mercantilismo¹⁰³.

Ocorre que a premissa desejada da não interferência do Estado, de forma que cada indivíduo pudesse agir livremente, fez com que o liberalismo originasse duas classes: de um lado, o empresário capitalista e, de outro, o proletariado. Assim, o que parecia conquista, acabou por permitir a exploração dos fracos pelos fortes, gerando na realidade, a submissão dos economicamente vulneráveis.

O liberalismo clássico passou a revelar, então, uma realidade tirânica e cruel. Logo, ao final do século XVIII, foi instaurado o sistema social, baseado na livre troca de mercadorias, com o objetivo primordial de obter lucro. Tal sistema era o capitalismo, cujas bases estão na compra na força de trabalho, considerando-se que o capitalista se apresenta como comprador da força de trabalho e o assalariado como vendedor dessa força. Tendo em vista que esse contexto, aliado ao crescimento da indústria, fez com que a massa dos trabalhadores se expandisse; mas ao passo que não participava das decisões estatais, carecia de melhores condições de vida.

Diante desse panorama, as primeiras ligas e associações de operários surgiram em 1.791 e, em contrapartida, fruto das ideias burguesas, também surgiram *Le Chapelier*, lei francesa que proibia sindicatos, greves e qualquer organização ou manifestação na esfera das relações de trabalho, e o Código Penal, que tipificava, como crime, a coligação para reivindicação liberal.¹⁰⁴

Ato contínuo, acabou ocorrendo a luta dos trabalhadores para modificar a estrutura estatal e reivindicar contra as contradições do próprio sistema capitalista em ascensão, que foi decisiva para a modificação de um Estado Mínimo a um Estado Interventor Social e depois Socialista, como uma mudança ainda mais radical. Isso porque a superação desse tipo de Estado liberal, cuja ideia principal era a sua manutenção, detentor de um poder exercido de forma institucionalizada, conforme regras impessoais, representa o positivismo jurídico do século XIX.

Nesse sentido, Hegel, citado por Carnio e Guerra Filho¹⁰⁵, ensina que a consistência do Estado liberal seria a união de liberdades individuais para a realização tanto da finalidade

¹⁰³ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988**: Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Verbatim, 2009, p. 50.

¹⁰⁴ LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Ciência Política, Estado e Direito Público**. Uma introdução ao Direito Público da Contemporaneidade. São Paulo: Verbatim, 2011, p. 100.

¹⁰⁵ A obra de Hegel, citada por Carnio e Guerra Filho, é *Filosofia do Direito e do Estado*. v. 1, p. 173. GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria política do direito**: A expansão política do direito. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 106.

geral do todo ou conjunto desses indivíduos quanto da liberdade concreta, que é o sentido absoluto da razão, personificada no Estado, sendo esse Estado a via de Deus no mundo e seu fundamento o poder da razão que se realiza como vontade.

Essa elevada confiança na racionalidade humana fez surgir a Escola da Exegese para promover a defesa do Código Civil Francês, pois a lei era a única fonte legítima do Direito e o juiz ficava limitado na sua possibilidade de interpretação, haja vista que, para entender o significado das leis, bastava compreender o conteúdo nelas contido, verificando se aqueles fatos se encaixavam ou não na literalidade da lei.

Enfatizava-se a norma estritamente objetiva, sem a possibilidade de emissão de qualquer interferência do emissor, haja vista que o limite da interpretação seria a própria norma escrita. Isso porque, conforme leciona Marinoni, “[...] motivados pela desconfiança em relação aos juízes e amparados na ideia de respeito à vontade histórica do legislador, os exegetas declaravam que ao Judiciário caberia pronunciar as palavras da lei para dar solução aos casos”.¹⁰⁶

Bobbio acrescenta que, na Escola da Exegese, não se negava o direito natural, mas era irrelevante para o jurista se esse Direito não fosse incorporado à lei, pois o juiz deveria focar tão somente nas leis para conseguir resolver quaisquer controvérsias.¹⁰⁷

Também deve ser ressaltado a concepção meramente estatal do direito; ou seja, as normas jurídicas eram aquelas postas pelo Estado, como se o juiz fosse “a boca da lei”, pois nada estava acima da lei, ficando o Direito integralmente a cargo do Estado. É por isso “que a lei não deve ser aplicada segundo as razões daquele que deve aplicá-la, mas este deve se submeter completamente às razões expressas na própria lei”.¹⁰⁸

Não obstante, para corroborar a pressão social exercida sobre a atividade de aplicação do Direito no Estado francês, ressalta-se o trecho abaixo da obra de Montesquieu:

O poder de julgar não deve ser confiado a um senado permanente, mas exercido por pessoas escolhidas do seio do povo, em certas épocas do ano,

¹⁰⁶ Complementa Marinoni: “A decisão é inteiramente determinada pela lei para que os valores do Estado legislativo sejam observados. A estrita aplicação da lei é o sustentáculo da segurança jurídica. Na verdade, se a interpretação judicial está vinculada à lei, a decisão consegue ser tão estável e segura quanto ela, podendo-se dizer, até mesmo, que a lei é quem decide o caso concreto”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 83-86.

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. Tradução e Notas de Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 86-87.

É Bobbio quem complementa que o nome escola da Exegese se deve em razão da técnica adotada pelos seus primeiros expoentes no estudo e exposição do Código de Napoleão, técnica que consiste em assumir pelo tratamento científico o mesmo sistema de distribuição de matéria seguido pelo legislador e, sem mais, em reduzir tal tratamento a um comentário, artigo por artigo, do próprio Código. *Ibid.*, p. 83.

¹⁰⁸ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. Tradução e Notas de Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 87.

de maneira prescrita pela lei para formar um tribunal que dure senão durante o tempo requerido pela necessidade. Desse modo, o poder de julgar, tão temido entre os homens, não se achando preso a um certo estado e nem a uma certa profissão, torna-se, por assim dizer, indivisível e nulo. Não se tem continuamente o juiz perante os olhos, tem-se a magistratura e não os magistrados [...] Mas, se os tribunais não devem ser fixos, os julgamentos devem sê-lo a um tal ponto, que se pareçam com um texto preciso da lei. Se eles constituíssem uma opinião particular do juiz, viveríamos na sociedade sem conhecer, com precisão, as obrigações que com elas contraímos.¹⁰⁹

Assim, o positivismo, que veio com o fim da Revolução Francesa, tinha como foco a sistematização de técnicas voltadas à interpretação do Código Civil Napoleônico, tendo em vista que, na base desse modelo, estava a crença de que a lei teria resposta para todos os problemas jurídicos que pudessem existir.

O Direito valeria pela adequação a procedimentos formais previstos pelo próprio sistema ou ordenamento jurídico, assumindo um caráter de autorreferência, diferente do jusnaturalismo, que professava uma espécie de heterorreferência, pois seria o próprio Direito que ditava o que seria ou não direito.¹¹⁰

No que toca ao Direito natural, Abboud, Carnio e Oliveira¹¹¹, citando Lenio Streck, o definem como tudo aquilo que, na sociedade e no convívio humano, acontece de acordo com uma ordem de coisas naturais – uma ordem pressuposta, que deveria espelhar a harmonia e a perfeição encontrada na natureza.

Complementam que a natureza deveria ser lida como meio para se definir a realidade e, nesse sentido, a realidade, então, seria a natureza. Natureza, também, poderia ser entendida a partir das seguintes ideias: que remete aos gregos, segundo os quais a ideia de natureza que comanda o conceito de Direito era cosmológica e, por isso, Direito natural cosmológico; já entre os medievais, vê-se que o Direito natural era teleológico, pois remetia a Deus, como ser perfeito, que regulava a natureza.¹¹²

Referidos autores também enfocam que o Direito natural não exclui o Direito positivo, pois submetem esse Direito positivo a uma ordem de justiça historicamente construída e determinada pelo homem.¹¹³

¹⁰⁹ MONTESQUIEU. **Do Espírito das leis**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 75-76.

¹¹⁰ ABBODD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao Direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 81.

¹¹¹ A obra citada é **Dicionário de filosofia política** de Lenio Luiz Streck, Vicente de Paulo Barreto e Alfredo Culleton. Os autores também citam Bobbio, a partir da obra **Locke e o Direito natural**, quando definem natureza para abranger, em uma mesma categoria, todas as coisas que não são produzidas pelo homem; toda a parte do mundo que, aos olhos de quem observa e procura entender a realidade, não depende do fazer humano. Cf. ABBODD; CARNIO; OLIVEIRA, 2020, p. 77.

¹¹² Cf. ABBODD; CARNIO; OLIVEIRA, 2020, p. 78.

¹¹³ Ibid., p. 78.

Ocorre que, com a evolução, o cenário jurídico deixa de ser determinado pela natureza para se tornar, a partir do racionalismo antropocêntrico, determinado pelo sujeito racional. As doutrinas racionalistas deixam de atribuir a fatores ou seres externos a função de assegurarem um sistema completo do Direito, adotando a razão para melhor gerir os assuntos humanos, sem recorrer a alguma justificação de ordem transcendental.

Porém, com o positivismo jurídico – movimento codificador – a doutrina moderna do direito natural tornou-se despreciada pelo fato desse positivismo ser constituído, a partir de uma teoria coerente do fenómeno jurídico, elaborada racionalmente e controlada empiricamente, que o difere do conceito de Direito positivo.¹¹⁴

Frente a essa explanação, pode-se afirmar que o Direito positivo, segundo Abboud, Carnio e Oliveira¹¹⁵ é um conjunto de regras e normas que regem o convívio humano num determinado contexto histórico (temporal), social e territorial (espacial) e é o objeto de estudo do positivismo. Já o positivismo representa os pressupostos de objeto e método para análise do fenómeno jurídico.

Tendo em vista que o objeto seria analisar, descrever e organizar o Direito positivo, produzido pelo convívio humano, o positivismo poderia e pode variar entre a análise dos códigos, tendo um viés mais legalista, ora em torno da norma jurídica (Hans Kelsen - ápice do positivismo descritivo) e ora em torno do conceito de regra (Herbert Hart), ou ainda a análise de decisões emitidas por tribunais.¹¹⁶

No que tange ao método, o positivismo faz uma separação entre a ciência do Direito e as práticas jurídicas efetivadas, para que nenhum elemento ideológico, psicológico ou político influencie o observador na ciência do Direito. Por isso, distingue-se da moral, já que os critérios de validade são determinados pelo próprio Direito, pela observância dos procedimentos formais.¹¹⁷

A partir dessas considerações, é cediço, que além da França, como precursora do positivismo, também está a Alemanha, cuja influência direta foi recebida da Escola Pandectista, cujo objetivo era analisar as disposições legais que organizavam a vida social na Roma antiga de Justiniano.

Merece ser observado que Justiniano, ao assumir o poder no Oriente, nomeou uma comissão de dez membros visando à compilação das constituições imperiais vigentes, cujo

¹¹⁴ ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao Direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, 2020, p. 80.

¹¹⁵ Ibid., p. 80-81.

¹¹⁶ Ibid., 2020, p. 81.

¹¹⁷ Ibid., p. 81.

trabalho ficou conhecido *como Nouus Iustinianus Codex*. Visando deslindar a questão dos *iura* (direito contido nas obras dos juriconsultos), nomeou três de tal comissão, para elaborar um manual destinado aos estudantes, como introdução ao Direito, inserido no Digesto, trabalho esse que ficou conhecido por *Institutiones (Institutas)*. Posteriormente, Justiniano promoveu alterações legislativas, mediante as *Noellae constitutiones* (novelas). O conjunto de tais trabalhos, composto por *Institutas*, Digesto, Código e Novelas foi nominado, pelo francês Dionísio Godofredo, em 1.538, *Corpus Iuris Civilis*.¹¹⁸

Estes Digestos ou Pandectas conduziram a elaboração do Código Civil Alemão em 1.900, que representou a sistematização do Direito Civil de todos os Estados alemães. O contexto histórico da publicação desse código foi fruto de uma decisão política, em razão do qual o primeiro ministro Otto von Bismark liderou e buscou a uniformização do ordenamento jurídico que, até então, era dominado pelo Direito Romano, para agrupar todos os Estados germânicos em um só país, formando a Alemanha, no período do segundo império alemão (segundo *Reich*).¹¹⁹

Nesse período também floresceu a Escola Histórica do Direito, fundada por Gustavo von Hugo, que pregava o reconhecimento dos costumes e do estudo dos fatos jurídicos e sociais na elaboração das leis.¹²⁰ Assim, as leis não seriam fruto tão somente da razão do legislador, mas de razões históricas. Nina Ranieri sintetiza que a abordagem do historicismo acerca da essência do Direito era dada pela história.¹²¹

Bobbio grifa, ainda, outros pontos importantes da Escola Histórica para o Direito¹²²: o primeiro é a individualidade e a variedade do homem, pelo qual não existe um direito único, enfeixado na razão, mas sim um direito produto histórico porque nasce e se desenvolve na história, como todos os fenômenos sociais, sendo, por isso, variável no tempo e no espaço.

O autor também enfoca que o Direito não é fruto de um cálculo racional acerca do que é justo ou injusto, pois o justo e injusto estão gravados no coração dos homens e se exprimem por meio das formas jurídicas primitivas, bem como devem ser conservados os ordenamentos existentes, devendo-se desconfiar-se das inovações que se queiram impor na sociedade, pois estão mascaradas as improvisações nocivas.

¹¹⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. v. 1. 10. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 46-48.

¹¹⁹ CASTILHO, Ricardo. **Filosofia Geral e Jurídica**. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018.

¹²⁰ A obra de Gustavo von Hugo a respeito do método de ensino do Direito Romano tinha a intenção de revisar o racionalismo que não usava a história como forma de apreensão e estudo das normas. Id., 2018, p. 114.

¹²¹ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. 2. ed. Barueri: Manole, 2019, p. 6.

¹²² BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. Tradução e Notas de Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 51-53.

Justamente por essa razão das improvisações nocivas é que a Escola Histórica se opôs à codificação do Direito germânico. Ademais, essa característica da Escola Histórica de apego às tradições históricas fez com que reavaliassem uma forma particular de produção jurídica, que seriam os costumes; que, para Bobbio, são normas que se desenvolvem e se formam por lenta evolução da sociedade.

Outrossim, se destacam na Escola Histórica, Friedrich von Savigny e Anton Friedrich Justus Thibaut como precursores da promulgação do Código Civil Alemão, que se gladiaram no que toca a essa promulgação. Thibaut, em sua obra *Da necessidade de um Direito geral para Alemanha*, creditava que era necessário um Direito Civil Geral para a Alemanha solucionar os inconvenientes políticos e comerciais existentes entre as leis e os costumes dos Estados alemães. Já Savigny, em sua obra *Da vocação de nosso tempo para a legislação e jurisprudência*, declarava-se contra a codificação, pois a história e os costumes do povo seriam as fontes primárias do Direito e se ocorresse a codificação, poderia limitar a “[...] atuação das forças históricas e da consciência coletiva para aprimoramento do ordenamento jurídico”.¹²³

Ranieri complementa que Savigny nomeou as forças internas da sociedade, atreladas aos costumes, às crenças, às opiniões e à própria jurisprudência, de espírito do povo, que governa o desenvolvimento orgânico do Direito na história. Por isso, o Direito Romano seria, para ele, a fonte originária de todo o Direito, na qual caberiam apenas alterações pontuais sem mudanças substanciais.¹²⁴

Apesar desse embate entre Savigny e Thibaut, acabou ocorrendo a codificação do Direito alemão e com isso, a implantação do positivismo jurídico, passando a legislação ser a fonte exclusiva do Direito e o Estado o responsável pela imposição e pelo cumprimento da lei, sem que a religião e a natureza tivessem supremacia sobre as leis impostas pelos governantes.

Ademais, também deve ser ressaltado a Inglaterra como Estado que contribuiu para a formação do positivismo jurídico, com um adendo que não houve codificação, como ocorreu na França e na Alemanha; pois já no século XVIII, Thomas Hobbes¹²⁵ preconizava a

¹²³ CASTILHO, Ricardo. **Filosofia Geral e Jurídica**. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018, p. 113.

¹²⁴ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. 2. ed. Barueri: Manole, 2019, p. 6.

¹²⁵ Castilho explica que Thomas Hobbes afirmava que o homem, em estado de natureza, era naturalmente propenso a abusar da liberdade e a guerrear contra os seus semelhantes e, portanto, sem a necessária intervenção do Estado, o homem seria o lobo do próprio homem. Suas ideias foram consubstanciadas na obra *Leviatã*, na qual o Estado – Leviatã, em metáfora ao monstro bíblico que tinha coração de pedra e era extremamente poderoso – precisava ser absolutista para conter as guerras e a violência. São dois os pressupostos do Estado absolutista: o primeiro está diretamente relacionado à vida humana, pois o homem deve trabalhar em sociedade e para a sociedade, de modo a garantir a continuidade de sua própria vida, e o segundo pressuposto é o convencionalismo, pelo qual o homem adquire o conceito de justiça e cria normas

onipotência do legislador, sendo elaborada, por Jeremy Bentham e Austin (seu pupilo), a maior teoria da codificação já existente, cujas premissas estavam baseadas nos seguintes elementos: “[...] separação entre Direito e moral; definição do Direito como decorrência de mandamentos humanos e sua dependência da autoridade soberana em determinada sociedade.”¹²⁶

Para Thomas Bustamante¹²⁷, o positivismo jurídico somente conseguiu se consolidar com Bentham, “[...] pois para ele as teses ‘das fontes sociais’ e da ‘separabilidade entre o Direito e a moral’ – eram as únicas que poderiam oferecer uma concepção de juridicidade viável e respeitar o seu critério fundamental de racionalidade para um sistema jurídico, que consiste no princípio da utilidade”.

Assim, a partir dessas teses, o positivismo jurídico permitiria alcançar a segurança jurídica e a certeza do Direito, pois separava o conteúdo do Direito das preferências morais dos juízes, implementando continuidade, previsibilidade e estabilidade da ordem jurídica.¹²⁸

Já Austin, apesar de ser pupilo de Bentham, apresentava divergência no que toca ao princípio da utilidade, pois, para ele, o utilitarismo não serviria para criticar as instituições vigentes (*common law*) e para propor reformas políticas como fez Bentham; mas o utilitarismo estaria sim ligado a Deus, pois “[...] o utilizava como uma descrição apologética do próprio *common law* e de práticas políticas”.¹²⁹ A teoria do Direito, para Austin, era despida de qualquer função normativa, sendo analítica e descritiva, de tal sorte que o objeto do positivismo seria o direito estabelecido por superiores políticos aos seus subordinados.

Essa pureza do Direito, como se fosse uma teoria apolítica, foi introjetada por Hans Kelsen em sua *Teoria Pura do Direito*, que poderia ser resumida como uma teoria cujo único

para sobreviver de acordo com ele. Hobbes grifa também que a paz, adquirida de modo racional, é mais facilmente garantida. Por isso, a melhor maneira de se solidificar a paz seria criando pactos, para que durassem por muito tempo. É, por isso, que o Estado Absolutista era a forma mais segura para assegurar os direitos básicos dos cidadãos, ao introjetar as ideias do contratualismo, segundo o qual os direitos individuais deveriam ser realocados nas mãos do Estado soberano, como se ele fosse um Deus. CASTILHO, Ricardo. **Filosofia Geral e Jurídica**. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018, p. 85-87.

Michel Villey ainda complementa que a vontade desse Leviatã, Deus mortal, legislará; “são as ordens do Estado soberano (representante dos cidadãos porque os cidadãos o produziram) que devem ser obedecidas. A lei continua a ser o mandamento de um senhor que escolhemos. Assim, é para Locke, Rousseau e Kant” VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito: Definições e fins do Direito, os meios do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 381.

¹²⁶ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico- político. São Paulo: Método, 2006, p. 71.

¹²⁷ BUSTAMANTE, Thomas. A Breve História do Positivismo Descritivo. O que resta do Positivismo Jurídico depois de H. L. A. Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos-Eletrônica**, v. 20, n. 1, p. 307-327, janeiro a abril de 2015, p. 312. Disponível em: file:///C:/Users/fran_/Downloads/7204-19414-1-SM%20(1).pdf. Acesso em: 25 jan. 2021,

¹²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹²⁹ BUSTAMANTE, Op. Cit., p. 313.

propósito seria a cognição do Direito e não a sua formação, elevando o positivismo descritivo ou metodológico de Austin a patamares radicais.

Para Kelsen, o foco seria identificar o próprio objeto do Direito como ciência jurídica e não desvendar a política do Direito; ou seja, de saber como deve ser o Direito, sob pena de ocorrer um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica: “[...] quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”, que seriam os elementos estranhos.¹³⁰

Ademais, se desinteressa da interpretação do Direito e da fundamentação das decisões judiciais, numa racionalidade prática, já que a razão deve estar cingida à capacidade de conhecer do ser humano, que difere da sua vontade, com a qual ele projeta a ação. Por isso Kelsen não é adepto de teorias que demonstrem métodos de interpretação do Direito, que levam a soluções contraditórias, pois quando se escolhe quais desses métodos será usado, passa-se a ter uma escolha política que não tem relação com a ciência jurídica, que deve ser pura.

Assim, nesse viés positivista, a partir do princípio da pureza, a ciência jurídica deveria ter, como premissa básica, o enfoque normativo, sob pena de se perder em debates estéreis, o que se afastaria do pensamento que deveria ser científico.

Pelo fato de Kelsen tratar a ciência jurídica uma ciência pura de normas, “[...] cada norma vale não porque seja justa ou eficaz à vontade que a institui, mas porque está ligada a normas superiores por laços de validade, numa série finita que culmina numa norma fundamental”.¹³¹

Em síntese, qualquer norma somente seria considerada jurídica e legítima, se fossem respeitadas as prescrições contidas na norma fundamental por ser neutra, pois sempre defendeu a separação do ponto de vista jurídico tanto do moral quanto do político, já que “[...] a ciência do Direito não caberia fazer julgamentos morais, nem avaliações políticas sobre o Direito vigente”, por mais que esse Direito fosse como o Direito Nazista do seu tempo que por mais injusto e imoral que fosse considerado, ainda assim era Direito válido e legítimo, já que seu fundamento de validade estava ligado à norma fundamental.¹³²

¹³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 1.

¹³¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. Prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: Max Limonad, 1995, p. 16.

¹³² Id., 1995, p. 17.

O princípio metodológico fundamental, portanto, seria para Kelsen o conhecimento da norma jurídica, prescindindo de valores relativos à produção ou à aplicação da norma, sob pena de obscurecer o conhecimento da norma. O cientista do Direito, dessa forma, não deve ignorar esses valores porque seriam irrelevantes, mas para não viciar a veracidade de suas afirmações.

No que toca à norma fundamental, Kelsen explica que quando existe um fundamento de validade de uma norma, então, em face dessa norma, ele, o fundamento de validade, é uma norma superior; e esclarece que esse raciocínio precisa ter um fim: o de terminar numa norma que se pressupõe como a última e a mais elevada. “Como norma mais elevada, ela tem de ser pressuposta, visto que não pode ser *posta* por uma autoridade, cuja competência teria de se fundar numa norma ainda mais elevada”. E, assim, a norma pressuposta seria a norma fundamental.¹³³

Continua o autor que essa norma fundamental seria a fonte de validade das demais normas pertencentes a uma mesma ordem normativa: “É a norma fundamental que constitui a unidade de uma pluralidade de normas enquanto representa o fundamento da validade de todas as normas pertencentes a essa ordem normativa”.¹³⁴

Transpondo essas ideias para a Constituição brasileira, que sendo a norma jurídica da qual decorre a validade das demais, ela deve forçosamente pressupor a existência de uma norma fundamental, que imponha a observância da mesma Constituição e das normas por ela fundamentadas. A norma fundamental, portanto, estabelece obediência aos editores da primeira Constituição histórica, que é derivada do A1 5 (Ato Institucional nº 05).¹³⁵ Isso porque todas as normas hoje vigentes, se ligam indiretamente a esse ato de exceção, fonte de validade, pois é cediço que a Constituição de 1988 tem seu fundamento na Emenda de 1967, reeditada em 1969, com base no A1 5. Dessa forma, a “[...] norma fundamental não poderia ser outra, senão a prescrição da obediência ao editor do Ato Institucional nº 05”.¹³⁶

¹³³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 136.

¹³⁴ Id., 1999, p. 136.

Para exemplificar, o que distingue o comando de um assaltante que exige uma quantia em dinheiro do comando de um fiscal está na primeira norma de hierarquia: as fontes da jurisdição e da legitimidade (o fiscal só não é assaltante porque tem competência legal para exigir). A norma fundamental é valorativamente neutra e dela não se pode exigir que seja justa, pois mesmo que essa norma fundamental seja injusta, ela permanece válida e legítima o direito que dela decorre. COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. Prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: Max Limonad, 1995, p. 17.

¹³⁵ Cf. COELHO, 1995, p. 29-31.

¹³⁶ Cf. COELHO, 1995, p. 32.

Para Michel Villey¹³⁷, citando Kelsen, em sua obra *Criação de Direito por graus*, o Direito é uma hierarquia de normas, presidida pela chamada norma fundamental e pelas normas constitucionais. “Da Constituição nasce o poder dos órgãos legislativos e a validade das leis. Das leis, nascem os órgãos do governo e da Administração Pública e os juízes recebem competência para proceder à produção de normas no interior do quadro traçado pelas leis, com a condição de não as contradizer”. E, assim, numa sistemática de graus para outros textos, emanados de instâncias inferiores.

Kelsen ainda complementa, no que toca à natureza do fundamento de validade, com dois tipos diferentes de sistemas de normas: o dinâmico e o estático.

O sistema do tipo estático agrega normas de conduta dos indivíduos que são consideradas como devidas por força de seu conteúdo, que pode ser deduzido do geral para o particular. Como nos exemplos: “não devemos mentir” e “não devemos fraudar”, que derivam de uma norma que prescreve a veracidade. O mesmo ocorre com a norma de amar o próximo, da qual derivam as normas de não fazer mal ao próximo. Assim, como todas as normas desse tipo estão contidas no conteúdo da norma pressuposta, elas podem ser deduzidas do geral para o particular, formando um sistema estático de normas.¹³⁸

No entanto, nesse sistema estático de normas somente validadas pelo seu conteúdo, essas normas precisam derivar de uma norma imediatamente evidente, que, para Kelsen, “[...] seria posta pela vontade de Deus ou de uma outra vontade supra-humana, ou porque foi produzida através do costume e, por essa razão – como acontece com tudo o que é consuetudinário –, é considerada como de per si evidente (natural).”¹³⁹

Portanto a validade de cada norma somente pode advir de uma norma pressuposta, conectada com os comandos da autoridade que a estabelece ou em conformidade com as normas criadas pelos costumes. Esta norma pressuposta apenas pode fornecer o fundamento de validade, formando, nesse sentido, o que seria o sistema dinâmico das normas.¹⁴⁰

Dessa forma, o sistema jurídico é essencialmente dinâmico. E para aclarar, Kelsen cita um exemplo: um pai ordena que seu filho vá para a escola, o filho pergunta o porquê deveria ir à escola e a resposta do pai poderia ser porque ele, o pai, assim ordenou e o filho deve obedecer às ordens do pai. Se o filho continua a perguntar o porquê deveria obedecer às ordens do pai, a resposta poderia ser que é por conta que Deus ordenou a obediência aos pais

¹³⁷ VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito: Definições e fins do Direito, os meios do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2019, p. 387.

¹³⁸ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 137.

¹³⁹ Ibid., p. 137.

¹⁴⁰ Ibid., p. 137.

e, então, deve-se obedecer às ordens de Deus. E se ainda assim, o filho continuar questionando o porquê se deve obedecer às ordens de Deus, colocando em xeque a validade dessa norma, a resposta seria que não se deve buscar o fundamento dessa norma, mas de tão somente pressupô-lo.

Assim, para Kelsen, o conteúdo da norma do filho dever ir à escola não pode ser deduzido diretamente e por meio de uma operação lógica, da norma fundamental: por prestar obediência à Deus; pois, nesse caso, deve ser posta “[...] por um ato do pai e vale – utilizando a formulação corrente – porque foi posta dessa maneira ou, formulando corretamente, porque se pressupõe como válida uma norma fundamental que, em última linha, estatui este modo de fixar as normas”¹⁴¹. Esse é o sistema dinâmico de normas, em que uma norma pertence a um ordenamento que se apoia numa tal norma fundamental porque foi criada pela forma determinada por essa norma fundamental, que apenas fornece o fundamento da sua validade.

Kelsen ainda cita, como outro exemplo, a norma de uma tribo no sentido de que um homem, ao pedir em casamento uma mulher, deveria pagar um dote ao pai da noiva. Se acaso esse homem questionar o porquê de pagar o dote, a resposta seria porque, nesta comunidade, desde sempre, se tem pagado o preço da noiva; quer dizer, por ser evidente essa conduta para os membros da comunidade. Essa é a norma fundamental da ordem normativa que constitui essa comunidade.¹⁴²

Ressalta-se também outro exemplo: imagine-se um cidadão, comparecendo à repartição competente da Prefeitura para buscar alvará para construir. Caso a resposta seja negativa, porque, por exemplo, não houve obediência ao recuo obrigatório, conforme determina o decreto municipal. Se o munícipe indagasse o porquê dessa resposta negativa, poderia obter duas respostas diferentes. A primeira, que o indeferimento seria em razão do conteúdo do texto que fixa as distâncias mínimas de recuo contido no Código de Edificações do Município. E se mesmo assim, o munícipe questionasse a validade dessa norma jurídica, deveria ser apresentado à Lei Orgânica do Município com previsão de elaboração do Código de Edificações, para dispor acerca das posturas edilícias, a serem respeitadas naquele município. E se continuasse indagando acerca da validade da Lei Orgânica, a resposta seria a Constituição Federal, nos seus dispositivos relativos à organização municipal. Nesse primeiro exemplo, as normas são ligadas pelo conteúdo, pois a disposição normativa hierarquicamente superior traz referência à norma inferior, fundando-se indiretamente no despacho denegatório

¹⁴¹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 138.

¹⁴² Ibid., p. 138.

do alvará de construção na própria Constituição Federal. Agora numa outra resposta possível de ser dada ao munícipe, seria lhe mostrar o decreto do Prefeito, atribuindo ao chefe daquela repartição, a competência para indeferir pedidos de licença de construção. Se fosse colocado em xeque a competência do Prefeito para baixar o decreto, ser-lhe-ia mostrada a Lei Orgânica, elaborada pela Câmara dos Vereadores, a atribuir ao Chefe do Executivo poderes para organização dos serviços administrativos. E se, mesmo assim, o munícipe questionasse quem teria outorgado poderes aos vereadores para organização dos serviços administrativos, a resposta seria os constituintes que votaram a Constituição Federal, que vem sendo cumprida. Assim, esse segundo meio de responder a esse munícipe seria o dinâmico por mostrar o fundamento de validade não pelo conteúdo, mas sim pela obediência geral à Constituição Federal, o que aclara as razões do sistema jurídico ser essencialmente dinâmico.¹⁴³

Como se pode concluir, a norma fundamental é a condição de validade de todas as normas, mas não de seu conteúdo. Por isso, para Kelsen, a ordem jurídica positiva é válida, pois estrutura seus enunciados, a partir do princípio da imputação.

No que toca ao princípio da imputação, Carnio¹⁴⁴ afirma que é o princípio ordenador da ordem normativa da conduta dos homens entre si; esclarece que esse princípio se difere do princípio da causalidade pela natureza da consequência; e informa que Kelsen identifica uma crise no princípio da causalidade moderna, pelas ideias de Hume e Kant, que criticavam a constatação de que de uma causa sempre terá um efeito, considerando-se que o que ocorria era uma sucessão regular dos fatos, fazendo com que elementos da causa e efeito, de caráter objetivo, fossem substituídos por um princípio subjetivo do pensamento humano, uma valoração subjetiva.¹⁴⁵

Carnio explica que, até Hume, a causalidade era uma norma, consubstanciada na expressão da vontade divina, pois Deus, o criador do universo, era a autoridade absoluta que determinava também as normas da vida social. Com Hume, observa Kelsen, a causalidade deixa de ser uma expressão da vontade divina, que estava gravada no princípio da retribuição de que a deusa da justiça castigava aqueles que não respeitassem as regras impostas, pois seriam os malfeitores, conforme estava prescrito na natureza.¹⁴⁶

¹⁴³ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 138.

¹⁴⁴ CARNIO, Henrique Garbellini. O pensamento de Hans Kelsen sobre o dualismo causalidade e imputação: uma exploração sobre a lei de causalidade e a ciência moderna. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 102, n. 928, p. 219-238, fev. 2013, p. 224. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/retrieve/107012/RTDoc%20%2016-9-05%20_11%20%28PM%29.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

¹⁴⁵ CARNIO, op. cit., fev. 2013, p. 220.

¹⁴⁶ CARNIO, op. cit., p. 221.

Isso porque a retribuição “[...] se funda sobre a tendência substancializadora do pensamento primitivo, que torna todas as qualidades, condições e forças em substâncias qualitativamente determináveis a serem ponderadas de maneira proporcional [...]”; e se, portanto, a causalidade se originou da retribuição, foi fruto da transformação do princípio da imputação, do qual se sabe que “[...] a conduta não reta é ligada à pena e a conduta reta é ligada ao prêmio”.¹⁴⁷

Assim, observada uma crise na causalidade, com a constatação de que cada causa tem um número infinito de efeitos ou que cada efeito pode ter várias causas, possibilitou-se uma separação entre sociedade e natureza, de modo que a violação dos mandamentos de Deus teria relação com a natureza e não com a sociedade, pois somente o homem em sociedade teria o livre arbítrio, o que não existia na natureza.

Essa dualidade de natureza e a sociedade transpôs, para as ciências naturais e sociais, o que Kelsen elegeu como critério de distinção, enquadrando o direito – que pertence à ciência jurídica, enquanto ciência social – como uma ordem normativa de conduta dos homens entre si, sendo, assim, distinto da ciência da natureza.¹⁴⁸

Continua Kelsen¹⁴⁹ que, enquanto as ciências naturais se expressam pela fórmula se A é, B é; a ciência jurídica, na proposição jurídica, se expressa pela fórmula se A é, B deve ser, mesmo quando B não seja. Essa distinção existe, pois, a proposição jurídica advém da autoridade jurídica; por uma vontade, enquanto que, nas ciências naturais, a causa e efeito não têm relação com qualquer tipo de intervenção nesse sentido.

Enquanto na relação causal o efeito não é a descrição do estabelecido por ato de vontade dos titulares e independe da vontade humana, o consequente nessa relação causal necessariamente segue o antecessor. Por exemplo: se a água a cem graus não evaporar, a afirmação de que o líquido nessas condições se evapora; perde inteiramente a sua veracidade (se A é, então B é).

Já na relação de imputação, o consequente se refere a uma manifestação de vontade e, assim, o fato de a prescrição não se verificar, não torna falsa a proposição de que ela

¹⁴⁷ CARNIO, Henrique Garbellini. O pensamento de Hans Kelsen sobre o dualismo causalidade e imputação: uma exploração sobre a lei de causalidade e a ciência moderna. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 102, n. 928, p. 219-238, fev. 2013, p. 224. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/retrieve/107012/RTDoc%20%2016-9-05%20_11%20%28PM%29.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

¹⁴⁸ CARNIO, op. cit., p. 223.

¹⁴⁹ op. Cit., p. 223.

ocorreria ou poderia ocorrer. Por exemplo: se o devedor não paga a sua obrigação (se A é), então é possível ser movida a execução forçada de seu patrimônio (então B deve ser).¹⁵⁰

Essa expressão “dever ser” consagra o princípio da imputação, pois seria uma ligação de pressuposto e consequência, a partir de três funções normativas: a de um ser prescrito, a de um ser competente e a de um ser permitido para as consequências. Assim, a conexão do ilícito com as consequências do ilícito se opera com o dever ser, o que não tem relação com a capacidade da pessoa em discernir o caráter ilícito do fato.¹⁵¹

Assim, a consequência do ilícito, para Kelsen é imputada ao ilícito, de forma que a consequência não é produzida pelo ilícito como se ele fosse sua causa. Outra diferença entre causalidade e imputação está na infinitude da primeira e na limitação da segunda.

Toda causa é, simultaneamente, efeito de outra causa; e todo efeito acaba por causar novo efeito. Os eventos do mundo pertencem a uma cadeia de sucessões, sendo que cada efeito é causado pelo anterior e tem por efeito o posterior, de tal sorte que estabelecer o ponto de início ou término dessa cadeia não tem sentido racional para a causalidade.

Já na relação de imputação, o antecedente resulta na descrição de um recorte para a realidade, de uma descrição normativa, sendo que a sanção não gera novo pressuposto de imputação, tendo um ponto inicial e final da definição jurídica.

Kelsen explica que essa diferença de infinitude/finitude que ocorre na causalidade e na imputação se baseia na necessidade – prevalente na natureza – e na liberdade – existente na sociedade. Essa liberdade é essencial nas relações normativas dos homens¹⁵² e isso porque a base estrutural da imputação é responsabilizar um homem pela sua conduta, impondo um prêmio ou um castigo.

Considerando-se que o castigo é decorrência do ilícito, essa imputação encontra o seu ponto final na conduta do homem, interpretada como ilícito. E assevera que a imputação e a causalidade não se excluem, pois é a vontade do homem que torna possível a imputação e não o inverso. Não se imputa algo ao homem porque ele é livre, mas sim, o contrário:

Os seres humanos são livres porque se imputa a eles recompensa, penitência ou punição como consequência às suas condutas; isso não porque a conduta humana não seja determinada por leis causais, mas pelo fato inegável que ela

¹⁵⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. Prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: Max Limonad, 1995, p. 57-58.

¹⁵¹ CARNIO, Henrique Garbellini. O pensamento de Hans Kelsen sobre o dualismo causalidade e imputação: uma exploração sobre a lei de causalidade e a ciência moderna. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 102, n. 928, p. 219-238, fev. 2013, p. 223. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/retrieve/107012/RTDoc%20%2016-9-05%202_11%20%28PM%29.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

¹⁵² Cf. CARNIO, fev. 2013, p. 225.

é determinada por leis causais. O homem é livre porque sua conduta é o ponto final da imputação e ela pode ser o ponto final da imputação mesmo se tal conduta for determinada por leis causais.¹⁵³

E é nesse paralelismo de causalidade e imputação que o positivismo descritivo de Kelsen se firma. E que Herbert Hart¹⁵⁴, também como um positivista, complementa a partir das distinções entre regras morais e jurídicas.

De proêmio, Hart afirma que existem normais morais dos tipos individual e coletivo. A moral individual diz respeito ao indivíduo e não é partilhada por um número relevante de pessoas, o que se difere do setor coletivo, no qual as regras de conduta são partilhadas por um grupo social.¹⁵⁵ Quanto às regras jurídicas, para perfilar as diferenças que toca a elas, afirma que há quatro pontos fundamentais.¹⁵⁶

O primeiro ponto é a importância; pois, para ele, uma regra jurídica pode ser considerada, pelas pessoas em geral, como não tendo importância para ser mantida e até, inclusive, ter concordância geral de que deveria ser revogada; porém continua sendo regra jurídica até ser efetivamente revogada. Essa sistemática da importância não é observada na moral, haja vista que não seria concebível manter uma regra moral na sociedade, mesmo que ninguém a considerasse importante ou que valesse a pena ser mantida, já que a moral desaparece na medida da importância que é atribuída à sua observação ou violação.

Acerca da manutenção ou não de uma norma moral, o autor ainda rejeita o aspecto utilitarista das regras morais, já que, em muitos setores da vida em comunidade, elas são mantidas sem trazer nenhum bem à coletividade, como é o caso da moral acerca da sexualidade, já que os desvios são repudiados não porque são prejudiciais, mas por outras fundamentações, como vergonha, pudor e intolerância.¹⁵⁷

O segundo aspecto que referido autor pontua trata-se da imunidade à alteração deliberada, pois as regras jurídicas sempre estão aptas à criação, modificação ou extinção por

¹⁵³ CARNIO, Henrique Garbellini. O pensamento de Hans Kelsen sobre o dualismo causalidade e imputação: uma exploração sobre a lei de causalidade e a ciência moderna. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 102, n. 928, p. 219-238, fev. 2013, p. 226. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/retrieve/107012/RTDoc%20%2016-9-05%202_11%20%28PM%29.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

¹⁵⁴ HART, Hebert. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

¹⁵⁵ Cf. HART, 2001.

¹⁵⁶ Cf. HART, 2001, p. 188-189.

¹⁵⁷ Para Hart, trata da interdição moral da homossexualidade, lecionando que as funções sexuais e os sentimentos a esse respeito são tão tormentosos e desprezados, não por convicção quanto ao seu caráter socialmente prejudicial, mas simplesmente por serem contrários à natureza ou repugnantes. Conclui, nesse sentido, que o fato de que a sociedade possa ver a sua própria moral como não utilitarista não significa que as suas regras estejam imunes às críticas ou à condenação, e que, sua a manutenção seja jugada inútil ou adquirida ao preço de grande sofrimento. Cf. HART, 2001, p. 189.

um ato legislativo convencional, o que não ocorre na moral, pois suas normas não são criadas, modificadas ou extintas por aspecto legislativo, “intencional” ou artificial; porém são alteradas pela evolução da sociedade, que não considera mais aquele(s) ato(s) como imoral(is). Convém esclarecer que não que as regras jurídicas também não possam ser modificadas pelas condutas que evoluem na sociedade; mas as regras morais não podem ser alteradas por atos intencionais.¹⁵⁸

O terceiro aspecto abordado é o caráter voluntário dos delitos morais, já que uma pessoa que, apesar de ter ofendido regras e preceitos morais, consegue provar que o fez sem intenção e não obstante ter tomado todas as precauções que era possível tomar, é beneficiada com uma desculpa no plano moral e a censura moral está excluída, pois a pessoa fez tudo que era possível fazer para evitar a ofensa moral. Ao revés, em relação às normas jurídicas, o sistema jurídico pode impor a responsabilidade objetiva e tornar a responsabilidade, independente do dolo, quanto a certos tipos de delito, “[...] pelos quais aqueles que as tenham violado não intencionalmente e sem ‘culpa’ podem estar sujeitos a castigo”.¹⁵⁹

E, por fim, Hart aborda o quarto aspecto relativo à forma de pressão que as normas exercem sobre o ser humano. Em relação à pressão moral, o homem, segundo a sua consciência, opta para a relevância de seguir as regras morais, reportando-se ao castigo, apenas numa via secundária, que poderá sobrevir ao descumprimento dessas regras: “[...] no pano de fundo surgem de fato as analogias morais internas do medo de castigo, porque se presume que os protestos despertarão em seus destinatários um sentimento de vergonha ou de culpa”¹⁶⁰. Já as condutas jurídicas vinculam-se, de forma imediata, à ameaça de sanção em caso de descumprimento.

E o autor complementa o esclarecimento de sua ideia: se quando alguém estivesse prestes a violar uma regra de conduta forem usadas apenas ameaças de castigos físicos ou de consequências desagradáveis como argumento para o dissuadir, então seria impossível considerar tal regra como parte da moral da sociedade, embora tal não constituísse qualquer objeção que fizesse parte do seu direito.¹⁶¹

Ademais, quando Hart quer confirmar o direito como uma prática social, o distingue, do ponto de vista interno e externo, por um enfoque do observador externo que não aceita as

¹⁵⁸ HART, Hebert. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 192-193.

¹⁵⁹ Ibid., p. 194.

¹⁶⁰ Ibid., p. 195.

¹⁶¹ Ibid., p. 195.

regras de conduta, e do observador interno que as aceita e usa como guias de conduta.¹⁶² Assim, como prática social, os oficiais do Direito atuam do ponto de vista interno, “[...] de uma regra última de reconhecimento que contenha os critérios fundamentais de validade das outras regras que componham o sistema jurídico”.¹⁶³

O reconhecimento de uma regra é, portanto, para Hart o pressuposto de sua validade. No entanto, conforme adverte Bustamante, esse enfoque da norma jurídica do ponto de vista interno coloca em xeque o positivismo descritivo ou metodológico até então dominante na maior parte do século XIX, desde Austin, Kelsen e do próprio Hart. Esse xeque ocorre porque não se pode mais compreender o direito como um observador externo, que descreve comportamentos regulares que são respeitados como meros hábitos, já que para definir o que é injusto não basta o ponto de vista externo, mas sim, no plano de investigação hermenêutica, deve se partir de juízos de valor do interpretador.¹⁶⁴

Foi, a partir de então, que o Direito passou a ser estudado não mais pelos métodos positivistas descritivos, que não conseguem, responder numa argumentação jurídica, quando uma decisão jurídica estaria fundamentalmente correta. E é nesse cenário que Ronald Dworkin consolida sua leitura da hermenêutica jurídica, para a retomada do positivismo jurídico.

1.3 Da (re)construção do positivismo jurídico

A partir das observações de Hart, notadamente na questão do ponto de vista interno, Dworkin¹⁶⁵ expõe que existe diferença entre os fundamentos do Direito e as proposições jurídicas. Explica que os fundamentos do Direito seriam as proposições mais gerais e as proposições jurídicas, que as tornam como verdadeiramente jurídicas, seriam os vários enunciados que as pessoas fazem acerca do que o Direito proíbe, permite ou autoriza.

Assim, os juristas podem divergir acerca dos fundamentos do Direito, se estão cumpridos em um caso particular – divergências que Dworkin denomina desavenças empíricas – e, também, sobre os próprios fundamentos do Direito, isto é, sobre quando as próprias proposições jurídicas são verdadeiras – divergência que denomina de desavenças

¹⁶² BUSTAMANTE, Thomas. A Breve História do Positivismo Descritivo. O que resta do Positivismo Jurídico depois de H. L. A. Hart? *Revista Novos Estudos Jurídicos-Eletrônica*, v. 20, n. 1, p. 307-327, janeiro a abril de 2015, p. 89. Disponível em: file:///C:/Users/fran_/Downloads/7204-19414-1-SM%20(1).pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

¹⁶³ Cf. BUSTAMANTE, janeiro a abril de 2015, p. 103.

¹⁶⁴ Cf. BUSTAMANTE, janeiro a abril de 2015, p. 307-327.

¹⁶⁵ Cf. BUSTAMANTE, janeiro a abril de 2015, p. 307-327.

teóricas. Ele credita que as desavenças teóricas são um problema para o positivista descritivo, que se cinge do significado da palavra direito como sendo um fato social verificável e que, portanto, como desavenças genuínas devem ser vistas as desavenças empíricas e não as semânticas.¹⁶⁶

Para Dworkin, o Direito seria uma prática interpretativa, que deve caminhar para desvendar o propósito do Direito e a sua função à luz dos princípios fundamentais, pois, “[...] nenhuma teoria jurídica é valorativamente neutra e desengajada porque o Direito é uma prática social de natureza argumentativa, a qual só pode ser compreendida da perspectiva do participante.”¹⁶⁷

É por isso que o teórico do Direito somente tem acesso ao contexto em que os conceitos jurídicos são empregados, caso os interprete na perspectiva do aplicador do Direito – a perspectiva interna – numa influência manifesta de argumentos morais e políticos.

Essas ideias de Dworkin para rebater as ideias de Hart foram consubstanciadas em três teses: tese do pedigree, da discricionariedade e da obrigação.¹⁶⁸

Para a tese do pedigree, o Direito de determinada comunidade, para ser distinto de outras regras sociais, deve estar vinculado ao modo como as regras jurídicas foram adotadas e desenvolvidas, ou seja, a origem ou pedigree dessa regra em questão. Esse critério específico permitiria distinguir as regras válidas das inválidas, sem estar relacionado à sua adequação moral.

Referente à tese da discricionariedade, o autor afirma que não havendo uma regra jurídica, pois não preencheu os requisitos previstos na tese supramencionada, os juízes devem exercer sua discricionariedade e ir além do Direito. E, com consequência lógica, não havendo a regra jurídica, não há obrigação jurídica.

Por isso que a tese da obrigação se consubstancia na ideia de estar vinculada à existência de uma regra jurídica. Em razão disso, os juízes aplicariam as regras, desde que se possa extrair delas de forma clara uma obrigação, pois caso contrário, se houver vagueza ou indeterminação, os juízes agiriam discricionariamente.

Ademais, Dworkin também critica o positivismo, pois não concorda que normas jurídicas sejam iguais a regras jurídicas, pelo importante papel exercido pelos princípios no

¹⁶⁶ BUSTAMANTE, Thomas. A Breve História do Positivismo Descritivo. O que resta do Positivismo Jurídico depois de H. L. A. Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos-Eletrônica**, v. 20, n. 1, p. 307-327, janeiro a abril de 2015, p. 90. Disponível em: file:///C:/Users/fran_/Downloads/7204-19414-1-SM%20(1).pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

¹⁶⁷ Ibid., 320.

¹⁶⁸ A obra citada de Dworkin é Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 17-19. NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução Crítica ao Positivismo Jurídico Exclusivo**: A teoria do direito de Joseph Raz. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 38-40.

raciocínio judicial. Para que não fique oculta; essa importância dos princípios, ele cita dois casos julgados pelos tribunais de Nova York e de Nova Jérsei, nos quais foram usados em suas decisões, padrões normativos distintos das regras jurídicas.¹⁶⁹

O primeiro é o caso *Riggs x Palmer*, de 1889, do tribunal de Nova York, no qual um herdeiro, listado no testamento de seu avô, teria direito à sua parte da herança apesar de tê-lo assassinado com o objetivo de receber a herança. O tribunal, fundamentando a sua decisão com base em que todas as leis e contratos poderiam ser controlados por máximas gerais e fundamentos do Direito costumeiro; e em que uma dessas máximas afirmava que ninguém pode lucrar com a sua própria fraude ou tirar vantagens de seus próprios ilícitos, o tribunal decidiu que o herdeiro não teria direito à herança.

E o segundo é o caso *Henningsen x Bloomfield Motors*, de Nova Jérsei, no qual mesmo existindo cláusula de garantia num contrato de compra e venda de automóvel, limitando a responsabilidade do fabricante ao conserto de peças defeituosas, ele deveria ser responsabilizado com base nas mesmas máximas ou padrões usados no caso retro citado de Nova York, também pelas despesas tanto médicas quanto de outros tipos, arcadas pelas pessoas feridas em colisão, automobilística, ocorrida em razão das peças defeituosas.

Com esses dois exemplos, Ronald Dworkin¹⁷⁰ explica que há o uso recorrente de padrões morais na prática jurídica e na criação das normas jurídicas, pois as leis são balizadas pela moral, já que não podem ser injustas, havendo entre elas – lei e moral – uma interconexão. Não obstante, o mesmo autor indaga “[...] até que ponto no estado atual das coisas, nossos direitos e obrigações jurídicas dependem da exigência da moral?” Acaso uma norma imoral pode efetivamente fazer parte do direito?¹⁷¹

Para responder esses questionamentos, ele traça um exemplo de uma história doméstica acerca do desenvolvimento de um código ou prática moral em uma família, composta por dois filhos – a adolescente G e o irmão mais novo B – a partir de um caso hipotético: G, que prometera levar B para assistir a um show muito esperado, cujos ingressos haviam se esgotado, mas que, por sorte, havia conseguido duas entradas, recebeu um telefonema de um colega de sua estima para ir ao show. B protesta e procura o pai da família para forçar G a cumprir com o combinado. Será que B e G, pelo simples fato de serem filhos, têm a obrigação de acatar as ordens do pai? Acaso existem medidas coercitivas que o pai pode

¹⁶⁹ A obra citada de Dworkin é Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 22-23. NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução Crítica ao Positivismo Jurídico Exclusivo: A teoria do direito de Joseph Raz**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 40-41.

¹⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: Justiça e Valor. Tradução de Marcelo Brandao Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 613-614.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 614.

tomar, como ameaças, que possam induzir G a cumprir o que prometeu ao irmão, apesar de ela não querer mais fazê-lo e de não achar que deve fazê-lo?¹⁷²

Dworkin afirma que esse exemplo consegue elucidar o que o é Direito e o que ele deve ser. Ele explica que as razões morais dessa família, baseiam-se em princípios da equidade – os quais ele (autor) chama de princípios estruturadores: princípios de jogo limpo, aviso prévio e justa distribuição de autoridade – e que tais princípios da equidade condicionam a coerção a tal ponto que se o pai impuser a G um critério distinto que já foi aplicado em ocasião anterior, não será tão surpreendente como ocorreria se ele (pai) fosse de gravata num piquenique. Isso porque estão fincadas as raízes morais como precedentes vinculantes dessa família.¹⁷³

Transpondo essa colocação para o que referido autor qualifica como “os enigmas das leis más”¹⁷⁴, deve-se analisar a Lei dos Escravos Fugitivos, aprovada pelo Congresso Norte Americano, pouco antes da Guerra Civil, que estabelecia que os escravos que fugissem para os estados não escravocratas, continuariam sendo escravos, e que as autoridades que os recebessem deveriam devolvê-los a seus donos.

Nesse ínterim, os juízes enfrentavam um dilema moral, pois eles tinham o dever de impor essa lei, mesmo ela sendo considerada uma lei má porque a manutenção da escravidão era injusta, mas, no entanto, era lei e os senhores desses escravos fugitivos tinham o direito ao que haviam demandado. Ou os juízes julgariam que a lei, embora fosse válida, era injusta demais para ser imposta, ou seja, a lei era injusta demais para ser considerada válida.

Assim, não se tratava de uma questão quanto ao modo como a moral figura na identificação do Direito, mas sim de uma questão acima de quando a moral figura nessa identificação, bem como se alguma vez a moral pode exigir que os juízes decidam de modo independente da lei, ou mesmo que a contrariem. Diante desses aspectos, Dworkin¹⁷⁵ afirma que seria enganoso declarar que a Lei dos Escravos Fugitivos não era válida, pois acabaria por nublar o aspecto moralmente importante do caso, qual seja: o aspecto jusfilosófico da lei má.

Frente a essa situação, o mesmo autor afirma que existem direitos, criados pela Constituição de um país, que não são adequadamente aplicados pelos tribunais. É o exemplo de, se a Constituição declarar que o povo tem direito à assistência médica financiada pelo Estado e um tribunal constitucional acreditar que não tem condições de decidir a respeito de

¹⁷² DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: Justiça e Valor. Tradução de Marcelo Brandao Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 625.

¹⁷³ Ibid., p. 626.

¹⁷⁴ Ibid., p. 627.

¹⁷⁵ Ibid., p. 631.

delicadas questões de orçamento e de medicina, que enfrentaria caso tivesse de determinar qual plano de saúde que, exatamente os cidadãos têm direito; negando, com isso, a aplicação desse direito constitucional.

O tribunal prefere julgar que, se o governo não instituir nenhum sistema de saúde, está violando os direitos jurídicos de seus cidadãos; mas, ao mesmo tempo, se recusa a exigir a efetiva implantação de tal sistema. Por outro lado, se o Estado vier a criar um sistema de saúde, os cidadãos têm direito à assistência médica, e os tribunais se pronunciariam acerca daquilo que eles têm direito de receber.

Essa argumentação, segundo Dworkin, é bastante compreensível, pois conclui que nem todos os direitos pautados na Constituição são direitos jurídicos, mas sim políticos, ou seja, não são exigíveis pelos cidadãos particulares. No entanto, como não se adota o modelo bissistemático do Direito, ou seja, em que Direito e moral são distintos, conclui que o Direito deve ser holístico, impondo aos seus operadores, dentro dos limites da interpretação, com o objetivo de que a lei fundamental do país seja compatível com o senso de justiça – “[...] não porque o Direito deva às vezes curvar-se perante a moral, mas porque é exatamente isso que o próprio Direito exige, quando é bem compreendido”.¹⁷⁶

Assim, para elaborar respostas a essas críticas e argumentações de Dworkin, o positivismo teve que se re(construir), surgindo as vertentes contemporâneas do Direito: do positivismo inclusivo e do positivismo exclusivo.

O positivismo exclusivo parte de algumas premissas, dentre as quais a primeira é a separação entre Direito e moral, pois algo somente é juridicamente válido se os fatos sociais possam lhe conceder essa validade, uma vez que o Direito é criado por convenções sociais.

Mesmo que um juiz crie uma nova norma para preencher lacunas, usando a moral para resolver essa antinomia, não há que falar em uma influência da moral no Direito, haja vista que o que existe é uma decisão humana, que criou um fato judicial porque a pessoa que formulou essa decisão possui autoridade para tanto¹⁷⁷: não houve a criação de um Direito porque foi dada uma decisão justa, moral ou adequada.

Nessa situação narrada, o que há de juridicamente relevante, portanto, seria uma norma, criada por uma fonte autorizada, independentemente de seu conteúdo e das intenções

¹⁷⁶ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: Justiça e Valor. Tradução de Marcelo Brandao Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 635.

¹⁷⁷ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. Introdução a uma teoria do Direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 135.

de quem a criou. Essa teoria da validade do Direito de cunho exclusivo é formal, pois rejeita critérios e requisitos materiais.¹⁷⁸

E esse argumento de autoridade, como única fonte de Direito, tem, como seu expoente, Joseph Raz, que identificou três controvérsias principais acerca do positivismo jurídico: a identificação do direito (tese social), seu valor moral e a tese semântica.¹⁷⁹, sendo afirmação semântica que as palavras direito e dever não devem ser usadas com o mesmo significado, em contextos, jurídico e não jurídico; pois dever jurídico não é o mesmo que dever moral.¹⁸⁰

No que toca à tese moral (valor moral do Direito), não existiria uma obrigação moral de obedecer ao Direito, pois o caráter jurídico de uma norma não lhe confere automaticamente legitimidade moral.

Já a tese social – que seria a tese do *pedigree* de Dworkin – é a que Raz enfoca, pois o que é e o que não é Direito trata-se de uma questão social, pois uma teoria do Direito somente pode ser explicada se a identificação do conteúdo do direito e de sua existência depende exclusivamente de fatos do comportamento humano, ou seja, depende exclusivamente de fatos sociais (positivismo jurídico exclusivo – tese social forte).¹⁸¹

Raz entende que para haver um sistema jurídico – para a identificação do Direito – é preciso um certo grau de eficácia e de institucionalidade; sendo que, para a eficácia, é indispensável uma adesão geral ao sistema, para que seja aceito e internalizado pela maioria da população; e, para a institucionalidade, é preciso que o sistema contenha instituições decisórias, que seja legítimo e supremo naquela comunidade, além de agregado a as fontes do Direito com fundamento exclusivamente social.¹⁸²

A explicação é que, para Raz, a tese social forte se contrapõe à tese social fraca, pois essa se satisfaz com testes mínimos de eficácia e institucionalidade, sendo o contrário para a tese social forte, conhecida como tese das fontes, pois precisa da comprovação do fundamento exclusivamente social

¹⁷⁸ Dimitri Dimoulis aclara com um exemplo: necessariamente aquilo que constitui direito válido X em um sistema legal L é verificado por testes que pensam somente a origem ou a fonte de X e ignoram plenamente o conteúdo moral ou de outra natureza de X. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. Introdução a uma teoria do Direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 136.

¹⁷⁹ A obra de Raz é Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, p. 37. NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução Crítica ao Positivismo Jurídico Exclusivo**: A teoria do direito de Joseph Raz. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 80-81.

¹⁸⁰ Cf. NEIVA, 2017, p. 80-81.

¹⁸¹ A obra de Joseph Raz, citada por Neiva, é *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, p. 39-40. NEIVA, op. cit., p. 84.

¹⁸² A obra de Joseph Raz, citada por Neiva, é *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, 1983, p. 46-47. Ibid., p. 86-87.

O nome é tese das fontes porque uma lei terá somente uma fonte se o conteúdo e existência puderem ser determinados sem o uso de argumentos morais independentes, tendo em vista que as opiniões morais de terceiros podem influenciar mediante fatos publicamente acessíveis; ou seja, fontes seriam um amplo conjunto de fatos amplamente variados – fontes interpretativas – que determinam o conteúdo e a existência do Direito, pois, segundo Raz, não haveria problema recorrer às opiniões morais dos redatores da Oitava Emenda da Constituição Americana para determinar o conteúdo do termo *cruel and unusual punishment*, por exemplo.¹⁸³

Ademais, expõe que a tese das fontes se justifica por explicar a concepção de direito e quando trata acerca dessa concepção, enfoca a distinção entre o conhecimento do Direito e o conhecimento dos princípios morais, pois o juiz pode determinar o conteúdo do direito de maneira exata sem que tenha conhecimento profundo da natureza humana e da moral, evidenciando que a determinação do direito, portanto não envolve necessariamente argumentos morais.¹⁸⁴

Na concepção do Direito ainda agrega a questão da aplicação do Direito, que é distinta da sua criação, sua inovação e seu desenvolvimento, porque se faz mister saber quando o juiz aplicou o Direito ou criou um direito novo. Com isso, quer dizer que, quando juízes e tribunais decidem casos, nem sempre estão aplicando o Direito e que as decisões são sempre fruto de esforço para estabelecer o que o Direito já é,¹⁸⁵ havendo vezes em que suas decisões, criam o Direito.

Para essa criação do Direito, deve-se considerar o desenvolvimento de juízes e advogados, a partir do conhecimento técnico-científico. Assim, no caso de lacunas, para Raz, haveria autorização a esses operadores do Direito para usarem os argumentos morais, mas tão somente no desenvolvimento e não na aplicação do Direito.¹⁸⁶

Raz ainda acrescenta nesse raciocínio que, diante de casos “em aberto” para os quais no Direito não existe uma solução pronta e acabada, os juízes criam Direito novo, desenvolvendo e inovando o Direito existente; para tanto o questionamento a ser feito não seria: “o que o Direito é”, mas sim “como devo inovar e desenvolver o Direito nesse caso” e

¹⁸³ A obra de Joseph Raz, citada por Neiva, é *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, 1983, p. 48. NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução Crítica ao Positivismo Jurídico Exclusivo**: A teoria do direito de Joseph Raz. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 86-87.

¹⁸⁴ A obra de Joseph Raz, citada por Neiva, é *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, 1983, p. 39-40. *Ibid.*, p. 97.

¹⁸⁵ A obra de Joseph Raz, citada por Neiva, é *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, 1983, p. 49. *Ibid.*, p. 99.

¹⁸⁶ A obra de Joseph Raz, citada por Neiva, é *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, 1983, p. 49-50. *Ibid.*, p. 100.

nessa ocasião os argumentos morais podem resolver, não para estabelecer o que seria o Direito, já que esse questionamento feito refere-se à aplicação do Direito.¹⁸⁷

Abboud, Carnio e Oliveira ensinam que, para Raz, é diferente raciocinar a respeito do direito e raciocinar de acordo com o Direito, sendo que raciocinar a respeito do Direito seria se aprofundar na tese das fontes, segundo a qual o Direito se resume apenas aos padrões que possuem fonte social, e, por sua vez, raciocinar de acordo com o Direito, é usar a argumentação moral para decidir conforme os poderes delegados dirigidos.¹⁸⁸

Para explicar acerca do poder delegado, Raz inicia abordando acerca do Poder Legislativo, pois se são as leis que outorgam poderes para esse órgão, significa dizer que o órgão que é dotado de poder legislativo tem razão para utilizá-lo, pois a instituição competente é livre para usar como queira esse poder legislativo.¹⁸⁹

Mas, agrega casos existentes em que o poder outorgado está atrelado ao dever do exercício do subordinado, como é o caso do legislador ordinário conferir poder legislativo para a consecução de um fim: o subordinado não apenas pode, como deve criar as regras jurídicas.¹⁹⁰ Esse poder/dever de criação do Direito, Raz o denomina de poder delegado dirigido, que cria direito novo, o qual não existia o ordenamento, pois não existia fonte social. Aqui opera-se o racionar de acordo com o Direito.

É por isso que Raz ratifica o positivismo, pois a tese das fontes reforça a função do Direito de cooperação social por critérios publicamente acessíveis, independente de várias visões morais particulares. Cabe, nesse aspecto, citar o exemplo do Direito Tributário: numa sociedade podem existir concepções de imposto justo, sendo correto, para alguns, pagar o valor de cinco por cento de sua renda e, para outros deveria ser proporcional à renda auferida, pela lógica da capacidade contributiva. Diante dessas e de outras visões possíveis, uma regra de Direito Tributário não pode ficar vinculada a tais opiniões diversas, sendo necessário estabelecer um padrão comum vinculante para todos e que não depende de visões ou justificativas morais.¹⁹¹

¹⁸⁷ A obra de Joseph Raz, citada por Neiva, é *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, 1983, p. 39-40. NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução Crítica ao Positivismo Jurídico Exclusivo**: A teoria do direito de Joseph Raz. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 101.

¹⁸⁸ ABBoud, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao Direito**: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 109-110.

¹⁸⁹ A obra de Joseph Raz, citada por Abboud, Carnio e Oliveira, é *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa, 2001, p. 263. ABBoud; CARNIO; OLIVEIRA, OP. CIT., p. 108.

¹⁹⁰ A obra de Joseph Raz, citada por Abboud, Carnio e Oliveira, é *La ética en el ámbito público*. Barcelona: Gedisa, 2001, p. 263-264. Ibid, 2020, p. 108.

¹⁹¹ A obra de Joseph Raz, citada por Neiva, é *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, p. 52. NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução Crítica ao Positivismo Jurídico Exclusivo**: A teoria do direito de Joseph Raz. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 104-105.

Assim, o argumento de autoridade ganha relevo em Raz, para que o Direito consiga alcançar a sua função de determinar padrões publicamente acessíveis e ser vinculante.¹⁹² Com essa relevância do argumento de autoridade, faz-se mister enfatizar o que seria autoridade de fato e autoridade legítima. Ambas têm um fator comum, que é a crença de que a pessoa em questão tem autoridade legítima. A autoridade de fato é uma autoridade legítima ou melhor dizendo, é vista como legítima, pois sua legitimidade é simplesmente aparente, e a autoridade legítima também será de fato; mas o contrário não existe, pois existem meras autoridades de fato. Ademais, se o sujeito, ao agir, o faz por meio do uso da força ou do poder, sem qualquer ligação à legitimidade, não exerce nem mesmo a autoridade de fato, tratando-se de uma pessoa que apenas está em posição de poder ou controle.

Essas distinções são importantes para se compreender que o Direito nem sempre possui autoridade legítima ou não a possui na extensão que alega possuir; no entanto, é necessário e imprescindível reivindicar a autoridade legítima, sob pena de não se considerar jurídico o sistema que faça parte dos padrões de conduta, mas que não seja legítimo. Por isso, que o Direito necessariamente afirma possuir autoridade legítima.¹⁹³

Com base na compreensão de que somente se exerce autoridade quando os destinatários do comando confiam nessa autoridade ou se sentem por ela intimidados, tem-se que se o destinatário da norma, por exemplo, não cometeu furto – simplesmente por respeitar a norma – e não porque confia nas orientações do legislador ou se sente intimidado pela ameaça de sanção, então, o legislador não exerceu autoridade nesse caso.

Para Raz, as ordens de quem emana autoridade, como é o caso do Direito, são obedecidas independente do juízo de valor que o destinatário faz sobre elas ou mesmo contra a convicção pessoal, individual, facilitando a vida social sem sopesar argumentos a favor ou contra determinada conduta.¹⁹⁴

Raz ainda afirma que os indivíduos possuem razões de primeira e de segunda ordem para agirem. As de primeira ordem são quaisquer razões para que alguém faça algo e as de segunda ordem são razões para alguém agir ou deixar de agir com base em outra razão. Quando o sujeito age conforme uma decisão, possui uma razão para abdicar de agir com fundo nas razões de primeira ordem

¹⁹² A obra de Joseph Raz, citada por Neiva, é *Ethics in the Public Domain*, p. 211-215. NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução Crítica ao Positivismo Jurídico Exclusivo**. A teoria do Direito de Joseph Raz. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 107-108.

¹⁹³ A obra de Joseph Raz, citada por Neiva, é *Ethics in the Public Domain*, p. 217. Cf. NEIVA, p. 104-105.

¹⁹⁴ As obras de Joseph Raz, citadas por Dimoulis, são: 1979, p. 3-27, 40; Raz, 2001, p. 215-220. DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. Introdução a uma teoria do Direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006, p. 139.

Foi dito antes que o positivismo jurídico pode ser exclusivo – acerca do qual apresentamos as principais noções – e inclusivo. Passemos a eles: O positivismo jurídico inclusivo considera os valores morais como essenciais para definir e aplicar o Direito; ou seja, adota critérios de juridicidade de cunho moral. Não que haja uma conexão necessária entre o Direito e a moral, mas existem sistemas jurídicos, nos quais os imperativos morais desempenham um papel crucial na identificação da validade das normas jurídicas e, principalmente, na sua interpretação.¹⁹⁵

A moral é validade legal da própria norma jurídica, uma vez que questões morais e políticas aparecem no momento de decidir, independente de serem validadas por regras sociais. Assim, pretende descrever o que o Direito é. Outra questão a ser apontada é se aquilo que o Direito é gera consequências morais indesejadas, e o que deve ser feito é a adaptação para melhor conviver com essas possíveis consequências.

Um dos pensadores que deve ser ressaltado é Wilfrid Waluchow¹⁹⁶, pois ele faz um aporte entre positivismo inclusivo e exclusivo, alertando que quando se separa o Direito da moral não se pode explicar o fato de que algumas leis são moralmente inaceitáveis, mas juridicamente válidas. Ademais, o positivismo exclusivo não pode eliminar a parcialidade do investigador, no estudo de seu objeto; e, portanto, a afirmação dos exclusivistas no sentido de que o investigador estaria menos suscetível de sucumbir às tendências morais, no momento que fosse estudar o Direito, significa dizer que o argumento da teoria pura ficaria totalmente comprometido, haja vista que o objeto de estudo do Direito é impuro.¹⁹⁷

Outrossim, outro argumento usado por Waluchow é que a moral, para o positivismo inclusivo, é apenas reconhecida institucionalmente, o que significa dizer que se os limites do Direito são postos pelo próprio Direito, que se cria por meio das autoridades – Judiciário e Legislativo – de forma que os critérios morais apenas serão relevantes para definir o conteúdo do Direito, tão somente se o próprio sistema jurídico assim atribuir-lhes tal função.¹⁹⁸

Wilfrid agrega também outro argumento para não rechaçar o positivismo inclusivo quando alega que é exagerado afirmar que a função do Direito de solucionar questões sociais

¹⁹⁵ DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. Introdução a uma teoria do Direito e defesa do pragmatismo jurídico- político. São Paulo: Método, 2006, p. 139.

¹⁹⁶ A obra de Wilfrid J. Waluchow, citada por Abboud, Carnio e Oliveira, é Positivismo jurídico incluyente. Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 17. ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao Direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 87.

¹⁹⁷ A obra de Wilfrid J. Waluchow, citada por Abboud, Carnio e Oliveira, é Positivismo jurídico incluyente. Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 220-221. Ibid., p. 92.

¹⁹⁸ A obra de Wilfrid J. Waluchow, citada por Abboud, Carnio e Oliveira, é Positivismo jurídico incluyente. Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 127-128. Ibid., p. 93.

deve estar invulnerável às influências dos argumentos morais, uma vez que o Direito emprega termos abstratos que comprometem, de alguma maneira, a previsibilidade e garantem a flexibilidade no momento da aplicação da norma.¹⁹⁹

Isso porque até mesmo as regras, identificáveis pela tese das fontes, possuem lacunas, por estarem calcadas em fontes sociais, e acabam por depender de investigações morais. Dito de outra forma: nem sempre a moral compromete a função do Direito de servir de conduta confiável.²⁰⁰

Esses aportes do positivismo inclusivo *versus* exclusivo faz refletir a respeito do quão é importante (re)definir o positivismo jurídico contemporâneo, notadamente pelas condições reais que determinam o Direito, uma vez que debates acerca dos conteúdos morais de conceitos jurídicos ou relativos à reflexão teórica do Direito, notadamente na hermenêutica, são inescapáveis.

Conforme leciona Friedrich Müller²⁰¹, para avançar nesse estudo e compreensão do que seria o Direito, cujos valores associam a juridicidade e o Estado de Direito, e também associam a teoria jurídica e a argumentação jurídica, deve ser perfilhada a teoria estruturante do Direito.

Müller expõe que a sua teoria estruturante do Direito não apresenta apenas uma nova concepção de direito, mas sim um conceito pós-positivista de norma jurídica: “A norma jurídica não se encontra já pronta nos textos legais; nestes encontram-se apenas formas primárias, os textos normativos. A norma só será produzida em cada processo particular de solução jurídica de um caso, em cada decisão judicial”.²⁰²

Por reconectar a teoria com a prática do Direito, Müller propõe que a ciência do Direito faça a aferição da particularidade das normas jurídicas para perscrutar de que maneira atuam os elementos da realidade social dentro dos distintos passos para concretização do direito²⁰³.

Assim, o Direito vigente se consubstancia num conjunto dos textos normativos que apenas no caso e de acordo com regras de método, devem ser desenvolvidos na direção de

¹⁹⁹ A obra de Wilfrid J. Waluchow, citada por Abboud, Carnio e Oliveira, é Positivismo jurídico incluyente. Madrid/ Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 136. ABBoud, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao Direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 95.

²⁰⁰ Ibid., p. 95.

²⁰¹ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2012, p. 10.

²⁰² MÜLLER, op. cit., p. 135.

²⁰³ Cf. MÜLLER, 2012, p. 19.

normas jurídicas sendo que, por sua vez, essas normas jurídicas devem ser desenvolvidas na direção de normas de decisão.²⁰⁴

Verifica-se que, sob a ótica da aludida teoria, a feitura da norma jurídica se direciona à aplicação de um caso concreto, culminada na formulação de uma decisão judicial, que contém, portanto, a norma de decisão.²⁰⁵

Ademais, a partir desse diálogo, franco e aberto, de argumentos políticos e morais com teorias não positivistas, estão os positivistas normativos – Frederick Schauer, Tom Campbell e Jeremy Waldron - que iniciam com um argumento moral em função da concepção de juridicidade.²⁰⁶

Para esses pensadores, notadamente para Waldron, não existe dicotomia entre positivismo *versus* naturalismo, pois eles julgam haver princípios prévios que orientam os juristas por funcionarem como vetores éticos do ordenamento jurídico, já que não podem realizar valorações morais de questões éticas em nome da sociedade, o que é competência do poder legislativo.²⁰⁷

É importante ressaltar que Waldron buscava compatibilizar as suas ideias com os ideais democráticos. O caso, para ele, seria de reconectar o Direito à política, a partir de cinco questões principais, baseadas na estrutura institucional, na composição e no processo decisório dos órgãos legiferantes.²⁰⁸ O ponto de partida é investigar quem seriam os atores principais e como as normas jurídicas são elaboradas. A conclusão seria que todos devem participar das decisões que dão origem às leis, mantendo-se participação equitativa e respeito aos desacordos.

Desse raciocínio acerca do respeito aos processos de participação e eleição, o Direito deveria ser delineado de modo a estabelecer critérios que permitam que as leis possam ser identificadas, não apenas pelas autoridades; mas sobretudo, pelo povo. Assim, quaisquer desacordos que venham a existir, acerca do conteúdo das normas, devem ser resolvidos a partir desses procedimentos pré-estabelecidos por lei e não com base no que se entende por justiça ou moralidade.

²⁰⁴ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2012, p. 103.

²⁰⁵ Ibid., p. 108.

²⁰⁶ BUSTAMANTE, Thomas. A Breve História do Positivismo Descritivo. O que resta do Positivismo Jurídico depois de H. L. A. Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos-Eletrônica**, v. 20, n. 1, p. 307-327, janeiro a abril de 2015, p. 323. Disponível em: file:///C:/Users/fran_/Downloads/7204-19414-1-SM%20(1).pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

²⁰⁷ Cf. BUSTAMANTE, janeiro a abril de 201, p. 325.

²⁰⁸ WALDRON, Jeremy. Can There Be a Democratic Jurisprudence. In: **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 58, 2008-2009, p. 675-712.

As normas, para Waldron, devem favorecer toda a sociedade e não os interesses particulares daqueles responsáveis pela sua elaboração. Portanto, ele adverte que a lei não precisa ter tão-somente conteúdos relativos a bens públicos, mas precisa estar orientada na direção da generalidade, que é a característica marcante do Direito democrático.

Essa teoria busca apreender que a forma da lei interfere no conteúdo e, por consequência, na elaboração, interpretação e aplicação do Direito, sendo mais coerente com as exigências da democracia e do império da lei.

2 DA ACULTURAÇÃO POR ASSIMILAÇÃO

Após a explanação a respeito do positivismo, será abordada a questão dos indígenas no Brasil, notadamente o processo de aculturação por assimilação, que tem, como resultado, a apropriação cultural. Para aprofundar, no próximo capítulo, serão abordados aspectos do novo constitucionalismo latino-americano, a partir de uma perspectiva transconstitucionalista, além de explanação acerca do reducionismo da cultura indígena, notadamente dos seus valores constitucionalmente positivados.

Para tanto, faz-se mister compreender o que é aculturação, aculturação por assimilação e o que se entende por ser índio.

A cultura enquanto existente, não como resquícios das atividades do passado, mas como patrimônio reatualizado no presente por um grupo de seres humanos, constitui padrões de vida das pessoas, que é a herança cultural transmitida socialmente pelo grupo, mas que, na realização desses padrões de cultura herdados, o homem acresce outros não contidos no preexistente.²⁰⁹

Assim, “[...] a cultura é antes reflexo ou produto da organização de cada grupo do que condição primária ou pressuposto de identificação”²¹⁰. É fruto do convívio social, “[...] onde o veículo da sociedade torna possível a integração das invenções do presente à herança cultural”²¹¹.

É por isso que Deleuze, abordando acerca da filosofia de Nietzsche, afirma que cultura significa adestramento e seleção, a partir de dois elementos que a compõem, um relacionado à história, já que aquilo que se obedece “[...] num povo, numa raça ou numa classe é sempre arbitrário, grotesco, estúpido e estreito [...]” e o outro, consequente desse, é a imposição para obedecer à lei que implica no exercício de uma força ativa sobre o homem, com a tarefa de adestrá-lo.²¹²

Ressalva-se que, apesar desses elementos serem interligados, não se confundem, haja vista que, de um lado, está a pressão histórica de um Estado e de uma Igreja e, de outro, a atividade do homem como ser genérico, ou seja, a atividade da espécie humana enquanto se exerce sobre o indivíduo como tal.

²⁰⁹ SICHES, Recásens. **Tratado de Sociologia**. Tradução de João Baptista Coelho Aguiar. Porto Alegre: Editora Globo, 1968, p. 204.

²¹⁰ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 24.

²¹¹ SICHES, op. Cit., 1968, p. 205.

²¹² DELEUZE, Gilles. **Nietzsche e a filosofia**. Tradução Mariana de Toledo Barbosa e Ovídio de Abreu Filho. São Paulo: n-1 edições, 2018, p. 171.

Deleuze explica que os homens têm hábitos e a cultura vem de início adestrar esses homens a obedecerem às leis, para que possam agir sobre suas forças reativas, que lhes ditam seus modelos para agirem, e esses, pela repetição, se tornam seus próprios hábitos. Referindo-se a Nietzsche, as forças reativas que regem o mundo são forças predominantes de conservação e de negação às forças ativas.²¹³

É por isso que, em Zarathustra, Nietzsche afirma “[...] vocês falharam são naturezas falhas [...]”, significando que os discípulos de Zarathustra não se sentiam como falsos homens, mas o próprio objetivo fracassara pelo caráter malsucedido do produto que eram.²¹⁴

²¹³ DELEUZE, Gilles. **Nietzsche e a filosofia**. Tradução Mariana de Toledo Barbosa e Ovídio de Abreu Filho. São Paulo: n-1 edições, 2018, p. 172. Segundo Nietzsche, as pessoas são movidas por forças ativas e reativas, sendo que as forças ativas são as condutas concatenadas com as pulsões de quem age e as forças reativas são respostas às forças ativas, sendo a ação do outro a causa motriz da força reativa: “Pois assim como o povo distingue o corisco do clarão, tomando este como ação, operação de um sujeito de nome corisco, do mesmo modo a moral do povo discrimina entre a força e as expressões da força, como se por trás do forte houvesse um substrato indiferente que fosse livre para expressar ou não a força. Mas não existe um tal substrato; não existe ‘ser’ por trás do fazer, do atuar, do devir; ‘o agente’ é uma ficção acrescentada à ação – a ação é tudo” NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral: Uma Polêmica**. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 33.

²¹⁴ Cf. DELEUZE, 2018, p. 213.

Zarathustra é personagem do filósofo Nietzsche em *Assim Falou Zarathustra*, escrito nos anos de 1883 e 1885; tratando-se de um sábio persa, cujo nome veio do contato que o filósofo teve com a lenda de Zoroastro, profeta persa que viveu entre os séculos XII e VI a.C., para quem o bem e o mal são forças que lutam entre si. E, é a partir desses valores, que Nietzsche escreve o livro, contando no prólogo a história de Zarathustra que quando completa trinta anos, se retira à solidão da montanha e ali permanece por dez anos; num movimento inverso ao de Jesus Cristo, que, por volta dessa mesma idade, inicia a propagação dos ensinamentos cristãos, haja vista que o filósofo critica os valores do cristianismo. Depois desse período, Zarathustra se sente preparado para levar seus valores aos homens da aldeia com o fim de convidá-los a ultrapassarem os valores que tinham e que estavam impregnados de religião, na busca inútil por um sentido para a vida prometida pela moral: assim, os homens da aldeia se transformariam em pessoas “além do homem”. Após o Prólogo do livro, na primeira parte, Nietzsche afirma que há três estágios do desenvolvimento espiritual que levam uma pessoa além do homem: camelo, leão e menino. O homem medíocre tem as características do espírito do camelo: obediência, submissão, humilhação, rebaixamento e aceitação. E para se tornar forte, esse homem precisa passar pela metamorfose da transformação em leão, cujos valores transmudam de “não farás, tu deves” para “eu quero, eu farei”; pois o leão, tendo consciência de suas forças e de suas capacidades, consegue dizer não, por ser combatente. Somente, assim, alcança-se a terceira fase da transformação: do leão (poderio de dizer não) para o menino (poderio da criação), com as características que a distinguem das outras fases anteriores, pois o menino sabe criar, jogar e brincar. No final dessa primeira parte do livro, Zarathustra volta a se retirar para a solidão a fim de dar, aos seus discípulos, as chances de encontrarem seus próprios caminhos e confirmarem os seus valores. A segunda parte do livro traz Zarathustra em contato com os discípulos para a reeducação de si próprio e de cada um deles, destacando o niilismo e a relação com a perspectiva do além do homem. Ressalva-se aqui que, enquanto niilismo significa um termo negativo, sendo negação de todos os princípios sociais, políticos e religiosos, para Nietzsche, o niilismo surge a partir da morte de Deus, em que esse humano fica desprovido de qualquer crença, possibilitando a realização de suas próprias escolhas. Isso resultaria em homens novos, “além do homem”, com vontade de potência – seres ligados às forças ativas. E é nesse raciocínio que o filósofo vai conduzindo o leitor para a terceira parte do livro, com a introdução do eterno retorno: Zarathustra retorna a caverna nas montanhas e, nesse caminho de volta, anuncia aos seus discípulos que eles devem se esforçar para criarem algo além deles mesmo, para que possam vencer o espírito que os puxa para baixo, em direção ao abismo. Nessa parte, o eterno retorno é apenas concebido como o pensamento do ser mais solitário; mas Zarathustra ainda terá que colocá-lo à prova; ou seja, em ação. Isso é o que acontece na quarta parte, na qual o ensinamento de superação se efetiva quando do contato de Zarathustra com os homens superiores (companheiros, anunciadores). Assim, a ideia do além do homem advém do entendimento de que o decadente sucumbe à repetição infinita; ao revés, o forte, aquele que age por forças ativas, encontra nela a confirmação

Deleuze confirma essa crítica ao homem quando afirma “[...] que o homem é dito doença de pele da terra”²¹⁵, remetendo ao exemplo, usado por Hegel, do senhor e do escravo, em que a ação do escravo consiste em negar tudo que é afirmado em primeiro plano pelo senhor. Sua ação consiste em uma reação para negar esse poder. E até mesmo quando os escravos conseguem criar seus valores, tais valores ficam à mercê daqueles impostos pelo senhor, que, em última instância, atribui-lhes a culpa de serem escravos.

Eis a razão da cultura ser atividade que as forças reativas teriam desviado os seus sentidos do indivíduo livre e soberano; pois, no caso do exemplo do escravo, ele sempre será escravo, pois o que o move são, tão somente, as forças reativas de depreciação.

O que Deleuze quer enfatizar com o predomínio das forças reativas na cultura é que elas subtraem as forças ativas do pensamento – separando-as dos ideais da criação de ser um homem livre e soberano – para se tornar a atividade do pensamento reativa, cujo objetivo não passa de um desejo de reconhecimento.²¹⁶

Por sua vez, Heidegger, que também é influenciado por Nietzsche, é um filósofo que trata a respeito do ser, mediante o método hermenêutico, para entender a essência desse ser. Para Heidegger:

[...] elaborar a questão do ser significa [...] tornar transparente um ente - o que questiona – em seu ser. Como modo de ser de um ente, o questionamento dessa questão se acha essencialmente determinado pelo que nela se questiona – pelo ser. Esse ente que cada um de nós somos e que, entre outros, possui em seu ser a possibilidade de questionar, nós os designamos com o termo ser-aí. A colocação explícita e transparente da questão sobre o sentido do ser requer uma explicação prévia e adequada de um ente (ser-aí) no tocante a seu ser.

Como se pode verificar, o filósofo parte da ideia de ser-aí (*Fundamentalanalyse des Daseins*) que se constitui existindo, e, ao existir, o ser define o que é no mundo. O que significa afirmar que, para o filósofo, é tudo aquilo que é acabado, pronto, como os demais entes da natureza. Já o ser é projeto, movimento, possibilidade, essência a ser descoberta por sua existência, pois para Heidegger o ser faz parte do modo de ser do ser humano.²¹⁷

de sua potência criadora e inexorável. NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra**: um livro para todos e para ninguém. Tradução Gabriel Valladão Silva. Porto Alegre: L&PM, 2019.

²¹⁵ DELEUZE, Gilles. **Nietzsche e a filosofia**. Tradução Mariana de Toledo Barbosa e Ovídio de Abreu Filho. São Paulo: n-1 edições, 2018, p. 212.

²¹⁶ Ibid., 2018, p. 216.

Isso porque, referindo-se a Nietzsche em Zaratustra, a ideia é transmutar valores, à medida que se transforma de negação em afirmação, para que se transforme em potência de afirmar. No entanto, ao homem ficam as forças reativas, não alcançando a perspectiva do além do homem.

²¹⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução Fausto Castilho. Campinas/Petrópolis: Unicamp/Vozes, 2012, p. 63.

Heidegger continua descrevendo esse ser quando está conectado às suas ocupações com algo e às tarefas e, inclusive quando não está ocupado; ou seja, quando o ser está no ócio, na omissão, na renúncia, o que se constituiria, para o filósofo, como o ser se esquivando de ocupações.²¹⁸ No seu entendimento, esse contato com o mundo, o qual ele denomina “mundanidade”, repercute negativamente no ser; pois o ocupar-se continuamente com os afazeres, obscurece o caráter constitutivo do ser ou do seu modo existencial.²¹⁹

Ademais, essa repercussão negativa também se observa quando o ser entra em contato com outros seres; já que, ao compartilhar sentidos e significados, o fato do ser já estar absorvido por essas significações fáticas reforça certa tendência de existir orientando-se em contextos mundanos, segundo os comportamentos comuns.²²⁰ Isso significa que esse ser acaba interpretando o mundo segundo o que os outros pensam e age conforme comumente os demais fazem e se expressam costumeiramente. Isso indica que o ser existe sob a tutela dos outros, perdendo de vista a si próprio, o que acaba gerando uma crise, conhecida por Heidegger como angústia.

É essa crise que pode levar o homem a se voltar a si, sem impulsionar-se por um agir “em-virtude-de”, possibilitando-lhe a escolha de outros modos de existir²²¹. É a partir dessa crise que o ser pode ser levado aos sentidos próprios da sua existência de consciência, para a conquista de si próprio: “[...] a voz da consciência revela-se como o chamado do cuidado. Aquele que é requisitado é precisamente esse ser-aí despertado para assumir o seu poder-ser mais próprio”.²²²

O que Heidegger grifa é que o ser-aí em seu ser é cuidadoso; isto é, diante do constante débito/culpa (*schuld*) que o ser-aí tem com o seu ser, este ser precisa se cuidar, pois é quem é enquanto cuida por ser na sua existência.²²³ Ao rearticular a sua própria existência, se reforça como ser-aí.

²¹⁸ HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução Fausto Castilho. Campinas/Petrópolis: Unicamp/Vozes, 2012, p. 177.

²¹⁹ MERTENS, Roberto S. Kahlmeyer. **Dez lições sobre Heidegger**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2015, p. 89, afirma que esse obscurecimento insinua que o ser no mundo não se encontra nivelado com a verdade de sua existência, deixando de se apossar de seu traço mais autêntico que é o poder ser no mundo que existe.

²²⁰ Cf. MERTENS, 2015, p. 91.

²²¹ Cf. HEIDEGGER, 2012, p. 525-526: “A angústia revela o ser-aí para o ser para o poder ser mais próprio, isto é o ser livre para a liberdade do a-si mesmo se-escolher e se possuir”.

²²² Cf. HEIDEGGER, 2012, p. 72-73.

²²³ Cf. MERTENS, 2015, p. 110.

No que toca a palavra alemã *schuld*, que significa tanto dívida quanto culpa, Giacoia ressalta, referindo-se a Nietzsche, que: “principais conceitos, sentimentos e estimativas morais de valor são internalizações e sublimações desses materiais originários do universo jurídico do débito e do crédito. O sentimento (moral) de culpa, incondicionalmente vigente no fôro íntimo, é uma transformação qualitativa do sentimento jurídico, econômico e religioso de ter dívidas, desta vez operante de modo internalizado, uma transfiguração do credor e do devedor jurídicos em instâncias internas da consciência de culpa”. GIACOIA JUNIOR, Oswaldo.

Ressalta-se, nesse sentido, o que o professor Giacoia²²⁴ leciona acerca do pensamento de Heidegger que “Dasen” deveria ser traduzida como ser-o-aí e não como ser-aí, pois revela verdadeiramente a dimensão da compreensão do ser, de sua essência, “[...] para que a análise fenomenológica de sua existência possa trazer à luz os elementos ontológicos determinantes de sua estrutura como ser-o-aí”.²²⁵

Dessa forma, o ser é a interpretação que se tem da realidade de si mesmo e de todas as coisas. E para buscar a realidade, deve-se “tirar o véu que cobre essa realidade” (que no grego refere-se a *alétheia*); ou seja, deve-se alcançar a verdade, por meio da linguagem. Isso porque, para Heidegger, a linguagem é a morada do ser, tendo em vista que é, por meio dela, por meio das palavras, que são as matérias primas do pensar, que se alcança a verdade.

Para isso, a linguagem tem que ser realizada, criativa e poeticamente, já que poesia advém da palavra grega *poiesis*, que significa criação, e não se tratar de uma mera repetição da verdade; o que não deixa de ser um desafio, já que, quando nasce o ser, é “atirado” ao mundo sem ter uma pré-compreensão da realidade até a formação do eu, como ser-o-aí em contato com outros membros.

Assim, Heidegger qualifica a linguagem como a casa do ser e enfatiza o desafio ante as diversas possibilidades de comunicação entre os seres no mundo, pelo fato de serem distintos, com línguas, crenças e valores particularizados e diferentes²²⁶. É notório esse desafio em um dos seus textos, quando se imaginou um diálogo entre um japonês e um ocidental, que seria o próprio Heidegger:

Há algum tempo, com muita timidez, chamei a linguagem de casa do ser. Se, pela linguagem, o homem mora na reivindicação do ser, então nós europeus, pelo visto, moramos numa casa totalmente diferente da oriental [...] Assim a conversa de uma casa para outra torna-se quase impossível²²⁷.

Esse empecilho de comunicação, trazido à tona por Heidegger, pelo acesso do ser a diferentes casas do ser ante o contato com culturas distintas, dirige a uma saída, qual seja, a de ser estabelecida uma visão de respeito para com a multiplicidade de contatos de línguas diferentes e de espaço para a construção da identidade de seres falantes.²²⁸ Isso porque se

Estado, Democracia e Sujeito de direito: para uma crítica da política contemporânea, p. 53. **Revista de Filosofia moderna e contemporânea**. Brasília, volume 2, nº 2, p. 49-61, 2014.

²²⁴ GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. **Heidegger urgente**: Introdução a um novo pensar. São Paulo: Três Estrelas, 2013.

²²⁵ Cf. GIACOIA JUNIOR, 2013, p. 66.

²²⁶ HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2003.

²²⁷ Cf. HEIDEGGER, 2003, p. 74.

²²⁸ TEILLIER, Coronado Fernando; LLANQUINAO, Gabriel; GUTIÉRREZ, Gastón Felipe Salamanca. De qué hablamos, cuando hablamos de Etnolingüística: bases teóricos- metodológicas para um trabajo com el

ocorresse a redução a uma forma de linguagem equivaleria a retirar da mesma a sua essência: de descobrir a história de cada ser e a visão do outro.²²⁹

É claro que essa relação da identidade com as diferentes formas de pensar e de se comunicar vão se construindo com o tempo, a partir da história de vida do ser no mundo; ou seja, a partir da incorporação da cultura transmitida sucessivamente²³⁰. E é nesse ambiente no qual a cultura herdada que a realidade do ser se forma e sofre modificação, tanto por meio da socialização quanto por contatos entre os membros, que formam o ambiente contextual que propicia a aculturação.

2.1 Processo de aculturação por assimilação nas relações de rricção que levam à transfiguração étnica na formação dos povos indígenas no Brasil

O interesse em aculturação no Brasil foi influenciado, na década de 30, pelos trabalhos de Franz Boas, o “pai da antropologia norte-americana”, porque, com o seu culturalismo norte-americano, censurara o evolucionismo pela ligação tradicional que estabelece entre raça e cultura, de uma forma unilinear, e o conceito relativista de cultura, a partir de uma visão holística, baseada no comportamento do ser humano.²³¹

E dessa forma ele criticava a visão iluminista evolucionista que defendia o caminho da civilização como único e universal, numa progressão sem retrocessos, estabelecendo uma

Mapuzungun. In: **RLA: Revista de linguística teórica y aplicada**, n. 54, 2, 2016, p. 137-161. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/pdf/rla/v54n2/art_07.pdf. Acesso em: 13 jun. 2021.

²²⁹ É o que ocorre com os indígenas e os quilombolas, em relação aos quais se faz mister enveredar esforços para preservação de sua linguagem: “Se a linguagem molda a forma como enxergamos, sentimos, pensamos, vivenciamos o mundo, muitos dos problemas enfrentados pelos estudantes indígenas e quilombolas se encontram no fato de que o mundo pensado por eles do ponto de vista cultural e linguístico por si só é um fator que amplifica os obstáculos encontrados em sua permanência na universidade. Ademais, subjaz à política linguística elitista – nem sempre explícita – das universidades a ideologia do déficit linguístico, segundo a qual as línguas autóctones – dos indígenas – são primitivas, cabendo aos indígenas o aprendizado da língua do outro, a língua historicamente hegemônica com todos os seus aparatos ideológicos (escrita, literatura, gramática, ciências, leis), sob pena de permanecerem marginalizados PONSÓ, Letícia Cao. **Letramento Acadêmico Indígena e Quilombola: Uma Política Linguística Afirmativa Voltada À Interculturalidade Crítica**. Disponível em : https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-18132018000301512#:~:text=Se%20a%20linguagem%20molda%20a,amplifica%20os%20obst%C3%A1culos%20encontrados%20em. Acesso em: 17 abr. 2021.

²³⁰ SICHES, Recásens. **Tratado de Sociologia**. Tradução João Baptista Coelho Aguiar. Porto Alegre: Editora Globo, 1968, p. 204.

²³¹ BOAS, Franz. **A formação da antropologia americana**, 1883-1911: Antologia. Organização e introdução George W. Stocking Jr. Tadução Rosaura Maria C. L. Eichenberg. Revisão técnica Marco Antonio T. Gonçalves e Cesar Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto/UFRJ, 2004, p. 36: “[...] eu gostaria de sugerir que algumas das orientações mais fundamentais da moderna antropologia cultural americana decorre da crítica de Boas aos pressupostos evolucionistas; por um lado, a rejeição da ligação tradicional entre raça e cultura numa única sequência hierárquica; por outro, a elaboração do conceito de cultura, como uma estrutura relativista, pluralista, holística, integrada e historicamente condicionada para o estudo da determinação do comportamento humano”.

relação de superioridade entre a civilização universal, reconhecida como a avançada, *versus* a dos indígenas, classificados como bárbaros, por serem mais atrasados; afirmando ser essa uma análise superficial e artificial da diversidade. Cultura, para ele, advém de *kultur*, carregando consigo a ideia de próprio, inerente a cada povo, original. Todos os povos têm a sua cultura, com as suas especificidades.²³²

Boas defendia a diversidade cultural, não se preocupando com paralelismos comparativos – cada grupo tinha sua riqueza cultural; foi adepto ao relativismo cultural pelo qual, a partir da análise dos aspectos essenciais da originalidade de cada povo, se abstraía o fundamental de sua cultura.²³³

Por isso, ele fez estudos de campo, entre os anos de 1883 e 1884, pesquisando a influência do meio físico sobre a vida dos esquimós, pois queria analisar a influência do determinismo geográfico na vida das pessoas dessa civilização, notadamente para a subsistência²³⁴, e, também estudou, entre 1886 a 1889, os indígenas da América do Norte, especialmente os grupos indígenas Kwakiutl, Chinook e os Tsimshian.

Com seus estudos, percebeu que as raízes das diferenças entre as culturas não estavam nas separações raciais (biológicas), nem no determinismo ambiental ou geográfico, nem muito menos na classificação dos grupos humanos entre civilizados *versus* primitivos, mas sim nas necessidades de organização de cada povo, constituída ao longo do tempo na composição da estrutura regulamentar de suas sociedades.²³⁵

Ademais, também criticava o método difusionista, pois seus adeptos acreditavam que “[...] a ocorrência de elementos culturais semelhantes em duas regiões geograficamente distintas seria em razão de ter ocorrido a difusão de elementos culturais entre esses mesmos lugares (por comércio, guerra, viagens, ou quaisquer outros meios)”, sendo que a matriz boasiana defendia o reconhecimento de que cada ser humano é baseado na perspectiva da cultura em que cresceu, a partir de noções e valores enraizados²³⁶.

Assim, como já mencionado alhures, a partir dessas considerações de matriz norte-americana ocorreu a influência da categoria de aculturação no Brasil.

²³² BOAS, Franz. **A formação da antropologia americana**, 1883-1911: Antologia. Organização e introdução George W. Stocking Jr. Tradução Rosaura Maria C. L. Eichenberg. Revisão técnica Marco Antonio T. Gonçalves e Cesar Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto/UFRJ, 2004, p. 31: “[...] as raças, as línguas, as culturas não podiam ser estudadas, nem apreciadas de um ponto de vista eurocêntrico [...]”. Por isso, critica “as rígidas abstrações das raças europeias, das línguas isolantes, aglutinantes e flexionais ou as rígidas abstrações dos estudos evolutivos da selvageria, barbárie e civilização”.

²³³ Ibid., p. 111-114.

²³⁴ Ibid., p. 115.

²³⁵ CASTRO, Celso; BOAS, Franz. **Antropologia cultural**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010, p. 16.

²³⁶ Cf. CASTRO; BOAS, 2010, p. 17-18.

O conceito de aculturação sofre de ambiguidades e confusões, sendo que etimologicamente remete à noção de progressão, a partir de um contato pela primeira vez entre culturas diferentes que, sendo contínuo, acarreta as modificações que vão surgindo nos modelos culturais originais de um ou dos dois grupos²³⁷. Nessa perspectiva, corresponderia ao contato dos primitivos com a cultura europeia-ocidental, a caminhar em direção a ela, reconhecida como “a civilização”, haja vista que, por esse contato, a sociedade primitiva evoluiria, aproximando-se do modelo ocidental. “Aculturação consistiria, assim, na passagem da ‘cultura indígena’ para a ‘cultura ocidental’”.²³⁸

Essa terminologia foi proposta pela primeira vez, em 1880, por Powell, um etnólogo norte-americano, para designar a difusão no tempo e no espaço de culturas diversas em virtude do contato entre as civilizações²³⁹. No entanto, não é mais tratada por esse viés de evolução de um estágio cultural primitivo a outro civilizado, desde 1936.

Isso porque, nesse ano de 1936, nos Estados Unidos, Robert Redfield, Ralph Linton e Melville Herskovits, no famoso *Memorandum* para estudo da aculturação, a definiram como “[...] um conjunto de fenômenos que resultam de um contato contínuo e direto entre grupos de indivíduos pertencentes a diversas culturas com as modificações subsequentes nos modelos culturais de um ou de ambos os grupos”.²⁴⁰

Aculturação é reconhecida, portanto, a partir desse viés, como um processo global e dinâmico de violência e dominação, a partir de dois elementos complementares: “heterogeneidade das culturas que entram em contato e dominação de uma cultura sobre a outra, sendo um fenômeno de interação conflitual entre duas culturas”²⁴¹. Daí o enfoque de violência e dominação que subverte as crenças tradicionais da comunidade sob modelo da sociedade ocidental.

Dessa forma, aculturação não é equivalente à mudança cultural; pois, quando ocorre a adoção de certas características culturais, nem sempre implicará na mudança ou abandono da matriz cultural original.

²³⁷ ARNAUD, André-Jean *et al.* **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 08.

²³⁸ *Ibid.*, p. 09.

²³⁹ *Ibid.*, p. 09.

²⁴⁰ Trecho original: “Acculturation comprehends those phenomena which result when groups of individuals having different cultures come into continuous first-hand contact, with subsequent changes in the original cultural patterns of either or both groups”. REDFIELD, Robert; LINTON, Ralph; HERSKOVITS, Melville J. *Memorandum for the Study of Acculturation*. **American Anthropologist**, v. 38, p. 149-152, january-March 1936, p. 149. <https://doi.org/10.1525/aa.1936.38.1.02a00330>. Disponível em: <https://anthrosource.onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1525/aa.1936.38.1.02a00330>. Acesso em: 15 set. 2021

²⁴¹ Cf. ARNAUD, 1999, p. 09.

Aculturação também deve ser distinta de assimilação, haja vista que não necessariamente implicaria na assimilação espontânea de um grupo por outro. Isso porque o processo de assimilação consiste nas mudanças que se realizam nas atitudes, valorizações, crenças e nos modos de vida de um indivíduo por efeito da convivência com um grupo de pessoas pertencentes a um ciclo social diferente daquele no qual se formou e que modelou anteriormente a personalidade desse indivíduo.

Quando ocorre esse contato, “[...] o ser humano se amíúde à sua própria personalidade muitas características daqueles com quem conviveu e em múltiplas relações nesse novo contorno cultural”²⁴². Assim, pois, a assimilação é um processo de interpenetração de modos de vida de pessoas ou grupos, que adquirem de maneira espontânea, sentimentos, modos de conduta e atitudes de outras pessoas ou grupos, incorporando-se, dessa maneira, a uma vida cultural comum.

Nesse sentido, Siches²⁴³ ressalta que o que favorece a assimilação é a atitude, haja vista que se o indivíduo simpatiza com os modos de vida do outro ou de um grupo diferente do seu de origem, consegue fazer a assimilação com mais facilidade e rapidez, com a ressalva que os indivíduos que ficam assimilados podem conservar alguns traços de sua herança cultural originária, sem afetar ou rebaixar a assimilação já alcançada.

E a aculturação também não se confunde com difusão cultural, que é adoção de padrões de conduta e comportamentos de outra sociedade, qual seja, a disseminação de traços culturais de um grupo para o outro; adoção que, embora ocorra em todos os casos de aculturação, constitui apenas um dos aspectos desse processo maior e mais complexo que ela é; uma vez que a difusão de traços e características culturais podem ocorrer pelo contato e imitação, que fazem com que pessoas de um círculo cultural adotem modos de vida das pessoas de outro círculo.²⁴⁴

Doravante, aculturação é enfocada como o contato de duas culturas que agem e reagem, em que a cultura de base integra elementos novos, num contexto de conflito intercultural, sem que isso possa acarretar a perda dos seus caracteres originais.²⁴⁵ Por não se

²⁴² SICHES, Recásens. **Tratado de Sociologia**. Tradução João Baptista Coelho Aguiar. Porto Alegre: Editora Globo, 1968, p. 466.

²⁴³ Ibid., p. 468-469.

²⁴⁴ BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade**. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 46. Siches complementa que pessoas de uma cultura visitam sociedades com culturas diferentes e quando regressam a sua própria coletividade, relatam o que viram e o que mereceu a sua admiração, colocam-no individualmente em prática e encontram imitadores em seus próprios grupos. Desses contatos nascem imitações ou combinações de diversos povos. Cf. SICHES, 1968, p. 504.

²⁴⁵ ARNAUD, André-Jean *et al.* **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 09.

tratar, pura e simplesmente, de uma conversão em outra cultura, a “[...] transformação da cultura inicial se efetua por seleção de elementos culturais emprestados e esta seleção se faz por si mesma segundo a tendência profunda da cultura que recebe [...]”²⁴⁶, não provocando, necessariamente, nem o desaparecimento da cultura que recebe, nem a modificação de sua lógica interna, que pode permanecer inalterada.

E nas sociedades que são plurais – como é o caso da ocidental com a primitiva – tendo em vista a diversidade no aspecto econômico, político e histórico, maiores são as dificuldades desse contato, que ocorrem com outra sociedade²⁴⁷. Isso porque, em razão da distância cultural entre os grupos, torna-se mais difícil para eles se adaptarem pela dessemelhança entre as culturas, transformando essa adaptação em conflituosa²⁴⁸. É por isso que a aculturação analisa as trocas culturais resultantes do contato entre dois povos, não se restringindo a apenas um dos lados ou estabelecendo interferências acerca do sentido geral dessa mudança.

Já no campo jurídico, Alliot Michel a define em três frentes: aculturação por submissão, por assimilação e por reinterpretação²⁴⁹, afirmando que a assimilação jurídica resulta não somente da substituição de um sistema para outro, mas da alteração do nível de consciência jurídica – que domina como fenômeno da psicologia social – uma vez que é pelas modificações dos homens que ocorrem as modificações das instituições jurídicas.

De forma concisa, é a partir do encontro entre culturas diversas que a aculturação por submissão se consubstancia, pois a cultura dominante aniquila, quer dizer, faz sucumbir a outra cultura; que a aculturação por assimilação se verifica quando ocorre a correspondência de um processo em que um grupo se incorpora em outro e acaba por perder a peculiaridade cultural e a sua identificação étnica anterior; e que a aculturação por reinterpretação corresponde a modificação recíproca, produzindo novos sentidos.²⁵⁰

Adverte Carnio que essa forma de divisão da aculturação em três é tão somente didática, já que do encontro entre culturas sempre acaba ocorrendo a aculturação dos dois lados, apesar desta ocorrência ser assimétrica, já que uma cultura tende a se transformar mais

²⁴⁶ BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade**. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 102.

²⁴⁷ BERRY, John W. Contexts of acculturation. In: BERRY, John W.; SAM, David L. **The Cambridge Handbook of Acculturation Psychology**. 2. ed. Cambridge University Press, p. 27-42, 2016, p. 31. doi.org/10.1017/CBO9781316219218. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/cambridge-handbook-of-acculturation-psychology/BC73427826525962C01C7D00ECFEA362>. Acesso em: 12 jun. 2021

²⁴⁸ Cf. BERRY, 2016, p. 38.

²⁴⁹ ARNAUD, André-Jean *et al.* **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 09. Obra de destaque: MICHEL Alliot. “L acculturation juridique”, In **Ethnologie Générale, Encyclopédie de la Pléiade**, Paris: Gallimard, p. 1180-1246, 1968.

²⁵⁰ CARNIO, Henrique Garbellini, **Direito e Antropologia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 102.

que a outra.²⁵¹ Por ser ligado à política cultural, Carnio adverte que a apropriação cultural é envolvida na assimilação e na exploração das culturas colonizadas e marginalizadas, das culturas subordinadas e sobreviventes pela cultura dominante.²⁵²

E Arnaud argumenta que essa assimetria, advertida por Carneio, pela qual uma cultura transforma-se mais do que a outra, leva os operadores do direito à reflexão quanto à dominação de uma cultura por outra, pois “[...] estudar a imagem jurídica de outrem pode informar sobre a imagem jurídica de si mesmo”.²⁵³ E é a apropriação cultural decorrente que será analisada.

Na situação colonial, a morfologia da aculturação no Brasil ocorreu por intermédio da apropriação cultural.

Na América do Sul, ao que se registra, a primeira vez que a aculturação foi empregada num sentido etnológico foi em 1904, quando da ocorrência do 14º Congresso Internacional de Americanistas em Stuttgart, onde Paul Ehrenreich distinguiu “[...] determinadas províncias geográficas, com tribos diversas, mas aculturadas umas às outras [...]” e que, pelo contato entre si, permutaram elementos de cultura material, espiritual, tradições e elementos místicos.²⁵⁴

Referido estudioso alemão deixou uma contribuição significativa quando analisou as tribos do Alto do Xingu no Brasil, notadamente no que se refere à aculturação recíproca, referente ao contato de interação entre as tribos²⁵⁵. Isso porque, quando Paul Ehrenreich chegou na região, o sistema intercomunitário-intertribal já estava consolidado, ou seja, grupos

²⁵¹ CARNIO, Henrique Garbellini, **Direito e Antropologia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 102.

²⁵² Ibid., p. 103.

²⁵³ O autor ressalta: “[...] onde o modelo jurídico ocidental esse projeto de sociedade, esse querer social específico pode corresponder em outro local ao querer de uma minoria desculturada e dependente, mas também ao sofrer de uma maioria aculturada e maciçamente marginalizada no próprio interior do seu espaço cultural”. ARNAUD, André-Jean *et al.* **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 10.

²⁵⁴ SCHADEN, Egon. Os Estudos de Aculturação na Etnologia Brasileira (Capítulo 1, Primeira Parte: Introdução Histórica). In: **Revista de Antropologia**, São Paulo, v. 13, n. 1-2, p. 11-64, 1965. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ra/article/view/131718/127960>. Acesso em: 07 fev. 2021. Obra referida: EHRENREICH, Paul. **Anthropologische Studien über die Urbewohner Brasiliens vornehmlich der staaten Matto Grosso, Goyaz uns Amazonas (Purus-Gebiet): nach eigenen aufnahmen und beobachtungen in den jahren 1887 bis 1889**. Berlin: Braunschweig, 1897.

²⁵⁵ Isso porque foram “[...] as duas expedições do etnólogo alemão Karl von den Steinen, em 1884 e 1887, que deram aos não-indígenas o conhecimento da existência dos povos do Alto Xingu. [...] Steinen é lembrado nas narrativas Kuikuro como Kalusi, o primeiro não-indígena (kagaiha) que “veio em paz”, trazendo presentes e bens para trocar. Por meio de seus registros, sabe-se que no final do século XIX viviam mais de três mil índios em 31 aldeias no Alto Xingu. Após Von den Steinen sucederam-se visitantes à região, como Hermann Meyer (1897, 1898, 1900), Henri Coudreau (1895), Hintermann (1925), Petrillo (1932) e Max Schmidt (1942). Tais expedições estimularam a procura por instrumentos de metal, como facas, tesouras e machados, e a disseminação de doenças contagiosas entre os xinguanos”. XINGU+. Rede Formada pelas aldeias e comunidades que fazem parte do Corredor Xingu, patrimônio cultural, linguístico e ecológico. **Linha do Tempo. 1876 a 1930**. Disponível em: <https://xingumais.org.br/historia/1876-1930-ciclo-borracha-expedicoes-cientificas?id=497#hist0>. Acesso em: 17 abr. 2021.

de diferentes famílias linguísticas (aruak, caribe, tupi e trumai), estabeleciam comunicação recíproca, por meio de casamentos, rituais e trocas materiais, permanecendo com a autonomia política de seus respectivos grupos locais, o que era um cenário divergente dos demais na região amazônica.²⁵⁶

Assim, das pesquisas dessa região, pelo etnólogo, reservam-se a algumas lições. A primeira é que a cultura deles foi recriada e reconstruída a partir do contato e da articulação entre os povos indígenas; a região do Alto do Xingu está inserida numa região de terra firme, longe das matas de várzea, consistente num sedentarismo a partir da horticultura, da mandioca, da pesca e dos abundantes recursos aquáticos na região, o que levou à existência de uma população numerosa nos séculos XV e XVI.²⁵⁷

Além disso, utilizavam uma ideologia hierárquica, baseada no pertencimento à herança genética: aqueles que descendiam dos chefes podiam almejar posições de destaque político, com a ressalva do que esse sistema hierárquico não era o único, pois a característica marcante era a autonomia política pela ausência de assimetria interna – integração vertical entre as comunidades locais. É por isso que hierarquia, regionalidade, sedentarismo e acomodação interétnica faziam parte desses povos do Alto do Xingu.²⁵⁸

Ato contínuo, Max Schmidt²⁵⁹ estudou esse processo de contato indo além para observar os efeitos da civilização do ocidente sobre os indígenas. Por isso, discute em sua obra as alterações ocorridas na economia pela introdução de elementos novos, tais como o machado de ferro e as formas novas de pensar, usando as manifestações da arte gráfica como argumento para ratificar o alegado.

Avançando nos estudos, deve-se enfocar os etnólogos Eduardo Galvão e Mário Ferreira Simões e sua análise acerca do devassamento na região do Xingu, em decorrência de epidemias, mortalidade infantil, ataques de tribos inimigas e rapto de mulheres e crianças; bem como dos elementos culturais pelo contato com a civilização do ocidente – utensílios de ferro, miçangas de vidro, armas de fogo e certas plantas de cultivo –, que foram difundidos

²⁵⁶ SZTUTMAN, Renato. Do local ao regional e vice-versa: imagens do Alto Xingu, p. 157-163. In: FRANCHETTO, Bruna; HECKENBERGER, Michael (org.). **Os povos do Alto Xingu: história e cultura**. Rio de Janeiro, Editora da UFRJ, 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/kVdW3tKz5MZyQ3VrYCM7xgy/?lang=pt>. Acesso em: 17 abr. 2021.

²⁵⁷ FAUSTO, Carlos. **Os índios antes do Brasil**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 58.

²⁵⁸ Cf. FAUSTO, 2010, p. 59.

²⁵⁹ SCHADEN, Egon. Os Estudos de Aculturação na Etnologia Brasileira (Capítulo 1, Primeira Parte: Introdução Histórica). In: **Revista de Antropologia**, São Paulo, v. 13, n. 1-2, p. 11-64, 1965. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ra/article/view/131718/127960>. Acesso em: 07 fev. 2021. A obra referida: M. Schmidt, 1905, cap. XIII, Penetração da cultura europeia na região das nascentes do Xingu, p. 318-329.

com a ressalva de que não houve perdas significativas dos elementos próprios culturais dessas tribos tendo em vista a coesão inerente a elas.²⁶⁰

Em 1937, foi a vez do etnólogo Herbert Baldus²⁶¹, influenciado pelo conceito restrito de aculturação do Memorando de Herskovits, Linton e Redfield, estudar a respeito das tribos Kaingáng, Borôro, Terêna, Karajá e os Taipirapé – que tiveram muito contato com a civilização ocidental – acerca dos vetores que modificavam a cultura. Elencou as forças internas que constroem a cultura, denominadas de indivíduos condutores, e as forças de fora a civilização europeia; bem como as necessidades, cujas causas de mudanças podiam ser a finalização do estado de guerra, a introdução dos instrumentos de ferro e a expulsão do território hereditário para outro, dentre outras.

Continua referido etnólogo que os indivíduos condutores podiam ser as pessoas de destaque da própria tribo, que eram dispostas a aceitar as aquisições culturais estranhas, bem como os representantes do mundo civilizado.²⁶² Ademais, como resultado desse contato com as tribos estudadas, Baldus distingue a mudança parcial de cultura da mudança total. Chama de mudança parcial quando ocorre assimilação mútua tanto da cultura existente ao novo quanto vice-versa, mantendo o sistema cultural no tempo e no espaço; ao contrário do que se observa na mudança total de cultura, quando há o acolhimento unilateral do sistema novo, com a destruição do antigo.²⁶³

Ressalva que não se trata de fases sucessivas da aculturação, pois era, a partir do resultado desse contato, no caso, com a civilização europeia, que se poderia aferir se houve mudança total ou parcial; apesar de enfatizar que as tribos referidas perderiam completamente a sua cultura, se a relação com os brancos fosse permanente, usando como paradigma o que havia ocorrido na história com outras tribos.²⁶⁴

Complementa Taylor que fazer o reconhecimento do outro é o mesmo que interpretar uma pessoa com suas características definidoras fundamentais como ser humano. E que a

²⁶⁰ SCHADEN, Egon. Os Estudos de Aculturação na Etnologia Brasileira (Capítulo 1, Primeira Parte: Introdução Histórica). In: **Revista de Antropologia**, São Paulo, v. 13, n. 1-2, p. 11-64, 1965. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ra/article/view/131718/127960>. Acesso em: 07 fev. 2021. Obra referida: Eduardo Galvão e Mário F. Simões. 1965. Notícia sobre os Índios Txikão - Alto Xingu. Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi, Série Antropologia 24. 1-23.

²⁶¹ Cf. SCHADEN, 1965, p. 18-19. Obra citada de Herbert Baldus: Ensaio da Etnologia Brasileira, 1937, p. 310-312.

²⁶² Cf. SCHADEN, 1965, p. 18-19. Obra citada de Herbert Baldus: Ensaio da Etnologia Brasileira, 1937, p. 310-312.

²⁶³ Cf. SCHADEN, 1965, p. 18-19. Obra citada de Herbert Baldus: Ensaio da Etnologia Brasileira, 1937, p. 276-277.

²⁶⁴ Cf. SCHADEN, 1965, p. 18-19. Obra citada de Herbert Baldus: Ensaio da Etnologia Brasileira, 1937, p. 315-316. Nas palavras de Baldus: “[...] o ritmo da desintegração, acelerado pelos contatos cada vez mais intensos, é quase sempre muito mais rápido do que o poderia ser o resultado de medidas efetivas e eficientes em sentido contrário”.

identidade do ser humano se molda, em parte pelo reconhecimento ou pela falta desse e, muitas vezes, também pela falta de reconhecimento dos outros. Por isso, um indivíduo ou um grupo de pessoas pode sofrer um verdadeiro dano ou uma deformação real, se outro humano ou a sociedade que o rodeia lhe mostrar, como reflexo, um quadro limitativo, degradante ou depreciável de si mesmo. Assim, é como uma forma de opressão que subjuga o outro em um modo de ser falso, deformado e reduzido.²⁶⁵

Ainda enfatizando as reações pelo contato com a cultura ocidental, Franz Caspar, etnólogo suíço, descreveu em 1952 e 1957, quando esteve no Brasil, que as tribos Tuparí do Guaporé (Território de Rondônia), afirmando que, antes do contato com o mundo civilizado, totalizavam 3000 (três mil) indivíduos; mas, no entanto, alguns seringueiros se estabeleceram na região, e ocasionaram as primeiras epidemias nos referidos indígenas, sendo que em 1934, já perfaziam 250 indivíduos e, em 1954 somente algumas dezenas, em razão do enfrentamento da epidemia de sarampo.²⁶⁶ A situação passou a se agravar com a Segunda Guerra Mundial, quando os índios restantes da tribo Tuparí abandonaram as suas malocas para trabalharem nos seringais, vivendo em barracões, numa situação de promiscuidade com brancos e mestiços.²⁶⁷

Ademais, do mesmo ano de 1952, deve-se destacar os estudos do etnólogo James Watson a respeito das tribos Kayová, subtribo Guaraní do sul de Mato Grosso, enfocando os fatores causais implícitos de mudança quando em contato com os brancos, sem delimitar, no entanto, o processo de aceitação e a apresentação seletiva de elementos culturais estranhos.²⁶⁸ Para isso, Watson escolheu um método que analisou causas e efeitos desse processo aculturativo e identificou, como ponto de referência, as mudanças ocorridas no conceito dos

²⁶⁵ TAYLOR, Charles. **El multiculturalismo y “La política del reconocimiento”**. 2 ed. México: FCE, 2009. Tradução livre a partir do trecho original: “En estos últimos casos, la exigencia de reconocimiento se vuelve apremiante debido a los supuestos nexos entre el reconocimiento y la identidad, donde ésta designa algo equivalente a la interpretación que hace una persona de quién es y de sus características definitorias fundamentales como ser humano. La tesis es que nuestra identidad se moldea en parte por el reconocimiento o por la falta de éste; a menudo, también, por el falso reconocimiento de otros, y así, un individuo o un grupo de personas puede sufrir un verdadero daño, una auténtica deformación si la gente o la sociedad que lo rodean le muestran, como reflejo, un cuadro limitativo, o degradante o despreciable de sí mismo. El falso reconocimiento o la falta de reconocimiento pueden causar daño, pueden ser una forma de opresión que subyugue a alguien en un modo de ser falso, deformado y reducido”.

²⁶⁶ SCHADEN, Egon. Os Estudos de Aculturação na Etnologia Brasileira (Capítulo 1, Primeira Parte: Introdução Histórica). In: **Revista de Antropologia**, São Paulo, v. 13, n. 1-2, p. 11-64, 1965, p. 18-19. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ra/article/view/131718/127960>. Acesso em: 07 fev. 2021. Cf. SCHADEN, 1965, p. 18-19.

²⁶⁷ Cf. SCHADEN, 1965, p. 18-19. Obra em destaque: WATSON, J.B. Cayuá culture change: a study in acculturation and methodology. In: *American anthropologist*. Menasha, 1952. v. 2

²⁶⁸ Cf. SCHADEN, 1965, p. 18-19. Obra em destaque: WATSON, J.B. Cayuá culture change: a study in acculturation and methodology. In: *American anthropologist*. Menasha, 1952. v. 2.

bens, pela relação com o aspecto econômico, pois resultava em novo conceito de valores na economia local da tribo.²⁶⁹

Percebeu que, apesar das epidemias, como a tuberculose, o alcoolismo e certos comportamentos econômicos incompatíveis com a interação ou reciprocidade com os brancos, os Kayoyá, em seus entrosamentos com a economia regional, conseguiram não afetar, de modo muito significativo, as linhas fundamentais de seus sistemas de orientação.

Explica que pelo enraizamento cultural no passado e pelo alto grau de coesão dos grupos locais, não foi afetado, de modo muito sensível, a vida religiosa e, por conseguinte, as linhas fundamentais de seu sistema de orientação²⁷⁰.

Ato contínuo, Darcy Ribeiro inovou seus estudos acerca desse processo de incorporação dos grupos indígenas à sociedade brasileira, pois não focou na miscigenação ou na aculturação das populações indígenas, mas sim na transfiguração étnica²⁷¹, afirmando que as diversas tribos que entram em contato com agentes da civilização “[...] enfrentam um movimento exógeno de expansão étnica, que se lhe apresenta como situação nova e inevitável”²⁷². Uma vez estabelecido o contato, essa relação tende a se intensificar, o que leva os indígenas a terem que solucionar continuamente os problemas decorrentes em razão das transfigurações sucessivas do seu modo de fazer e viver, haja vista que nenhuma oportunidade lhe é dada para preservarem sua cultura e seu modo original de ser e de viver.

Nas palavras de Ribeiro: “[...] os desafios cruciais com o que se defrontam são os de resguardar sua sobrevivência como contingentes humanos seriamente ameaçados de extermínio, o de resguardar na medida do possível sua identidade e autonomia étnica [...]”²⁷³, sob pena de serem subjugados por esses agentes da sociedade nacional, de transfigurarem a cultura de cada tribo, bem como o aspecto biológico e social, condenando-os à anomia.

Desses desafios correspondentes do contato, o referido etnólogo e antropólogo denomina, por transfiguração étnica, a sequência de eventos resultantes do enfrentamento de

²⁶⁹ SCHADEN, Egon. Os Estudos de Aculturação na Etnologia Brasileira (Capítulo 1, Primeira Parte: Introdução Histórica). In: **Revista de Antropologia**, São Paulo, v. 13, n. 1-2, p. 11-64, 1965, p. 18-19. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ra/article/view/131718/127960>. Acesso em: 07 fev. 2021.. Obra em destaque: WATSON, J.B. Cayuá culture change: a study in acculturation and methodology. In: American anthropologist. Menasha, 1952. v. 2.

²⁷⁰ Cf. SCHADEN, 1965, p. 18-19. Obra em destaque: WATSON, J.B. Cayuá culture change: a study in acculturation and methodology. In: American anthropologist. Menasha, 1952. v. 2, p. 127.

²⁷¹ RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização: A integração das populações indígenas no Brasil moderno**. 7. ed. São Paulo: Global, 2017.

²⁷² Cf. RIBEIRO, 2017, p. 193.

²⁷³ Cf. RIBEIRO, 2017, p. 194.

“[...] ramos distintos e originalmente isolados da espécie humana e entre sociedades evolutivamente defasadas”.²⁷⁴

Leciona que essa modificação inicia com o enfrentamento entre populações distintas, que, ao entrarem em contato, mesclam-se racionalmente e se contagiam, sendo que os indígenas, pelo fato de estarem em situação de vulnerabilidade, sofrem de forma mais acentuada a diminuição dos números de integrantes; terminando esse processo com a dominação, por parte da civilização mais avançada, na forma de uma nova etnia racional. “Resulta uma enorme capacidade de coesão interna e de dominação por parte da mais avançada; esta logra crescer e alastrar-se rapidamente sobre os territórios e os contingentes tribais.”²⁷⁵

Esse resultado ocorre no denominado Estado multinacional, no qual se enquadra o Brasil, e que é descrito, nos ensinamentos de Kymlicka, como o Estado no qual,

[...] coexistem mais de uma nação devido a um processo de convivência involuntária (invasão, conquista ou cessão) ou voluntária (formação de uma federação) de diferentes povos. As minorias desse tipo de Estado são basicamente nações que existiam originariamente no território do Estado, passando a conviver com outras nações que chegaram posteriormente, como é o caso dos aborígenes canadenses, dos índios.²⁷⁶

Ademais, no Estado multinacional, o foco sempre é o serviço do colonizador – a metrópole colonizadora. Sua função básica consiste em recrutar indígenas, aprendendo deles como sobreviver na nova terra para depois, por uma força abrupta, capturá-los e integrá-los na nova etnia nascente, passando a atuar, portanto, como uma força irresistível de desintegração, de tal sorte que aos indígenas cabe redefinirem a sua estrutura socioeconômica e ideológica. No plano socioeconômico, com base nas instituições fundadas no parentesco, passam a assumir formas mais singelas de família e sociabilidade, compatíveis com a estrutura social, cuja base está a produção mercantil.

No plano ideológico, Ribeiro enfatiza que é por onde passam a ocorrer as uniformidades visíveis, eis que os índios seriam aculturados tanto na ideologia da sociedade nacional – marcada pela homogeneidade e unidade – que se expande quanto na conformação ideológica dos índios. Isso porque ficam cada vez mais genéricos e, por isso, parecidos uns

²⁷⁴ RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização: A integração das populações indígenas no Brasil moderno**. 7. ed. São Paulo: Global, 2017, p. 194.

²⁷⁵ Ibid., p. 194.

²⁷⁶ LOPES, Ana Maria D'Ávila. Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo. In: Revista de informação legislativa. Brasília, v. 45, n. 177, p. 19-29, jan./mar. 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/160330>. Acesso em: 20 jan. 2022.

com os outros e cada vez mais distantes do que eram, já que são absorvidos pelas mesmas compulsões e os mesmos desafios de redefinição de suas crenças e valores.²⁷⁷

É por isso que cita o exemplo da Confederação dos Tamoios, que reuniu, no século XVI, diversos grupos Tupi num movimento de resistência à dominação europeia, e a Guerra dos Bárbaros, no século XVII, em que uma aliança das tribos tapuia enfrentou, por meio século, a expansão colonizadora do nordeste brasileiro. Com esses exemplos, Ribeiro elucida que até que os aborígenes tinham resistência aos brancos colonizadores; mas, devido à inconsistência no sistema organizativo tribal, não conseguiam atingir tamanho objetivo²⁷⁸. Com essas falhas no sistema organizativo, aos indígenas não lhe restavam outro caminho a não ser a submissão ou a fuga, permitindo aos núcleos invasores crescerem e se constituírem como uma etnia nacional.²⁷⁹

Pautado em Darcy Ribeiro, Roberto Cardoso de Oliveira²⁸⁰ estudou esse contato com a civilização, a partir da fricção interétnica. Para tanto, estudou os Terena, um grupo indígena que, mesmo após o contato com a sociedade nacional e apesar de aculturado, se mantinha índio. Em seu estudo acerca de se podem ser considerados assimilados, traça um roteiro de análise a partir da assimilação como processo de aculturação.²⁸¹

De proêmio, elucida que assimilação é um processo pelo qual um grupo étnico se incorpora noutro – que assim seria o equivalente ao processo de aculturação, pois perderia a sua peculiaridade cultural e também perderia a sua identificação étnica anterior, como um fenômeno sociocultural.²⁸²

Explica Oliveira que o conceito de aculturação – a partir das premissas de Raplh Beals, que modificou o supracitado *Memorandum* de 1936 – esclarece que aculturação é uma mudança cultural, iniciada por dois ou mais sistemas culturais. A mudança cultural, então, pode ocorrer a partir da mudança cultural direta ou ser derivada de causas não culturais, tais como modificações ecológicas ou demográficas induzidas por um choque cultural; pode ser

²⁷⁷ RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**: A integração das populações indígenas no Brasil moderno. 7. ed. São Paulo: Global, 2017, p. 195.

²⁷⁸ Ibid., p. 197.

²⁷⁹ Ibid., p. 199. Ribeiro ressalva que não se pode ocorrer as generalizações, apesar da transfiguração étnica. Como é o caso do povo Tupi, especialmente os Guarani, em relação à sua religiosidade explicável “[...] como uma reação aculturativa que busca, na conservação das tradições tribais, verdadeiras ou hipotéticas, a preservação da solidariedade grupal e da sustentação da autoimagem étnica”.

²⁸⁰ OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. Estudos de áreas de fricção interétnica no Brasil. In: **América Latina**. Rio de Janeiro, ano V, n. 3 p. 85-90, 1962.

²⁸¹ OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Do índio ao bugre**: o processo de assimilação dos Terena. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976.

²⁸² Cf. OLIVEIRA, 1976, 2 ed. p. 103.

retardada por ajustamentos internos, seguida por uma aceitação de padrões alienígenas ou por uma adaptação aos modos tradicionais de vida.²⁸³

Agregado a esses valores da aculturação, também afirma que a aculturação define um processo de mudança de uma sociedade ou comunidade inteira ao tornar-se culturalmente mais parecida com a outra, pela percepção de que seus costumes foram sendo modificados até o ponto que não se distinguem mais um grupo do outro.²⁸⁴

Transpondo esses conceitos para o grupo Terena, observou que os Terena que permaneceram em suas aldeias, para os quais não ocorreu a mobilidade social, continuaram presos à sua etnia e resistentes à mudança cultural, o que tornou improvável a sua assimilação.²⁸⁵ No entanto, a assimilação somente foi possível quando saíram de suas aldeias e passaram a morar nas fazendas ou nas cidades vizinhas. Enquanto que na fazenda se adequaram a uma estrutura rural, nas cidades foram incorporados ao sistema de estratificação, ocupando as camadas mais baixas, mas ali permaneceram para criarem seus filhos e construírem as suas famílias.²⁸⁶

Assim, Oliveira chama a mobilidade social da vida urbana, notadamente quando traz perspectivas de melhor remuneração e de educação dos filhos, de fator convergente sociocultural que favorece a assimilação. Quando vão às cidades para obterem melhor remuneração, ou para educarem seus filhos, ou para fazer compras de bugigangas, ou quando passam por essas cidades para trabalharem em fazendas distantes, chegam às aldeias e relatam o que viram ou compraram. Esse trânsito de ideias favorece a comunicação das vantagens que as cidades trazem e, por consequência, a urbanização, com a consequente assimilação na sociedade nacional.²⁸⁷

O serviço militar também ficou conhecido como um fator convergente; pois, para a população masculina, notadamente aos jovens Terena, representava novas experiências, já que fornecia um documento que lhes ampliava, de maneira considerável, as chances de conseguirem emprego e, quando retornavam à aldeia, a condição de reservista lhes galgava privilégios, sobretudo em relação aos mais novos e às jovens solteiras da comunidade.²⁸⁸

²⁸³ OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Do índio ao bugre**: o processo de assimilação dos Terena. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, p. 104.

²⁸⁴ Ibid., p. 104.

²⁸⁵ Ibid., p. 113.

²⁸⁶ Ibid., p. 113.

Para Oliveira, “[...] a mobilidade social, combinada com a aculturação, permite, em certas circunstâncias, que o processo de assimilação seja levado às suas últimas consequências, ou em outras palavras que se complete”.

²⁸⁷ Ibid., p. 118.

²⁸⁸ Ibid., p. 119.

Ademais, o casamento interétnico também era fator convergente, pois era tendência a população urbanizada contrair matrimônios com indivíduos de outras etnias, notadamente as mulheres, que olhavam os maridos “purutuya” (na língua dos Terena, significa não índio) como oportunidade para mudarem de vida. Também o compadrio, prática bastante comum entre os Terena, quando os padrinhos convidados para batizarem seus filhos eram escolhidos dentre a população brasileira regional ou entre os “purutuya”, que desfrutavam de regiões privilegiadas na cidade ou nas fazendas, representava interação na sociedade dominante²⁸⁹. E, dentre esses fatores convergentes, para Oliveira, o que mais contribuiu para a mobilidade social foi o mercado de trabalho urbano ou rural que atraía os Terena para fora da aldeia, criando condições para a sua assimilação.²⁹⁰

A despeito de todos os fatores convergentes, a conclusão à qual Ribeiro chegou é que, mesmo que os Terena fossem integrados à estrutura econômica regional, nem por isso podiam ser considerados assimilados pela sociedade brasileira, notadamente porque a identidade étnica como bugre passa a ser um fator divergente, acentuado e que afasta a assimilação, por sempre serem considerados como “os diferentes”, distintos dos demais cidadãos com os quais convivem. Ribeiro afirma que “[...] ao processo de desintegração da cultura corresponde a dissociação da personalidade, que implica marginalidade cultural decorrente da interiorização de valores opostos, aos tribais e aos da sociedade nacional”.²⁹¹

“Bugre” foi uma terminologia que nasceu na Europa, durante a Idade Média, mais notadamente no século IX, na Bulgária, num movimento herético contra a ideologia ortodoxa da Igreja. Aos poucos, a imagem vai ser transportada para o mundo Ocidental como aquele que é devasso, profano, infiel, que não se pode confiar²⁹². E esse termo “bugre”, entendido como aquele que era próximo à natureza e ao “mato”, solitário, contrário ao homem da cidade, era usado pelos não índios, de forma caricatural, para identificar os indígenas, estigmatizando-os numa conotação fortemente preconceituosa:

A aparência física peculiar, bem como o idioma, cria barreiras extraordinariamente difíceis de se vencer, porquanto discriminam o Terena por onde quer que ele vá. Isso se aplica aos índios aldeados, e em certo sentido aos de fazenda – no que se refere à fenotípia –, mais do que entre os residentes em cidades, que, em sua maioria, falam corretamente e sem sotaque o português, ao mesmo tempo que se vestem melhor, em quase nada

²⁸⁹ OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Do índio ao bugre**: o processo de assimilação dos Terena. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, p. 120-121.

²⁹⁰ Ibid., p. 126 e 448.

²⁹¹ Ibid., p. 134.

²⁹² GUIARD, Luís Augusto De Mola. **O bugre, um João-Ninguém**: um personagem brasileiro. São Paulo Perspec. [online], v. 13, n. 4, p. 92-99, 1999. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/spp/a/jMgYnVpvBB5wLgbxYyRM4Lv/?lang=pt>. Acesso em: 15 jun. 2021.

se diferenciando do brasileiro das classes menos favorecidas. Seu próprio tipo físico o confunde com a população biologicamente mestiça que, por sua vez, jamais se atribui a condição de descendentes de índios, mas ao inverso, demonstra grande desrespeito pelo “bugre”.²⁹³

Dessa forma, o trajeto dos Terena não parece ter sido outro que senão a sua transfiguração em bugres, malgrado as suas reiteradas manifestações culturais pela manutenção de sua identidade.

Carneio da Cunha elucida que essas manifestações culturais, que denomina como sinais diacríticos “[...] devem se opor, por definição, a outros do mesmo tipo [...]”, em razão da “[...] escolha dos tipos de traços culturais que irão garantir a distinção do grupo enquanto tal [...]”²⁹⁴. Assim, ante a presença de outros grupos, os aborígenes são obrigados a encontrarem sinais que lhe possibilitem o reconhecimento enquanto grupo indígenas, ainda que não assimilados.

Esse fenômeno também é explicado, por Roberto Cardoso de Oliveira, como um processo de fricção interétnica, em que os sistemas societários em interação passam a se subdividir em outros (sistema tribal e nacional), formando o sistema interétnico²⁹⁵, resultante de “[...] duas populações dialeticamente unificadas através de interesses diametralmente opostos, ainda que interdependentes, por mais paradoxal que pareça”.²⁹⁶

Para definir essa integração dos grupos indígenas, Oliveira aborda os aspectos econômicos, sociais e políticos, por meio dos quais se criam dependências mútuas entre os índios e os diferentes grupos étnicos. Exemplifica os aspectos econômicos, quando cita o índio fornecendo matéria prima e dependendo das mercadorias fornecidas pelo branco, ficando este em oposição recíproca.²⁹⁷

Toda essa conduta de contato entre sociedade tribal e não tribal que passa a ser moldada pela situação de fricção interétnica, em que o grupo indígena fica “preso” à sociedade tecnicamente mais poderosa e essa, por sua vez, tendo investido seus recursos nos territórios indígenas, também não pode abrir mão dessa terra.²⁹⁸

²⁹³ OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Do índio ao bugre: o processo de assimilação dos Terena**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, p. 126.

²⁹⁴ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Antropologia do Brasil**. São Paulo: Brasiliense/EDUSP, 1987, p. 100.

²⁹⁵ OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. Estudos de áreas de fricção interétnica no Brasil. In: **América Latina**. Rio de Janeiro, ano V, n. 3, p. 85-90, 1962, p. 85.

²⁹⁶ Nas palavras de Oliveira, “[...] relações entre duas populações dialeticamente unificadas através de interesses diametralmente opostos, ainda que independentes por paradoxal que pareça”. Cf. OLIVEIRA, 1962, p. 84-85

²⁹⁷ OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Sociologia do Brasil indígena**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1978, p. 88.

²⁹⁸ Roberto Cardoso de Oliveira elucida: “[...] a base do sistema interétnico está na conjunção de interesses econômicos contraditórios: o índio procurando obter bens manufaturados (armas, instrumentos agrícolas, cachaça, roupa, etc.) e o branco procurando se apossar do território e/ou da mão-de-obra indígena. O contato

É por essa razão que há a dinâmica de conflitos entre os grupos étnicos em oposição. Nesse sentido, Cardoso de Oliveira afirma que “[...] o diálogo entre interlocutores inseridos em horizontes culturais distintos sempre deixa um resíduo de compreensão dificilmente resgatável [...]”²⁹⁹, o que favorece a confrontação étnica entre os interlocutores.

Nesse ambiente de interação, no qual há um engajamento compulsório e uma acumulação de fatores dissociativos, a identidade de consciência do “eu” dos indígenas se torna cada vez mais espúria do que alienada, pois eles vão deixando de servir aos desígnios e à preservação do próprio grupo para incorporação de elementos que justifiquem essa dominação.³⁰⁰

Para ratificar a desintegração social e cultural bem como o esfacelamento da identidade coletiva das comunidades tribais e a consequente dissolução desses indivíduos alienados pela sociedade dominante, referencia-se a um relatório de Darcy Ribeiro acerca de um estudo, realizado a pedido da Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), para analisar se ocorrera a incorporação das sociedades indígenas na sociedade, cujo resultado foi:

Com efeito, de todos os grupos indígenas sobre os quais obtivemos informação fidedigna, podemos dizer que não foram assimilados à sociedade nacional como parte indistinguível dela. Ao contrário dessa expectativa, a maioria deles foi exterminada e os que sobreviveram permaneceram indígenas: já que não nos seus hábitos e costumes, mas na autoidentificação como povos distintos do brasileiro e vítima de sua dominação.³⁰¹

entre índios e brancos em todas as frentes de expansão da sociedade nacional obedeceu a essa preliminar. E a inversabilidade desse contato parece ter início a partir de um certo momento, quando aqueles bens alienígenas se tornam necessidades insubstituíveis, criando uma dependência definitiva do índio à sociedade nacional”. OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Processo de Articulação Étnica**. Série Antropologia, Universidade de Brasília, 1974. Disponível em: <http://www.dan.unb.br/dan-producaoocientifica/serieantropologia/lista/75-serie-antropologia-pag-09-001-050>. Acesso em: 23 jun. 2021

²⁹⁹ OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **A crise do indigenismo**. Campinas: Ed. da Unicamp, 1988, p. 71.

³⁰⁰ RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização: A integração das populações indígenas no Brasil moderno**. 7. ed. São Paulo: Global, 2017, p. 366.

Ribeiro ainda acentua que, muitas vezes, a reação que se encontra seria de negação de si próprio como índios, para se confundirem com a sociedade nacional. Já não se fala mais em consciência tribal e suas formas de expressão, o que prepondera é a ótica de visão do outro. “É o tempo da consciência amarga do índio civilizado: já não é índio, a não ser por uma remota origem tribal, apenas recordada; mas só por isso ainda é índio e, como tal compelido a conceber-se a aceitar-se e, como tal condenado a marginalidade em face da sociedade nacional”. Cf. RIBEIRO, 2017, p. 366.

³⁰¹ Cf. RIBEIRO, 2017, p. 15.

Também devem ser enfatizados os ensinamentos de Zygmunt Bauman quando trata da questão da identidade: “[...] o problema principal que atormenta os homens e as mulheres não é tanto o de obter as identidades de suas escolhas e tê-las reconhecidas pelas pessoas a sua volta, mas que identidade escolher e como ficar alerta para que a tendo encontrado, como guardá-la e evitar a sua desapropriação, sob pena de ser logo destruída ou derretida”. BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada: vidas contadas e histórias vividas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2008, p. 187.

E é nesse cenário de aculturação, tanto na dimensão da assimilação cultural quanto da subsequente integração à sociedade nacional não-indígena, que ocorre uma dupla sujeição do índio, seja pela fricção étnica, na condição de índios genéricos – privados de suas especificidades culturais - seja pela sujeição do local em que habitavam - índio subjugado em seu território conquistado, o que será abordado no próximo tópico, pois dialoga com a ideia de produção de identidades coloniais subalternizadas, com a representação degenerada do outro, imbuído por um ceticismo permanente do sujeito colonizado.

2.2 Da conquista à colonização

Paul Ricoeur enfatiza que a gestão do passado coloca, para o historiador, um desafio de trazer à memória, como justiça pelo outro, a justa memória, homenageando-o por não mais estar vivo: “[...] somos todos devedores de parte do que somos aos que nos precederam”.³⁰²

E, assim, possibilitar engendrar, por meio de um comprometimento ético e político com os indígenas, o seu reconhecimento, do qual irradiam deveres de respeito e de promoção das diferenças:

Esse pensamento é um pensamento que guardo no meu espírito, não para criticar; não para ofender o povo brasileiro. Se isso fosse uma história do passado, eu não teria prazer nenhum em ficar contando para entristecer as pessoas; mas ela é uma história do presente, e eu vejo com indignação e com vergonha, porque não adianta nada nós fazermos trezentas conferências pelo Brasil todo, se você que ouve continuar achando que não tem nada a ver com isso, [...] achar que os índios se salvam e nós, brasileiros, vamos salvar nosso emprego, a nossa rua, o nosso quarto, o nosso bairro. Essa omissão me assusta muito, porque é a situação de quem mora na varanda e não presta atenção na sua casa. Vocês só vão prestar atenção na casa no dia em que ela estiver queimando, pegando fogo e só tiver sobrado cinzas. A nossa casa é a mesma de vocês. O rio que é importante para o meu povo é o mesmo rio que vai dar água para ao seu filho e para o seu neto.³⁰³

³⁰² RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Campinas: Editora da Unicamp, 2007, p. 101.

³⁰³ Relatório de Ailton Krenak, líder indígena, pesquisador, ambientalista, que luta pelas causas indígenas, referenciado por Daniel Munduruku. MUNDURUKU, Daniel. **O banquete dos deuses**: Conversa sobre a origem e a cultura brasileira. São Paulo: Global, 2009, p. 66. No que toca ao exercício do bem-estar comum, o próprio catecismo da Igreja Católica preconiza que seria “[...] o conjunto daquelas condições da vida social que permitem aos grupos e a cada um de seus membros atingirem mais completa e diligentemente a própria refeição. O bem comum interessa à vida de todos. Exige a prudência da parte de cada um e mais ainda da parte dos que exercem a autoridade. Comporta ele três elementos essenciais. Supõe, em primeiro lugar o respeito pela pessoa como tal [...] Em segundo lugar, o bem comum exige o bem-estar social e o desenvolvimento do próprio grupo [...] Por fim, o bem comum envolve a paz, isto é, uma ordem justa, duradoura e segura”. Catecismo da Igreja Católica. Novíssima Edição de acordo com o texto oficial em Latim. 19 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2017, p. 504-508.

Verifica-se que, como dimensão da aculturação, o processo de assimilação cultural dos indígenas perdurou por toda a sua história, perpassando pelo processo de fricção interétnica e irradiando para os dias atuais, notadamente, no paradigma atual almejado por esse reconhecimento. Nesse processo, constata-se práticas violentas contra lideranças e territórios indígenas.

2.2.1 Antes da colonização: “Terra Brasilis” tinha dono

Descrever a colonização dos índios no Brasil, numa representação da história, é sobretudo um exercício de cristalizar mecanismos para trazer à tona as origens daqueles que já habitavam a “Terra Brasilis” antes da colonização.

No contexto dos descobrimentos promovidos pelos portugueses e espanhóis, a partir do século XV, deve-se ponderar que as sociedades indígenas pré-coloniais eram indivisíveis no sentido de que não era possível separar os aspectos político, econômico, religioso, social e jurídico, tendo em vista a rede de interligações dessas atividades.³⁰⁴

Isso porque o modo de fazer as coisas como os casamentos, por exemplo, gerou a cultura, que se trata de uma construção, uma passagem a um novo *status* humano e que evolui proporcionalmente ao domínio desses novos conhecimentos.³⁰⁵ Ademais, ainda que se refira a sociedades sem escrita, como as dos indígenas, é certo que nelas se tem a existência do Direito. De acordo com Wolkmer, como a cultura era interligada por padrões de regras e valores que institucionalizavam modelos de conduta, a lei expressava um Direito ordenado nos costumes e na tradição que mantinha o grupo social.³⁰⁶

Em razão dos indígenas viverem em pequenos grupos, estreitados por laços sociais, a vida fora de seu bando tornava-se extremamente difícil, pelos temores da natureza de viver isolado, reais ou imaginários. Portanto, apesar de lhes faltar uma comunidade socialmente organizada e leis escritas, que lhes impusessem padrões de conduta, eram característicos uma forte disciplina e um apego aos costumes: “[...] de modo geral pode-se dizer que os indígenas

³⁰⁴ COLAÇO, Thais Luzia. O direito indígena pré-colonial, p. 111-142. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org). **Direito e Justiça na América Indígena**. Da Conquista à Colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32456.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021

³⁰⁵ MUNDURUKU, Daniel. **O banquete dos deuses**: Conversa sobre a origem e a cultura brasileira. São Paulo: Global, 2009, p. 36.

³⁰⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. **O Direito nas sociedades primitivas**. Fundamentos da história do Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 17.

observavam mais facilmente as leis não escritas do Direito costumeiro, que nós os artigos de nossos códigos.”³⁰⁷

Atreladas à consciência social, as prescrições costumeiras eram irresistíveis, pois o que regiam os indígenas eram as forças sobrenaturais que guiavam os atos dos indivíduos, mantendo o conservadorismo. Os usos e costumes do passado eram mantidos por um caráter sagrado, “[...] eis que os espíritos dos que já se foram deste mundo por tudo velam, a fim de impor com prêmios e sanções, a obediência aos mores”.³⁰⁸

É por isso que as crenças religiosas assumiam esse caráter de meio de contenção, pois submetiam, efetivamente, o indivíduo e o constrangiam a adequar o seu comportamento aos padrões impostos pelos costumes³⁰⁹. A ideia de castigos imediatos, inesperados, estavam sempre presentes, haja vista que a qualquer conduta desviada, se submeteriam a novas sanções depois da morte. Tudo se passava numa equação em que se infringida a regra social, mantinha-se a condenação, pois a má conduta e a desgraça se apresentavam como o verso e reverso da mesma medalha.³¹⁰

Além do mais, o respeito à natureza era transmitido desde o nascimento.³¹¹ Gonzaga reforça a nota característica desse comportamento, que seria o “[...] permanente deambular sem rumo e um eterno render-se a natureza, ao invés de dominá-la”³¹². Em sintonia com o

³⁰⁷ GONZAGA, João Bernardino. **O Direito Penal Indígena: A época do descobrimento do Brasil**. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 24.

³⁰⁸ GONZAGA, João Bernardino. **O Direito Penal Indígena: A época do descobrimento do Brasil**. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 25. Gonzaga ressalta que “[...] a grande eficácia dos costumes e dos meios educativos, geralmente desnecessária a instituição de sanções é igualmente atestada pelo fato de que os pais nunca recorriam a castigos em a reprimendas contra os filhos, que, sem embargo os obedeciam fielmente. Os pais não os constrangiam, nem os castigavam por erros e crimes que cometiam, por mais enormes que eram, porque não concebiam a existência de uma autoridade com o poder de impor penas. Para isso já bastavam as entidades espirituais”.

³⁰⁹ Ibid., p. 41.

³¹⁰ Ibid., p. 26.

³¹¹ Segundo Daniel: “A criança vai sendo introduzida no convívio social ao logo dos momentos marcantes do seu processo de crescimento. Até mesmo no ato de ouvir uma história narrada por um velho na aldeia, a criança está aprendendo como deve ser o seu relacionamento com a natureza e que, em tempos imemoriais, eram os animais, as plantas, os peixes, as árvores e as aves que mandavam no mundo e até no homem. Assim, por esses momentos ricos de significado, o pequeno e a pequena, o jovem rapaz e a menina-moça, vão aprendendo a conviver no ambiente que os cerca. Vão aprendendo que não devem andar na natureza, mas conviver com ela, pedindo que lhes ensine toda a sabedoria e que possam ser alimentados material e espiritualmente pela Grande Mãe”. E ele continua afirmando as razões da Mãe Terra ser sagrada: “[...] nela estão contidas as raízes da cultura do eterno retorno do mesmo. Esses princípios estão contidos nas narrativas místicas em que o real e o fantástico andam de mãos dadas; em que ser e não-ser fazem parte da mesma estrutura: em que o bem e o mal têm os mesmos poderes. Narrativas vivas, fundadoras de uma postura moral, ética, estética e social. Lá onde o divino se encontra com o humano, está a base de uma sociedade que tem a Terra como mãe”. MUNDURUKU, Daniel. **O banquete dos deuses: Conversa sobre a origem e a cultura brasileira**. São Paulo: Global, 2009, p. 30.

³¹² Ibid., p. 18. Na sequência, Gonzaga afirma que: “[...] após três, quatro, cinco anos de permanência em certo local, incendiavam as suas habitações e seguiam adiante em busca de outras paragens. Abriam nova clareira através do rudimentar sistema de queimadas e recomeçavam tudo por mais um curto período”.

respeito à natureza, estavam as crenças pessoais, que serviam de base para a criação de regras sociais, políticas e religiosas; que, juntas, por sua vez, davam sentido à existência física e cultural desses povos. Por isso que, burlar os costumes seria o mesmo que desrespeitar os tabus, irando os deuses e a natureza, o que traria riscos à integralidade do grupo.³¹³

Tabus, no sentido de restrições, eram seguidos à risca pelos indígenas, pois eram convencidos de que a violação lhes traria automaticamente os piores castigos, emoldurados por um viés sobrenatural. Por isso que eram imposições do mundo invisível, sendo imperativos por esse caráter místico ou por terem sido transmitidos de gerações a gerações a respeito dessa observância obrigatória, compondo a filosofia social desses grupos.³¹⁴

Ademais, também era presente o Direito nessas sociedades, pois como o Direito, sendo produto da cultura humana, criado e desenvolvido no meio social, sempre esteve ligado ao poder; e por mais que fossem sociedades sem escrita, o poder se apresentava difuso e espalhado pela coletividade, sendo incompatível com a ideia de centralização estatal³¹⁵:

O Direito despido de poder é impotente, torna-se mero desideratum ético, sem realizabilidade (e a realizabilidade, disse-o bem Jhering, é da essência da juridicidade); por outro lado, o poder, privado de referência jurídica ou não subordinado a limites objetivos, converte-se em pura força ou arbítrio. Poder e Direito se exigem, pois reciprocamente se iluminam.³¹⁶

Assim, quer afirmar que nas sociedades indígenas não havia um órgão de poder político solidificado, haja vista que eram as próprias sociedades que mantinham a totalidade do poder, para manter seu ser indiviso.³¹⁷

As sociedades, sendo harmônicas e de âmbito restrito, têm menor necessidade de organismos de supervisão. O passado orienta o presente num apego ao tradicionalismo e, assim, as sociedades eram orientadas por normas de cultura, de modo que os princípios de

³¹³ COLAÇO. Thais Luzia. O Direito Indígena pré-colonial, p. 116. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org). **Direito e Justiça na América Indígena**. Da Conquista à Colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32456.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

³¹⁴ GONZAGA, João Bernardino. **O Direito Penal Indígena: A época do descobrimento do Brasil**. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 80. O autor lista exemplos de tabus: no casamento, as moças que rejeitassem o tio materno, escolhendo livremente o seu marido, caíam no desagrado da comunidade, tornavam-se conhecidas como dissolutas e não obtinham o reconhecimento formal de suas uniões.

³¹⁵ COLAÇO. Thais Luzia. O direito indígena pré-colonial, p. 116. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org). **Direito e Justiça na América Indígena**. Da Conquista à Colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32456.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

³¹⁶ REALE, Miguel. **Pluralismo e liberdade**. 2. ed., Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998, p. 230.

³¹⁷ A hierarquia estava assim constituída: na família, o marido detinha amplos poderes, cabendo-lhe manter a disciplina às pessoas que a ele eram subordinadas. Também existiam os caciques, que seriam os chefes do grupo local, o líder guerreiro, e o pajé englobando as funções de guia religioso e curandeiro. Cf. GONZAGA, 1970, p. 28.

convivência também se revestiam de maior simplicidade, pois pela consciência coletiva brotavam as necessidades sentidas de todos, sendo de fácil aceitação o que era imposto.³¹⁸

Os líderes somente se mantinham no poder em face dos padrões convencionais, pois dispunham de limitada margem de ação, já que as normas de conduta se pautavam nesses costumes. Ademais, também existiam os Conselhos dos Anciãos ou Conselho dos Chefes de Família, integrados por pessoas de idade avançada por serem mais experientes que direcionavam e orientavam as atividades do grupo, resolviam de acordo com a tradição os seus problemas e ajustavam conforme as normas de convivência.³¹⁹

A opinião pública cerceava estritamente o indivíduo e, como este dependia do bando, ocorria a efetividade da reprovação social, incidindo sobre aquele que se desviasse dos padrões de conduta.³²⁰

É por isso que as decisões dos chefes eram baseadas na cultura, e o que os legitimava no poder eram as contraprestações que a sociedade recebia do seu chefe: promoviam grandes festas, inclusive com a participação das tribos amigas num ambiente de reciprocidade, pois o chefe-cacique buscava ser o mais generoso de todos, para permanecer com esse apoio dos integrantes e se perpetuar no cargo.³²¹

Para essa generosidade, as contraprestações estavam nas corveias – trabalho gratuito nas plantações e construções do chefe – associadas à poligamia que propiciava a produção de bens gerados pelo trabalho feminino das esposas do cacique.³²²

Ressalta-se que a poligamia era comum, mas normalmente favorecida aos chefes, pois era culturalmente limitada a certos indivíduos, já que era sinal de posição de destaque entre os demais. Quanto mais mulheres, mais as tarefas domésticas – cuidar de filhos,

³¹⁸ GONZAGA, João Bernardino. **O Direito Penal Indígena: A época do descobrimento do Brasil**. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 22.

³¹⁹ Cf. GONZAGA, 1970, p. 22-23. O autor continua afirmando que a grande vantagem desse conselho “[...] seria a maior experiência dos participantes e da sua qualidade de depositário dos mores tribais. Aí estava a sua força e o motivo por que era obedecido. Não porque fosse dotado de efetivo poder de império e sim porque revelava o direito costumeiro”. Ibid., p. 32. Acrescente-se, para exemplificar a conduta do conselho de anciãos, o caso de certa mulher “[...] de gênio irascível, em vez de submeter-se ao marido que pretendia castigá-la, enfrentou-o com grande violência. O episódio provocou na taba comentários desfavoráveis ao homem, que não se tinha revelado à altura do seu papel, e os anciãos acabaram concluindo que ele deveria continuar com a mulher, porque já conhecia anteriormente o seu temperamento”. Ibid., p. 34.

³²⁰ Ibid., p. 23.

³²¹ COLAÇO. Thais Luzia. O direito indígena pré-colonial, p. 117. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org). **Direito e Justiça na América Indígena**. Da Conquista à Colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32456.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021. É importante ressaltar que qualquer membro do grupo poderia tornar-se um líder, independentemente de sua condição de nascimento. O que se levava em consideração eram as qualidades e o carisma do chefe. Cf. COLAÇO. 1998, p. 118.

³²² Cf. COLAÇO, 1998, p. 117.

cozinhar, produzir artefatos; trabalhos agrícolas, consistentes em plantio, colheita e transporte da produção agrícola – eram realizadas proporcionando o aumento das riquezas.³²³

Isso porque a divisão do trabalho era realizada pelo sexo, os quais os indígenas sabiam os benefícios que reverteriam para si e para o grupo, numa lógica de redistribuição, já que todo dever estava atrelado a um direito.³²⁴ Verifica-se nesse ambiente, portanto, uma forma de contrato coletivo, com responsabilidade mútua entre os integrantes das sociedades tribais, consubstanciadas nas obrigações de dar, receber e retribuir que existiam entre os integrantes das tribos e a figura do chefe.³²⁵

A base cognitiva da organização social dos indígenas era baseada na tríade – parentesco, amizade e vizinhança –, num contexto da mencionada responsabilidade coletiva: arranjos familiares, uniões conjugais, vínculos afetivos e laços de confiança ocorriam a partir dessa tríade, sob a autoridade política do chefe, que também acumulava a autoridade judiciária.³²⁶

Ao chefe do grupo cabia agir quando a conduta colocava em risco a coesão social, como no caso de cometimento de infrações graves, como o incesto, que era vinculado a uma

³²³ COLAÇO. Thais Luzia. O direito indígena pré-colonial, p. 136. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org). **Direito e Justiça na América Indígena**. Da Conquista à Colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32456.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021 A autora ressalta que aos homens “[...] cabia a realização de atividades guerreiras, a caça e a pesca. Na lavoura faziam também a derrubada e a queimada da mata. Ainda construíam as malocas e as canoas, fabricavam arcos, flechas e adornos. Os mais velhos participavam do esquiteamento dos prisioneiros da guerra [...]”. Cf. COLAÇO, 1998, p. 137.

³²⁴ Cf. COLAÇO, 1998, p. 136. Colaço citou MARTINS, Maria Cristina Bohn. **Os Guarani e a economia da reciprocidade**. São Leopoldo, 1991 p. 136. Dissertação de mestrado em História, Estudos Ibero-Americanos, Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

³²⁵ Cf. COLAÇO, 1998, p. 117. Colaço citou MARTINS, Maria Cristina Bohn. **Os Guarani e a economia da reciprocidade**. São Leopoldo, 1991. Dissertação de mestrado em História, Estudos Ibero-Americanos, Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Martins afirma que a reciprocidade podia ser: generalizada, equilibrada e negativa. A generalizada era indefinida a tal ponto, que não pode ser visualizada. Isso porque podia ser exemplificada como uma ajuda espontânea, sem interesses subjetivos, cujos valores preponderantes seriam generosidade e solidariedade. A lógica seria dar, receber e retribuir sem interesses. Na equilibrada, feita a retribuição, equivaleria em valor aos bens recebidos, qual seja, nesse contexto as relações eram mais diretas, realizado sem demoras, imediatamente. Envolvendo assim, trocas diretas. E na negativa seria uma tentativa de obter algo sem receber nada em troca, buscando-se vantagens não retribuídas. Os participantes desse tipo de troca queriam se apropriar de algo, sem dar nada em troca, buscando vantagens para si próprio.

³²⁶ GONZAGA, João Bernardino. **O Direito Penal Indígena: A época do descobrimento do Brasil**. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 132. Gonzaga reforça que a família era a base social dos povos indígenas, de tal sorte que do casamento se originavam os diversos graus de parentesco, centrados na filiação, consanguinidade e na aliança. A união mais frequente era entre primos cruzados, fortalecendo a aliança entre as linhagens. E, também, avuncular, ou seja, a união entre a sobrinha e o tio materno. Cita o exemplo dos Guarani, cuja residência era estritamente matrilocal, isto é, após o casamento, o homem se mudava para a casa dos sogros. Isto decorria em função da importância do trabalho feminino. A única exceção que era permitida à patrilocalidade era quando a noiva era órfã e educada pelo seu tio materno, o que garantia a inserção do homem na comunidade matrilocal.

sanção sobrenatural para todo o grupo³²⁷. Já ser se tratassem de outras infrações não tão graves, porém socialmente reprováveis, prevalecia a vontade de todos – era a opinião pública que estabelecia a decisão, que o chefe acatava.

Dessa forma, o líder somente exercia o poder com autoridade, a partir de situações mais graves que colocassem o risco a integralidade do grupo e em situações de guerra, utilizando-se da força; pois, na maior parte das vezes, a sua autoridade ficava respaldada pelo apoio popular, baseado nos interesses da coletividade.³²⁸

O que se verificava é que nas sociedades indígenas existiam normas pré-estabelecidas e, quando violadas, resultavam em medidas inibidoras ou em medidas punitivas, que auxiliavam no controle social.³²⁹ As medidas inibidoras consistiam em procedimentos informais que expunham ao ridículo o infrator. Já as punitivas, variavam conforme a intensidade e a gravidade da conduta realizada.³³⁰

Como exemplo, a medida punitiva poderia ser o isolamento em ostracismo coletivo que levava o indivíduo a uma vida de humilhações, restrições e permanente censura, retirando-lhe o direito à reciprocidade, pois suprimia dele o direito à vida familiar, às relações de trabalho e à propriedade coletiva, por consequência, era como uma pena de morte, pois as chances de sobreviver sozinho na selva eram inócuas.³³¹

³²⁷ RAMOS, Alcita Rita. **Sociedades Indígenas**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1998, p. 54. Ramos adverte que a carga negativa do incesto variava de uma sociedade para a outra; em muitas são os parentes primários, imediatos: pai, mãe, filhos, irmãos; em outras, são todas aquelas pessoas que são aplicadas os termos de parentesco, correspondentes a pai, mãe, irmãos e filhos; em outras, também, são todas as pessoas que cresceram juntas e vivem na mesma casa e ainda há aquelas que incluem alguns afins, como a sogra.

³²⁸ COLAÇO. Thais Luzia. O direito indígena pré-colonial, p. 132. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org). **Direito e Justiça na América Indígena**. Da Conquista à Colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32456.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021. Colaço ressalva que o chefe era na verdade um chefe “sem poder” quando afirma que além da presença dos Conselhos dos Anciãos, ou Conselho dos Chefes de Família, em razão da organização social ser baseada em relações familiares, “[...] o pátrio poder era ampliado, significando que os filhos não estavam sujeitos apenas à obediência aos pais, mas sim a qualquer outro parente adulto que tinha capacidade de puni-los ou recompensá-los”.

³²⁹ Ibid., p. 124.

³³⁰ Ibid., p. 124.

³³¹ Ibid., p. 125. Quanto às privações, a respeito do isolamento em ostracismo, ressalta-se: “Não é mais admitido na companhia de nenhum e é obrigado por ordem do cacique principal, a viver isolado, num rancho fora do alojamento. É forçado a procurar pessoalmente as frutas e água necessárias para o seu sustento e recolher a lenha para fazer o fogo. Só como punição a ela se submetem, porque tal serviço consideram próprio de mulheres – indigno e degradante para os homens. Este castigo torna-se ainda mais humilhante porque, cada vez que o castigado o executa e passa na presença dos outros, carregado de frutas e lenhas, é objeto de escárnio e de mofa, difícilíssimo de resistir, dado o caráter orgulhoso desses selvagens. Daí se originam alterações e lutas em que sempre sucumbe o desobediente, que tem contra si todos os indivíduos da tribo. Se o desobediente possui mulher, é dada, pelo cacique principal, a outro homem da tribo, assim que se verificou a desobediência e antes de o culpado retirar-se para viver isolado, considera aviltante e a maior punição entre elas, de modo que preferem quase sempre a morte”. Refere-se esse trecho aos índios Caingangue, em que o autor foi capturado por dois anos, no interior do Rio Grande do Sul, no século passado. MABILDE, Pierre

Ademais, quanto à privação de liberdade como sanção era rara, pois os indígenas a utilizavam ora para deter os inimigos depois de capturados, ora no momento predecessor ao seu sacrifício, deixando-os na cabana e depois os conduzindo para o local da cerimônia da sua morte, atados por cordas³³². Isso porque a represália contra os inimigos assumia um viés de dever sagrado para com os ancestrais que foram mortos por eles. Enquanto a vingança da morte não ocorresse, os espíritos dos falecidos permaneciam intranquilos e “vagavam” pelo mundo. As viúvas ficavam impedidas de contrair novos casamentos, pois a ofensa não havia sido compensada, o que as impedia de se casarem. Por isso, o ritual da captura dos inimigos.³³³

No que toca às guerras, é importante ressaltar que os indígenas eram essencialmente bélicos. A guerra fazia parte do cotidiano, pois era recriminado socialmente o homem que fugisse da sua responsabilidade de ser um bom combatente. “Ele não só levaria uma vida miserável, com sérias dificuldades para se obter companheira regular e merecer considerações dos outros, mas ainda assim seria excluído da sociedade sobrenatural, pois acreditava que seria castigado além do túmulo.”³³⁴ Muitas vezes, o indivíduo nessa situação preferia morrer que retornar à tribo de origem pela humilhação e xingamentos de covarde que sofreria.

A hostilidade passava de geração em geração, tanto que os meninos eram preparados para serem guerreiros, pois eram treinados a canalizarem todos os seus impulsos agressivos em direção aos inimigos que eles jamais esqueciam quem eram. E as mulheres desempenhavam um papel importante, sendo as principais incitadoras da guerra; pois, ao cantarem hinos bélicos, propiciavam a vitória e a captura dos prisioneiros, como ocorriam entre as tribos Chiriguano-Guarani.³³⁵

François Alphonse Boot. **Apontamentos sobre os indígenas selvagens da Nação Coroados Matos da Província do Rio Grande do Sul**. São Paulo: IBASA, 1983, p. 81.

³³² GONZAGA, João Bernardino. **O Direito Penal Indígena: A época do descobrimento do Brasil**. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 128.

³³³ GONZAGA, João Bernardino. **O Direito Penal Indígena: A época do descobrimento do Brasil**. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 132.

³³⁴ COLAÇO, Thais Luzia. O direito indígena pré-colonial, p. 119. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org). **Direito e Justiça na América Indígena**. Da Conquista à Colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32456.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

³³⁵ Cf. COLAÇO, 1998, p. 119. Os Chiriguano, enquanto grupo étnico, são fruto da mestiçagem biológica e cultural de alguns grupos indígenas Guarani com a população Chané de fala Arauak. Os Guarani migraram de regiões que pertencem ao Brasil e ao Paraguai e subjugaram a população Chané, que estava fixada no pie de monte andino – entre o Chaco boliviano e a Cordilheira dos Andes – na atual Bolívia e estão fixados na Bolívia e Argentina. SILVA, Mathiel Danieli da. **Os Chiriguano e a Batalha De Kuruyuki (1892): Historiografia**. Dourados, 2013. Disponível em: <https://www.ppghufgd.com/wp-content/uploads/2017/06/MATHIEL-DANIELI-DA-SILVA.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2021.

Ao matarem o inimigo, os indígenas acreditavam que estavam vingando os seus mortos e assumindo a força e a valentia do guerreiro morto, bem como neutralizavam o seu poder.³³⁶

Ademais, quando as tribos perdiam um elemento do grupo em combate, era um fator perturbador do equilíbrio social, sendo culpada toda a comunidade a que pertencia o autor da morte. É por isso que a vingança deveria acontecer sobre o grupo responsável e sobre os solidários a ele, como uma forma de punição coletiva e de solidariedade grupal.³³⁷

O que se observava é que os indígenas buscavam as origens dos acontecimentos ou dos males causados. Por isso, imputavam alguém como o responsável, mesmo em se tratando de fenômenos da natureza. E assim, o indígena se vingava daquele responsável, não importando se fossem homens, mulheres, crianças, animais e até mesmo coisas.³³⁸

E a classificação desses acontecimentos dependia da identificação da pessoa envolvida. Como exemplo, têm-se o acontecimento roubar bens ou a mulher de outro homem: seria crime se o envolvido fosse de dentro da sua própria comunidade; mas se o mesmo ato fosse perpetrado contra um estrangeiro, seria considerado um acontecimento de mérito, pois o fato do envolvido ser estranho ou até inimigo, a ação não era considerada socialmente repudiada, a depender das circunstâncias.³³⁹

Esse ambiente de responsabilidade coletiva refletia no modo de viver das comunidades indígenas, pois para eles, a vida de muitas pessoas dentro da mesma comunidade não tinha qualquer proteção, uma vez que tanto o pai como a mãe tinham direito de vida e de morte sobre os seus dependentes, sendo comum as crianças e os idosos sucumbirem por negligência dos adultos.

³³⁶ Cf. COLAÇO, 1998, p. 122. A respeito da vingança nas tribos, Colaço traz na página seguinte, nº 123, a seguinte lição de Viveiros de Castro: “[...] a vingança é a herança deixada pelos antepassados e por isso abandonar a vingança é romper com o passado, mas é sobretudo não ter mais futuro”. VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo B. Vingança e temporalidade. In: **Journal de la Société des Américanistes**. Paris: t. LXXI, 1985, p. 198.

³³⁷ FERNANDES, Florestan. **Organização social dos Tupinambá**. 2. ed. São Paulo, 1963, p. 119-123.

³³⁸ COLAÇO. Thais Luzia. O direito indígena pré-colonial, p. 126. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org). **Direito e Justiça na América Indígena**. Da Conquista à Colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32456.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021. A autora ainda afirma maneiras de identificar o infrator. Como no caso de desaparecimento de quaisquer pertences pessoais, como as comunidades indígenas eram pequenas, em que todos se conheciam ficava de fácil reconhecimento identificar o responsável. Ou também quando aparecia mais de um suspeito, o pajé tocava no peito de cada um e aquele que ficasse com as marcas vermelhas de seus dedos era considerado culpado. As formas de castigar esse infrator dependiam do chefe ou dos anciãos e variava da simples entrega da coisa roubada, castigos corporais, expulsão e até a morte. Ibid., p. 127.

³³⁹ Ibid., p. 128. Colaço adverte que, para os indígenas, o ideal seria que os filhos nascessem com um intervalo de sete a oito anos, para garantir a vida das crianças até essa idade, quando seriam mais resistentes e independentes. Por isso, se alguma criança nascesse com má-formação, era morta. Ademais acontecendo epidemias e calamidades, necessidades de rápidas dispersões do grupo, matavam-se crianças de até cinco anos para garantir a sobrevivência dos demais.

Isso porque existiam duas concepções de vida: a primeira, que o indivíduo adquiria ao nascer, e a segunda, chamada força vital, que seria a vida propriamente dita, até os quatorze, quinze anos (conhecida como a fase da pré-puberdade), quando iam sendo introduzidos a um novo “renascer sociobiológico”, adquirindo o pleno direito à vida.

Assim, o nascimento das crianças estava ligado à sobrevivência do grupo e prevaleciam os interesses coletivos sobre os individuais, de modo que o aborto e até o infanticídio significavam controle de natalidade, já que era necessário ter poucos integrantes na tribo por questões de sobrevivência.³⁴⁰ Por esse mesmo raciocínio, de prevalecer os interesses coletivos, quando os idosos não possuísem mais nenhuma força de trabalho, eram abandonados ou mortos, chegando até a serem enterrados vivos.

Ainda quanto à gestação e ao parto de crianças, o nascimento de gêmeos era considerado anormal, tanto que a segunda criança era morta; ou se fossem do mesmo sexo, ambas eram estranguladas, pois acreditavam na interferência de espíritos maus. A criança também era eliminada se nascesse de uma mulher que fora abandonada pelo marido, por sinais de adultério, e também caso sua mãe fosse uma prisioneira ou raptada, ou, ainda, se morresse durante o parto ou no período de amamentação.³⁴¹

E, tendo em vista que o nascimento de qualquer criança representava risco à sobrevivência da tribo, havia a prática do “couvade”, que era uma forma de reconhecimento da paternidade em que o pai tomava medidas de precaução à segurança do filho recém-nascido. Assim, nos dias seguintes ao nascimento e até a queda do cordão umbilical da criança, o pai se dedicava a cuidar de seu filho, não podendo trabalhar ou andar pelas florestas, para permanecer em constante vigília.³⁴²

No que se refere aos bens deixados pelos mortos, ressalta-se que os bens eram enterrados com o chefe ou incinerados. Não obstante, caso fossem úteis à comunidade, eram preservados, notando-se as primeiras formas de sucessão, pautada na consciência coletiva, seja porque os bens supriam as necessidades da comunidade ou porque eram produzidos em excesso e distribuídos de forma coletiva.³⁴³

Por isso, a reciprocidade era característica, haja vista que determinava a produção dos bens, tornando-se uma garantia contra a escassez, pois caso uma família carente

³⁴⁰ COLAÇO. Thais Luzia. O direito indígena pré-colonial, p. 129. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org). **Direito e Justiça na América Indígena**. Da Conquista à Colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32456.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

³⁴¹ Cf. COLAÇO, 1998.

³⁴² Ibid., p. 134.

³⁴³ Ibid., p. 134.

precisasse e se encaixasse no sistema da retribuição, era amparada por outras famílias; ao revés, se não se enquadrassem, eram rechaçados.

Como se não bastassem essas situações narradas, também como corolário da consciência coletiva, os indígenas tinham propriedade coletiva e privada. No que toca à propriedade individual, limitava-se às armas, alguns ornamentos e à rede, sendo que a habitação, os utensílios de trabalho e os utensílios domésticos pertenciam ao clã.³⁴⁴ Da consciência coletiva advinha a propriedade coletiva, já que essa se tratava de bem sagrado, assim como a água e o ar. É, por isso, que a sociedade era a proprietária da terra, pelo acesso ao uso comum.³⁴⁵

Toda a extensão que as famílias de uma horda ocupavam numa certa região era o território considerado propriedade da comunidade. Essa ideia estava clara na alma dos índios e eles compreendiam a propriedade comum como coisa inteiriça, da qual porção alguma poderia pertencer a um indivíduo apenas³⁴⁶; reforçando, com isso, a característica marcante de construírem uma sociedade economicamente homogênea politicamente dispersa e garantida pela posse coletiva dos bens.

É importante frisar que não produzia um excedente econômico capaz de gerar grandes riquezas entre os indígenas, mas tão somente o suficiente para propiciar uma hospitalidade generosa e uma ajuda solidária para as famílias que precisassem.³⁴⁷ Assim, é a partir desses aspectos essenciais das sociedades indígenas pré-coloniais, que far-se-á uma abordagem após a colonização; ou seja, a partir do encontro de dois mundos e, por consequência, de direitos.

2.2.2 O encontro de dois mundos e seu tratamento jurídico até a Constituição de 1988

Não se sabe exatamente, quando os europeus chegaram na América, quantos povos existiam. Segundo alguns arqueólogos, estimaram-se cerca de mil povos diferentes, formando

³⁴⁴ MICHAELE, Faris Antonio Salomão. O direito entre os índios do Brasil. **Cadernos Universitários n. 18**. Ponta Grossa, 1979. Disponível em: <https://pitangui.uepg.br/cdph/pdf/Caderno4AcervoFarisMichael.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2021.

³⁴⁵ COLAÇO. Thais Luzia. O direito indígena pré-colonial, p. 134. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org). **Direito e Justiça na América Indígena**. Da Conquista à Colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32456.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

³⁴⁶ RUSCHEL, Ruy Ruben. O direito de propriedade dos índios missionários, p. 96. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Indígena**: Da conquista à colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

³⁴⁷ Cf. COLAÇO, 1998, p. 137. Colaço ressalta que não havia nenhuma reprovação à ociosidade dos indígenas, já que grande parte do tempo era utilizada para o descanso e para as festividades, como se alternassem momentos de labor com outros de sociabilidade, religiosidade e lazer.

uma população aproximada de cinco milhões de nativos, com linguagens distintas, formando troncos linguísticos diversos (eram faladas mais de 1.300 línguas)³⁴⁸. Esses troncos linguísticos variavam conforme o território a que pertenciam: Tupi-Guarani (região do litoral), Jê ou Tapuia (região do Planalto Central), Aruaque (Amazônia) e Caraíba (Amazônia), com mais de dois mil dialetos distintos.³⁴⁹

No entanto, quando os europeus desembarcaram, aqui encontraram, povos, como os Tupinambá, falando a língua tupi, predominantemente; sendo por isso que essa língua passou a ser mais falada até o século XVIII, quando o Marquês de Pombal decretou a sua proibição, o que levou muitas pessoas a crerem que todos os índios eram iguais, pois, para elas, somente falavam a língua tupi.³⁵⁰

Ressalta-se, a respeito de Sebastião José de Carvalho e Melo, conhecido por Marquês de Pombal, o seu título de nobreza, que, visando integrar os indígenas à sociedade colonial portuguesa, estimulou a miscigenação biológica para que se criasse uma população homogênea livre e, assim, pôr fim às discriminações entre índios e brancos. Estimulou casamentos mistos e ordenava que os filhos gerados nestas uniões fossem considerados mais capacitados que os colonos brancos para ocuparem cargos administrativos nas antigas aldeias indígenas, do Pará e do Maranhão. Essas medidas foram sistematizadas, em 03 de maio de 1757, no Diretório, publicado em 17 de agosto de 1758.³⁵¹

Cabe esclarecer que os povos Tupi, conhecedores do litoral, da navegação e da guerra, saíam em caminhadas para conquistar seus inimigos, conhecidos como Tapuias³⁵²; que, por sua vez, falantes da língua jê, adentraram no território brasileiro há cerca de três mil anos e trouxeram a cultura do milho e do feijão, alojando-se no sul do país, e depois espalharam-se pelas regiões do Centro-Oeste e Nordeste.³⁵³

³⁴⁸ MUNDURUKU, Daniel. **O banquete dos deuses**: Conversa sobre a origem e a cultura brasileira. São Paulo: Global, 2009, p. 39.

³⁴⁹ DORNELLES, Ederson Nadir; BRUM, Fabiano Prado de; VERONESE, Osmar. **Indígenas no Brasil (In)visibilidade Social e Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 17.

³⁵⁰ MUNDURUKU, Daniel. **O banquete dos deuses**. Conversa sobre a origem e a cultura brasileira. São Paulo: Global, 2009, p. 39. É importante ressaltar que Cunha enfatiza que essa política de homogeneização da cultura acaba “[...] servindo cem anos mais tarde de pretexto à espoliação das terras dos aldeamentos em que haviam sido instalados os índios. Logo após a chamada Lei das Terras (Lei nº 601 de 18 de setembro de 1850), várias aldeias indígenas de Goiás, Ceará, Sergipe, Pernambuco, Rio de Janeiro, São Paulo, são declaradas extintas sob a alegação de ser a população apenas mestiça”. É de se notar que, se até 1840, ninguém colocava em dúvida a identidade indígena dos aldeamentos a partir da publicação da Lei das Terras, passa a ocorrer um esforço manifesto para declaração de mestiçagem para descaracterizar como índios aqueles de quem cobijavam as terras. CUNHA, Manuela Carneiro. **Cultura com aspas e outros ensaios**. São Paulo: Ubu editora, 2017, p. 244

³⁵¹ Cf. CUNHA, 2017, p. 245.

³⁵² Cf. MUNDURUKU, 2009, p. 40.

³⁵³ Cf. MUNDURUKU, 2009, p. 40.

Os Jê são povos que, apesar do traço característico da luta e resistência, são alegres, acolhedores e musicais; um dos motivos pelos quais os habitantes do Nordeste têm essas características³⁵⁴. Também os povos Tupi contribuíram, da mesma forma, para a formação da cultura brasileira, com seus usos das redes de dormir, a cerâmicas e os alimentos, como a farinha de mandioca e o chimarrão, tradicionalmente usado pelo povo Guarani do sul.³⁵⁵

Como se pode observar, costumes diferentes tinham os povos locais. E quanto à língua tupi, é certo que não representava a totalidade dos habitantes brasileiros, pois, como supramencionado, havia uma diversidade de troncos linguísticos. Importante também enfatizar que ainda que fosse patente essa diversidade dos povos locais, a nomenclatura “índio” foi dada a eles pelos europeus, em virtude da falsa impressão de terem chegado às Índias. Ocorre que, mesmo depois de evidenciado o equívoco, considerando-se que na realidade, era um novo continente, os europeus continuaram chamando-lhes de índios, ignorando todas as diferenças culturais dos vários povos aqui encontrados, como, por exemplo, essas ressaltadas acima.

Acerca do encontro com o “novo mundo”, tem-se que Cristóvão Colombo, navegador genovês de destaque, que buscava novas rotas para as Índias, ao se deparar com as novas terras, em 1492, achou que tinha chegado ao Oriente, na região periférica do leste da Ásia; e que Américo Vespúcio, também navegador e geógrafo, encontrou a região descoberta por Colombo – as Índias Ocidentais, na verdade, a América.

Bartolomé de Las Casas, frade dominicano que se destacou por ter sido “encomendeiro dos índios”, pois precisava cuidar dos índios e instruí-los, forçadamente, na fé cristã, acabou refletindo acerca da iniquidade dos procedimentos de conquista dos espanhóis em relação aos índios. A partir de suas reflexões, criou uma corrente de pensamento, conhecida como indigenista, pela qual reconhecia a diversidade cultural dos indígenas e defendia um contato harmonioso com os espanhóis.

Pero Vaz de Caminha, escrivão português, que fez parte da frota de Pedro Álvares Cabral, também foi figura de destaque, pois era responsável por descrever ao rei de Portugal (em 1500, D. Manuel I), as primeiras impressões que teve dos nativos no Brasil, então denominado “Terra de Vera Cruz”³⁵⁶,

³⁵⁴ MUNDURUKU, Daniel. **O banquete dos deuses**. Conversa sobre a origem e a cultura brasileira. São Paulo: Global, 2009, p. 40.

³⁵⁵ Cf. MUNDURUKU, 2009, p. 40.

³⁵⁶ Essa terminologia “Terra de Vera Cruz” derivou de cunho religioso, pois creditavam que a expedição de Pedro Álvares Cabral carregava lascas da verdadeira (vera) cruz em que Cristo havia sido crucificado: “[...]os comandantes das grandes embarcações sempre tinham restos da cruz, devido à forte religiosidade dos europeus”. DICK, Maria Vicentina de Paula do Amaral. **Origens históricas da Toponímia Brasileira**.

Esse novo mundo foi alcunhado de América em homenagem a Américo Vespúcio, pois foi ele quem reconheceu que as terras descobertas não eram as Índias esperadas, mas sim terras novas³⁵⁷. Cabe lembrar que nos séculos XV e XVI não eram projetadas essas terras do novo mundo na representação cartográfica do mapa mundial, no qual somente existiam três continentes: Europa, África e Ásia. A despeito de que a preocupação em nomear América como continente era setorizada, de paradigma europeu presente nos séculos XV e XVII, houve reconhecimento às terras da América do Sul.

Considerando que Colombo morreu acreditando que tinha chegado à Ásia³⁵⁸, o continente americano não fazia parte da visão europeia do mundo. Vespúcio percebeu algo que Colombo não havia percebido e, assim, no século XVI, desse reconhecimento adveio o batismo de, pela primeira vez, as obras cartográficas passarem a representar o continente americano.

A visão europeia a respeito dos povos do mundo formou-se a partir de Cristóvão Colombo, Américo Vespúcio, Bartolomé de Las Casas e Pedro Vaz de Caminha, especialmente. Todos eles relataram acerca dos nativos da América como sendo seres belos, fortes, livres, sem fé e sem lei³⁵⁹. Ademais, Caminha, quando reforça a nudez dos índios aqui

Disponível em: [file:///C:/Users/fran_/Downloads/69706-Texto%20do%20artigo-92653-1-10-20140109%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/fran_/Downloads/69706-Texto%20do%20artigo-92653-1-10-20140109%20(1).pdf). Acesso em: 29 mai. 2021.

³⁵⁷ Ressalta-se que, apesar de Vespúcio reconhecer a América, também repete o mesmo paradigma que Caminha relatou acerca dos índios: “[...] essa gente não tem lei, nem fê, nem rei, não obedece a ninguém, cada um é senhor de si mesmo. Vive secundam naturam e não conhece a imortalidade da alma”. CUNHA, Manuela Carneiro. **Cultura com aspas e outros ensaios**. São Paulo: Ubu editora, 2017, p. 177.

³⁵⁸ CRISTÓVAO, Fernando. O “mito” do novo mundo na literatura de viagens. **Revista USP**, São Paulo, n. 41, p. 188-197, março/maio, 1999.

³⁵⁹ CHAUI, Marilena de Souza. 500 anos: Caminhos da Memória, Trilhas do Futuro, p. 12. In: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi (org.). **Índios No Brasil**. 2. ed. Brasília: Ministério da Educação e do Desporto, 1994. Disponível em: <https://indiosnonordeste.com.br/wp-content/uploads/2015/02/Indios-no-Brasil-Luis-D.-B.-Grupioni.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021. “Conta Pero Vaz de Caminha em sua Carta a el-rei D. Manuel que na quarta-feira, dia 23 de abril de 1500, deu-se o primeiro encontro dos portugueses com os habitantes do Brasil, na região que veio a ser chamada de Porto Seguro: E o capitão mandou no batel em terra, Nicolau Coelho, para ver aquele rio. E tanto que ele começou a lá d’ir, acudiram pela praia Homens, quando dous, quando três, de maneira que quando o batel chegou à boca do rio, eram ali 18 ou 20 homens, pardos, todos nus, sem nenhuma cousa que lhes cobrisse suas vergonhas. Traziam arcos nas mãos e suas setas. Vinham todos rijos para o batel e Nicolau Coelho fez sinal que pusessem os arcos; e eles os puseram”. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 27, Souza Filho cita CAMINHA, Pêro Vaz de. Carta a el-rei dom Manuel sobre o achamento do Brasil. Introdução, atualização do texto e notas de M. Viegas Guerreiro. Lisboa. Imprensa Nacional- Casa da Moeda, 1974. p. 34-35. Os relatos de Américo Vespúcio não são diferentes de que a América era uma terra populosa, de gente bondosa e bela: “Yo he encontrado países más templados y amenos, de mayor población que cuanto conocemos. Llegué a las Antípodas, que por mi navegación es la ‘Quarta Parte’ de la tieira. Yo he descubierto el continente habitado por más multitudes de pieblos y animales que nuestra Europa, o Asia, o mismo Africa. Cristóvão Colombo também conta, em seus relatos, a generosidade dos povos da América Central. Afirma que os índios o ajudaram a desencalhar uma nau, embarcação, sem nada pedir em troca, organizados sob a chefia de um poderoso líder. Remetendo ao rei da Espanha assim escreveu: “Certifico a Vossa Alteza que em nenhuma parte de Castela se colocaria tanto cuidado em todas as coisas, a ponto de se poder dizer que não faltou sequer uma agulha que fosse... Acredito que não existia no mundo

presentes, também contrasta afirmando que os índios sequer tinham casas onde se abrigarem. “Gente bestial a ser amansada”, por quem Caminha nutriu uma evidente simpatia e a respeito de quem lança alguns apontamentos: não tem chefe ou principal, não tem nenhuma idolatria ou adoração; é como se fosse uma página em branco, tábula rasa, argila moldável; gente que, para ele, não sujeita a si mesmo a jugo nenhum: gente modesta, gente “selvagem”.³⁶⁰

É assim que foi formado o lastro de concepção em relação aos indígenas, após a colonização: traiçoeiros, pagãos, bárbaros, perigosos, imprestáveis tanto que deveriam ser escravizados, evangelizados e, quando necessário, exterminados.³⁶¹ A ideia de “bestialidade, fereza, animalidade” era comumente expressa.³⁶² Conforme escreveu José Bonifácio, em 1823: “Crê ainda hoje muita parte dos portugueses que o índio só tem figura humana, sem ser capaz de perfectibilidade”.³⁶³

Também merece destaque o paradigma lançado pelo prefeito da província de Minas Gerais que, quando questionado, em 1827, a respeito da índole dos índios Aymorés e Botocudos³⁶⁴ (habitavam nessa época o sul da Bahia, Minas Gerais e o norte do Espírito Santo), respondeu: “Permita-me Vossa Excelência refletir que de tigres só nascem tigres; de leões, leões se geram, e dos cruéis Botocudos (que devoram e bebem o sangue humano) só pode resultar prole semelhante”.³⁶⁵

Ademais, outra imagem que se vulgarizou no Brasil era a dos índios como canibais. Os canibais são, na verdade, um fantasma, uma imagem que flutuou por muito tempo no imaginário medieval, sem ter atribuição geográfica, até que Colombo os relacionou aos caribes insulares, que devoravam os pacíficos antilhanos³⁶⁶. Isso porque, quando Colombo

melhor gente e melhor terra”. Vale ressaltar que apesar desse reconhecimento, Colombo levou alguns índios a Espanha, para servirem de escravos. Cf. SOUZA FILHO, 2018, p. 29. Souza Filho cita OLIVA DE COLI, Josefina. A resistência indígena. Porto Alegre, L&PM, 1986, p. 13.

³⁶⁰ CUNHA, Manuela Carneiro. **Cultura com aspas e outros ensaios**. São Paulo: Ubu Editora, 2017, p. 176.

³⁶¹ CHAUI, Marilena de Souza. 500 anos: Caminhos da Memória, Trilhas do Futuro, p. 12. In: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi (org.). **Índios No Brasil**. 2. ed. Brasília: Ministério da Educação e do Desporto, 1994. Disponível em: <https://indiosnonordeste.com.br/wp-content/uploads/2015/02/Indios-no-Brasil-Luis-D.-B.-Grupioni.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.

³⁶² CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**. História, direitos e cidadania. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 56.

³⁶³ Cf. CUNHA, 1992, p. 56.

³⁶⁴ A terminologia “botocudos”, que seriam bravos aimorés do nordeste mineiro, foi dada de forma pejorativa pelos portugueses, pois a maioria deles usavam botoques labiais e auriculares. São pertencentes ao tronco macro-jê, de diversas filiações científicas e geográficas. LEITE, Marcelo. O resgate dos botocudos. **Revista Pesquisa Fapesp**, ed. 107, jan. 2005. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/o-resgate-dos-botocudos/>. Acesso em: 27 mai. 2021.

³⁶⁵ Cf. CUNHA, 1992, p. 57: A antropóloga Cunha ainda continua descrevendo a tese do francês Buffon a respeito da humanidade dos indígenas, “[...] que a natureza das Américas fenecia (perecia) sem chegar a seu pleno acabamento: era o continente dos animais miúdos, que não rivalizavam com os portentosos elefantes e rinocerontes africanos”.

³⁶⁶ CUNHA, Manuela Carneiro. **Cultura com aspas e outros ensaios**. São Paulo: Ubu Editora, 2017, p. 181.

aportou na América, mais precisamente nas Antilhas, encontrou a tribo da língua arawak, com as seguintes características: inocência, docilidade, ausência de crenças, tanto que, a partir dessas características, convencia os reis hispânicos acerca da facilidade de se dominarem terras tão férteis e ricas de ouro e de especiarias. No entanto, também se deparou com os Caribes, uma tribo que praticava o canibalismo nos pacíficos arawak e em outras tribos locais, numa forma de demonstração de poder.³⁶⁷

Manuela Carneiro da Cunha adverte que canibais (tribos mais localizadas no Sul do continente – caribes insulares das Antilhas) eram as tribos que comiam pessoas (carne humana), enquanto os Tupinambás, tribos brasileiras, comiam os inimigos não para saciar a fome, mas por hostilidade e grande ódio.³⁶⁸

O guerreiro das tribos Tupi, ao matarem um inimigo, de preferência quebrando a cabeça no terreiro da aldeia, ganhava prestígio, casava-se com uma mulher fértil e até conseguia uma imortalidade imediata. E a regra era a de que “Todos os homens, mulheres, velhos e crianças, além de aliados de outras aldeias, devem comer a carne do morto. Uma única exceção a essa regra era que o matador não come a sua vítima”.³⁶⁹

Ademais, por cada morte que se concretizava – notadamente no terreiro da aldeia para que fosse honrosa – o guerreiro tornava-se renomado e não acumulava apenas mulheres, mas também ia “[...] somando os nomes que toma e vai desenhando no próprio corpo um riscado que lhe estala a pele”. Esse guerreiro, também alcançava honra e privilégio póstumos, pois saberia encontrar depois de morto o lugar das almas, que poucas mulheres conseguiam alcançar.³⁷⁰

Porém, com a colonização, ressalta Manuela Carneiro da Cunha, como eufemismo envergonhado por esse choque do “Novo e Antigo Mundo”, houve a consequente exploração do povo indígena, cujos motores podem ser resumidos em dois: ganância e ambição; e essa exploração se deu em níveis tão profundos a ponto de reduzir a população dos nativos de cinco milhões, em 1500, aos quase 900 mil índios que hoje habitam o Brasil e que ainda continuam lutando para que a sua sobrevivência étnica seja possível.³⁷¹

³⁶⁷ CUNHA, Manuela Carneiro. **Cultura com aspas e outros ensaios**. São Paulo: Ubu Editora, 2017, p. 181.

³⁶⁸ Cf. CUNHA, 2017, p. 182.

³⁶⁹ Ibid., p. 182.

³⁷⁰ Ibid., p. 74.

³⁷¹ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**. História, direitos e cidadania. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 11. Verifica-se que essa quantidade do número de indígenas está de acordo com o que foi demonstrado pelo Censo Demográfico que, em 2010, revelou que 897 mil pessoas se autodeclararam indígenas. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGE. **Os indígenas no Censo Demográfico 2010 primeiras considerações com base no quesito cor ou raça**. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf. Acesso em: 12 mai. 2021.

Sartori Junior complementa que a colonização, que se mostrou um processo de assimilação muito violento, já que o mote era uma verdadeira aniquilação da alteridade física e simbólica, ocorreu por meio da exploração da mão-de-obra escrava e da catequese agressiva, com direito à declaração de guerras justas contra aqueles que não aderissem à fé cristã ou à entrega de seus territórios – hostis.³⁷²

As guerras, provocadas pela sede de aprisionar índios escravos, as guerras de conquistas, bem como as consequências nefastas dessas guerras – fome, desestruturação social e desestruturação do trabalho agrícola nos aldeamentos – foram determinantes para a dizimação dos índios.³⁷³

Ademais, a morte dos indígenas também foi provocada por epidemias de varíola, sarampo, coqueluche, catapora, tifo, difteria, peste bubônica e malária; além de outros fatores sócioeconômicos interligados, a exemplo da alta densidade nos aldeamentos e do aprovisionamento, como foi o caso das aldeias na Bahia, nas quais os índios morreram tanto das doenças (sarampo e varíola) quanto de fome: situação grave a tal ponto que os “[...] sobreviventes preferiam vender-se como escravos a morrer à míngua”.³⁷⁴

Boaventura de Sousa Santos complementa que a descoberta das Américas inaugurou esse colonialismo mercantilista que teve, como característica marcante, o genocídio e o desrespeito, acentuados pelo fato dos europeus não hesitarem em usar, abusivamente³⁷⁵, a pólvora, que conheciam por causa das guerras travadas entre Portugal e Espanha.

O objetivo era a extinção das antigas aldeias e das terras coletivas para servirem ao nacionalismo europeu etnocêntrico, no qual não havia lugar para pluralidades étnicas e culturais, de forma que os índios, fossem trabalhadores eficientes, seriam equiparados a cidadãos civilizados para servirem à Metrópole.³⁷⁶

A visão glotocêntrica dos colonizadores não logrou compreender a cultura dos índios e seu linguajar diferente, pois a cultura europeia era a ideologia dominante, o que favorecia as políticas de expropriação e escravistas. Assim, os europeus foram chegando nas terras dos ameríndios, substituindo a natureza local pela deles, devastando o solo e extraindo as

³⁷² SARTORI JUNIOR, Dailor. **Pensamento descolonial e direitos indígenas**: Uma crítica à tese do marco temporal da ocupação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 80.

³⁷³ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**. História, direitos e cidadania. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 12.

³⁷⁴ Ibid., p. 11

³⁷⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar**: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 74-75.

³⁷⁶ ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. Os índios na História do Brasil no século XIX: da invisibilidade ao protagonismo. **Revista História Hoje**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 21-39, jul./dez. 2012. Acesso em: <https://rhj.anpuh.org/RHHJ/article/view/39/0>. Acesso em: 22 jun. 2021.

riquezas: o pau-brasil e o ouro foram levados sem reservas, além da prata e do cobre,³⁷⁷ bem como o fertilizante natural guano e os produtos alimentícios a exemplo do tomate, milho e batata.

Cabe lembrar que, nos primórdios da colonização, o Reino Luso, interessado nas riquezas do Oriente (Índias), introduziu o sistema de capitanias hereditárias e, diante das potencialidades promissoras da economia açucareira no Brasil, centralizou o poder da administração em Portugal (Lisboa) para garantir os interesses portugueses na colônia.³⁷⁸

Por sua vez, a Espanha, em face do sistema político-administrativo instaurado, mantinha o domínio na Coroa de Castela, enquanto a Casa de Contratação controlava as relações comerciais entre a Metrópole e as Colônias, fiscalizando o recebimento das rendas reais, e o Conselho das Índias ditava as leis necessárias às questões coloniais ou designava os funcionários para as visitas e inspeções.³⁷⁹

Com isso, a colonização espanhola centrou – se nos metais preciosos e o sistema colonial português primou pela exploração de produtos tropicais e do pau-brasil, que passavam a ser comercializados na Europa pela Metrópole.

A respeito do valor simbólico da extração do pau-brasil, ressalta-se o que Roberto Gambini enfatiza como sendo o marco inicial da história brasileira:

O desfalque e o ataque à natureza são nossos sinais de batismo, como o é também a posse da mulher índia pelo branco invasor de cujo acasalamento resulta da protocélula do povo brasileiro; a criação de um híbrido que nunca saberá quem é, porque nem pai e nem mãe lhe servirá de espelhos ou modelos de identidade. Essa legitimação do ato de apropriar-se do bem não reconhecido como alheio, que a projeção do Paraíso instituiu na cabeça do invasor, faz com que a alma ancestral se transforme num objeto a ser apropriado ou dispensado.³⁸⁰

O fato é que o processo de colonização, seja hispânico ou luso, não se restringiu às suas instituições político-administrativas, mas compreendeu, acima de tudo, a dominação dos conquistadores em face dos indígenas e teve, como principal regime de trabalho do período colonial, a encomenda – uma forma disfarçada de escravidão.³⁸¹ Esse sistema de encomenda funcionava como uma outorga para que o conquistador proprietário ou o colono dispusesse,

³⁷⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 33.

³⁷⁸ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralidade jurídica na América luso-hispânica, p. 75-94. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Indígena: Da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 78.

³⁷⁹ Id., 1998, p. 78.

³⁸⁰ GAMBINI, Roberto. **Espelho índio: a formação da alma brasileira**. São Paulo: Axis Mundi Editora, 2000, p. 22-23.

³⁸¹ WOLKMER, 1998, p. 79.

para si, de um grupo de índios “livres” que pagariam por proteção, assistência material, como uma contraprestação por esses serviços que eram realizados em seu favor.

Além dessa encomenda, uma forma disfarçada de escravidão, como se disse acima, os índios eram caçados nas selvas e nas montanhas para servirem de escravos, literalmente; sendo treinados em cativeiros para doarem sua força de trabalho aos propósitos mercantilistas na Europa. Os colonizadores hispânicos desejavam mão de obra para as empresas coloniais com o aprisionamento cada vez maior de índios.³⁸²

Assim, no processo de colonização prevaleceram os privilégios de uma aristocracia de segmentos brancos, nascidos na Espanha e Portugal, de um lado e, do outro, a submissão de uma maioria, composta por indígenas, negros e mestiços, despossuída e explorada como mão de obra escrava.

A imposição da supremacia europeia refletiu também na distribuição de terras nas colônias, permitindo o alastramento da propriedade privada dos colonizadores em detrimento do encolhimento das áreas destinadas aos povos indígenas. Naquele período, a questão agrária caracterizou-se pela invasão de domínios indígenas e expulsão dos nativos pelos colonizadores, num sistema que perdurou até o final do século XIX, quando a propriedade indígena foi definitivamente vencida e a população indígena quase dizimada.³⁸³

Essa estrutura de colonização influenciou a cultura dos nativos, tanto pelo novo modo de viverem e de se relacionarem quanto pelas relações impostas pelas produções escravistas. A equação existente era marcada de conflito e simbiose. Convém abrir um parêntese para destacar que essa mansidão indígena e também sua revolta foram replicadas no período de escravidão africana, quando, muitas vezes, os pais embarcavam seus filhos em navios negreiros para envio voluntário à terra prometida. Todavia, permanecia o mesmo sistema de dominação já praticado: por meio de falsas promessas os europeus viciavam o consentimento livre.³⁸⁴

³⁸² Esse fato pode ser consubstanciado numa declaração de um indígena da tribo Tupinambá do Maranhão em 1610 para os franceses, que também queriam estabelecer uma colônia: “Vi a chegada dos portugueses em Pernambuco e na Amazônia, e começaram eles como vós, franceses fazeis agora. De início os portugueses faziam senão traficar sem pretenderem fixar residência. Mais tarde disseram que nós devíamos acostumar a eles e que precisavam construir fortalezas, para se defenderem e cidades para morarem conosco. Mais tarde afirmaram que nem eles, e nem os padres podiam viver sem escravos para os servirem e por eles trabalharem. Mas não satisfeitos com os escravos capturados na guerra, quiseram também os filhos dos nossos e acabaram escravizando toda a nação [...]”. CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**. História, direitos e cidadania. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 15.

³⁸³ DE LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. Direitos dos povos indígenas: da nova Espanha até a modernidade, p. 219-240. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org). **Direito e Justiça na América Indígena: Da Conquista à Colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32456.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021, 1998.

³⁸⁴ THOMAS, Georg. **Política indigenista dos portugueses no Brasil**. São Paulo: Loyola, 1981, p. 35.

A economia das colônias, após a conquista dos europeus, concentrou-se em produzir os bens que eram exigidos pelas metrópoles ibéricas, tanto os materiais preciosos para a Espanha, quanto os produtos agrícolas para Portugal. Nesse contexto, o mercantilismo e a evangelização se fundiram e passaram a instrumentalizar o processo de conquista e de exploração, sem que fosse negada ou excluída a pretensão de um ou de outro.³⁸⁵

O domínio dos europeus se legitimava em razão da superioridade dos valores ocidentais e da condição de bárbaros dos indígenas, cabendo aos índios não resistirem, sob pena de ser declarada “guerra justa”³⁸⁶, antes mencionada. Para justificar tal declaração, surge um documento, nesse contexto, qual seja, o *Requerimento*, escrito por Palacio Rubios, conselheiro dos Reis Católicos em 1514³⁸⁷, que legitimava a intervenção estatal no Brasil e disciplinava que a guerra seria declarada justa, caso os indígenas não aceitassem a entrada dos conquistadores em suas terras.

A situação assim ocorreu porque a Igreja entrou nesses conflitos como terceiro autor ou, mais precisamente, como uma ordem religiosa: a dos jesuítas, mediante a concessão do padroado, um direito concedido pelos papas aos reis de Portugal para administrarem os assuntos religiosos de além-mar, com a contraprestação de evangelizar as suas colônias.³⁸⁸

Os reis tinham o direito de arrecadar dízimos, nomear bispos e párocos, organizar as comunidades religiosas, decidir onde seriam construídas as igrejas; determinar os lugares para onde seriam enviados os missionários e de pagarem os padres, com a exceção dos jesuítas, que eram independentes financeiramente, ou pelo fato de terem uma ligação direta com Roma ou em razão da política independente que adquiriram.³⁸⁹

Ressalta-se que essa terminologia “jesuíta” era dada aos padres que integravam a Companhia de Jesus fundada pelo espanhol Santo Inácio de Loyola, que conseguiu com outros idealizadores – Francisco Xavier e Alfonso Salmerón – levar adiante as missões católicas internacionais para notadamente “catequizar” os nativos; o que, na realidade, não

³⁸⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralidade jurídica na América luso-hispânica, p. 75-94. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Indígena**: Da conquista à colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

³⁸⁶ Ibid., p. 84.

³⁸⁷ Ibid., p. 84.

³⁸⁸ NAVARRO, Eduardo de Almeida. **O reino deste Mundo**: o Padroado e seus reflexos nas cartas de José de Anchieta. Teresa, [S. l.], n. 8-9, p. 238-250, 2008. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/teresa/article/view/116738>. Acesso em: 23 jun. 2021. Navarro adverte que, com os descobrimentos, as fronteiras do mundo alargaram-se imensamente e a premente necessidade de evangelização das novas terras descobertas compeliu a Igreja a recorrer ao poder dos monarcas dos Estados nacionais emergentes, viabilizando tal projeto do padroado.

³⁸⁹ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**. História, direitos e cidadania. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 17. Importante grifar que foi operando essas práticas que os jesuítas conseguiram aprender algumas das línguas nativa, como o tupi-guarani e sistematizá-las para alcançar os objetivos de catequizar.

passava de uma simulação para auxiliar no processo de aculturação desses indígenas, no sentido de erradicar os seus hábitos, como o nomadismo e seu modo de vida social para transformá-los e prepará-los aos trabalhos nos ofícios mecânicos.³⁹⁰

Isso porque a Igreja uniu seus interesses com os da Coroa para que fosse implementada uma nova visão: “domesticar” os indígenas, mediante uma “pseudo” catequização para evitar possíveis rebeliões na conquista de territórios brasileiros. Pelo processo de catequização, especialmente o dos jesuítas da Companhia de Jesus, boa parte dos indígenas acabava sendo controlada realizando diversas tarefas em prol da Igreja, minimizando-se as revoltas no processo de exploração e de colonização do território brasileiro.³⁹¹ Nesse sentido, Roberto Gambini enfatiza:

O que temos então, no plano histórico? Um processo que negou a existência dessa dimensão psíquica e que além disso operou eficazmente para destruir o que não era possível negar. Estudei esse processo analisando a correspondência dos jesuítas no século XVI para tentar entender o que a catequese dos indígenas representava psicologicamente. Ou seja: não era suficiente que os índios adotassem certos comportamentos ou repetissem certas palavras, era preciso levá-los a renegar a sua identidade de origem. Os jesuítas foram mestres nessa obra, sendo capazes de criar vergonha em corpos nus ou fazer povos profundamente religiosos admitirem que não acreditavam em nada.³⁹²

Em todas as ocasiões, os pomos da discórdia sempre foram “[...] a direção das aldeias indígenas e a autoridade para repartir os índios para o trabalho fora dos aldeamentos.³⁹³

Assim, como reação a essas ideias de exploração aos indígenas, estavam os teólogos e moralistas, Francisco de Vitória e Domingos de Sato, além de religiosos Dominicanos, Montesinos, Las Casas e Valdivieso.³⁹⁴ Dentre eles, destaca-se Francisco de Vitória, professor da Escola de Salamanca, que arguia a existência de uma lei natural comum aos pagãos e cristãos pela qual os primeiros não poderiam ser destituídos de seus direitos sob o pretexto da

³⁹⁰ DAWSON, Christopher. **A Divisão da Cristandade**. Da Reforma Protestante à Era do Iluminismo. Tradução Márcia Xavier de Brito. São Paulo: É Realizações Ed., 2014, p. 188.

³⁹¹ DORNELLES, Ederson Nadir; BRUM, Fabiano Prado de; VERONESE, Osmar. **Indígenas no Brasil (In)visibilidade Social e Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 25.

³⁹² GAMBINI, Roberto. **Espelho índio: a formação da alma brasileira**. São Paulo: Axis Mundi Editora, 2000, p. 24.

³⁹³ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**. História, direitos e cidadania. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 17.

³⁹⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralidade jurídica na América luso-hispânica, p. 84. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Indígena: Da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

infidelidade; ou seja, a recusa dos pagãos de aceitarem a Boa Nova não legitimava a guerra contra eles.³⁹⁵

Também Bartolomé de las Casas, como já afirmado alhures, destacou-se por ser contrário a toda política de colonização da Espanha, além de ser avesso ao *Requerimento* e veemente promotor dos direitos dos índios. Criticava a *encomienda* e as práticas de genocídio contra os ameríndios, amenizando seu sofrimento e libertando-os das injustiças e até da escravidão.³⁹⁶ Construiu, na teoria e na prática, mudanças de paradigmas em favor dos indígenas, como quando o rei Carlos, da Espanha, edita as Leis Novas:

Vienen a ser uma espécie de constitución política del Nuevo Mundo, que em cuarenta capítulos establece las normas básicas de la organización del Consejo de Indias y del gobierno de América – se crea um virreinato em el Perú y las Audiencias de Lima y los Confines –, proclama la libertad de los índios y suprime las encomendas y regula la forma de hacer los nuevos descubrimientos e de gratificar a los conquistadores.³⁹⁷

Contudo, as leis novas não tiveram efetividade, a partir da reação imediata dos encomendeiros, forte a ponto de Las Casas, que era Bispo de Chiapas, preferir abandonar sua diocese em virtude dessa afronta política constante, e retornar à Espanha, para se dedicar a escrever inclusive assuntos jurídicos da conquista dos indígenas, momento em que se destacam os seus debates travados com Sepúlveda em Valladolid, nos anos de 1550 e 1551.

Juan Gines de Sepúlveda afirmava que era justo e útil que os índios fossem servos, condição sancionada pela lei divina no livro dos *Provérbios*: “o tolo servirá aos sábios”, que era justa a submissão dos indígenas para que eles pudessem abandonar a barbárie e se

³⁹⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralidade jurídica na América luso-hispânica, p. 84. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Indígena**: Da conquista à colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998

³⁹⁶ Cf. WOLKMER, 1998, p. 85. Ressalta-se os números descritos por Las Casas em sua obra *Brevíssima relación de la destrucción de las Indias* do número de mortes dos indígenas pelos conquistadores: 3 milhões em Santo Domingo (República Dominicana); mais de um milhão na Nicarágua; 3 milhões em San Juan, Jamaica e Cuba; 04 milhões no México; mais de 02 milhões em Honduras; 05 milhões na Guatemala; 04 milhões no Peru [...] totalizando 24 milhões, sem contar os milhares de mortos em Quito, Reino de Granada, Popayan, Xalisco e outros. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 36. Souza Filho cita José Alcina Franch na introdução da Obra indígenista de Las Casas, edição da Alianza Editorial, Madrid, 1985, p. 52.

³⁹⁷ PIRES, Sérgio Luiz Fernandes. O aspecto jurídico da conquista da América pelos espanhóis e a inconformidade de Bartolomé de Las Casas, p. 69. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Indígena**: Da conquista à colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. Pires cita, na página 69, RANGEL, Jesus Antonio de la Torre. El uso alternativo del derecho por Bartolomé de Las Casas. Aguascalientes: Universidad Autonoma de Aguascalientes, 1991, p. 141, cuja tradução é livre pela autora: vem a ser uma espécie de constituição política do novo mundo que em quarenta capítulos estabelece as normas básicas da organização do Conselho das Índias e do governo da América, se criou um vice-reinado no Peru e as audiências de Lima e dos Confins, que corresponderia ao território da Guatemala e Nicarágua, proclama a liberdade dos índios e suprime as encomendas, e regula a forma de fazer os novos descobrimentos e de gratificar os conquistadores.

adaptarem a uma vida mais humana e ao culto da virtude. Os homens inteligentes, virtuosos e probos deveriam dominar todos aqueles que não possuísem essas virtudes³⁹⁸; por isso, caso os índios se recusem a esse império, eclodiria uma guerra justa.

Las Casas, em repúdio, critica esse posicionamento, afirmando que as escusas de pregar a fé e o evangelho aos índios foram, na realidade, usadas para matá-los, tiranizá-los e roubá-los; e que aqueles que usaram tais desculpas, na verdade, ofenderam a Deus, foram desleais a seu Rei e inimigos da nação espanhola, procurando encher o inferno de almas.³⁹⁹ Para Las Casas, o respeito à diferença deveria ser o norte para se seguir no relacionamento entre os povos; pois o universalismo teria que ser plúrimo, sem imposição de costumes de um povo sobre o outro, ainda que esses costumes fossem julgados bárbaros.⁴⁰⁰

Essas ideias tinham embasamento no Direito natural, ao qual Las Casas era adepto. Sendo esse Direito natural preexistente ao homem e de inspiração divina, ele conduz às reflexões que os grupos sociais são diversos, plúrimos e, por isso cada um deles têm a liberdade de se autorreger segundo os usos, costumes, tradições e direitos, estabelecidos segundo a sua cultura.⁴⁰¹ A partir desses valores que, sendo universais, pugnam pela liberdade de todos os povos se auto regerem, seria inviável a dominação pelas terras, por terem os índios direito sobre a terra.

Nesse entrave de ideias, Francisco de Vitória (supramencionado), que era considerado um dos teólogos e juristas mais renomados da Espanha, foi convidado a dar parecer jurídico a esse caso, sendo favorável a Las Casas, correlacionando, do legado deixado por Aristóteles, que certos homens são chefes por natureza; ou seja, aqueles que brilham pela inteligência. Isso não significa que esses homens podem tomar em mãos o governo dos

³⁹⁸ PIRES, Sérgio Luiz Fernandes. O aspecto jurídico da conquista da América pelos espanhóis e a inconformidade de Bartolomé de Las Casas, p. 70. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Indígena**: Da conquista à colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. Nas palavras de Sepúlveda: “Las costumbres religiosas de los infieles no deben tolerarse de ningún modo. Si bien fueron tolerados por la Iglesia em otros tempos, quando la multitud de los infieles era grande, pero es, ates de existir príncipes cristianos que pudesen compeler”. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 49. Souza Filho citou BARTOLOMÉ DE LAS CASAS. Obra indigenista. Madrid: Editorial Alianza, 1985, p. 202.

³⁹⁹ Ibid., p. 71. Nas palavras de Las Casas: “[...] o domínio das coisas que são inferiores ao homem do mundo, sem exclusão de fiéis e infieis, segundo a jurisprudência e disposição divinas em geral e conforme o Direito natural e das gentes em particular”. LAS CASAS, Bartolomé. **Princípios para defender a justiça dos índios**, p. 93-124. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (org.). **Textos Clássicos sobre o Direito e os Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 1992.

⁴⁰⁰ Cf. SOUZA FILHO, 2018, p. 48.

⁴⁰¹ Cf. SOUZA FILHO, 2018, p. 49. Nas palavras de Las Casas: “Cualesquiera naciones y pueblos, por infieles que sean, poseedores de tierras y de reinos independientes, en los que habitaron desde un principio, son pueblos libres y que no reconocen fuera de sí ningún superior, excepto los suyos propios, y este superior o estes superiores tienen la misma plenísima potestad y los mismos derechos del príncipe supremo em sus reinos, que los que ahora posee el emperador em su imperio”. Cf. SOUZA FILHO, 2018, p. 47. Souza Filho citou BARTOLOMÉ DE LAS CASAS. Obra indigenista. Madrid: Editorial Alianza, 1985, p. 464.

outros, sob o pretexto de serem mais sábios e assim escravizá-los e colocá-los à venda. Complementa que, ainda que alguns governantes fossem bárbaros ou tolos e obtusos, nem por isso se deveria recusar-lhes um poder verdadeiro ou considerá-los como escravos legítimos.⁴⁰²

Ato contínuo, em meados do século XVII e XVIII, quando Portugal estava interessado em ocupar a Amazônia, os jesuítas gravaram um enorme território missionário, destacando-o para o padre jesuíta Antônio Vieira e fundando a missão no Maranhão e no Pará, que tinha uma ligação com Portugal, pela primazia da administração dos índios. O padre Antônio Vieira ganhou destaque, especialmente, pela sua retórica poderosa, que deixava os adversários atônitos com os seus sermões, como a seguir se expõe.⁴⁰³

Em 1653, em São Luís, pregou os *Sermão das Tentações*, que impugnava a escravidão dos indígenas. Já no Maranhão pregou o *Sermão de Santo Antônio aos Peixes*, atacando as autoridades coloniais, usando para isso a imagem dos habitantes aquáticos, equiparando-os a estarem presos em cativeiros injustos, o que levou a ganhar inimigos na Coroa Portuguesa.⁴⁰⁴ No entanto, depois disso, Vieira foi até Portugal onde pregou o Sermão da Palavra de Deus, apontando as dificuldades na missão no Maranhão; e, mesmo tendo inimizades na Coroa, conseguiu apoio com uma Lei, de 06 de abril de 1655, que tornou os índios livres, dando primazia absoluta à Companhia de Jesus e dispondo acerca da moradia dos índios e dos missionários.⁴⁰⁵

Porém, a política indianista mudou o enfoque, não havendo vozes dissonantes quando se tratava de escravizar os índios e de ocupar as suas terras⁴⁰⁶ a partir da expulsão dos jesuítas, em 1759, pelo Marquês de Pombal, e da chegada de D. João VI no Brasil⁴⁰⁷, em

⁴⁰² PIRES, Sérgio Luiz Fernandes. O aspecto jurídico da conquista da América pelos espanhóis e a inconformidade de Bartolomé de Las Casas, p. 71-72. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Indígena**: Da conquista à colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

⁴⁰³ CARVALHO JUNIOR, Almir Diniz de. Dossiê A ordem da missão e os jogos da ação: conflitos, estratégias e armadilhas na Amazônia do século XVII. In: **Revista Tempo**, v. 19, n. 35, p. 23-41, jul./dez.2013. DOI: 10.5533/TEM-1980-542X-2013173503. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/tem/a/fwZwPBBVxLZjVHxNCZ3by8G/?lang=pt#>. Acesso em: 26 mai. 2021. Importante ressaltar que questionado acerca da possibilidade de se manter em cativeiro os índios do Maranhão, responde o padre Antônio Vieira: “[...] escravos não são porque não são tomados em guerra justa; e vassalos também não, porque assim como o espanhol ou o genovês cativo em Argel é contudo vassalo de seu rei da sua república, assim o não deixa de ser o índio, posto que forçado e cativo, como membro que é do corpo, e cabeça política de sua nação, importando igualmente para a soberania da liberdade, tanto a coroa de penas, como a de ouro, e tanto o arco como o cetro”. CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 60.

⁴⁰⁴ Cf. CARVALHO JUNIOR, 2013.

⁴⁰⁵ Cf. CARVALHO JUNIOR, 2013.

⁴⁰⁶ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**. História, direitos e cidadania. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 18.

⁴⁰⁷ Importante enfatizar que uma das medidas do rei João VI foi a elevação do Brasil a Reino Unido de Portugal, em 1815, deixando de ser “oficialmente” uma colônia, notadamente pela abertura dos portos à Inglaterra (até esse momento, somete as embarcações portuguesas podiam fazer comércio com o Brasil). Também declarou

1808. Cabe mencionar que D. João VI tornou letra morta o Alvará Régio de 1680, que determinava que a posse dos índios sobre a terra seria respeitada e havia sido ratificado pela Lei de 1755 duas legislações que são importantes; pois, apesar de não terem tido eficácia, forneceram tratamento jurídico das terras indígenas no Brasil pelo Indigenato.⁴⁰⁸

Ignorando tal legislação, o rei promulgou, entre 1808 e 1809, três Cartas Régias que estabeleciam que os territórios indígenas fossem considerados terras devolutas e poderiam ser expropriados sob a justificação de guerras justas – formas de legitimação do processo de expulsão de suas terras, com escravização dos indígenas remanescentes, que estivessem em conflito com os colonos.⁴⁰⁹

Ressalta-se, nas palavras de Ribeiro, esse contexto histórico:

O povo-nação não surge da evolução de formas anteriores de sociabilidade, em que grupos humanos se estruturam em classes opostas, mas se conjugam para atender as suas necessidades de sobrevivência e progresso. Surge, isto sim de uma concentração de uma força de trabalho escrava, recrutada para servir a propósitos mercantis alheios a ela, através de processos tão violentos de ordenação e repressão que constituíram, de fato um continuado genocídio e um etnocídio implacável.⁴¹⁰

É interessante enfatizar, também, que, dentre as mudanças do século XVIII, destacou-se o tratamento dado por José Bonifácio de Andrada e Silva – economista, ideólogo da legislação do Império, principal organizador da Independência do Brasil, com atuação destacada no processo constitucional – para a questão indígena por um viés mais amplo: a partir da proposta de Marquês de Pombal; pois, com isso, sedimentou a mestiçagem.

José Bonifácio acreditava que a integração dos índios, mediante um processo de civilização dos “índios bravos” ou bravios (que não aceitavam viver pacificamente ao lado dos portugueses), deveria acontecer por meio dos casamentos entre índios, brancos e “homens de cor”, mas agregou princípios éticos nessa ideia: os índios precisavam ser trazidos ao convívio com a nação, desde que fossem tratados com justiça e reconhecidas as violências cometidas.⁴¹¹

guerra contra as tribos Botocudos para domesticá-los à força das armas, intitulando-a como guerra justa. GOUVEA, Maria de Fátima. **O Brasil Colonial**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

⁴⁰⁸ GEDIEL, José Antônio Peres. Terras Indígenas no Brasil: o descobrimento da racionalidade jurídica, p. 106. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (org.). **Direitos dos Povos Indígenas em Disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

⁴⁰⁹ MUNDURUKU, Daniel. **O caráter educativo do movimento indígena brasileiro**. (1970-1990). São Paulo: Paulinas, 2012, p. 29.

⁴¹⁰ RIBEIRO, DARCY. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 23.

⁴¹¹ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**. História, direitos e cidadania. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 18.

Apontava ele que o ideal era usar meios brandos e persuasivos com os indígenas, mas a ideia de compra das terras dos índios, ao invés de usurpá-las diretamente, camuflava a real intenção de proteger os interesses da aristocracia rural escravagista dos quais era adepto. Influenciado por ideias iluministas, e pelo utilitarismo de Bentham, pautado no bem comum, propagava a abolição gradual da escravidão e a distribuição de terras para lavradores pobres, mas adotou medidas de resguardo à aristocracia.⁴¹²

Bonifácio consolidou suas ideias num documento chamado “Apontamentos para a civilização dos índios bravos do Império do Brasil”, que foi apresentado na Assembleia Constituinte do Império, em 1823. Apesar de não ter sido incorporado ao projeto da primeira Constituição, desse documento se extraem algumas colocações que ecoaram na solidificação das suas ideias acerca dos índios: ele, partindo da premissa que os índios estavam num estado selvático, preferia acreditar na perfectibilidade dos indígenas, pois estava versado nas ideias iluministas: “[...] o homem primitivo nem é bom, nem é mal naturalmente, é um mero autômato, cujas molas podem ser postas em ação pelo exemplo, educação e benefícios”.⁴¹³

Manuela Carneio da Cunha adverte que se esse projeto fosse aprovado, seria o etnocídio dos povos indígenas, pois previa a compra de suas terras. Também acrescenta que o critério da perfectibilidade, advindo dos iluministas, Rosseau, Blumenbach, Kant e Herder, como a pedra de toque da humanidade, “[...] trata-se do poder que tem o homem, e o homem somente, de transformar suas condições naturais de existência, de se extrair da natureza, de se impor a si mesmo suas determinações”.⁴¹⁴

Para isso, os índios precisavam ser civilizados, o que exigia que eles fossem trazidos das florestas e dos sertões para novos aldeamentos, onde seriam controlados e ressocializados. Assim, a civilização ocorreria por meio do método branco, envolvendo educação, trabalho, agricultura, comércio, convívio com os brancos e casamentos mistos, dentre outros aspectos, ressaltando-se a educação; pois, para Bonifácio, deveriam ser incentivados os métodos de interação entre índios e não índios, pelo intercâmbio econômico e cultural. É o que se vê quando ele sugere que “[...] nas grandes aldeias centrais além do ensino de ler, escrever e contar se levantarão escolas práticas de artes e ofícios”.⁴¹⁵

⁴¹² MOREIRA, Vânia Maria Losada. Do índio a guarda nacional: cidadania e direitos indígenas no Império (Vila de Itaguaí, 1822-1836). In: **Topoi**, v. 11, n. 21, p. 127-142, jul-dez 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/topoi/a/cTbBJRXdX98Mt8cNmwhvfLH/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁴¹³ Ibid., jul-dez 2010, p. 128.

⁴¹⁴ CUNHA, Manuela Carneiro. **Cultura com aspas e outros ensaios**. São Paulo: Ubu Editora, 2017, p. 153.

⁴¹⁵ Cf. MOREIRA, jul-dez 2010, p. 129.

É como Manuela Carneio da Cunha explica: “[...] as nações indígenas abandonadas a si mesmas, são como crianças que não conheceram o convívio humano: cumpre trazê-las ao comércio com as nações civilizadas, para que comunicando-se com elas, realizem plenamente a sua humanidade”.⁴¹⁶

Ela continua afirmando que essas nações indígenas, na medida em que não reconhecem nem chefes permanentes, nem leis, carecem de sociedade; então cabe ao Estado promover-lhes essa possibilidade de saírem de sua natureza bruta para formarem uma sociedade civil baseada na educação.⁴¹⁷

As medidas de Bonifácio confirmaram o não reconhecimento dos indígenas como seres humanos que viviam em sociedades, mas sim como “[...] hordas errantes, sem algum gênero de governo ou de subordinação [...]”, não sendo protagonistas da sua própria história por pertencerem a uma humanidade degenerada, corrupta e fraca⁴¹⁸; pensamento que ressoou no projeto da Constituição de 1823: com um único artigo regulamentou a criação de estabelecimentos de catequese e de civilização para os índios.⁴¹⁹

Cabe lembrar que os escravos foram excluídos da categoria de cidadãos, por serem de propriedade de alguém: “[...] senhores, os escravos não passam de habitantes do Brasil”, reverberando diferenças entre aqueles que eram brasileiros e os cidadãos. Indígenas escravos – notadamente os considerados bravos e selvagens, como os Tapuias e Botocudos – assim como os filhos dos negros, escravos que nasceram no Brasil, eram brasileiros; mas não cidadãos.⁴²⁰

A partir dessas considerações, fica de fácil compreensão o porquê na primeira Constituição outorgada, a de 1824, não haver menção explícita acerca dos índios e da civilização dos índios “bravos”, fato que aconteceu em 1845, com o Decreto nº 426,

⁴¹⁶ CUNHA, Manuela Carneiro. **Cultura com aspas e outros ensaios**. São Paulo: Ubu Editora, 2017, p. 155.

⁴¹⁷ Ibid., p. 158.

⁴¹⁸ Ibid., p. 157.

⁴¹⁹ Conforme se observa no pronunciamento do deputado Montessuna, na Assembleia de 1823, a respeito de quem fazia parte da sociedade brasileira: “[...] falamos aqui dos Súditos do Império do Brasil, únicos que gozam dos cômodos de nossa Sociedade, e sofrem seus incômodos, que têm direitos, e obrigações no Pacto Social, na Constituição do Estado. Os Índios estão fora do grêmio da nossa Sociedade, não são súditos do Império, não o reconhecem, nem por consequência suas autoridades desde a primeira até a última, vivem em guerra aberta conosco, não podem de forma alguma ter direitos, porque não têm, nem reconhecem deveres ainda os mais simples, (falo dos não domesticados) logo: como considerá-los Cidadãos Brasileiros? Como considerá-los brasileiros no sentido político? Não é minha opinião que sejam desprezados [...] Legislemos para eles; porém nesse sentido: ponhamos um capítulo próprio, e especial para isso em nossa Constituição; sigamos o exemplo dos Venezuelenses. Mas considerá-los já neste capítulo! Isto é novo!”. MOREIRA, Vânia Maria Losada. Do índio a guarda nacional: cidadania e direitos indígenas no Império (Vila de Itaguaí, 1822-1836). In: **Topoi**, v. 11, n. 21, p. 131, jul-dez 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/topoi/a/cTbBJRXdX98Mt8cNmwhvFLH/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁴²⁰ Cf. MOREIRA, jul-dez 2010, p. 131.

conhecido como “Regulamento das missões da catequese e civilização dos índios” para lidar com a tarefa desafiadora de trazer os povos indígenas para o grêmio da civilização ou núcleo da civilização para serem civilizados. A cidadania até então era restrita aos que eram livres e ativos, definidos de acordo com os critérios de renda, o que ratificava a exclusão dos indígenas.⁴²¹ E o que esperavam era que todo indígena alfabetizado se tornasse “[...] um cidadão capaz de interagir com um igual na sociedade brasileira, em latente critério de violência cultural.”⁴²²

Fernanda Sposito ratifica que a tentativa do Estado para, na primeira Constituição outorgada, definir suas políticas gerais e seus termos de cidadania, consubstanciada no silêncio de disposições específicas quanto ao direito indígena resultou em ainda mais violências, registradas no trato com os índios, pela expropriação de terras, perseguição e trabalho escravo.⁴²³

O que também conduziu à espinha dorsal do processo civilizatório é que essas medidas para, por meio da homogeneização, tornar “livre”, a população dos índios, de modo que pudessem, assim, conquistar o *status* de cidadãos, também, serviu para a aludida espoliação das terras dos aldeamentos em que eles estavam.

Isso porque, no que toca às terras, foi desenvolvida uma política indigenista no primeiro Reinado, em que D. Pedro I foi imperador. Os índios eram ou não civilizados, a depender do grau de adesão às leis do Império; e, nesse sentido, os mais integrados estavam na província do Rio de Janeiro, enquanto os Botocudos do Espírito Santo eram os selvagens.⁴²⁴

Por sua vez, os índios de Itaguaí, que pertenciam à antiga aldeia de São Francisco Xavier de Itinga, depois do esbulho sofrido, conseguiram retomar suas terras. Isso foi possível graças à intervenção da parte do administrador da Fazenda Santa Cruz e do capitão mor dos índios, que reivindicaram à rainha a possibilidade retomada, o que foi concedido desde que houvesse um pagamento do foro. Destaque-se que poderiam pagar o foro também porque

⁴²¹ MOREIRA, Vânia Maria Losada. Do índio a guarda nacional: cidadania e direitos indígenas no Império (Vila de Itaguaí, 1822-1836). In: **Topoi**, v. 11, n. 21, p. 132, jul-dez 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/topoi/a/cTbBJRXdX98Mt8cNmwhvFLH/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁴²² DORNELLES, Ederson Nadir; BRUM, Fabiano Prado de; VERONESE, Osmar. **Indígenas no Brasil (In)visibilidade Social e Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 18.

⁴²³ SPOSITO, Fernanda. **Nem cidadãos, nem brasileiros**: Indígenas na formação do Estado nacional brasileiro e conflitos na província de São Paulo (1822-1845). São Paulo: Alameda. 2012, p. 87-88..

⁴²⁴ Cf. MOREIRA, jul-dez 2010, p. 132.

foram considerados cidadãos. Assim, qualquer cidadão deveria pagar o foro para permanecer nas terras, nos termos da Constituição de 1824.⁴²⁵

Ocorre que essa imposição de pagamento do foro não tinha sentido, já que eram terras que pertenciam a eles, nada obstante os desvios na administração das terras que os colonos cometiam sobre a propriedade alheia: “[...] os colonos produziram um artifício no qual se apropriaram do direito de exercer pleno controle sobre a pessoa e propriedade dos mesmos sem que isso fosse caracterizado juridicamente como escravidão”.⁴²⁶

O que se quer afirmar é que, ainda que houvesse a vedação formal da escravidão por meio da Lei de 27 de outubro de 1831, os índios não passavam de escravos, pois não sendo reconhecidos como sujeitos de direitos, passaram a serem tutelados pelo Estado – colonos administradores – o que ceifou qualquer possibilidade de autonomia dos povos indígenas e de reivindicação individual ou coletiva da terra – qualquer possibilidade de participação dos índios na vida social.⁴²⁷

Na realidade, ao assumir a identidade étnica dos índios, o Estado também não lhes garantiu a propriedade de suas terras, mesmo sendo eles os legítimos possuidores. Grifa-se que, sem a propriedade de suas terras e com a transfiguração cultural e racial, os índios sofreram profundas alterações em sua língua, seus costumes e suas crenças, em decorrência da visão etnocêntrica marcante.⁴²⁸

Essa situação se acentuou no final do século XIX, mais notadamente em 1850, com a edição da Lei das Terras. Nesse século ocorreram várias modificações econômicas e

⁴²⁵ MOREIRA, Vânia Maria Losada. Do índio a guarda nacional: cidadania e direitos indígenas no Império (Vila de Itaguaí, 1822-1836). In: **Topoi**, v. 11, n. 21, p. 133-134, jul-dez 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/topoi/a/cTbBJRXdX98Mt8cNmwhvFLH/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 23 jun. 2021. Conta-se que o momento que os índios foram expulsos da aldeia de Itaguaí, o capitão-mor dos índios, João Pires Tavares foi recolhido por Ignácio de Andrade Souto Mayor Rendon para ser educado, por isso o ensinou a ler e a escrever. Nessa ocasião, escreveu à rainha D. Maria I reivindicando as terras da aldeia Itaguaí, cujo resultado foi positivo e os índios conseguiram as suas terras, mas sob a contraprestação de pagamento do foro.

⁴²⁶ Cf. MOREIRA, p. 134, jul-dez 2010.

⁴²⁷ GEDIEL, José Antônio Peres. Terras Indígenas no Brasil: o descobrimento da racionalidade jurídica, p. 101-124. In: CUNHA, Manuela Carneio da; BARBOSA, Samuel (org.). **Direitos dos Povos Indígenas em Disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

⁴²⁸ DORNELLES, Ederson Nadir; BRUM, Fabiano Prado de; VERONESE, Osmar. **Indígenas no Brasil (In)visibilidade Social e Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 22: Os autores grifam que: “a cultura europeizada tida como a certa, fez com que o não enquadramento nesses valores fosse visto como algo não correto, transgressor e corrupto. O discurso colonial como aparato do poder se apoiou desde o princípio, no repúdio das diferenças raciais, culturais e históricas, demonstrando toda a agressividade quanto aos diferentes, assumindo uma forma de governabilidade que passou a de apropriar, a dirigir e dominar o outro (diferente), em suas várias esferas de atividade”.

mundiais, advindas do sistema capitalista, provocando uma reavaliação na política da terra, que deixa de ter um *status* social e passar a ser uma valiosa mercadoria, geradora de lucro.⁴²⁹

Nesse sistema, segundo Karl Marx explica, o capitalista se apresenta como comprador da força de trabalho e o assalariado como vendedor⁴³⁰. Assim, a produção de mercadorias deixava de ser incumbência de servos e escravos, passando a ser tarefa do trabalhador, havendo uma dissociação dos meios pelos quais ele realiza o trabalho e a propriedade. Por isso, a sua manutenção passa a resultar da sua força de trabalho e não mais da terra.

2.2.3 Processo de aculturação por integracionismo

É nesse contexto de modificações do século XIX, que se assistiu à segunda dimensão do paradigma da aculturação, o integracionismo; ou seja, mesmo após a independência brasileira, é nesse período, notadamente após a República, com a formação oligárquica do Estado brasileiro e com o cientificismo, que a humanidade dos índios é questionada para ratificação da sua posição subalterna em face dos possuidores de propriedade e do capital, que detinham o monopólio do mercado: “[...] os índios estariam num estágio de transição que desapareceria na medida que as comunidades indígenas fossem incorporadas de maneira gradual e harmônica à sociedade nacional.”⁴³¹

Carneio da Cunha complementa que o cientificismo do século XIX estava preocupado para analisar até onde alcançaria os limites do humano: “Blumenbach, um dos fundadores da antropologia física, por exemplo, analisa um crânio do Botocudo e classifica a meio caminho entre o orangotango e o homem”.⁴³²

Ficou evidenciado que essas ideologias dominantes, pelas quais era imperioso vender a força de trabalho, estavam presentes na Constituição de 1824, da seguinte forma: “[...] é garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem público legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle previamente indenmisado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta única excepção, e

⁴²⁹ GADELHA, Regina Maria d'Aquino Fonseca. A Lei de Terras (1850) e a Abolição da Escravidão Capitalismo e Força de Trabalho no Brasil do Século XIX. In: **Revista História**, São Paulo, 120, p. 153-162, jan./jul. 1989. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/18599/20662>. Acesso em: 12 jun. 2021.

⁴³⁰ MARX, Karl. **O Capital**. Rio de Janeiro; Civilização Brasileira, 1968, p. 829-830.

⁴³¹ SARTORI JUNIOR, Dailor. **Pensamento descolonial e direitos indígenas**: Uma crítica à tese do marco temporal da ocupação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 82.

⁴³² CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**. História, direitos e cidadania. São Paulo: Companhia das Letras, 199, p. 58.

dará as regras para se determinar a indenização". Esse era o teor do artigo 179, XXII, em razão do qual foi editada a Lei de Terras, vinte e seis anos depois, pela Assembleia Nacional do Império. Assim, a instituição da propriedade privada estava na Constituição outorgada e, posteriormente a Lei de Terras a consagrou.⁴³³

Essa ausência, durante tanto tempo, de legislação para a concessão de terras aos colonos interessados, deu-se em razão da extinção do regime de sesmarias, em 17 de julho de 1822, e da independência do Brasil.⁴³⁴ É importante enfatizar que esse regime de sesmarias adveio das Ordenações Filipinas, num contexto histórico em que não havia compilação de códigos para se administrar a justiça e, assim, os costumes locais eram validados pelo Foral, uma carta que os monarcas concediam às terras que, contendo as leis municipais de uma cidade, de um conselho ou julgado, fixava os seus direitos e privilégios e regulava o modo de se administrar e pagar os tributos.⁴³⁵

Cabe lembrar, que o Direito Romano era a fonte do Direito comum na Europa e, além dele, havia as leis esparsas, cartas régias e alvarás, que eram denominados de Ordenações. No reinado de D. Afonso I, em 1446 foi realizada uma compilação de forma clara e metódica, dessas leis e cartas e desses alvarás e textos que ficou conhecida como Ordenações Afonsinas⁴³⁶. Essa compilação foi reformada por Felipe II, rei de Portugal, ficando conhecida como Ordenações Filipinas, o cerne do Direito Civil Português.⁴³⁷

Pois bem, a partir da publicação das Ordenações Filipinas, também foram incorporados à referida compilação Forais de concessão das sesmarias que se tratavam de terrenos incultos ou abandonados, entregues pela monarquia portuguesa às pessoas (os senhores das terras) que iriam colonizá-los dentro de um período específico, com o objetivo de fomentar a agricultura e a produção de gado.⁴³⁸

⁴³³ ALBUQUERQUE, Manoel Maurício de. **Pequena História da Formação Social Brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986, p. 314.

⁴³⁴ CALLAGE, Carlos. **Função Social da Propriedade (CF, art. 5º, XXIII):** dever imposto ao proprietário. Tese apresentada no XXIV Congresso Nacional de Procuradores do Estado. Campos do Jordão - 30 de agosto a 3 de setembro de 1998. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/Congresso/ztese16.htm>. Acesso em: 12 jun. 2021

⁴³⁵ ROCHA, Olavo Acyr de Lima. As Ordenações Filipinas e o Direito Agrário. In: **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, v. 95, p. 33-55, 2000. Disponível em: <file:///D:/Meus%20Documentos/Downloads/67455-Texto%20do%20artigo-88875-1-10-20131125.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2021.

⁴³⁶ Cf. ROCHA, 2000, p. 33-55.

⁴³⁷ Cf. ROCHA, 2000, p. 33-55.

⁴³⁸ Pelo conceito atribuído pelas Ordenações Filipinas: "[...] sesmarias são propriamente as dadas de terras, casaes ou pardieiros, que foram, ou são de alguns senhorios, e que já em outro tempo foram lavradas e aproveitadas, e agora o não são". Leia-se *casaes*: casas ou oficinas rústicas entre terras de granjeio (terras para o cultivo); pequeno pedaço de terra próximo, mas não anexo à habitação do respectivo dono. E *pardieiros*: casas em ruínas, edifícios velhos. Prescreve ela, ainda: "As quais terras e os bens assim danificados e destruídos podem e devem ser dados de Sesmarias, pelos sesmeiros, que para isto foram

Essa ideia de concessão das terras foi implementada no Brasil pela Coroa portuguesa, que adotou o sistema de capitanias hereditárias dividindo a América em quinze porções de terras, com o afã de ocupar terras sem se onerar, uma vez que todos os gastos ficavam a cargo dos donatários, (encarregados de administrar essas porções de terras): pessoas que tinham boa relação com a Coroa portuguesa e passavam a explorar a terra (pertencente ao rei de Portugal) por meio da Carta de Doação.⁴³⁹

Assim, cabia aos donatários a administração das terras e eles poderiam, conforme os seus interesses, cobrar impostos e distribuir as terras, que seriam as sesmarias. Para receber a sesmaria, havia a exigência de ser cristão e o dever de torná-la produtiva dentro de cinco anos, além de pagar todos os impostos à Coroa.⁴⁴⁰

Pelo fato de muitos senhores das terras não cumprirem essas exigências feitas pela concessão, furtando-se das suas obrigações, não mais houve concessão e as sesmarias foram extintas. Por isso, foi elaborada a Lei de Terras em 1850 para regulamentar a situação fundiária, tratando acerca da propriedade privada e estabelecendo quais seriam as terras devolutas, a partir do seguinte teor:

Dispõe sobre as terras devolutas no Império, e acerca das quais são possuídas por título de sesmaria sem preenchimento das condições legais, bem como por simples título de posse mansa e pacífica e, determina que medidas e demarcadas as primeiras, sejam elas cedidas a título oneroso, assim para as empresas particulares, como para o estabelecimento de colônias de nacionais e de estrangeiros, autorizado o Governo a promover a colonização estrangeira na forma que se declara.

Artigo 1º- Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra.

Excetuam-se as terras situadas nos limites do Império com países estrangeiros em uma zona de 10 léguas, os quais poderão ser cedidas gratuitamente.⁴⁴¹

Ademais, também dispunha, nos parágrafos do seu artigo 3º, acerca das terras devolutas:

ordenados. E a nós somente pertence dar os ditos sesmeiros, e os por nos lugares onde houver terras ou bens de raiz de que sesmaria se devam dar. E as terras onde se as Sesmarias houverem de dar, forem foreiras ou tributárias a nós ou à Coroa de nossos Reynos, que se os foros e tributos arrecadem para nós, quer para outrem, a que os tenhamos dado, costumamos dar por sesmeiros os nossos Almojarifes dos lugares ou Almojarifados onde os tais bens ou terras estão”. ROCHA, Olavo Acyr de Lima. As Ordenações Filipinas e o Direito Agrário. In: **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, v. 95, p. 33-55, 2000. Disponível em: file:///D:/Meus%20Documentos/Downloads/67455-Texto%20do%20artigo-88875-1-10-20131125.pdf. Acesso em: 04 jun. 2021

⁴³⁹ Cf. ROCHA, 2000, p. 33-35.

⁴⁴⁰ Cf. ROCHA, 2000, p. 33-35.

⁴⁴¹ GEDIEL, José Antônio Peres. Terras Indígenas no Brasil: o descobrimento da racionalidade jurídica, p. 101-124. In: CUNHA, Manuela Carneio da; BARBOSA, Samuel (org.). **Direitos dos Povos Indígenas em Disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

§ 1º As que não se acharem aplicadas a algum uso público nacional, provincial, ou municipal; § 2º As que não se acharem no domínio particular por qualquer título legítimo, nem forem havidas por sesmarias e outras concessões do Governo Geral ou Provincial, não incursas em comisso por falta de cumprimento das condições de medição, confirmação e cultura; § 3º As que não se acharem dadas por sesmarias ou outras concessões do Governo, que, apesar de incursas em comisso, forem revalidadas por esta Lei; § 4º As que não se acharem ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em título legal, forem legitimadas por esta Lei.⁴⁴²

Dessa forma, por exclusão, as terras de propriedade privada seriam: as que fossem de domínio particular, sob qualquer título, bem como as havidas por sesmarias ou outras concessões do governo, dentre as quais se incluíam as terras ocupadas pelos índios, nos termos do Alvará Régio de 1680, das quais D. Pedro, príncipe de Portugal e de Alagaves, determinou que os “[...] gentios melhor se conservem nas aldeias”.⁴⁴³

Porém, o contexto histórico era de produção de café e de expansão das lavouras, com a economia do país em desenvolvimento, havendo grande preocupação com a participação dos imigrantes para trabalharem nas lavouras, de forma que o uso das terras pelos imigrantes não poderia ser dificultado pelos indígenas. Por isso, em prol de uma colonização produtiva sendo com isso reduzido o espaço em que os indígenas se encontravam:⁴⁴⁴

Grandes porções de terra indígena foram transferidas para as propriedades das províncias ou de particulares. A lei 601 de 18 de setembro de 1950, tinha como objetivo regulamentar amplamente pela primeira vez, a questão das terras nas regiões sem dono ou não utilizadas. Conforme as regulamentações da lei, o registro da propriedade poderia ser realizado em condições de solo irregulares.⁴⁴⁵

Se, por um lado, terras para a colonização dos indígenas com a Lei das Terras, notadamente em seu artigo 12, estipulava que fossem reservadas dentre as terras devolutas; por outro, as províncias poderiam desfazer aldeias, sob a alegação hipotética de ausência de

⁴⁴² GALVÃO, Ilmar. **Terras Indígenas**: Doutrina do STJ, edição comemorativa, 15 anos. Disponível em: file:///C:/Users/fran_/Downloads/3687-13847-1-PB.pdf. Acesso em: 07 jun. 2021.

⁴⁴³ Seguem os termos do Alvará: "Hei por bem, que sejam senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas se lhes fazer moléstia. E o Governador... assignará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para nelles lavrarem e cultivarem; e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, ainda que estejam dadas em sesmarias a pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero se entenda ser reservado o prejuízo e direito dos Índios, primários e naturaes senhores delas. "[...] sustentando-se os Índios, a cujo favor se fizerem as ditas demarcações, no inteiro domínio e pacifica posse das terras, que se lhes adjudicarem para gozarem dellas per si e todos seus herdeiros". GALVÃO, Ilmar. **Terras Indígenas**: Doutrina do STJ, edição comemorativa, 15 anos. Disponível em: file:///C:/Users/fran_/Downloads/3687-13847-1-PB.pdf. Acesso em: 07 jun. 2021.

⁴⁴⁴ DORNELLES, Ederson Nadir; BRUM, Fabiano Prado de; VERONESE, Osmar. **Indígenas no Brasil (In)visibilidade Social e Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 25.

⁴⁴⁵ DORNELLES, op. Cit., p. 26.

índios no local, pois tinham autonomia para resolução de questões indígenas. Com base nessa autonomia, em outubro de 1850, o governo mandou sequestrar e incorporar, aos próprios nacionais e como devolutas, todas as terras concedidas aos índios que estivessem desocupadas, o que levou a populações indígenas serem expulsas e diversas terras suas serem tomadas ⁴⁴⁶.

Manuela Carneio da Cunha leciona que, logo após a promulgação da Lei das Terras, o governo inaugurou uma política de identificação de não indígenas que agiam para despojar as aldeias de suas terras e complementa explicando que não se tratava de aldeias abandonadas, mas sobretudo do modo de viver de determinados indígenas. E a autora exemplifica com o que ocorreu no Ceará, onde, para o apoderamento de terras, indígenas negou-se a existência de índios identificáveis na aldeia, o que levou à extinção de muitos aldeamentos. ⁴⁴⁷

Cumprir ressaltar que, quanto às terras devolutas, a Lei de Terras não declarou as terras indígenas como terras devolutas; mas, antes e ao contrário, tratou de reservar terras devolutas do Império para formar aldeamentos indígenas. ⁴⁴⁸

Cumprir também anotar que, quatro anos depois da promulgação da Lei de Terras, o Decreto nº 1318, de janeiro de 1854, em seus artigos 72 e 75, estabeleceu que as terras reservadas à colonização e aos aldeamentos dos indígenas arredios à catequese e à civilização (hordas selvagens) eram devolutas, e que tais índios somente teriam o gozo das terras, se o Imperador entendesse que eles não representavam mais ameaça ao progresso. ⁴⁴⁹

Com isso, os índios das aldeias, catequizados e “civilizados”, tinham possibilidades para continuarem reivindicando, com base legal, os direitos que lhes haviam sido garantidos, baseando-se na definição quanto à identidade indígena. Ser, ou não, índio, desembocava, ou não, em perda de direitos, sobretudo às terras coletivas; razão pela qual as disputas e controvérsias nesse sentido tornaram-se ainda mais acentuadas no decorrer do século XIX; e continuaram se reforçando até os dias atuais, nos processos de etnogênese, resultando no

⁴⁴⁶ GALVÃO, Ilmar. **Terras Indígenas**: Doutrina do STJ, edição comemorativa, 15 anos. Disponível em: file:///C:/Users/fran_/Downloads/3687-13847-1-PB.pdf. Acesso em: 07 jun. 2021.

⁴⁴⁷ A autora continua afirmando que: “Durante cerca de quinze anos, extinguem-se vários aldeamentos no Ceará, em Pernambuco, na Paraíba. Extingue-se a própria Diretoria Geral de Índios de Sergipe (6/4/1853), por alegada ausência de quaisquer índios, menos de dez anos após ter sido nomeado um diretor-geral para todas as aldeias da província (18/3/1844)! Em 1854, quando o governo central exige um arrolamento dos índios e do patrimônio das aldeias (Alvará de 18/12/1854), está em pleno curso o processo de sua extinção”. CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**. História, direitos e cidadania. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 77-78.

⁴⁴⁸ GOMES, Daniela. **O Direito Indígena ao Solo**: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 50.

⁴⁴⁹ GOMES, op. Cit., p. 51.

desaparecimento de muitos povos indígenas, com etnias diferenciadas, conforme será abordado no próximo tópico.⁴⁵⁰

Importante mencionar a tese formulada, em 1912, pelo jurista João Mendes Junior, creditando que o Indigenato (posse aborígene) não tinha sido inaugurado com a Lei de Terras, mas sim com o supramencionado Alvará Régio, de 1680, de tal sorte que, para ele, as terras dos índios não podiam ser tidas como devolutas e, portanto, não necessitavam, de disposição na Lei de Terras para ter a legitimação: “O título dos índios sobre suas terras é um título originário, que decorre do simples fato de serem índios: esse título do Indigenato, o mais fundamental de todos, não exige legitimação”.⁴⁵¹

No entanto, ainda que se entendesse que as terras indígenas continuavam sob o regime do Indigenato, que era baseado na ocupação ou posse indígena, independente de titulação, a Lei de Terras regulamentava a propriedade e não a posse dos indígenas, o que levou ainda mais, ao enfraquecimento desses povos; pois, como não eram proprietários, mas sim detinham a posse, jamais poderiam obter direito de propriedade.⁴⁵²

Assim, apesar do Indigenato, foi inequívoca a expropriação da soberania indígena no decorrer da história, o que se segue ainda mais com a proclamação da República em 1889, notadamente com a Constituição Republicana de 1891, que não reconhece qualquer direito aos ameríndios⁴⁵³ e dispunha, em seu artigo 64: “[...] pertencem aos Estados as minas e terras devolutas situadas nos respectivos territórios, cabendo à União somente a porção do território que for indispensável à defesa das fronteiras.”⁴⁵⁴

A respeito da disposição desse artigo, o ex-ministro do STF, Ilmar Galvão, ressalta que não há menção expressa que caberia, aos Estados, os aldeamentos indígenas que não se encontravam extintos e que, por isso, pertenciam aos indígenas; nem tampouco há referência

⁴⁵⁰ ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. Os índios na História do Brasil no século XIX: da invisibilidade ao protagonismo. **Revista História Hoje**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 21-39, jul./dez. 2012. Acesso em: <https://rhhj.anpuh.org/RHHJ/article/view/39/0>. Acesso em: 22 jun. 2021.

⁴⁵¹ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**. História, direitos e cidadania. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 70. E ainda complementa nos dizeres de João Mendes Junior: “[...] quer da letra, quer do espírito da Lei de 1850, se verifica que essa lei nem mesmo considera devolutas as terras possuídas por hordas selvagens estáveis: essas terras são tão particulares como as possuídas por ocupação legítima, isto é, originalmente legitimadas de devolução, nos expressos termos do Alvará de 1º de abril de 1680, que as reservas até na concessão das sesmarias, não há (neste caso) posse a legitimar, há domínio a reconhecer”. CUNHA, Manuela Carneiro da. Terra Indígena: história da doutrina e da legislação, p. 281-317. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (org.). **Terra Indígena: história da doutrina e da legislação**. São Paulo: Editora Unesp, 2018. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

⁴⁵² GEDIEL, José Antônio Peres. Terras Indígenas no Brasil: o descobrimento da racionalidade jurídica, p. 101-124. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (org.). **Direitos dos Povos Indígenas em Disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

⁴⁵³ GOMES, Daniela. **O Direito Indígena ao Solo**: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

⁴⁵⁴ GALVÃO, Ilmar. **Terras Indígenas**: Doutrina do STJ, edição comemorativa, 15 anos. Disponível em: file:///C:/Users/fran_/Downloads/3687-13847-1-PB.pdf. Acesso em: 07 jun. 2021.

de que terras públicas, pertencentes às reservas indígenas, fossem dos Estados; pois, continuavam pertencendo à União, afetadas ao usufruto dos indígenas.⁴⁵⁵

Essa advertência é relevante porque houve uma visão equivocada de que as terras indígenas eram devolutas e que pertenciam aos Estados, quando, na verdade, para os Estados, tinham sido entregues as terras das aldeias extintas que eram das províncias. Carneiro da Cunha enfatiza que: “[...] na realidade o que passou para os Estados foram as terras devolutas (artigo 64, da Constituição de 1891), entre as quais as terras dos aldeamentos extintos. Mas, nem as terras dos aldeamentos não extintos, nem as terras imemoriais indígenas poderiam ser devolutas”.⁴⁵⁶

Isso porque terras devolutas são aquelas que nunca foram patrimoniadas; de modo que, se, uma vez e de forma legítima, integraram o patrimônio, seja ele público ou privado, deixam de ser devolutas, haja vista que somente podem ser devolutas uma única vez. Assim, como nunca foram devolutas, sempre pertenceram aos indígenas,⁴⁵⁷ e foram, portanto, esbulhadas.

Nesse sentido Manuela Carneiro da Cunha sintetiza o contexto histórico:

[...] o processo de espoliação torna-se, quando visto na diacronia, transparente: começa-se a se concentrar em aldeamentos as chamadas hordas selvagens, liberando-se vastas áreas, sobre os quais seus títulos eram incontestes e trocando-as por limitadas terras de aldeias; ao mesmo encoraja-se o estabelecimento de estranhos em sua vizinhança concedem-se terras inalienáveis às aldeias, mas afrontam-se áreas dentro delas para o seu sustento; deportam-se aldeias e concentram-se grupos distintos, a seguir extinguem-se as aldeias sob o pretexto de que os índios se acham confundidos com a massa da população; ignora-se o dispositivo de lei que atribui aos índios a propriedade da terra das aldeias extintas e concedem-se apenas lotes dentro delas; reverterem-se as áreas restantes ao Império e depois às províncias, que as repassam aos municípios para que as venda aos foreiros ou as utilizem para a criação de novos centros da população. Cada passo é uma pequena burla e o produto final, resultante desses passos mesquinhos, é uma expropriação total”.⁴⁵⁸

No entanto, o esbulho do patrimônio indígena era tão manifesto que, ao invés dos Estados definirem, prontamente, a situação dessas terras indígenas, a fim de diferenciá-las

⁴⁵⁵ GALVÃO, Ilmar. **Terras Indígenas**: Doutrina do STJ, edição comemorativa, 15 anos. Disponível em: file:///C:/Users/fran_/Downloads/3687-13847-1-PB.pdf. Acesso em: 07 jun. 2021.

⁴⁵⁶ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 74-77.

⁴⁵⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 133-134.

⁴⁵⁸ CUNHA, Manuela Carneiro da. Terra Indígena: história da doutrina e da legislação, p. 281-317. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (org.). **Terra Indígena: história da doutrina e da legislação**. São Paulo: Editora Unesp, 2018. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 142.

daquelas cedidas pela União como devolutas, passaram a considerá-las como suas e delas usufruírem.⁴⁵⁹

Isso porque, com as elites liderando a República, cada vez mais se consolidava a moldagem do índio, forçadamente integrado à sociedade nacional. É por isso que, sob o viés do integracionismo, os índios já tinham sido fixados sob tutela do Juiz de Órfãos, órgão criado pelo Regimento dos Órfãos de 1831. Era a tutela orfanológica passando a abranger também os índios libertos do cativo da guerra, pois eram considerados rústicos, ignorantes ou vazios, teriam direito a receber inclusive o sustento para viverem. Nesse sentido, os índios que eram artesãos estavam excluídos dessa proteção, por serem, de certo modo, independentes financeiramente.⁴⁶⁰

De fato, além desse direito à proteção ao orfanato e da proteção aos bens dos índios, inclusive dos aldeados, a cargo dos juízes de Órfãos, observou-se que, após a proclamação da República, durante vinte anos, não ocorreram quaisquer avanços no que se refere à regulamentação dos direitos indígenas. Nas palavras do antropólogo Darcy Ribeiro:

[...] nos primeiros vinte anos de vida republicana nada se faz para regulamentar as relações com os índios, embora nesse mesmo período a

⁴⁵⁹ GALVÃO, Ilmar. **Terras Indígenas**: Doutrina do STJ, edição comemorativa, 15 anos. Disponível em: file:///C:/Users/fran_/Downloads/3687-13847-1-PB.pdf. Acesso em: 07 jun. 2021.

⁴⁶⁰ SARTORI JUNIOR, Dailor. **Pensamento descolonial e direitos indígenas**: Uma crítica à tese do marco temporal da ocupação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 83. Ressalta-se as considerações de Souza Filho a respeito da tutela orfanológica, que existiu desde Roma, passando pelas Ordenações do Reino: “De fato, a Lei de 1831, ao colocar os índios sob a proteção dos juízes de órfãos, referia-se àqueles libertos do cativo e não a todos os índios, e os colocava sob a guarda destes juízes que tinham, na época, atribuição de cuidar dos órfãos e prover-lhes o mantimento, vestuário, calçado e educação, até que os órfãos pudessem trabalhar. Estas atribuições estão estabelecidas diretamente nas Ordenações, que determinam ainda que ‘esta criação se pagará até o tempo, que os órfãos sejam em idade, em que possam merecer alguma coisa por seu serviço’ (Ordenações Filipinas, 1º Livro, Título 88, n. 10). Entendendo o ordenamento jurídico da época, fica claro que o desejo do legislador de 1831 era colocar aqueles índios saídos do cativo sob a proteção de uma autoridade que os encaminhasse na vida, ensinando-lhes um ofício, ou determinando que alguém o fizesse, para a sua perfeita integração na sociedade, já que não podiam imaginar que estes homens pudessem querer voltar à vida comunitária com seus parentes. Uma coisa é certa, não podiam os juízes de órfãos entregar os índios confiados à sua jurisdição a tutores ou curadores, que administrassem os seus bens, mas a empregadores ou mestres de ofício, como expressamente determina o art. 5º da Lei. De qualquer forma, o conteúdo da norma é de proteção, como de proteção era o conteúdo das Ordenações. Não há nestas leis nenhuma limitação ou restrição aos direitos das pessoas, nada autoriza o entendimento de que os índios ou índias estavam privados do pátrio poder ou qualquer outro direito individual. Todo ao contrário, a tutela das Ordenações é um privilégio, é um direito a mais que recebe o tutelado, até mesmo com garantia de sustentação financeira para viver. Outra coisa completamente diferente é a determinação da administração dos bens dos índios pelos juízes de órfãos feita pelas leis de 1833 e 42. Aqui não se trata mais de oferecer privilégios, encaminhar na vida, sustentar a pessoa do índio, mas, simplesmente, proteger os seus bens. Está claro que a legislação do início do século XIX dava duas atribuições distintas aos Juízes de órfãos: 1) cuidar da pessoa dos índios libertados do cativo gerado pelas guerras, porque a lei expressamente os colocou sob tutela orfanológica e 2) proteger os bens dos índios, aqui sim, de todos os índios, inclusive dos aldeados e não contatados. Esta dupla função dos juízes de órfãos em relação aos índios acabou por confundir-se na aplicação de tal forma que no advento da República era geral o entendimento de que todos os índios estavam protegidos, pessoas e bens, pela tutela orfanológica” SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 95-96.

abertura de ferrovias através da mata, a navegação dos rios por barcos a vapor, a travessia dos sertões por linhas telegráficas houvesse aberto muitas frentes de luta contra os índios, liquidando as últimas possibilidades de sobrevivência autônoma de diversos grupos tribais até então independentes.⁴⁶¹

De tal sorte que, o movimento que levaria à criação de um órgão oficial de proteção à população citadina advém das campanhas de imprensa, porque a difusão das chacinas contra os indígenas pelos meios de comunicação da época era um apelo ao governo para que se concretizassem medidas em prol do problema indígena, notadamente pela criação de um órgão oficial.⁴⁶² Por sua vez, também contribuíram para a criação de um órgão oficial, as conferências de um dos maiores humanistas, o general Cândido Mariano da Silva Rondon, por defender a ideia de que a proteção dos índios – de seus costumes e terras – deveria ser do Estado.⁴⁶³

Essa nova política indigenista de Rondon, inspirada no positivismo de Augusto Comte, era direcionada para a autonomia das nações indígenas, uma vez que poderiam progredir nas indústrias, tal como haviam progredido os povos andinos, egípcios e chineses. Assim, ao governo não cabia catequizar os índios, mas sim assegurar a proteção deles com ações sociais, “[...] para ampará-los em suas necessidades, defendê-los do extermínio e resguardá-los da opressão”.⁴⁶⁴

Outrossim, a Igreja que tinha a hegemonia, desde o descobrimento do Brasil, quanto ao trabalho e à proteção dos índios, perdera esse protagonismo, pela desistência da prática da catequese e pela institucionalização do positivismo em prol dos índios.⁴⁶⁵

A partir dessas orientações para o programa indigenista e do lema do Marechal Rondon “morrer se preciso for, matar, nunca”, acabou sendo criado o Serviço de Proteção aos

⁴⁶¹ RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**: A integração das populações indígenas no Brasil moderno. 7. ed. São Paulo: Global, 2017, p. 119.

⁴⁶² Ibid., p. 120. Ao contrário desse viés humanista em prol dos índios, havia outra frente que pregava a civilização dos indígenas pela força, como é o caso de Hermann Von Jhering, que pleiteava o extermínio dos indígenas, pois, para ele, não se podendo esperar nenhuma contribuição para a civilização, seriam um empecilho para a colonização das regiões do sertão que habitava, não havendo outro caminho senão o extermínio dos aborígenes. Nas palavras de Jhering: “[...] se se quiser poupar os índios por motivos humanitários é preciso que se tomem, primeiro, as providências necessárias para não mais perturbarem o progresso da colonização. Claro que todas as medidas a empregar devem calcar-se sobre esse princípio: em primeiro lugar se deve defender os brancos contra a raça vermelha. Qualquer catequese com outro fim não serve. Por que não tentar imediatamente? Se a tentativa não der resultado algum, satisfizeram-se as tendências humanitárias; então sem mais prestar ouvidos às imprecisas e ridículas de extravagantes apóstolos humanitários, proceda-se como o caso exige, isto é, exterminem-se os refratários à marcha ascendente da nossa civilização, visto como não representam elemento de trabalho e de progresso”. Ibid., p. 121.

⁴⁶³ Ibid., p. 121.

⁴⁶⁴ Ibid., p. 124.

⁴⁶⁵ DORNELLES, Ederson Nadir; BRUM, Fabiano Prado de; VERONESE, Osmar. **Índigenas no Brasil (In)visibilidade Social e Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 29.

Índios, em 1910, regulamentado pelo Decreto nº 8.072 de 20 de julho de 1910 e o órgão inaugurado em 07 de setembro daquele mesmo ano.⁴⁶⁶ Esse órgão foi inicialmente submetido ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, depois ao Ministério da Agricultura, passou ao Ministério da Indústria e Comércio; em seguida ao Ministério da Guerra; e por fim, ao Ministério da Agricultura.⁴⁶⁷

O nome completo desse órgão, que era Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), depois foi modificado para SPI, pela Lei Orçamentária nº 3454, de 06 de janeiro de 1918. Na exposição de motivos do Decreto referido, “[...] foi destacado que a República não podia assistir passivamente ao massacre dos índios e à sua submissão às condições de trabalho iguais à escravidão”.⁴⁶⁸ Essas providências ocorreram em razão da divulgação, pela imprensa, como já referido alhures, dos massacres diversos, envolvendo as tribos indígenas, sendo adotado uma política integracionista, visando passar os índios por um processo evolutivo, haja vista que a civilização representaria um estágio mais avançado.⁴⁶⁹ A intenção era que esse órgão permitisse conservar os usos, costumes e os modos de vida dos indígenas.

Manuela Carneiro da Cunha adverte que o programa indigenista bem como a imprensa auxiliaram na criação do Sistema de Proteção aos Índios (SPI), porém o fator determinante foi que o Brasil foi acusado publicamente no XVI Congresso dos Americanistas, que ocorreu na Áustria, de massacrar os indígenas.⁴⁷⁰ O SPI foi um marco significativo para o movimento indigenista, uma vez que o órgão tinha como objetivo selecionar os índios para o trabalho e reuni-los como pequenos agricultores, nos locais onde o imigrante europeu não se adaptava.⁴⁷¹

Além do que em 1916, com a publicação do Código Civil, de autoria do jurista Clóvis Beviláqua, a pessoa do índio foi considerada, nos termos do artigo 6º, IV, “[...]”

⁴⁶⁶ VILLAS BÔAS, Orlando. **Orlando Villas Bôas: histórias e causos**. 1. ed. São Paulo: FTD, 2006, p. 159. Villas Boas foi um sertanista brasileiro, continuador das ideias humanitárias de Marechal Rondon. Ao lado dos seus irmãos, Claudio e Leonardo, saíram em expedição pelo Brasil em 1941, no Brasil, na era Vargas, que planejava explorar os vazios demográficos brasileiros, numa política de expansão e ocupação de terras, o que fez com que os irmãos saíssem em expedição, conhecida com Roncador-Xingu, defendendo o progresso sem destruir a natureza e os indígenas.

⁴⁶⁷ GOMES, Daniela. **O Direito Indígena ao Solo: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 57.

⁴⁶⁸ DORNELLES, Ederson Nadir; BRUM, Fabiano Prado de; VERONESE, Osmar. **Indígenas no Brasil (In)visibilidade Social e Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 29.

⁴⁶⁹ Cf. GOMES, 2017, p. 57.

⁴⁷⁰ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 79.

⁴⁷¹ Cf. GOMES, 2017, p. 53.

relativamente capaz para a prática de atos da vida civil”, sujeitando-se, conforme o parágrafo único, ao regime tutelar e às medidas de leis e regulamentos especiais.⁴⁷²

Ressalta-se que, com essa inclusão, o direito inaugura uma ruptura com a tutela orfanológica aos índios, vigente até o Código Civil, pela qual eram tidos como seres totalmente incapazes, “[...] sujeitos à tutela de juízes de órfãos, sempre dispostos a legalizar a retirada das crianças das aldeias, a título de adoção e a ratificar as transações mais lesivas aos índios”. Em virtude dessa classificação como absolutamente incapazes, eram impossibilitados de inclusive realizarem os atos civis mais comuns e fundamentais: identificação, casamento, registro e a transmissão de propriedades”.⁴⁷³

Reforçando essa mudança de classificação quanto ao índio, Souza Filho elucida que quando o Código Civil dispõe acerca da tutela e curatela dos incapazes, relacionadas ao Direito de Família, parte especial, no Título VI, artigos 406 a 485, não traz qualquer menção aos índios, disciplinando expressamente os outros incapazes, relativa ou absolutamente.⁴⁷⁴

A despeito do Código Civil ter estabelecido essa alteração em 1916, somente em 1928, por iniciativa do SPI, foi regulamentada a capacidade civil relativa dos indígenas, por meio do Decreto nº 5.484, sendo o indígena colocado sob tutela direta do Estado, com a possibilidade de se emancipar progressivamente até a completa investidura nos direitos e deveres do cidadão brasileiro, a partir da seguinte classificação, feita pelo órgão oficial: grupos nômades, aldeados e reunidos em povoações indígenas regiam suas relações pelos costumes tribais, já os incorporados a centros agrícolas, onde viviam como civilizados, tinham assistência do SPI e quaisquer atos seus praticados sem essa assistência, perante as autoridades ou a Justiça, eram considerados nulos.⁴⁷⁵

As regulamentações dessas questões estão estabelecidas nos artigos do citado Decreto 5.484/28: 1º “[...] ficam emancipados da tutela orfanológica vigente todos os índios nascidos no território nacional, qualquer que seja o grau de civilização em que se encontrem”; 5º: “[...] a capacidade de fato, dos índios sofrerá as restrições prescritas nesta lei, enquanto não se incorporarem eles à sociedade civilizada”; e 7º: “[...] são nulos os atos praticados entre

⁴⁷² GOMES, Daniela. **O Direito Indígena ao Solo: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 57.

⁴⁷³ RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização: A integração das populações indígenas no Brasil moderno**. 7. ed. São Paulo: Global, 2017, p. 128-129.

⁴⁷⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 98-99.

⁴⁷⁵ Cf. RIBEIRO, 2017, p. 179. Para elucidar, Darcy Ribeiro exemplifica que os índios xavantes, apesar de pouco aculturados, poderiam votar, enquanto cidadãos brasileiros, desde que atendessem às exigências da lei eleitoral para a qualificação dos eleitores: serem maiores de idade e alfabetizados. Já os índios terenas que, com grande parte, eram engajados na vida urbana, encontrariam, na sua condição de alfabetizados, reservistas e eleitores, uma equiparação efetiva com a população civilizada. Cf. RIBEIRO, 2017, p. 180.

indivíduos civilizados e índios das 1º, 2º e 3º categoria (índios nômades, arranchados ou aldeados e pertencentes a populações indígenas), salvo quando estes forem representados pelo inspetor competente ou quem fizer as vezes deste”⁴⁷⁶. Ademais, nessa referida legislação protecionista de 1928, pela primeira vez estava o “[...] respeito às tribos indígenas, como povos que tinham o direito de ser eles próprios, de professar suas crenças, de viver segundo o único modo que sabiam fazê-lo: aqueles que apreenderam de seus antepassados e só lentamente podia mudar”⁴⁷⁷.

Acrescente-se que também foi regulamentada a proteção do índio em seu próprio território, de tal sorte que não mais precisariam sair de seus ambientes, nos quais se tinham criados os seus costumes e desenvolvidos os seus equipamentos de subsistência, para se deslocarem à vida sofrida, como escravos em vida famélica dos vilarejos, sob o pretexto de serem civilizados.⁴⁷⁸

Não se separariam mais pais de filhos; ou seja, não ocorreria o desmembramento das famílias em razão da falta de reflexão dos brancos acerca dos aspectos psicológicos que uniam os pais aos seus filhos, segregando estes para irem às escolas missionárias. Ocorre que, quando esses filhos retornavam dessas missões às aldeias, malgrado as qualificações educacionais recebidas, não tinham sido preparados nas técnicas e tradições tribais e, por isso, ficavam lançados à marginalidade.⁴⁷⁹

A nova legislação introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, a concepção de que as relações dos índios com a sociedade não eram mais privadas, mas sim públicas sob manto do Estado, razão pelo qual, a partir dessa abertura, a terra indígena foi destinada à posse permanente e exclusiva dos índios.

Assim, com essa nova realidade jurídica foi reconhecida à comunidade indígena a plena garantia possessória das terras que ocupavam em caráter coletivo, não sendo mais consideradas alienáveis, como condição básica de desenvolvimento e tranquilidade dos aborígenes. Além dessa questão das terras houve reconhecimento de técnicas de defesa contra epidemias, pois adquiriam maior letalidade sobre as populações indígenas; e de todos os direitos de um cidadão comum.⁴⁸⁰

⁴⁷⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2018, p.100-101.

⁴⁷⁷ RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização: A integração das populações indígenas no Brasil moderno**. 7. ed. São Paulo: Global, 2017, p. 127.

⁴⁷⁸ RIBEIRO, op. Cit., p. 128.

⁴⁷⁹ RIBEIRO, op. Cit., p. 128.

⁴⁸⁰ RIBEIRO, op. Cit., 2017, p. 128.

Além do que, o SPI reivindicava a não aplicação do Código Penal de 1940 aos crimes perpetrados pelos indígenas, sob pena de se conduzir a iniquidades. Essa questão é elucidada por Darcy Ribeiro com um caso prático de um índio tukuna, acusado de assassinar a sua mulher numa casa de “civilizados”, que foi espancado e mantido alguns dias na cadeia, enquanto se preparava o processo no qual, certamente, seria condenado pelo crime bárbaro perpetrado, que estava sendo considerado passional. No entanto, os índios eram regidos pela referida legislação protecionista, pela qual o processo somente seria conduzido se o SPI concordasse; por isso, o processo não prosseguiu e decidiram liberá-lo. Pelos estudos realizados, nesse caso, afastou-se a hipótese de crime passional, pois não se tratava de marido e mulher; descobriu-se que o assassino e a vítima eram irmãos e que, aos olhos da tribo, ele havia cumprido o seu papel, pois sua irmã tinha cometido incesto clânico (com integrantes do mesmo clã), o que representava ameaça à paz e à segurança do grupo.⁴⁸¹

Por isso, o SPI pugnava para que o órgão analisasse os fatos ante as peculiaridades do caso em concreto; e haja vista que, como o Código Penal de 1940 não fazia nenhuma menção ao índio, acarretava como consequência, o não reconhecimento explícito da sua sujeição às penas previstas. Por isso, o indígena agressor deveria ser entregue ao SPI, para puni-lo ou não, em vez de entregá-lo à justiça comum para aplicação dos dispositivos atinentes, sob pena de cometimento de arbitrariedades.⁴⁸²

Essa orientação do órgão era para amenizar as consequências advindas da criminologia etiológica que os considerava plenamente imputáveis a partir de critérios raciais e de análise superficial de seu contato interétnico; sinalizando, assim, um instrumento político etnocida de neutralização da diversidade étnica, o que se trata de uma prática social e juridicamente incorreta. Sendo equiparado ao cidadão comum, “[...] por força de um romantismo jurídico formalista”, o índio perderia as instituições assistenciais que o defendiam, recebendo em troca apenas o direito nominal de apelar para instituições comuns

⁴⁸¹ RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização**: A integração das populações indígenas no Brasil moderno. 7. ed. São Paulo: Global, 2017, p. 180-181. Ressalta Nelson Hungria que o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, de 1890, não disciplinava a responsabilidade criminal dos indígenas e no Código Penal, de 1940, também não consta a expressão silvícolas. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, 4. ed., vol. I, tomo II, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1958, p. 336. A ausência dessa expressão silvícola é pela intenção de transmitir a falsa suposição ao estrangeiro que o Brasil ainda era composto de “gentios”. Na Exposição de Motivos do Código de 1940, foram equiparados a doentes mentais, nos termos do artigo 26 do mesmo diploma legal. No entanto, como aponta Hungria (1958), caso se ateste que o índio criminoso possua o pleno conhecimento das normas, não pode se esquivar da sociedade penal apenas alegando ser índio: “RESPONSABILIDADE PENAL – Silvícola – Condição que por si só, não exclui a imputabilidade – Indígena já integrado e adaptado ao meio civilizado – Condenação mantida. A condição de silvícola, por si só, não exclui a imputabilidade, mormente se o agente é índio integrado e adaptado ao meio civilizado”.

⁴⁸² GOMES, Daniela. **O Direito Indígena ao Solo**: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 59.

que desconheciam”⁴⁸³. Aliás, essas instituições comuns, desde esse período, não conseguiam atender ao cidadão perfeitamente integrado, quiçá atenderia aos indígenas.

Destaque-se que esse viés protecionista não foi tão sentido constitucionalmente, pois a Constituição de 1934, a terceira Constituição brasileira, que inaugurou o Estado Social brasileiro, com uma nova Declaração de Direitos, trouxe apenas dois artigos que não foram suficientes para disciplinar uma inclusão integral dos Direitos Indígenas no texto constitucional”. O artigo 5º trazia que: “[...] serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária ou havidas do primeiro ocupante, que se acharem cultivadas, ou com princípio de cultura, e morada, habitual do respectivo posseiro ou de quem o represente”⁴⁸⁴ e estabelecia no inciso XIX, alínea “m”, que era de competência privativa da União legislar sobre a incorporação dos mesmos na comunidade nacional. E no artigo 129 mencionava: “[...] será vedado a posse de terras dos silvícolas que nelas se acharem permanente localizados, sendo, no entanto, vedado aliená-las”.

Assim, desde que existisse a posse e a localização permanente, a terra era do nativo por expressa disposição legal. No mesmo sentido, se encontrava a Constituição de 1937, promulgada num contexto histórico de inúmeras tentativas de golpe e de reivindicações populares, tanto que recebeu vinte e uma emendas decorrentes de conveniências do governo. Dispunha em seu artigo 154: “[...] será respeitado aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhe, no entanto, vedado aliená-las”.⁴⁸⁵ A respeito desse artigo 154, Cunha expõe que:

Os silvícolas são os primeiros ocupantes das terras em que se acham localizados em caráter permanente: não se poderia turbar essa posse mansa e pacífica, tradicionalmente mantida. Reconhece-se-lhes, pois, esse direito, como que em usufruto, desde que eles não possam alienar suas terras. Essa proibição, porém, visa somente protegê-los, porque impede que eles possam vir a ser lesados pelos compradores.⁴⁸⁶

A Constituição de 1946, nascida a partir de um movimento de repúdio ao Estado Novo, novamente assegurou aos índios a posse das terras onde se achavam permanentemente localizados, ressalvada a impossibilidade de transferência da posse e da propriedade a

⁴⁸³ GOMES, Daniela. **O Direito Indígena ao Solo: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 181.

⁴⁸⁴ DORNELLES, Ederson Nadir; BRUM, Fabiano Prado de; VERONESE, Osmar. **Indígenas no Brasil (In)visibilidade Social e Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 30.

⁴⁸⁵ DORNELLES; BRUM; VERONESE, op. Cit., p. 30.

⁴⁸⁶ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 90.

terceiros.⁴⁸⁷ Essa proibição era necessária porque no contexto histórico, como os Estados haviam concedido títulos de domínio das terras públicas ocupadas por indígenas, aqueles que queriam comprar terras para investir, adquiriram as dos aborígenes por quantias muito baixas e os expulsavam de seus territórios. É, por isso, que a disposição constitucional de 1946 determinou a permanência da posse com a vedação de transferência.⁴⁸⁸

Ressalta-se que “[...] apesar do sonho de redemocratização, dos preceitos progressistas, dos esforços de conciliação do Estado Liberal com o Estado Social”, a Constituição de 1946 não inovou em suas disposições em favor dos indígenas, mantendo a visão integracionista e a antiga preocupação com as terras.⁴⁸⁹

O que se teve dessa Constituição de 1946 e das predecessoras é que, a partir de 1934, reconheceu-se a posse imemorial dos indígenas e não uma proteção provisória, apenas assegurada enquanto existisse vulnerabilidade. “Ou seja, pela facilidade com que podem ser lesados, os índios são protegidos pela tutela, na medida em que são fundamentados na sua condição de seus primeiros donos.”⁴⁹⁰

Ato contínuo, em 1966, o Brasil promulga, por meio do Decreto nº 58.824, de 14 de julho, a Convenção nº 107, da Organização Internacional do Trabalho, adotada em Genebra desde 1957, da qual era signatário, acerca da Proteção e Integração das Populações Indígenas e outras Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes, que previa em seu artigo 11: “O direito de propriedade, coletivo ou individual, será reconhecido aos membros das populações interessadas sobre as terras que ocupam tradicionalmente.”⁴⁹¹

No entanto, apesar desse documento internacional ter sido ratificado pelo Brasil, a Constituição de 1967, que foi promulgada após algumas intervenções militares (AIs de 1964 e 1967), previu que as terras dos índios pertenciam ao patrimônio da União, dispondo no artigo 4º, IV: “[...] integram o patrimônio da União, as terras ocupadas pelos silvícolas”. Também assegurou que os índios tinham, além da posse permanente das terras que habitavam nos termos do artigo 186, o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais nelas existentes: “[...] é assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o

⁴⁸⁷ A disposição legal era: “Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se acham permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem”. DORNELLES, Ederson Nadir; BRUM, Fabiano Prado de; VERONESE, Osmar. **Indígenas no Brasil (In)visibilidade Social e Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 30.

⁴⁸⁸ GALVÃO, Ilmar. **Terras Indígenas: Doutrina do STJ, edição comemorativa, 15 anos**. Disponível em: file:///C:/Users/fran_/Downloads/3687-13847-1-PB.pdf. Acesso em: 07 jun. 2021.

⁴⁸⁹ GOMES, Daniela. **O Direito Indígena ao Solo: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 59-60.

⁴⁹⁰ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 93.

⁴⁹¹ CUNHA, op. Cit., p. 94.

seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nele existentes”.⁴⁹²

O que se tem é que, mais uma vez, o dispositivo constitucional, ao explicitar que as terras pertenciam ao patrimônio da União, impede que os Estados alienem aos “civilizados” essas terras em detrimento dos indígenas. No mesmo sentido, a Emenda Constitucional nº 01 de 1969 também determinou que as terras habitadas pelos silvícolas fossem consideradas inalienáveis, mantendo essas terras como bens da União e sob o regime de usufruto, nos termos do artigo 198: “[...] as terras ocupadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nele existentes”.⁴⁹³

Ressalta-se que os aludidos dispositivos constitucionais regulamentam não simplesmente a posse dos indígenas, mas, sobretudo, o *habitat* de um povo, integrando ao patrimônio da União as terras habitadas por eles, na qual viviam e extraíam delas os elementos necessários à sua subsistência – como uma tribo, seja ela sedentária ou não.⁴⁹⁴ É certo, portanto, que as terras indígenas, consideradas como de domínio da União, e em relação às quais os índios passaram a ser usufrutuários, desde 1937, são aquelas objeto de ocupação permanente.⁴⁹⁵

Não obstante, malgrado essas disposições progressivas em favor dos índios, o contexto norteador ainda era a eliminação cultural dos indígenas, para “conduzi-los à urbanidade”, tanto que o órgão oficial SPI incorreu em fracasso por falta de recursos financeiros e humanos para atuar junto aos povos indígenas e, também, por ter que atuar, ante

⁴⁹² DORNELLES, Ederson Nadir; BRUM, Fabiano Prado de; VERONESE, Osmar. **Indígenas no Brasil (In)visibilidade Social e Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 30.

⁴⁹³ GALVÃO, Ilmar. **Terras Indígenas: Doutrina do STJ**, edição comemorativa, 15 anos. Disponível em: file:///C:/Users/fran_/Downloads/3687-13847-1-PB.pdf. Acesso em: 07 jun. 2021.

⁴⁹⁴ Citando parecer do ex-ministro da justiça, Miguel Reale afirma acerca dos dispositivos constitucionais de 1967 que: “[...] o que o texto constitucional tem tido em vista é exclusivamente a defesa da posse dos índios que ainda vivem à margem da civilização nacional, constituindo núcleos populacionais de cultura primitiva. Muito embora o art. 186 tenha substituído a expressão ‘posse de terras de silvícolas que nelas se acham permanentemente localizados’, por esta outra: ‘posse das terras que habitam, parece-me evidente, observa o insigne parecerista, que só integram o patrimônio da União aquelas glebas que podem ser consideradas habitadas pelos indígenas, nelas se localizando, com toda as características de uma tribo, sedentária ou não’. No mesmo sentido, também deve ser mencionado o parecer de Victor Nunes Leão (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 16.443. *In*: Revista Trimestral de Jurisprudência): “Não está envolvido, no caso, uma simples questão de direito patrimonial, mas também um problema de ordem cultural, no sentido antropológico, porque essas terras são o habitat dos remanescentes das populações indígenas do País. A permanência dessas terras em sua posse é condição de vida e de sobrevivência desses grupos, já tão dizimados pelo tratamento recebido dos civilizados e pelo abandono em que ficaram”. GALVÃO, Ilmar. **Terras Indígenas: Doutrina do STJ**, edição comemorativa, 15 anos. Disponível em: file:///C:/Users/fran_/Downloads/3687-13847-1-PB.pdf. Acesso em: 07 jun. 2021.

⁴⁹⁵ GALVÃO, Ilmar. **Terras Indígenas: Doutrina do STJ**, edição comemorativa, 15 anos. Disponível em: file:///C:/Users/fran_/Downloads/3687-13847-1-PB.pdf. Acesso em: 07 jun. 2021.

aos inúmeros embates e mortes em razão da luta pela terra, o que acarretou seu enfraquecimento político e administrativo a ponto de não conseguir mais se impor junto aos poderes políticos e econômicos em nível local.⁴⁹⁶

Em razão de denúncias da ineficiência e do mau uso dos recursos, nas reservas indígenas, optou-se por extinguir o SPI em 1966 e substituí-lo pela Fundação Nacional do Índio (Funai) criada pela Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967. A esse respeito, Souza Filho menciona que “[...] o avanço dado pela Lei de 1928, perdeu-se na corrupção da burocracia brasileira. De fato, o exercício da tutela pelo SPI acabou por ser fontes de negociatas e desmandos, tendo sido desmantelado na década de 60”, e criada a Funai em 1967”.⁴⁹⁷

Ressalta-se a repercussão causada em 1968 pelo relatório Figueiredo – que recebeu esse nome, pois foi elaborado por Jader Figueiredo – que descreveu irregularidades cometidas pelo SPI, entregando os resultados da investigação ao ministro do Interior, que os tornou público em uma entrevista coletiva no Rio de Janeiro.

A Funai surgiu no auge da política integracionista, com o papel de promover a representação e a assistência dos povos indígenas, classificados como silvícolas pelo Código Civil de 1916, com capacidade relativa. Para tanto, nasceu com recursos orçamentários suficientes, renovação dos recursos humanos, eliminação dos funcionários corrompidos do SPI e condições legais para realizar uma eficiente proteção dos direitos indígenas. Ademais foi aprovado, poucos anos depois da sua criação, o Estatuto do Índio, para validar as ações do órgão tutor, na política integracionista.

Não obstante todo esse aparato, aludida fundação era administrada por uma direção militar, que centralizou a estrutura burocrática; deixou de dar continuidade à qualificação dos recursos humanos, permitindo a ocupação de cargos inclusive por pessoas descomprometidas e despreparadas para o trabalho indígena; e tolerou a ocupação ilegal das terras ao se omitir em assegurar a posse e o usufruto exclusivo dos territórios indígenas.⁴⁹⁸

O relatório Figueiredo, publicado em junho de 1968, que foi arquivado na Funai pouco depois desapareceu e a notícia repercutiu em nível nacional e internacional: *New York Times*, *Le Monde* e *Sunday Times* escreveram acerca dos crimes cometidos contra os

⁴⁹⁶ MUNDURUKU, Daniel. **O caráter educativo do movimento indígena brasileiro**. (1970-1990). São Paulo: Paulinas, 2012, p. 33.

⁴⁹⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 102.

⁴⁹⁸ MUNDURUKU, op. Cit., p.34.

indígenas inclusive com a convivência, de agentes do SPI.⁴⁹⁹ Mas mesmo essa repercussão a nível internacional das violações contra os índios não afastou da Funai os mesmos erros cometidos pelo SPI, pois a política por ela adotada dizimou povos indígenas, afetados pelas políticas engendradas pela ditadura.⁵⁰⁰

Ademais, dependia do Ministério do Interior, situação que ensejou severas críticas, como pontua Manuela Carneiro da Cunha, pois “[...] era uma contradição flagrante colocar um órgão que devia defender os direitos dos índios sob a autoridade de um ministério cuja missão era o ‘desenvolvimento’, entendido da forma mais predatória possível”⁵⁰¹. Ora, os índios eram considerados um empecilho ao desenvolvimento, sendo que de pretensos protagonistas sempre foram considerados secundários, quando não ignorados acerca de seus problemas.

Munduruku complementa Daniel sobre as razões da ineficiência do órgão, apontando que a diminuição dos repasses financeiros e o tratamento dispensado à política indigenistas gerou a precariedade dos serviços de atenção à saúde dos povos indígenas, aumentando a situação de risco social na qual eles se encontravam.⁵⁰²

⁴⁹⁹ RESENDE, Ana Catarina Zema de. **O Relatório Figueiredo, as violações dos direitos dos povos indígenas no Brasil dos anos 1960 e a “justa memória”**. Disponível em: file:///C:/Users/fran_/Downloads/O_Relatorio_Figueiredo_as_violacoes_dos.pdf. Acesso em: 18 jun. 2021.

⁵⁰⁰ Conta-se que uma índia Cinta Larga – nome recebido por pertencer a uma tribo entre Rondônia e Mato Grosso, cujos costumes consistiam em usar um tipo de cinto e construírem malocas grandes – foi cortada ao meio depois de ver sua filha sendo morta com um tiro na cabeça. Essa imagem foi registrada e publicada pela revista *Time* e depois divulgada pela *Survival International* para evidenciar o Massacre do Paralelo 11: um dos mais horrendos episódios da história dos povos indígenas. Esse massacre ocorreu em 1963, nas proximidades do rio Aripuana, que atravessa o estado de Mato Grosso, onde a empresa Arruda, Junqueira e Cia., dirigida por Antonio Mascarenha Junqueira, extraía látex. Junqueira, para quem os índios eram empecilhos para as atividades comerciais, liderou o movimento, no qual usaram metralhadoras para o massacre. Foi então que encontraram uma mãe tapando a boca de sua filha com a mão para que não ouvissem seu choro. Após atirarem na cabeça da menina, a mãe desmaiou e os assassinos a suspenderam pelos pés, cortando seu corpo em dois. Um dos autores do crime foi preso e condenado, em 1975, a dez anos de prisão, mas logo depois foi solto. O mais paradoxal é que foi agraciado com o benefício de liberdade, mesmo tendo declarado que era bom matar os índios por serem preguiçosos e traidores. RESENDE, Ana Catarina Zema de. **O Relatório Figueiredo, as violações dos direitos dos povos indígenas no Brasil dos anos 1960 e a “justa memória”**. Disponível em: file:///C:/Users/fran_/Downloads/O_Relatorio_Figueiredo_as_violacoes_dos.pdf. Acesso em: 18 jun. 2021.

⁵⁰¹ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 97. Complementa Daniel Munduruku: “Mas como é possível que um órgão que nasceu com o propósito de integrar possa proteger? É a contradição que acompanha até hoje. Falida, mal administrada, manipulada de acordo com a vontade do poder, considerada um grande cabide de emprego, a Funai é mais um órgão que tende a desaparecer ou ser substituído por outro; quem sabe pior, quem sabe melhor”. MUNDURUKU, Daniel. **O banquete dos deuses: Conversa sobre a origem e a cultura brasileira**. São Paulo: Global, 2009., p. 287.

⁵⁰² Daniel afirma que: “[...] de modo contraditório, a legislação indigenista infraconstitucional objetiva a integração ou assimilação à comunhão nacional dos povos indígenas, sob a perspectiva de que essa suposta transição pudesse resultar em cidadãos brasileiros, destituídos de suas especificidades culturais e dos direitos delas decorrentes, e que esse processo de erosão cultural ocorreria, inexplicavelmente, de forma harmoniosa e progressiva e permitiria, simultaneamente, a preservação dessas mesmas culturas fadadas à extinção,

Como supramencionado, além da Funai, órgão oficial de proteção aos indígenas que até hoje pratica uma política só de representação e não de assistência, o governo federal também elaborou o Estatuto do Índio, Lei nº 6.001 em 1973, em plena ditadura militar e, por isso, não cuidou de muito aprofundar a tutela de Direito público. Essa é a legislação que permanece até os dias atuais⁵⁰³, a respeito da qual Souza Filho tece críticas afirmando que, ao ter determinado a aplicação dos princípios do Direito comum, andou mal o Estatuto, pois deveria ter determinado a aplicação dos princípios do Direito público, haja vista que do Direito privado era nefasto para os indígenas por ser aplicável ao Direito de Família, sem menção a eles em sua disposição.⁵⁰⁴

O Estatuto do Índio manteve a União, pessoa jurídica de Direito público, como tutor legal, com objetivo expresso no artigo 1º: “[...] integrar os índios à sociedade brasileira, assimilando-os de forma harmoniosa e progressiva”.⁵⁰⁵

Apesar de resguardar os usos e costumes e as tradições dos indígenas, e de garantir-lhes a posse permanente sobre as terras em que habitassem, bem como o usufruto exclusivo das riquezas naturais, seu contexto sempre foi de uma visão assimilacionista, conforme menciona expressamente na parte final do artigo 1º e nos termos do artigo 4º, numa comunhão nacional homogênea, o que implicava indiretamente ao indígena deixar de ser indígena⁵⁰⁶, o

segundo a concepção assimilacionista”. MUNDURUKU, Daniel. **O caráter educativo do movimento indígena brasileiro**. (1970-1990). São Paulo: Paulinas, 2012, p. 35.

⁵⁰³ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 102.

⁵⁰⁴ SOUZA FILHO, op. Cit., p. 102-103.

⁵⁰⁵ SARTORI JUNIOR, Dailor. **Pensamento descolonial e direitos indígenas**: Uma crítica à tese do marco temporal da ocupação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 85.

⁵⁰⁶ O artigo 4º do Estatuto do Índio assim disciplina: “Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura”.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 20 dez. 2021. Cf. SARTORI JUNIOR 2017, p. 85. Daniela Gomes detalha a respeito das demais disposições do Estatuto, estabelecendo em seu artigo 2º, IX, a competência da União, dos Estados e dos Municípios, bem como da Administração Pública indireta na garantia aos índios e às comunidades indígenas da posse permanente das terras que habitam; bem como descreve no artigo 13, de I a III quais são as terras indígenas e que ela não podem ser objeto de arrendamento ou qualquer negócio jurídico que venha a restringir o pleno exercício da posse direta da comunidade indígena. Também há disposições no artigo 20, parágrafos terceiro e quarto que somente haverá remoção do grupo indígena quando for desaconselhável ou impossível sua permanência em área sob intervenção, devendo ser a comunidade removida para a área equivalente à área anterior, com o devido ressarcimento. Grifa ainda, o artigo 23 que define posse permanente como sendo a ocupação efetiva da terra, que de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, o índio detém e habita e exerce atividade indispensável. No mesmo sentido, no artigo 25 reconhece-se a posse permanente das terras habitadas,

que além de ser prejudicial aos povos índios, é um contrassenso quando se sabe que a sociedade brasileira é plural desde seu início.

Os índios, em algum tempo, não necessitarão mais sequer serem chamados de índios, porque estarão integrados à sociedade nacional; então, as garantias e seus direitos estarão equiparadas às garantias e aos direitos de todos os outros cidadãos e suas terras deixarão de ser suas, para serem devolvidas ao domínio público, como terras da União.⁵⁰⁷ Como se não bastasse, o Estatuto do Índio estipulou, em seu artigo 65, o prazo para que as terras indígenas ainda não demarcadas tivessem demarcação em até 65 anos.

Esse prazo até os dias atuais não foi cumprido⁵⁰⁸, e isso ocorre porque, como na Funai falta força política, a tutela se revela falha por desembocar em conflitos, especialmente ligados aos territórios exploráveis que acabam ficando acima dos interesses e direitos dos povos indígenas. Assim, a tutela é usada como coação e substituição da vontade daqueles que deveriam ser protagonistas.⁵⁰⁹ Ademais, a tutela também pode ser cessada caso o indígena tenha 21 anos, conhecimento da língua portuguesa, habilitação para o exercício de atividade útil na comunhão nacional e razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional.⁵¹⁰

Conclui-se que o exercício dessa tutela foi eficaz durante a ditadura militar, quando os órgãos da tutela se aliaram aos da ditadura para monitorarem e perseguirem as lideranças indígenas que lutavam contra o esbulho possessório que sofriam. Por isso, o Estatuto do Índio pode ser considerado um retrocesso do ponto de vista da tutela, pois recriou a emancipação e a possibilidade de devolução das terras indígenas ao Estado, justamente quando os titulares perdem a qualidade de índios.⁵¹¹

O que se tem é que o Estado, o Direito e o Poder, por não conseguirem admitir o diferente, não conseguem traduzir proteção aos ameríndios, impondo-lhes, ao revés, a assimilação e o arbítrio, por meio de lei.

independente de sua demarcação, além da possibilidade para a União estabelecer, em qualquer parte do território nacional, áreas destinadas à posse à e ocupação pelos índios, respeitadas as restrições legais, não se confundindo com a posse imemorial do artigo 26. E, por fim, a fixação no artigo 38 que são inusucapíveis as terras indígenas, não podendo recair sobre elas a desapropriação. GOMES, Daniela. **O Direito Indígena ao Solo: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 63.

⁵⁰⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2018 p. 103.

⁵⁰⁸ GOMES, op. Cit., p. 63.

⁵⁰⁹ SOUZA FILHO, op. Cit., p. 103.

⁵¹⁰ SARTORI JUNIOR, Dailor. **Pensamento descolonial e direitos indígenas: Uma crítica à tese do marco temporal da ocupação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 85.

⁵¹¹ SOUZA FILHO, op. Cit., p. 103.

Ressaltam-se os ensinamentos de Will Kymlicka, que, buscando esse almejado reconhecimento das minorias e sua inclusão na sociedade, leciona que existem os direitos de autogoverno, pelos quais as minorias reivindicam alguma forma de autonomia política ou de jurisdição territorial, com fundamento na autodeterminação dos povos. Ocorre que, de acordo com referido filósofo, o problema está na terminologia “povos”, haja vista que esse direito não tem sido aplicado às minorias; e, por consequência, há a negação de qualquer direito de autogoverno. Também existem os direitos especiais de representação, que visam garantir a participação das minorias no processo político e, por fim, os direitos poliétnicos, que têm o objetivo de fomentar a integração das minorias na sociedade, protegendo as diferentes manifestações culturais e buscando o fim de qualquer forma de discriminação.⁵¹²

Sendo assim, os índios necessitam, para a garantia de seus direitos de autogoverno, de representação e poliétnicos, que ocorra efetiva mudança de paradigma a respeito de suas terras, sua cultura e seu modo de vida, como será enfatizado no tópico da demarcação das terras indígenas e da questão do marco temporal, corroborando o deslinde acerca do entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao não reconhecimento aos indígenas de um direito originário ao solo e quanto à necessidade de aculturação por assimilação.

2.3 Da política indianista integrativa como pretexto da assimilação cultural: do integracionismo às diferenças nos planos, internacional e nacional, a partir da Constituição de 1988

A partir da construção da história dos indígenas, que foram concebidos como aqueles que eram incapazes de acolher a alteridade e classificados pelas figuras de bárbaros, selvagens e primitivos atribuídas a eles, a categoria de índio acabou por assumir uma conotação política. Se a alteridade seria uma confirmação do outro, o que se vivenciou e se vivencia é exatamente o oposto; qual seja, a desconfirmação e a estranheza do outro.

A ideologia dominante passa a ser de uma construção coletiva social a respeito do que seria índio: “[...] a manutenção desta identidade social coletiva, por parte dos índios, passa

⁵¹² LOPES, Ana Maria D’Ávila. Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo. In: **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 45, n. 177, p. 19-29, jan./mar. 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/160330>. Acesso em: 20 jan. 2022. Lopes cita KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural*. Barcelona: Paidós, 1996.

pela manipulação de suas especificidades culturais e dos estereótipos da sociedade envolvente”.⁵¹³ O que reverbera o questionamento relevante acerca do que é ser índio.

Eduardo Viveiros de Castro inicia afirmando que índio é qualquer membro reconhecido pela comunidade indígena como tal; e comunidade indígena é aquela fundada em relação de parentesco que mantém laços histórico-culturais e sociopolíticos com as organizações sociais indígenas pré-colombianas.⁵¹⁴ Especifica Castro que as relações de parentesco incluem as de afinidade, de filiação adotiva, de parentesco religioso, mas sempre inter-relacionadas com os padrões impostos pela própria comunidade para a definição dos vínculos interpessoais.⁵¹⁵

Ademais, esclarece que os laços histórico-culturais com as organizações sociais pré-colombianas incluem os problemas atuais da implementação territorial, herdados como legado do passado em razão das determinações impostas pelos poderes coloniais ou nacionais: “[...] migrações forçadas, reduções, aldeamentos e demais medidas de assimilação e oclusão étnicas”.⁵¹⁶ Por fim, explica que a dimensão sociopolítica da comunidade indígena se refere aos discursos e práticas culturais específicos da cultura ameríndia, tida como patrimônio relevante do grupo e a decisão de ser uma comunidade diferente e autônoma para deliberar quanto à sua composição, bem como definir suas modalidades próprias de reprodução simbólica e material.⁵¹⁷

Por sua vez, Darcy Ribeiro apresenta o índio como aquela parcela da população que apresenta problemas de inadaptação à sociedade brasileira, com suas variantes, mas todos são problemas motivados pela conservação de costumes e hábitos que vincula tal população à tradição pré-colombiana.⁵¹⁸

Carneiro da Cunha explica que índio é quem pertence a uma das comunidades indígenas e é por ela reconhecido, pois “[...] só que se conserva às sociedades indígenas o direito soberano de decidir quem lhes pertence [...]” e sintetiza que “comunidades indígenas

⁵¹³ CHAUI, Marilena de Souza. 500 anos: Caminhos da Memória, Trilhas do Futuro, p. 18. In: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi (org.). **Índios No Brasil**. 2. ed. Brasília: Ministério da Educação e do Desporto, 1994. Disponível em: <https://indiosnonordeste.com.br/wp-content/uploads/2015/02/Indios-no-Brasil-Luis-D.-B.-Grupioni.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.

⁵¹⁴ CASTRO, Eduardo Viveiros de Castro. **No Brasil todo mundo é índio, exceto quem não é**. Disponível em: https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/No_Brasil_todo_mundo_%C3%A9_%C3%ADndio.pdf. Acesso em: 08 jun. 2021.

⁵¹⁵ CASTRO, op. Cit.

⁵¹⁶ CASTRO, op. Cit.

⁵¹⁷ CASTRO, op. Cit.

⁵¹⁸ RIBEIRO, Darcy. **A Política Indigenista Brasileira**. Rio de Janeiro: Ministério da agricultura; Serviço de Informação Agrícola, 1962, p. 09.

são aquelas que, tendo uma continuidade histórica com sociedades pré-colombianas, se consideram distintas da sociedade nacional”⁵¹⁹.

Índio, portanto, não é questão de arco e flecha, cocar de pena, mas sim um estado de espírito; um modo de ser; uma identidade e não uma etapa provisória até serem civilizados”. A despeito dessa identidade, o índio, até 1970, não tinha nem futuro, nem passado, tendo em vista que foi pela ideologia a partir da década 70, o índio passou a ter futuro, e, portanto, passado: “Ou seja, o interesse pelo passado dos povos indígenas, hoje, não é dissociável da percepção de que eles serão parte do nosso futuro.”⁵²⁰

O fato é que a emancipação trazida pelo Estatuto do Índio fez com que os próprios índios se alertassem a respeito de sua identidade: “[...] se eles não tomassem cuidado, iam deixar de ser índios mesmo, e rapidinho.”⁵²¹

Também o fato a ser mencionado que o Decreto de Emancipação de 1978, regulamentava os artigos 9º, 10º, 11º, 27º e 29º do aludido Estatuto, sendo que essas regulamentações eram centradas na ideia de que os índios aculturados eram emancipados e receberiam títulos individuais de propriedade que poderiam ser postos no mercado, o que significava dizer, nas entrelinhas, que as terras indígenas poderiam ser vendidas.⁵²²

Essa atitude perniciosa e autoritária, dentre outras mais do governo ditatorial, favoreceu a eclosão do movimento indígena no Brasil, que ficou conhecido nacionalmente, no qual emergiram líderes como Ailton Krenak e Mário Juruna. Essa eclosão foi sendo preparada desde 1972, quando foi criado o CIMI (Conselho Indigenista Missionário), representante da Igreja Católica, que já nasceu com essa intenção de auxiliar os indígenas na solução dos seus problemas. Criado no auge da ditadura militar, esse Conselho procurou articular as ideias dos povos indígenas para que, contrariando a plasticidade social, pudessem lutar pela garantia do direito à diversidade cultural.⁵²³

Não obstante a Comissão Pró-Índio de São Paulo (CPI), criada em 1978, para atuar junto com os povos indígenas e comunidades quilombolas do Pará, visando garantir direitos políticos, territoriais e culturais, pela valorização da minoria étnica, e a Associação Brasileira de Antropologia (ABA), fundada em 1959, com seiscentos membros, manteve-se ativa no

⁵¹⁹ CUNHA, Manuela Carneiro. **Cultura com aspas e outros ensaios**. São Paulo: Ubu Editora, 2017, p. 243.

⁵²⁰ Ibid., p. 117.

⁵²¹ CASTRO, Eduardo Viveiros de Castro. **No Brasil todo mundo é índio, exceto quem não é**. Disponível em: https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/No_Brasil_todo_mundo_%C3%A9_%C3%ADndio.pdf. Acesso em: 08 jun. 2021.

⁵²² CUNHA, op. Cit., p. 260.

⁵²³ CIMI- Conselho Indigenista Missionário. Disponível em: <https://cimi.org.br/o-cimi/#estrutura>. Acesso em: 18 jun.2021

combate às atrocidades indígenas, tanto que pela coalizão dos integrantes resultou em trabalhos frutíferos.⁵²⁴

Sublinha, nesse sentido, Lacerda:

Entre os anos de 1978 e 1980, as lutas contra os projetos do regime militar de emancipação compulsória dos índios, e de definição de “critérios de identidade étnica” acabaram representando um marco histórico no processo de articulação entre o recém-formado movimento indígena, e as forças progressistas de apoio às causas indígenas.⁵²⁵

Como se pode ver, houve um amadurecimento para que pudesse ocorrer a eclosão do movimento indígena, a partir do qual os indígenas não esperavam mais ação do órgão tutelar para demandarem contra o Estado, já que as novas lideranças passaram a ser interlocutoras das comunidades em relação ao Estado e à sociedade civil na sua luta pela plena representatividade.⁵²⁶

Relata-se que em 1980, o cacique referido Mário Juruna viajaria para o exterior para apresentar a situação do indígena brasileiro para entidades de defesa dos Direitos Humanos. No entanto, o Ministro do Interior, chefe hierárquico do presidente da Funai, ao tomar conhecimento dessa viagem, impediu o cacique, com base na tutela disciplinada pelo Estatuto do Índio, de tal sorte que ele não poderia mais sair do país. Juruna, no entanto, impetrou Mandado de Segurança no Supremo Tribunal Federal, pelo qual logrou êxito para a sua viagem.

Na década de 80, notadamente entre 1982 e 1988, identificavam-se movimentos de reformas constitucionais que valorizavam a diversidade cultural e, conseqüentemente, os direitos dos indígenas ao território.⁵²⁷ Houve também reunião de esforços entre órgãos e entidades para a prática de ações em prol dos indígenas.

Como é o caso da aliança entre antropólogos e o Ministério Público Federal, motivada pela insatisfação com a assistência que os indígenas recebiam da Funai; tendo a Procuradoria-Geral da República solicitado a ajuda da Associação Brasileira de Antropologia (ABA) para

⁵²⁴ CUNHA, Manuela Carneiro. **Cultura com aspas e outros ensaios**. São Paulo: Ubu Editora, 2017, p. 261-262.

⁵²⁵ LACERDA, Rosane Freire. **Os povos indígenas e a Constituinte: 1987/1988**. Brasília: Conselho Indigenista Missionário (Cimi), 2008, p. 30.

⁵²⁶ Grifa-se que em abril de 1974, pela primeira vez, chefes indígenas de diversas tribos reuniram-se em Diamantino, no I Encontro de Chefes Indígenas da Região de Mato Grosso e estudaram, tomaram decisões, analisaram novas propostas de defesas dos índios, sem a defesa de não índios. GOMES, Daniela. **O Direito Indígena ao Solo: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 64.

⁵²⁷ SARTORI JUNIOR, Dailor. **Pensamento descolonial e direitos indígenas: Uma crítica à tese do marco temporal da ocupação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 91.

auxiliá-la na investigação dos fatos, solidificando resultados positivos de confiança mútua que daria frutos na Constituição de 1988.⁵²⁸

O outro caso que deve ser ressaltado é o da Coordenação Nacional de Geólogos (Conage) que, visando proteger as reservas minerais brasileiras, proibiu a prospecção mineral em terras indígenas. Essa ação contou com o apoio de um projeto colaborativo do Centro Ecumênico de Documentação e Informação (CEDI) que mapeou as terras indígenas e verificou quais seriam as áreas para a prospecção mineral, notadamente na região da Amazônia, cujas terras seriam ideais para pesquisa e mineração pela grande expectativa de riquezas minerais.⁵²⁹

Assim, em matéria de política indigenista, todas as organizações indígenas tiveram um papel significativo na Assembleia Constituinte de 1987, quando se discutia a criação da nova Constituição.

Não se pode deixar de mencionar a União das Nações Indígenas (UNI), criada por indígenas estudantes da Universidade de Brasília juntamente com o Ailton Krenak, que se tornou seu líder. A UNI, que foi criada em 1980, num momento histórico de redemocratização do país, visando à mobilização dos “Povos Indígenas na Constituinte”, teve a sua contribuição, haja vista que buscava garantir uma política indigenista não mais “de cima para baixo”, mas sim com plena representatividade. Apesar de nenhum dos seus integrantes ter sido eleito para a Assembleia Constituinte de 1987, foi determinante o apoio dessa organização da sociedade civil em prol de um Programa Mínimo de Direitos Indígenas.⁵³⁰

Esse Programa Mínimo consistiu num texto em forma de capítulo para servir de base à disposição do capítulo dos Direitos Indígenas na Constituição de 1988. Os pontos controvertidos centravam no reconhecimento dos direitos territoriais; na demarcação e garantia das terras indígenas com usufruto exclusivo das mesmas; no reassentamento em condições dignas e justas dos posseiros pobres que se encontravam em terras indígenas; além do reconhecimento e respeito às organizações sociais e culturais dos povos indígenas.⁵³¹

Como referido, os integrantes da UNI não foram eleitos para a Assembleia Nacional Constituinte, posto que esse Programa Mínimo não foi encaminhado à tal Assembleia. Mas a

⁵²⁸ CUNHA, Manuela Carneiro. **Cultura com aspas e outros ensaios**. São Paulo: Ubu Editora, 2017, p. 261-262.

⁵²⁹ Ibid., p. 262.

⁵³⁰ SARTORI JUNIOR, Dailor. **Pensamento descolonial e direitos indígenas**: Uma crítica à tese do marco temporal da ocupação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 92.

⁵³¹ LOPES, Danielle Bastos. A presença do invisível na constituinte. In: **Revista de Histórias**, Goiânia, v. 22, n. 1, p. 71-87, jan./abr. 2017. Disponível em: file:///C:/Users/fran_/Downloads/45253-Texto%20do%20artigo-205089-1-10-20170906%20(1).pdf. Acesso em: 18 jun. 2021.

partir dele, foi criado o primeiro programa feito pelos índios junto à rádio dos estudantes da USP, conhecida como Rádio Cultura:

Programa de Índio era veiculado semanalmente, com 30 minutos de duração, mas dezenas de cópias eram feitas para atender a uma demanda de professores, estudiosos e indígenas. Cópias dos programas também eram solicitadas pelas aldeias que tinham participado do programa ou por aldeias que queriam conhecer a realidade de outros povos indígenas. Assim, sem que fosse o objetivo inicial do Programa de Índio, ele passou a ter um público grande de pessoas de várias etnias, promovendo uma comunicação interna ao movimento indígena.⁵³²

Assim, notadamente, a partir da UNI, a dimensão do movimento indígena; passou a ser cada vez mais divulgada em sede nacional, pois a partir das rádios, transformou-se em programas de televisão, de tal sorte que a população telespectadora conseguia assistir a um cenário diferenciado: índios realizando manifestações, filiados a candidatos, a partidos políticos para lutarem por seus direitos, desmistificando o paradigma que índio “é tudo igual e vivia na floresta” ou que índio era aquele que somente vivia nas malocas, com arcos e flechas e cocares. Enfim, mostravam-se as variedades culturais indígenas.⁵³³

Nas palavras de um dos integrantes da UNI, Álvaro Tukano, acerca da importância do órgão, apesar de não ter sido institucionalizado:

A UNI foi importante porque eu e Krenak, nós passamos a intermediar os conflitos entre os dirigentes indígenas e os coronéis, fazendeiros. E nossa vida foi de correria. Eu deixei de estudar para cuidar do Movimento Indígena, porque eu senti que essa era a minha vocação. Outros já não conseguem dirigir o movimento indígena sem salário, nem as próprias ONGs conseguem fazer. Mas fazer o movimento indígena é testar nossa capacidade de organização para articular nosso povo. E o movimento foi para buscar os líderes tradicionais, lutar contra a ditadura e fazer a nova Constituição. E hoje nós já estamos velhinhos.⁵³⁴

Ademais, a UNI acabou por participar de muitos eventos internacionais e nacionais, nos anos de 1981 a 1987, quando se dissolveu. Participou de Conferências da UNESCO, na

⁵³² PAPPIANI, Angela. Programa de Índio: criando uma ponte sonora entre as culturas. In: **Revista Novos Olhares**, São Paulo, v.1, n. 1, p. 107-118, 2012. Disponível em: <file:///D:/Meus%20Documentos/Downloads/51452-Texto%20do%20artigo-64019-1-10-20130208.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2021.

⁵³³ Nas palavras de Vilaça: “Não se sai de um ritual com o alívio da solução de um conflito de valores, mas com a certeza da existência de outros tipos de seres e com um determinado tipo de relação estabelecido entre eles; em suma, sai-se com um “novo mundo”. VILAÇA, Aparecida. De Ritos e Mundos. In: **Debates do NER**. Porto Alegre, ano 15, n. 26, p. 45-48, 2014: Pluralismo Religioso, Estado e Mística, p. 46.

⁵³⁴ Entrevista concedida à autora Danielle Bastos Lopes da Revista de História, p. 76. LOPES, Danielle Bastos. A presença do invisível na constituinte. In: **Revista de Histórias**, Goiânia, v. 22, n. 1, p. 71-87, jan./abr. 2017. Disponível em: [file:///C:/Users/fran_/Downloads/45253-Texto%20do%20artigo-205089-1-10-20170906%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/fran_/Downloads/45253-Texto%20do%20artigo-205089-1-10-20170906%20(1).pdf). Acesso em: 18 jun. 2021.

Costa Rica; da Conferência das Organizações das Nações Unidas, na Suíça; do Congresso Indígena, na Colômbia; e de um Seminário Indígena, em Lima; participações que levaram a resultados positivos, pois, além de alcançar maior visibilidade, conseguiu descobrir a existência de índios fora do Brasil: “[...]foi a partir da UNI que nós descobrimos índios no Brasil, índios fora do Brasil e fizemos uma grande articulação latino-americana”.⁵³⁵

Assim, apesar de ter sido dissolvida em 1987 porque os líderes tiveram que atender interesses específicos de suas aldeias, teve papel relevante, haja vista que fortaleceu a vontade de uma atuação política dos índios por eles próprios e não apenas por meio de entidades já conhecidas como a CIMI, ABA, CEDI, supramencionadas. E o Programa Mínimo, que não foi levado para a Assembleia Nacional Constituinte, foi substituído pela Proposta Unitária.

A partir da estruturação da Assembleia Constituinte, num contexto de anseios por transformações política, histórica e cultural, a Proposta Unitária foi elaborada no Instituto de Estudos Sócio Econômicos (INESC), em Brasília, por autoria dos índios residentes em Brasília e das entidades CEMI, ABA, Conage e CEDI, além da Coordenadoria de Terras Indígenas Desenvolvimento e da Reforma Agrária (CTI), da Procuradoria - Geral da República, sendo encaminhada à Subcomissão de Negros e Populações Indígenas, no dia 22 de abril de 1987.⁵³⁶

Os pontos de destaque da Proposta Unitária resumiam-se na formação social brasileira pluriétnica e na autorrepresentação indígena, consubstanciados em três artigos, com os respectivos parágrafos. O artigo primeiro trazia a disposição de que as terras ocupadas pelos indígenas eram inalienáveis, sendo reconhecida a sua posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas naturais do solo e do subsolo e das utilidades neles existentes. O artigo 2º dispunha que caberia à União, às comunidades indígenas, às suas organizações e ao Ministério Público, como partes legítimas, ingressarem em juízo na defesa dos índios. O artigo 3º reconhecia, aos povos indígenas, a prevalência de seus usos e costumes em relação às determinações legais e, por fim, proibia qualquer atividade extrativista de riquezas não renováveis, com exceção da garimpagem que somente era permitida se fosse exercida pelas próprias comunidades indígenas.⁵³⁷

⁵³⁵ LOPES, Danielle Bastos. A presença do invisível na constituinte. In: **Revista de Histórias**, Goiânia, v. 22, n. 1, p. 71–87, jan./abr. 2017. Disponível em: file:///C:/Users/fran_/Downloads/45253-Texto%20do%20artigo-205089-1-10-20170906%20(1).pdf. Acesso em: 18 jun. 2021.

⁵³⁶ Ressalta-se que durante o processo de elaboração Constituinte (1987-1988), a Assembleia Nacional Constituinte (ANC) foi dividida precisamente em 8 comissões e 24 subcomissões temáticas, sendo que, dentre elas, estava a Comissão da Ordem Social, na qual estava a subcomissão “Dos direitos dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias”. Ibid., jan./abr. 2017.

⁵³⁷ LACERDA, Rosane Freire. **Os povos indígenas e a Constituinte: 1987/1988**. Brasília: Conselho Indigenista Missionário (Cimi), 2008, p. 46.

Manuela Carneiro da Cunha ressalta que não era surpresa que os pontos controvertidos fossem relativos à construção de hidroelétricas em terras indígenas e à prática da mineração diante do interesse evidente e inegável das empresas privadas nessa mineração. Portanto, apesar das disposições mencionadas a respeito da proteção e do resguardo dos Direitos Indígenas, notadamente do solo e subsolo, foi engendrada uma campanha de imprensa, nas vésperas da Constituinte de 1987, contra os Direitos Indígenas, noticiando, nos principais jornais de grande circulação uma suposta conspiração internacional para elevar os preços do estanho. Transmitiram a informação falsa de que havia interesses internacionais sob um viés de proteção dos Direitos Indígenas; pois, na realidade, queriam dificultar a extração de cassiterita (óxido que constitui o principal minério do estanho) para impedir que o estanho amazônico chegasse ao mercado e os preços caíssem.⁵³⁸

Diversas foram as publicações com informações e documentos forjados que aumentaram o clamor do protagonismo indígena para as suas reivindicações. Nesse contexto, pode ser citado o discurso de Ailton Krenak, em 04 de setembro de 1987, na Assembleia Constituinte, criticando quaisquer campanhas contra os índios.⁵³⁹

No mesmo sentido, também deve ser citada a manifestação de cinquenta anciãos indígenas, de aldeias do sul do Pará, que adentraram no Congresso Nacional na data de 18 de março de 1988, fazendo com que o presidente Ulysses Guimarães, então eleito para a Assembleia Nacional Constituinte, paralisasse os trabalhos de votação em plenário para ouvi-los em protesto contra dois artigos: um que excluía, da proteção constitucional, os indígenas

⁵³⁸ CUNHA, Manuela Carneiro. **Cultura com aspas e outros ensaios**. São Paulo: Ubu Editora, 2017, p. 263.

⁵³⁹ Discurso: Eu espero não agredir com a minha manifestação o protocolo dessa Casa, mas eu acredito que os senhores não poderão ficar omissos, alheios a mais essa agressão movida pelo poder econômico, pela ganância, ignorância do que significa ser um povo indígena: tem um jeito de pensar, de viver, tem condições fundamentais para a sua existência, para manifestação de sua tradição, de sua vida, de sua cultura, que não colocam em risco e nunca colocaram a existência sequer dos animais que vivem ao redor das áreas indígenas, quicá dos outros seres humanos. Os senhores não têm como indicar esse risco seja à vida, o patrimônio, de qualquer pessoa ou grupo humano nesse país. Hoje somos alvos de uma política de agressão que pretende atingir na essência a nossa fé, confiança de que ainda existe dignidade; de que ainda é possível construir uma sociedade que sabe respeitar os mais fracos, aqueles que não tem condições para manter uma campanha incessante de difamação, que sempre viveu à revelia de todas as riquezas; que habita em casas cobertas de palha, que dorme em esteiras no chão, não deve ser identificado como o povo que é o inimigo dos interesses do Brasil, da nação, e que coloca em risco qualquer desenvolvimento. O povo indígena tem regado com sangue cada hectare dos 8 milhões de quilômetros quadrados do Brasil. Os senhores são testemunhas disso. E agradeço a presidência dessa Casa e espero não ter agredido com as minhas palavras os sentimentos dos senhores que se encontram nessa casa. KRENAK, Ailton. Discurso de Ailton Krenak, em 04/09/1987, na Assembleia Constituinte, Brasília, Brasil. In: **GIS - Gesto, Imagem E Som - Revista De Antropologia**. São Paulo, v. 4, n. 1, p. 421-22, 2019. doi.org/10.11606/issn.2525-3123.gis.2019.162846. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/gis/issue/view/11271>. Acesso em: 21 jun. 2021.

em elevado estágio de aculturação; e outro que impedia a exploração mineral em terra indígena.⁵⁴⁰

Igualmente deve ser ressaltado que foi fruto de persistência indígena a inclusão do capítulo Dos Índios na Constituição de 1988 e que, quando da sua votação dentro do título que dispõe da Ordem Social, o cacique kayapó Raoni Mentuktire foi o destaque, pois foi ele quem fez diversas intervenções para os parlamentares a fim de que votassem finalmente, um texto de defesa dos interesses e direitos dos indígenas.⁵⁴¹

Foi assim que a Constituição brasileira, como resultado da ampla participação política dos indígenas e das organizações afins, disciplinou um capítulo a respeito dos indígenas, num plano da horizontalidade entre esses povos e a sociedade, envolvendo condições de igualdade e fundado com base no direito à diferença.⁵⁴² Nas palavras do ministro Carlos Britto, essa Constituição representa um “[...] verdadeiro somatório de mundividências; uma soma não uma subtração”.⁵⁴³

No capítulo Dos Índios foram inseridos os artigos 231 e 232; ou seja, em apenas dois artigos, os Direitos Indígenas, sendo o primeiro com sete parágrafos, todos eles relativos às terras indígenas, e o segundo acerca do acesso à justiça. Percebe-se o reconhecimento expresso dos usos e costumes de sua organização social (direito à diferença), bem como a outorga dos seus direitos sobre as terras que originalmente ocupam (direitos coletivos), competindo à União demarcá-las, bem como respeitar e proteger todos os seus bens.⁵⁴⁴

⁵⁴⁰ BECKER, Simone; ROCHA, Taís Cássia Peçanha. Notas sobre a “tutela indígena” no Brasil (legal e real), com toques de particularidades do sul de Mato Grosso do Sul. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 2, p. 73-105, maio/ago. 2017. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/328058369.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2021.

⁵⁴¹ Deve ser ressaltado que antes da publicação do texto final da Constituição Federal, a última leitura não pôde ser testemunhada por todos os membros. Devido à condição de tutela, apenas Ailton Krenak, que possuía autorização especial por ser membro representante da UNI, pôde permanecer no local. LOPES, Danielle Bastos. A presença do invisível na constituinte. In: **Revista de Histórias**, Goiânia, v. 22, n. 1, p. 71-87, jan./abr. 2017. Disponível em: [file:///C:/Users/fran_/Downloads/45253-Texto%20do%20artigo-205089-1-10-20170906%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/fran_/Downloads/45253-Texto%20do%20artigo-205089-1-10-20170906%20(1).pdf). Acesso em: 18 jun. 2021.

⁵⁴² BARRETO, Helder Girão. As disputas sobre os direitos indígenas. Conferência proferida no “Seminário de Direito Ambiental – Ano V”, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários, nos dias 27 e 28 de março de 2003, no Teatro Palácio de Castro, Rio Branco/AC. **Revista CEJ**, Brasília, n. 22, p. 63-69, jul./set. 2003. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/211926075.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2021.

⁵⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal STF. **Petição n 3.388 RR**. Relator: Ministro Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 25 jun. 2021.

⁵⁴⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 fev. 2022. “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais

A ênfase foi na regulamentação das terras, haja vista que “[...] não há índio sem terra. A relação com o solo é a marca característica da essência do índio, pois tudo o que ele é, é na terra e com a terra. É o que se extrai no corpo do artigo 231 da Constituição”.⁵⁴⁵

No *caput* do artigo 231 houve o reconhecimento da autodeterminação dos povos, pela consagração e afirmação de sua organização social, seus costumes, suas línguas e tradições, bem como dos direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas.⁵⁴⁶

É por tal razão que o legislador constituinte estabeleceu um conceito para terras tradicionalmente ocupadas que, conforme artigo 231, § 1º, seriam aquelas habitadas em caráter permanente, ou utilizadas para as atividades produtivas ou imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar, reprodução física ou cultural, segundo os usos, costumes e tradições, sem especificar um marco temporal a respeito dessa ocupação.⁵⁴⁷ Dessa forma, a terra indígena não é só o lugar de habitação, mas “[...] a

necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

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

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, *ad referendum* do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção do direito à indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, §§ 3º e 4º.

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

⁵⁴⁵ Duprat relata: “A referida Subprocuradora Geral da República complementa sobre a relação das terras indígenas com a identidade dos indígenas, citando um julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, proferido em 17 de junho de 2005, no caso da Comunidade Indígena Yakye versus Paraguai, em que ‘a garantia do direito de propriedade comunitária dos povos indígenas deve levar em conta que a terra está estritamente relacionada com as suas tradições e expressões orais, seus costumes e línguas, suas artes e rituais, seus conhecimentos e usos relacionados com a natureza, suas artes culinárias, seu direito consuetudinário, sua vestimenta, filosofia e valores. Em função do seu entorno, sua integração com a natureza e sua história, os membros das comunidades indígenas transmitem de geração em geração este patrimônio cultural imaterial’”. DUPRAT, Deborah. O marco temporal de 05 de outubro de 1988: TI Limão Verde, p. 43-73. In: **Direitos dos Povos Indígenas em Disputa**. CUNHA. Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel. (org.). São Paulo: Editora Unesp, 2018.

⁵⁴⁶ ARAÚJO JUNIOR, Julio José. **Direitos Territoriais Indígenas: Uma interpretação intercultural**. Rio de Janeiro: 2018, p. 206.

⁵⁴⁷ GOMES, Daniela. **O Direito Indígena ao Solo: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 69.

soma dos espaços de habitação, de atividade produtiva, de preservação ambiental e do que for necessário a reprodução física e cultural do grupo”.⁵⁴⁸

Essa disposição constitucional inovou em relação às constituições pretéritas, pelos valores introjetados, tanto em nível nacional, notadamente pela pressão dos movimentos indígenas, como internacional, no que se refere às condições de indígenas como cidadãos, com condições plenas de viver e projetar suas vidas de acordo com as suas concepções de mundo para o fim de transmitir às gerações futuras as condições ora desfrutadas.⁵⁴⁹ Ademais, dispôs em seu § 3º, que sobre o aproveitamento de terras indígenas, especialmente de seus recursos hídricos e minerais, depende de lei. Destaque-se que essa lei ainda não foi regulamentada.⁵⁵⁰

⁵⁴⁸ DUPRAT, Deborah. O marco temporal de 05 de outubro de 1988: TI Limão Verde, p. 43-73. In: **Direitos dos Povos Indígenas em Disputa**. CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel. (org.). São Paulo: Editora Unesp, 2018.

⁵⁴⁹ DUPRAT, op. Cit.

⁵⁵⁰ Leciona-se que, desde a inserção desse artigo na Constituição Federal de 1988 até o ano de 2020, foram enviados diversos projetos de lei ao Congresso visando à mineração em terras indígenas, com a exploração de recursos em seus territórios. O Projeto de Lei nº 1.610, de 1996, apesar de aprovado no Senado e parado por 16 anos no Congresso, mesmo tendo a bancada ruralista entendido que o projeto seria urgente e prioritário, não chegou a ter prosseguimento do seu trâmite. E mais recentemente, em 06 de fevereiro de 2020, por iniciativa do presidente Jair Bolsonaro, foi enviado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 191/2020, que regulamenta o artigo 176, § 1º e 231, § 3º, ambos da Constituição Federal, com o objetivo de exploração de hidrocarbonetos, dos recursos hídricos, com o fim de exploração de energia hidrelétrica nos rios em terras indígenas e “indenização” pela restrição de uso. Esse cálculo de indenização é feito conforme o grau de restrição imposto pelo empreendimento. No entanto, apesar do projeto ainda se encontrar parado na Câmara dos Deputados esperando uma comissão especial para a sua apreciação, já se pode dizer que seu conteúdo é bastante liberal e contrário aos Direitos Indígenas, haja vista que impede que os mesmos decidam a respeito da instalação de empreendimentos em suas áreas, não respeitando a Convenção 169 da OIT, da qual também o país é signatário, quanto às consultas livres, prévias e informadas a respeito da mineração nas terras indígenas. Também não traz um grande retorno financeiro aos povos indígenas: tão somente 1,5% da receita líquida da lavra e ainda condicionada à formação de um Conselho Curador para intermediar os gastos. Tanto é que, de 24 a 27 de abril de 2021, os Caciques do povo Munduruku, representando aldeias do médio e alto Tapajós, no Pará, e do baixo Teles Pires, em Mato Grosso, divulgaram uma carta em que se posicionam contra esse Projeto de Lei. Segundo o documento, a Assembleia contou com a presença de 72 caciques e mais de 500 indígenas, representando 140 aldeias Munduruku: “Não queremos o projeto de lei 191/20 que o governo federal Jair Bolsonaro quer aprovar de qualquer custo em cima do nosso território, sem consultar e sem o consentimento do povo, esse projeto de morte é o que está trazendo divisão entre o nosso povo, trazendo violência, estão atacando as mulheres e lideranças que lutam pela defesa do território”, denunciaram os caciques. CIMI- Conselho Indigenista Missionário. **Caciques e lideranças de 140 aldeias Munduruku posicionam-se contra mineração em terras indígenas: “não queremos o PL 191”**, 07/05/2021. Disponível em: <https://cimi.org.br/2021/05/caciques-munduruku-contraprojeto-mineracao-terras-indigenas-pl-191/>. Acesso em: 01 jul. 2021.

Também deve ser destacado o que Walter Gustavo Lemes pontua acerca dessa medida do presidente Jair Bolsonaro que baseada em um pensamento anti-indigenista brasileiro, retoma uma forma arcaica e preconceituosa de ver o índio, voltando a práticas e conceitos de apropriação do território nacional e das riquezas dos indígenas em um total desrespeito a esses povos. Isso importa diretamente, segundo Walter, em um significativo impacto sobre as terras ocupadas, exploração e culturalização; num regresso ao ciclo de exploração vivenciado na época da colonização e a um pensamento que nega a multiculturalidade, o diferente e a diversidade, pelo anti-indigenismo, apontando que a solução para o futuro está no passado. LEMOS, Walter Gustavo. O anti-indigenismo - Uma política de destruição do índio brasileiro. In: **Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/314161/o-anti-indigenismo---uma-politica-de-destruicao-do-indio-brasileiro>. Acesso em: 20 jan. 2022.

Por sua vez, o § 4º do artigo 231, que trata da imprescritibilidade das terras indígenas, levou em consideração a posse imemorial; ou seja, mesmo nas circunstâncias que não haja mais a ocupação física nessas terras, mas sim vínculos antropológicos e históricos, os direitos sobre essas terras não prescrevem e podem ser pleiteados a qualquer tempo, haja vista que não há qualquer delimitação de um marco temporal para as ocupações.⁵⁵¹

Essa interpretação é corolário da menção no *caput* do mencionado artigo 231, “[...] de direitos originários sobre as terras”, desde que essas terras sejam destinadas à posse permanente. No entanto, é exatamente a falta de regulamentação do marco temporal que ensejou conflitos que reverberam até os dias atuais, conforme será mencionado no próximo tópico.

Outro aspecto que deve ser ressaltado é o disposto no § 5º do artigo 231 da Carta Maior, que disciplina a vedação de remoção de grupos indígenas de suas terras, com exceção de catástrofes, epidemias que coloquem em risco tais grupos ou a soberania do país, desde que o Congresso autorize e que depois de cessadas essas causas, eles retornem às suas terras.⁵⁵²

Para regulamentar esse capítulo constitucional, devem ser mencionados o Decreto nº 1.175/1996 e a Portaria nº 14/1996, do Ministério da Justiça, determinando que a Funai seja a responsável pela demarcação de terras indígenas, estabelecendo procedimentos para a sua implementação. No entanto, apesar do artigo 67, dos Atos de Disposições Constitucionais, Transitórias ADCT, ter disciplinado que esse processo de demarcação seria em cinco anos, até o presente ainda não ocorreu.⁵⁵³

Por outro lado, cabe afirmar ainda que o procedimento de demarcação das terras indígenas esteja afeto à Funai, não se pode esquecer que a União, conforme dispõe o artigo 215, § 1º, deve proteger as diferentes culturas e suas manifestações; e que dispõe o artigo 216 quanto à inclusão na constituição do patrimônio cultural brasileiro a proteção das formas de expressão, os modos de fazer, criar e viver. Não se pode, portanto, que também por esses dois

⁵⁵¹ GOMES, Daniela. **O Direito Indígena ao Solo: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 69.

⁵⁵² Ibid., p. 70.

⁵⁵³ Ibid., p. 66-67. Ressalta-se que o Decreto trata do procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, cuja responsabilidade é da Funai. O grupo indígena envolvido participará desse procedimento em todas as suas fases. (artigo 2º, § 3º). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1775.htm. Acesso em: 23 jun. 2021. Complementa Daniela Gomes (p. 67) que apesar do Supremo Tribunal Federal ter declarado o Decreto como constitucional, sinalizando que há o respeito pelo contraditório e ampla defesa, não isenta o procedimento administrativo de graves falhas e violações, quanto ao direito a uma decisão justa, a uma vida digna e direito de propriedade.

artigos que regulamenta a Cultura, restam assegurados aos indígenas a utilização de sua língua materna e os processos próprios de aprendizagem.⁵⁵⁴

Acrescente-se que, tendo a Constituição confirmado o direito à própria cultura e reconhecido direitos fundamentais aos indígenas, trouxe à colação uma política emancipatória, permitindo aos povos indígenas decidirem e participarem das decisões a respeito do seu futuro, bem como postularem seus direitos.⁵⁵⁵

Ademais, a Constituição Federal recepcionou o Estatuto do Índio, enquanto instituto de Direito público que dava administração do patrimônio indígena à Funai, mas com a ressalva que essa recepcionalidade deva ser interpretada conforme os preceitos da Carta Maior, cuja base está fincada no direito à diferença.

Assim, é preciso entender que o artigo 1º do Estatuto do Índio, quando dispõe acerca do propósito integracionista das comunidades indígenas à comunhão nacional, está na contramão da disposição do artigo 231 da Carta Maior, que acolhe a pluralidade das culturas e a relatividade das etnias, pois “[...] não busca a ordem constitucional assimilar os índios à cultura predominante entre os não índios. [...]. O objetivo atual da política relativa às comunidades indígenas é o respeito à diversidade e a promoção da autonomia e autossustentabilidade dos grupos”.⁵⁵⁶

Assim, a Constituição Federal se mostrou contrária ao regime tutelar (seja a orfanológica ou a de Direito público, implementada pelo Código Civil de 1916 em conjunto com o Decreto nº 5.484, de 1928), que reverberou por muitos anos; e assim, o Estatuto do Índio deve ser lido em sua conformidade, notadamente pela consagração da autodeterminação dos povos.

Sousa Filho enaltece a melhor interpretação do desiderato da Constituição, quando ocorrer negócio jurídico entre índios e “não índios”. O Estado deve intervir, agregando a responsabilidade objetiva se houver prejuízo ao patrimônio indígena:

Se o negócio jurídico for feito sem a participação do Estado. é nulo e o prejuízo causado deve ser reparado pelo causador do dano; se houver assistência do Estado, o dano é reparado pelo próprio Estado. Há que ser agregado ainda, um terceiro instrumento de proteção para os negócios que, ainda que nulos, causem danos ao patrimônio e que não possam ser

⁵⁵⁴ ARAÚJO JUNIOR, Julio José. **Direitos Territoriais Indígenas**. Uma interpretação intercultural. Rio de Janeiro: 2018, p. 206.

⁵⁵⁵ GOMES, Daniela. **O Direito Indígena ao Solo: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 68.

⁵⁵⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. TRF4. **Apelação Cível nº 5006662-48.2012.404.7202/SC**. Relator: Desembargador Federal Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle, 16 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/trf-mantem-sentenca-negou-dano-moral1.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2021.

reparados pelo agente causador, ou porque se o desconhece ou porque não é solvente, hipótese em que o Estado deve ter obrigação de fazê-lo.⁵⁵⁷

No campo jurídico, a Constituição Federal disciplinou, em seu artigo 232, que os índios, as comunidades e organizações são partes legítimas para ingressarem em juízo para defenderem seus interesses e direitos, extinguindo qualquer interpretação para que a Funai administre seus bens e cuide daqueles considerados plenamente capazes. Além do que, a Carta Maior reforçou ao Ministério Público Federal a atribuição de defendê-los judicialmente, quanto aos seus direitos e interesses.⁵⁵⁸

⁵⁵⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 108.

⁵⁵⁸ ARAÚJO JUNIOR, Julio José. **Direitos Territoriais Indígenas: Uma interpretação intercultural**. Rio de Janeiro: 2018, p. 207.

Para complementar, seguem às colações os seguintes julgados provenientes do Tribunal Regional Federal da 4ª região: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DE OCUPAÇÃO PERPETRADA POR ÍNDIOS EM IMÓVEIS SITUADOS EM ÁREA SUPOSTAMENTE INDÍGENA. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA UNIÃO E DA FUNAI SOBRE OS FATOS OCORRIDOS. CAPACIDADE CIVIL E POSTULATÓRIA DOS SILVÍCOLAS RECONHECIDAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Ação indenizatória ajuizada por proprietários de imóveis na localidade de 'Colônia Bom Sucesso', no Município de Itaiópolis-SC, contra a União, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), o Cacique Alfredo Patté e demais silvícolas, com vistas ao recebimento de indenização por danos morais e materiais decorrentes da invasão dos imóveis de sua propriedade por indígenas, em meados de junho de 1998. [...] Com o advento da Constituição de 1988, migrou-se de um regime de tutela dos povos indígenas para um regime de proteção. Não mais compete ao Estado, através da FUNAI, responder pelos atos das populações autóctones e administrar-lhes os bens, tal como ocorria enquanto vigente o regime tutelar previsto no Código Civil de 1916 e no Estatuto do Índio (Lei 6001/73). A partir do reconhecimento da capacidade civil e postulatória dos silvícolas, em 1988, remanesce ao Estado o dever de proteção das comunidades indígenas e de seus bens (à semelhança do que ocorre com os idosos que, a despeito de serem dotados de capacidade civil, gozam de proteção especial do Poder Público). Desde o reconhecimento constitucional da diversidade cultural (arts. 215, § 10 e 216) e da capacidade civil e postulatória dos índios e de suas comunidades (art. 232 c/c art. 7º do CPC) – o que lhes confere o direito ao acesso a todas garantias constitucionais de forma autônoma –, não mais subsiste o regime tutelar a que os silvícolas estavam submetidos perante a FUNAI por força do disposto no artigo 6º, III e Parágrafo Único do Código Civil de 1916 e no artigo 7º do Estatuto do Índio, tampouco a classificação dos indígenas em 'isolados', 'em vias de integração' e 'integrados', prevista no artigo 4º do Estatuto do Índio, porque tais dispositivos não foram recepcionados pela atual Constituição. Sendo os silvícolas pessoas dotadas de capacidade para todos os atos da vida civil, segundo a ordem constitucional vigente, não há que se falar em culpa administrativa da FUNAI e da União sobre os fatos que ensejaram a presente ação reparatória. Parcial provimento dos apelos da FUNAI e da União Federal, para o fim de reconhecer a ausência de responsabilidade dos referidos entes sobre os fatos que ensejaram a reparação material e moral pretendida. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. TRF4. **Apelação Cível AC 1999.72.01.005824-4**. Relator: Desembargador Edgard Antônio Lippmann Júnior, 03 de setembro de 2007. Disponível em: <https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/856093420/apelacao-civel-ac-50028068720184047001-pr-5002806-8720184047001/inteiro-teor-856093520>. Acesso em: 02 jul. 2021.

INTERDITO PROIBITÓRIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA FUNAI. JUSTO RECEIO. INOCORRÊNCIA. – Com o advento da Constituição de 1988, migrou-se de um regime de tutela dos povos indígenas para um regime de proteção. Não mais compete ao Estado, por meio da União, responder pelos atos das populações autóctones e administrar-lhes os bens, tal como ocorria enquanto vigente o regime tutelar previsto no Código Civil de 1916 e no Estatuto do Índio (Lei 6001/73). A partir do reconhecimento da capacidade civil e postulatória dos silvícolas, em 1988, remanesce ao Estado o dever de proteção das comunidades indígenas e de seus bens (à semelhança do que ocorre com os idosos que, a despeito de serem dotados de capacidade civil, gozam de proteção especial do Poder Público). – A FUNAI exerce a tutela sobre os índios, velando pela sua educação, saúde e bemestar, além da conservação de seu patrimônio, sem prejuízo de que os próprios índios detenham capacidade processual, razão pela qual é parte

Assim, ante o reconhecimento dos direitos coletivos aos povos indígenas, Souza Filho impõe um questionamento quanto à melhor leitura a se fazer do aludido artigo 232 da Constituição Federal: quando esse artigo disciplina que índios, comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, quis o legislador constituinte ampliar a legitimidade para que os índios individualmente pudessem postular direitos coletivos ou estaria simplesmente dizendo que os indivíduos indígenas têm legitimidade para estarem em juízo na defesa de seus direitos individuais? A resposta é que a Constituição garantiu tanto que os índios postulassem direitos individuais, como direitos coletivos, haja vista que são tão portadores de direitos individuais, como qualquer cidadão.⁵⁵⁹

Para reforçar o arcabouço normativo, no plano internacional, houve a substituição da Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), cujo propósito era a assimilação de minorias étnicas à sociedade nacional, pela Convenção 169, sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, adotada em Genebra, em 27 de junho de 1989, e promulgada no Brasil, em 19 de abril de 2004 que avançou de forma significativa no “[...] reconhecimento cultural, no direito à autodeterminação, à consulta prévia, à territorialidade, a novas formas de participação e inclusive à autodeclaração como critério fundamental de pertencimento de grupos por ela protegidos”.⁵⁶⁰

Essa foi a forma que a Convenção em epígrafe disciplinou e externou a proteção desses povos e a preservação de sua identidade, nos termos do seu artigo 2º, cujas medidas para a efetivação, tanto da proteção quanto da efetivação, consistem em assegurar para eles os mesmos direitos e as mesmas oportunidades em relação aos demais membros da população; promover a plena efetividade dos direitos sociais e culturais, respeitando os usos e costumes;

passiva legítima. – No caso em apreço, a parte autora fundamenta seu pedido em fatos pretéritos, revelando um receio subjetivo de que possam se repetir. Entretanto, a norma processual exige um fundado receio, ou seja, um temor amparado em algo concreto que permite ao julgador verificar a necessidade da medida. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. TRF4. **Apelação Cível AC 2005.72.12.001892-9**. Relator: Desembargador Jorge Antonio Maurique, 02 de maio de 2011. Disponível em: <https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/909892282/apelacao-civel-ac-1892-sc-20057212001892-9/inteiro-teor-909892398>. Acesso em: 02 jul. 2021.

⁵⁵⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2018, p. 189-190.

⁵⁶⁰ SARTORI JUNIOR, Dailor. **Pensamento descolonial e direitos indígenas**: Uma crítica à tese do marco temporal da ocupação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 94. Está expresso no texto da Convenção 169: “[...] considerando que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores; Reconhecendo as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas, religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram”. DUPRAT, Deborah. O marco temporal de 05 de outubro de 1988: TI Limão Verde, p. 43-73. In: **Direitos dos Povos Indígenas em Disputa**. CUNHA. Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel. (org.). São Paulo: Editora Unesp, 2018.

e amenizar as diferenças ainda existentes entre esses membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional.⁵⁶¹

E a OIT não para aí, pois tais medidas devem ser complementadas pelo disposto nos artigos 4º e 5º, disciplinando que, se preciso for, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar bens, pessoas, instituições, culturas e o meio ambiente dos povos interessados, além de medidas para ser reconhecida e protegida a integridade dos valores sociais, culturais, religiosos e espirituais; e além de medidas voltadas a aliviar as dificuldades que esses povos possam experimentar.⁵⁶² Por meio dessa disciplina da Convenção 169 da OIT percebe-se o exercício da autonomia, sem que seja afetada a soberania dos Estados nacionais em que os povos indígenas vivem.

Como bem explica Gómez, esses povos podem exercer seus direitos de desenvolver em suas formas específicas de organização social, cultural, política e econômica; de obterem o reconhecimento de seus sistemas normativos internos para sua regulamentação ou sanção, desde que não sejam contrários às garantias individuais e aos direitos humanos, particularmente das mulheres; de acessarem e usufruírem, da melhor maneira possível a jurisdição do Estado, os recursos naturais, salvo aqueles cujo domínio pertence à nação; de

⁵⁶¹ Nos termos do artigo 2º da Convenção 169 da OIT: “1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade. 2. Essa ação deverá incluir medidas: a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população; b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições; c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio-econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida”. CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT SOBRE POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20169.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2021..

⁵⁶² Artigo 4º: 1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados. 2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados. 3. O gozo sem discriminação dos direitos gerais da cidadania não deverá sofrer nenhuma deterioração como consequência dessas medidas especiais.

Artigo 5º: Ao se aplicar as disposições da presente Convenção: a) deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente; b) deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos; c) deverão ser adotadas, com a participação e cooperação dos povos interessados, medidas voltadas a aliviar as dificuldades que esses povos experimentam ao enfrentarem novas condições de vida e de trabalho”. CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT SOBRE POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20169.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2021.

promoverem o desenvolvimento dos diversos elementos de sua identidade e patrimônio cultural; de interagirem nos diferentes níveis de representação política, de governo e de administração da justiça; de acordarem com outras comunidades, de seus povos ou de outros, a união de esforços e coordenação de ações para otimização de seus recursos, impulso de seus projetos de desenvolvimento regional e geral, e promoção e defesa de seus interesses; de designarem livremente os seus representantes tanto comunitários como nos órgãos de governo municipal, em conformidade com as tradições próprias de cada povo; e, por fim, de promoverem e desenvolverem suas línguas e culturas, assim como seus costumes e tradições políticas, sociais, econômicas e culturais.⁵⁶³

Após a ratificação da Convenção 169 no Brasil houve a necessidade de decidir a posição hierárquica no ordenamento jurídico tanto do Decreto que deu azo à sua internalização no ordenamento jurídico pátrio e, especialmente da própria Convenção, que se tratava de norma que versa a respeito de Direitos Humanos. Isso porque a sua internalização ocorreu em 19 de abril de 2004, sendo anterior à Emenda Constitucional 45, de 30 de dezembro de 2004, que disciplinou que os tratados e convenções internacionais, relativos a Direitos Humanos e aprovados em cada Casa do Congresso, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, são equivalentes às emendas constitucionais.⁵⁶⁴

Assim, indiscutível o fato da Convenção 169 ser norma de Direitos Humanos; como foi criada pela OIT, que é um dos organismos especializados da ONU, foi reconhecida como o “[...] instrumento internacional de direitos humanos mais relevante para os direitos dos povos indígenas, por sua pertinência na interpretação do alcance dos direitos dos povos indígenas, das tribos e de seus membros”.⁵⁶⁵

⁵⁶³ Trecho traduzido livremente pela autora, a partir do original: “[...] ejercer el derecho a desarrollar sus formas específicas de organización social, cultural, política y económica; obtener el reconocimiento de sus sistemas normativos internos para la regulación y sanción en tanto no sean contrarios a las garantías individuales y a los derechos humanos, en particular, los de las mujeres; acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales, salvo aquellos cuyo dominio corresponda a la nación; promover el desarrollo de los diversos componentes de su identidad y patrimonio cultural; interactuar en los diferentes niveles de representación política, de gobierno y de administración de justicia; concertar con otras comunidades, de sus pueblos o de otros, la unión de esfuerzos y coordinación de acciones para optimización de sus recursos, el impulso de sus proyectos de desarrollo regional y, en general, para la promoción y defensa de sus intereses; designar libremente a sus representantes, tanto comunitarios como en los órganos de gobierno municipal, de conformidad con las tradiciones propias de cada pueblo; promover y desarrollar sus lenguas y culturas, así como sus costumbres y tradiciones tanto políticas como sociales, económicas y culturales”. GÓMEZ, Magdalena. Derecho indígena y constitucionalidad. In: KROTZ, Esteban (org). **Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho**. Barcelona, México: Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, 2002, p. 252-253.

⁵⁶⁴ MELO, Cristina. **Terras indígenas: identidade, reconhecimento e marco temporal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 32.

⁵⁶⁵ MELO, op. Cit., p. 33.

A questão se resumia a decidir, no que toca à incorporação no ordenamento jurídico, pois anterior à Emenda 45 de 2004. A esse respeito, o Supremo Tribunal Federal havia decidido, em outubro de 2008, que os tratados de Direitos Humanos, não incorporados ao ordenamento com o rito especial de emenda, teriam categoria de *status* suprallegal:

Há o caráter especial do Pacto Internacional dos Direitos Civis Políticos (art.11) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ratificados sem reservas, pelo Brasil, no ano de 1992. A esses diplomas internacionais sobre direitos humanos é reservado o lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo suprallegal dos tratados internacionais de Direitos Humanos subscritos pelo Brasil, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato da ratificação.⁵⁶⁶

Diante desse aspecto, o que se tem é que desde a edição da Convenção 169, em 1989, até 2005, foi inaugurado um constitucionalismo pluricultural, que rompe com o monismo jurídico, pelo qual a ligação do Estado com o direito se dá como um sistema de normas produzidos somente pelos órgãos soberanos desse Estado para disciplinar uma jurisdição autônoma dos costumes e tradições do direito indígena.⁵⁶⁷ A esse respeito, importante a lição da constitucionalista peruana, Raquel Yrigoyen Fajardo, porque de acordo com ela, existem três ciclos dos constitucionalismos contemporâneos.

O primeiro é o constitucionalismo multicultural, que está marcado pelo surgimento do multiculturalismo e por novas demandas indígenas e se desenvolveu de 1982 a 1988. Nesse ciclo, as Constituições introduzem o conceito de diversidade cultural, o reconhecimento da configuração multicultural, com várias línguas na sociedade e o direito individual ou coletivo à identidade cultural, bem como alguns direitos indígenas específicos.⁵⁶⁸

⁵⁶⁶ Melo nessa abordagem, cita a decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 88240 SP. Relatada pela Ministra Ellen Gracie em 7 de outubro de 2008 e publicada no Diário de Justiça Eletrônico em 23 de outubro de 2008. MELO, Cristina. **Terras indígenas:** identidade, reconhecimento e marco temporal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 33.

⁵⁶⁷ De acordo com Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, cujo trecho foi traduzido livremente pela autora: “La novedad más importante de este ciclo es que las Constituciones introducen fórmulas de pluralismo jurídico que logran romper la identidad Estadoderecho o el monismo jurídico, esto es, la idea de que sólo es “derecho” el sistema de normas producido por los órganos soberanos del Estado (los poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo). Las Constituciones de este ciclo reconocen a las autoridades indígenas, con sus propias normas y procedimientos o su derecho consuetudinario y funciones jurisdiccionales o de justicia”. FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: del multiculturalismo a la descolonización, *In*: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.). **El Derecho en América Latina:** Um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 142.

⁵⁶⁸ Conforme Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, cujo trecho foi traduzido livremente pela autora: “El primer ciclo de reformas constitucionales que cabe ubicar en el horizonte del constitucionalismo pluralista se desarrolló durante los años ochenta del siglo XX (1982-1988) y está marcado por el surgimiento del multiculturalismo y por las nuevas demandas indígenas. En este ciclo, las Constituciones introducen el concepto de diversidad cultural, el reconocimiento de la configuración multicultural y multilingüe de la sociedad, el derecho –

Referida constitucionalista complementa que essas constituições não chegavam a fazer um reconhecimento explícito do pluralismo jurídico, mas mesmo naqueles Estados em que sequer havia esse reconhecimento, existiam leis em razão da herança colonial ou das fissuras intrassistêmicas que, incentivadas pela Convenção 107 da OIT, restringiam a possibilidade de resolução de conflitos entre os indígenas.⁵⁶⁹

Já no segundo ciclo – do constitucionalismo pluricultural – que, conforme mencionado, foi inaugurado com a Convenção 169, da OIT, o que se observa é que o pluralismo e a diversidade cultural se convertem em princípios constitucionais e permitem criar os direitos dos indígenas, assim como os dos afrodescendentes e os de outros grupos. As Constituições desse ciclo incorporam novos e diversificados direitos indígenas, dentre os quais a oficialização dos idiomas indígenas, a educação bilingue intercultural, o direito das terras, a consulta e novas formas de participação, enfaixados no pluralismo jurídico.⁵⁷⁰

No que toca ao pluralismo jurídico, leciona-se que, em face do surgimento de novos atores sociais, como os índios, em processo emancipatório, ocorreu a crise do Estado monista que detinha o monopólio de formular leis gerais e abstratas. Isso porque essas leis, que tinham, por fundamento de validade, terem sido produzidas conforme as regras previamente estabelecidas, já não eram mais operantes para solucionar as novas necessidades, tendo em vista que esses sujeitos atuantes e livres se autodeterminavam, participavam e modificavam a mundialidade do processo histórico-social⁵⁷¹ ou estavam em processo de reivindicação desse estado de coisas.

Verifica-se, portanto, que as populações oprimidas de indígenas, camponeses, mulheres marginais, enfim, dos grupos atingidos pela miséria e pela pobreza, lutaram contra a

individual y colectivo– a la identidad cultural y algunos derechos indígenas específicos”. FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. *El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*, In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.). **El Derecho en América Latina: Um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 141.

⁵⁶⁹ Nas palavras da constitucionalista Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, cujo trecho foi traduzido livremente pela autora: “En este primer ciclo, sin embargo, las Constituciones no llegan a hacer un reconocimiento explícito del pluralismo jurídico. Sin embargo, en algunos países que tampoco tenían reconocimiento constitucional del pluralismo jurídico existían normas secundarias o políticas – ya sea por vieja herencia colonial o por fissuras intrasistémicas alentadas por el Convenio 107 de la OIT – que reconocían la justicia indígena, pero reducida a la resolución de conflictos menores entre indígenas”. FAJARDO, op. Cit., p. 141-142.

⁵⁷⁰ Conforme leciona Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, cujo trecho foi traduzido livremente pela autora: “El pluralismo y la diversidad cultural se convierten en principios constitucionales y permiten fundar los derechos de los indígenas así como los de los afrodescendientes y otros colectivos. Las Constituciones de este ciclo incorporan un nuevo y largo listado de derechos indígenas, en el marco de la adopción del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (1989). Esos derechos incluyen la oficialización de los idiomas indígenas, la educación bilingüe intercultural, el derecho sobre las tierras, la consulta y nuevas formas de participación, entre otros” FAJARDO, op. Cit., p. 142.

⁵⁷¹ WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 233.

exploração na vontade de estabelecer uma sociedade justa, acabando por se filiarem a movimentos sociais, em razão da insuficiência dos entes estatais para responderem a problemas concretos e, qualificando a edificação do pluralismo jurídico, para que os cidadãos pudessem ser fontes legítimas do Direito.⁵⁷²

Pluralismo jurídico é conceituado por Wolkmer como “[...] a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”.⁵⁷³ O mesmo autor ainda ressalta que o principal núcleo, do qual converge o pluralismo jurídico, é a negação de que o Estado seja a única e exclusiva fonte do Direito, priorizando outras formas de regulamentação, geradas por organizações sociais com certo grau de autonomia e de identidade próprias.⁵⁷⁴

Ressalta-se que esse pluralismo não defende a negação do direito estatal, mas sim o seu redirecionamento como uma das manifestações do fenômeno jurídico na sociedade; envolvendo tanto essa prática oficial (direito estatal) como também aquelas práticas independentes ou semiautônomas em relação ao Estado. É por isso que a perspectiva pluralista reconhece, como autênticas as múltiplas manifestações não estatais da sociedade, conduzindo à inclusão na participação política daqueles que comumente são alijados dos setores sociais pelo não reconhecimento de seus direitos.⁵⁷⁵

Assim entendido e transposto para os indígenas, ressalta-se que são atores sociais que não surgiram com a crise do monismo jurídico, pois como já amplamente descrito, organizavam-se antes mesmo da colonização. Contudo, foram favorecidos pelo viés emancipatório e progressista, característicos do pluralismo, que possibilitou o reconhecimento de sua estrutura interna e regras de convivência como normas jurídicas. Como leciona Raquel Yrigoyen, as constituições do ciclo do constitucionalismo pluricultural reconhecem as autoridades indígenas, com as suas próprias normas e seus procedimentos, formando seu direito consuetudinário, suas funções jurisdicionais e sua justiça.⁵⁷⁶

⁵⁷² WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 242.

⁵⁷³ Ibid., p. 219.

⁵⁷⁴ Ibid., p. 367-368.

⁵⁷⁵ CATUSSO, Joseane. Pluralismo Jurídico: um novo paradigma para se pensar o fenômeno jurídico. **Revista Eletrônica do CEJUR**, Curitiba-PR, a. 2, v. 1, n. 2, p. 119-147, ago./dez. 2007. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/16749/11136>. Acesso em: 23 jun. 2021.

⁵⁷⁶ Trecho original, traduzido pela autora: Las Constituciones de este ciclo reconocen a las autoridades indígenas, con sus propias normas y procedimientos o su derecho consuetudinario y funciones jurisdiccionales o de justicia. FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: del multiculturalismo a la descolonización, In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.). **El Derecho en**

E no ciclo seguinte, o terceiro, dentre as reformas no horizonte pluralista, é o do constitucionalismo plurinacional, característico dos processos constituintes da Bolívia (2006) e do Equador (2008), num contexto da aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2006-2007).⁵⁷⁷

Ressalta-se que essa Declaração, apesar dos adeptos da afirmação de que a mesma não obriga juridicamente os Estados por não se tratar de Tratado ou Convenção Internacional, deve ser compreendida como instrumento jurídico vinculante porque “[...] espelha o desenvolvimento do sistema internacional sobre a temática indígena e os compromissos dos Estados em adotarem as diretrizes e princípios nela consolidados”.⁵⁷⁸

Ademais, como ocorreu com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que sem ter natureza de Tratado Internacional, tornou-se obrigatória para os Estados-Membros por representar a pedra angular de proteção internacional de Direitos Humanos.⁵⁷⁹ Inaugurou-se uma nova fase, em que os povos indígenas não eram apenas protegidos ou tinham reconhecida a sua autonomia, como se verificara nos dois ciclos pretéritos; mas ocorreu também o reconhecimento de uma jurisdição indígena, a partir da multiplicidade de ordenamentos que emanavam dos mais diversos grupos sociais indígenas.⁵⁸⁰

América Latina: Um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 142.

⁵⁷⁷ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: del multiculturalismo a la descolonización, *In*: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.). **El Derecho en América Latina: Um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011, p. 149.

⁵⁷⁸ MELO, Cristina. **Terras indígenas:** identidade, reconhecimento e marco temporal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 34.

⁵⁷⁹ Nesse sentido Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi defende que a partir das teorias dos princípios gerais do Direito Internacional; da norma consuetudinária; da teoria integrativa, da interpretação autêntica; da doutrina de *estoppel* e da norma *jus cogens* consolidam o entendimento do caráter vinculante da Declaração Universal de Direitos Humanos. No que toca a teoria dos princípios gerais do Direito Internacional, o caráter vinculante está em razão dos princípios serem fontes formais para a salvaguarda dos direitos inerentes à pessoa humana em toda e quaisquer circunstâncias e gozam de amplo reconhecimento. Em continuidade, a norma consuetudinária expõe que pelo fato de continuamente ser invocada a Declaração, evoluindo para a sua aceitação geral, como fonte de proteção dos Direitos Humanos, está inserida dentro do direito costumeiro internacional. Já as teorias integrativa e da interpretação autêntica explicam que em razão da Declaração Universal de Direitos Humanos integrar a Carta da ONU, com normas autênticas de Direitos Humanos e liberdades fundamentais, a torna obrigatória pelos Estados Membros de maneira extensiva. Em complemento, a doutrina de *estoppel* expõe que a proibição de comportamento contraditório no plano internacional faz com que os Estados Membros que se manifestaram favoráveis à Declaração Universal, não possam ir contra o seu texto e tampouco negarem o seu caráter vinculante, sob a justificativa de ser apenas uma recomendação. E por fim há o posicionamento de que se trata de norma *jus cogens*, sendo norma imperativa em sede de direito internacional OLIVEIRA, Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi. **Da aplicação do conceito de pessoa com deficiência para p fim de proteção por meio do benefício assistencial de prestação continuada**. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020, p. 59-61. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/23451>. Acesso em: 05 jan. 2022.

⁵⁸⁰ Conforme leciona Dailor Sartori Junior: “[...] o pluralismo jurídico, a plurinacionalidade e a interculturalidade, as Constituições e Declarações do século XXI afirmam um projeto de descolonialidade, a partir de grande organização popular de movimentos sociais indígenas que promovem verdadeira

O princípio norteador era a autodeterminação desses povos, a partir da ideia de reparação dos danos pelos manifestos prejuízos, sofridos desde a colonização. Deixaram de ser meros objetos para se tornarem sujeitos de direitos coletivos: “[...] direito a cultura diferenciada, ao território tradicionalmente ocupado, direitos sociais (educação e saúde por exemplo) culturalmente adequados à sua cultura”.⁵⁸¹

Assim, a partir do constitucionalismo plurinacional, buscou-se reconhecer a coexistência de diversas nações indígenas e a autonomia de todas e de cada uma delas para gerir diversos aspectos da vida em sociedade, em superação à visão de um Estado dominado pela oligarquia – elites herdeiras dos colonizadores – para passar à participação ativa de outros atores centrais, até então alijados.⁵⁸²

Deve também ser pontuado que no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, há a proteção dos direitos territoriais indígenas, orientada pelo princípio *in dubio pro homine*, pelo qual se privilegia a norma mais benéfica ou a interpretação mais favorável quando se trata reconhecer direitos. Essa diretriz baseia-se na aplicação, no plano interno, das normas internacionais que “[...] devem estabelecer um diálogo com a legislação nacional, de modo a encontrar a justaposição mais adequada e apta a implementar os direitos humanos vindicados”.⁵⁸³

Dispõe o artigo 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, em 25 de setembro de 1992, que o direito à propriedade privada deve ser interpretado de modo evolutivo como ocorreu com o caso *Yakye Axa versus Paraguai*⁵⁸⁴, no qual a Comissão Interamericana interpretou esse artigo 21 da Convenção, em concordância com disposições da Convenção 169 da OIT, considerando a evolução do sistema interamericano. O foco para a demarcação de terras da comunidade Yakye Axa, foi “[...] parte de seu habitat tradicional desde tempos imemoriais, de maneira que têm direito a recuperar estas terras ou a

desobediência epistêmica”. SARTORI JUNIOR, Dailor. **Pensamento descolonial e direitos indígenas**: Uma crítica à tese do marco temporal da ocupação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 98-99.

⁵⁸¹ SARTORI JUNIOR, op. Cit., p. 100.

⁵⁸² Ibid., p. 101.

⁵⁸³ MELO, Cristina. **Terras indígenas**: identidade, reconhecimento e marco temporal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 35.

⁵⁸⁴ MELO, op. Cit., p. 35. O artigo 21 da Convenção assim dispõe: “1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. 3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei”. OEA Organização Estados Americanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 03 jul. 2021.

obter outras de igual extensão e qualidade, de forma tal que se garanta seu direito a preservar e desenvolver sua identidade cultural”.⁵⁸⁵

A sistemática para quando ocorrem violações é que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Relatoria Especial sobre Direitos Indígenas, que formam esse Sistema Interamericano, admitem petições individuais quando o Estado não cumpre suas recomendações. A Corte figura como órgão de jurisdição internacional, com uma função consultiva, o que lhe outorga competência para analisar se existem ou não violações pelos Estados-Membros das disposições do Pacto de San José da Costa Rica, por eles ratificado.

Outro caso relevante foi o do povo indígena Xucuru que envolveu o Brasil, que foi condenado internacionalmente em 05 de fevereiro de 2018, por não garantir proteção judicial à propriedade coletiva conforme previsto no Pacto de San José da Costa Rica⁵⁸⁶, pois o país deve garantir de forma efetiva o direito de propriedade coletiva a esse povo, “de modo que não sofram nenhuma invasão, interferência ou dano, por parte de terceiros ou agentes do

⁵⁸⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso da Comunidade Indígena XáKmok Kásek VS Paraguai.**

Sentença de 24 de agosto de 2010 (Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_por.pdf. Acesso em: 03 jul. 2021. Nos termos da decisão da Corte: “Igualmente e na mesma ordem de ideias é procedente acrescentar, sempre no que respeita ao caso em questão, que mediante a Lei nº 234/93, o Estado (referindo-se ao Paraguai) ratificou e incorporou a seu direito interno a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes de 1989, que em seu artigo 3.1 dispõe que: ‘Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos Direitos Humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos’. Por outro lado e em concordância, com o recém indicado, igualmente deve ser advertido que a Constituição do Paraguai consagra direitos em favor tanto das comunidades indígenas quanto das coletividades e que esse Estado tem um Estatuto Indígena onde é reconhecida a personalidade jurídica das comunidades. É em razão de tudo isso que a Corte Interamericana de Direitos Humanos indicou, no caso Yakyé Axa, que: ‘A comunidade indígena, para a legislação paraguaia, deixou de ser uma realidade fática para passar a converter-se em sujeito pleno de direitos, que não se reduzem ao direito de seus membros individualmente considerados, mas se radicam na própria comunidade, dotada de singularidade própria’. Pareceria claro, então, que, ao menos no caso do Paraguai, tanto o Direito Internacional como seu Direito interno reconheceriam direitos aos povos indígenas enquanto tais e não só a seus membros”.

⁵⁸⁶ Leciona-se que: “O processo envolvendo o povo Xucuru teve início na Comissão Interamericana de Direitos Humanos em outubro de 2002, com petição apresentada pelo Movimento Nacional de Direitos Humanos, pelo Gabinete de Assessoria Jurídica das Organizações Populares (GAJOP) e pelo Conselho Indigenista Misionário (Cimi). Em 2009, a Comissão aprovou o Relatório de Admissibilidade Nº 98/09 e no ano de 2015 aprovou o Relatório de Mérito Nº 44/15, em conformidade com o art. 50 da Convenção Americana. Em seguida, no ano de 2016, a Comissão submeteu o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que realizou audiência com as partes no ano de 2017, momento em que a comunidade indígena contou com a contribuição da Justiça Global”. CIMI – Conselho Indigenista Misionário. **Povo Xucuru recebe indenização do governo após sentença da CIDH que condenou o Estado por violações de direitos humanos**, 11/05/2020. Disponível em: <https://cimi.org.br/2020/02/povo-xucuru-recebe-indenizacao-do-governo-federal-como-sentenca-da-cidh-que-condenou-o-estado-por-violacoes-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 03 jul. 2021.

Estado que possam depreciar a existência, o valor, o uso ou o gozo de seu território, nos termos do parágrafo 193 da presente sentença (*sic*)”.⁵⁸⁷

Em decorrência da condenação foi fixado o pagamento do valor de um milhão de reais a título de indenização compensatória coletiva por danos imateriais sofridos pelos índios. O valor que os Xucuru receberam em fevereiro do ano de 2020, foi destinado a um Fundo de Desenvolvimento Comunitário de amparo a esses povos, revelando que o Estado reconheceu os indígenas como sujeitos de direitos coletivos e com capacidade para administrar seus recursos, conforme seus usos e costumes.⁵⁸⁸

Além dos documentos internacionais já mencionados, deve-se também pontuar a Declaração do Rio, a Carta Mundial da Natureza e o capítulo 26 da Agenda 21, a título de acordos internacionais de maneira mais geral acerca da etnia indígena. Essas referências a respeito dos Direitos Indígenas foram possíveis graças às organizações indigenistas, pois sem seus planos de ações não teriam sido mencionadas essas disposições a nível internacional.⁵⁸⁹

Em que pese a importância do disciplinamento internacional, pode-se afirmar que, no Brasil, não há plurinacionalidade, como ocorre com o constitucionalismo boliviano e equatoriano. Apesar dos avanços da Constituição brasileira, em relação ao que era vigente antes, no que toca ao reconhecimento dos povos indígenas em sua multiétnicidade e pluriculturalidade, verifica-se a ausência de medidas concretas em prol dos indígenas.

Ao se relegar aos indígenas, um único capítulo com apenas dois artigos (231 e 232), abstrai-se em interpretação apressada da Constituição Federal, como se os direitos dos indígenas ali elencados fossem os únicos aplicáveis a esses grupos. É como se houve, disfarçadamente, a premissa de que a Carta Maior se referisse “[...] a quase integralmente uma ideia de ‘nós’, que são os brancos e suas concepções hegemônicas e que alguns capítulos se destinaram excepcionalmente um olhar a eles: os quilombolas e índios, cujos direitos para serem implementados, devem curvar-se a uma visão hierarquizante do ordenamento”.⁵⁹⁰

⁵⁸⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Povo Indígena Xucuru e seus Membros VS Brasil**. Sentença de 5 de fevereiro de 2018 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 03 jul. 2021.

⁵⁸⁸ CIMI – Conselho Indigenista Missionário. **Povo Xucuru recebe indenização do governo após sentença da CIDH que condenou o Estado por violações de direitos humanos**, 11/05/2020. Disponível em: <https://cimi.org.br/2020/02/povo-xucuru-recebe-indenizacao-do-governo-federal-como-sentenca-da-cidh-que-condenou-o-estado-por-violacoes-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 03 jul. 2021.

⁵⁸⁹ DORNELLES, Ederson Nadir; BRUM, Fabiano Prado de; VERONESE, Osmar. **Indígenas no Brasil (In)visibilidade Social e Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2017, p. 45.

⁵⁹⁰ ARAÚJO JUNIOR, Julio José. **Direitos Territoriais Indígenas: Uma interpretação intercultural**. Rio de Janeiro: 2018, p. 208.

Não se pode ignorar que essa interpretação ainda está arraigada à visão assimilacionista de interação entre indígenas e não indígenas, relativizando muitos direitos, como a concretização dos direitos territoriais, conforme será abordado no próximo tópico, ao tratar-se do tema sob julgamento do Supremo Tribunal Federal: o caso Raposa Serra do Sol, que fora interpretado com as lentes coloniais, afastando, inclusive, os preceitos internacionais ratificados pelo Brasil em prol dos indígenas.⁵⁹¹

Por outro lado, também não se pode ignorar que a interpretação não é monopólio dos juristas, haja vista que, indo além ao que está descrito da norma, está conectada às realidades sociais existentes. De acordo com Dworkin, a linguagem somente tem sentido a partir dos “[...] fatos sociais, das expectativas e das formas a que está presente um fato sintetizado no tosco, mas conhecido slogan, segundo o qual a chave do significado está no uso”.⁵⁹²

Todas essas considerações, têm que ser ponderadas para avaliar o que ocorreu na PEC 2015, de 2000 que foi aprovada na Comissão Especial da Câmara dos Deputados e aguarda votação no plenário da Câmara. A PEC 2015/00 visa transferir para o Congresso Nacional, a competência da União para demarcação das terras indígenas.

Acrescente-se também que há previsão de possibilidade para se rever as terras já demarcadas, que essa demarcação ocorreria por lei e não mais conforme o Decreto nº 1775/1996, acima mencionado, que estabelece a Funai, o Presidente da República e o Ministro da Justiça como responsáveis pela demarcação das terras.⁵⁹³

A preocupação é que os deputados e senadores que compõem o Congresso Nacional são proprietários de áreas rurais, em grande número. Assim, caso a PEC seja definitivamente aprovada, os indígenas temem que as complicações das situações fundiárias existentes sejam agravadas.

Toda essa situação demonstra que, no regime de nossa Constituição Federal – cujo fundamento prioritário é a dignidade da pessoa humana, que alcança todo e qualquer homem na condição de desenvolvimento da própria existência, e cujo viés é pluralista – não é mais possível prosseguir, ao longo dos séculos, com o descarte dos preceitos internacionais e nacionais ratificados e em vigor; e nem tampouco que ocorram decisões pautadas numa visão hegemônica, o que explica os motivos em razão dos quais as culturas ameríndias têm se

⁵⁹¹ ARAÚJO JUNIOR, Julio José. **Direitos Territoriais Indígenas: Uma interpretação intercultural**. Rio de Janeiro: 2018, p. 208.

⁵⁹² DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 57.

⁵⁹³ GOMES, Daniela. **O Direito Indígena ao solo: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 73.

demonstrado como as maiores especialistas e articuladoras em assimilarem novas formas de subsistência, inclusive nos conflitos de terras, conforme será mencionado.

2.4 O Caso Raposa Serra do Sol e a Tese do Marco Temporal até o Tema 1031

O julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, iniciado em 2008, Petição nº 3.388/RR, e julgado em 19 de março de 2009, tornou-se precedente judicial ao estabelecer dezenove condicionantes para a demarcação futura de terras indígenas.⁵⁹⁴

O contexto histórico baseava-se na presença indígena no atual estado de Roraima, na fronteira com a Venezuela e com a Guiana, cujo primeiro ato de reserva de terras para os índios da região ocorreu em 1917, com a edição da Lei nº 941; mas que teve o processo administrativo para a demarcação dessas terras – Terra Indígena Raposa Serra do Sol – iniciado tão somente em 1993, com a publicação em Diário Oficial da delimitação e da demarcação sugeridas por um relatório fundiário da Funai para que o Ministério da Justiça reconhecesse uma área de 1,67 milhão de hectares como de ocupação tradicional.⁵⁹⁵

Na realidade, esse contexto histórico da demarcação já havia sido explicado, de forma mais detalhada, pelo Ministro Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1512, em 1996. Assim, é desse voto que se extrai a abordagem histórica. Em 1995, Roraima criou dois municípios mediante duas leis: a de número 96, que criou a Vila Pacaraima, e a de nº 98, que criou a Vila do Uiramutã, situação que ensejou a propositura de referida ADI no STF, tendo em vista que, nesses municípios criados, estavam algumas comunidades indígenas das etnias Macuxi, Ingaricó, Taurepang, Wapixana e Patamona.

Trata-se de um conflito que se iniciou nessa área após a chegada dos portugueses; mais notadamente em 1774, quando, na confluência dos rios Tacutu e Uraricoera – que formam o curso de água do Rio Branco do Estado de Roraima, foi construído o Forte São Joaquim com o intuito de facilitar o entrosamento dos indígenas com os brancos que ali viviam e, com isso, incrementar a colonização.

⁵⁹⁴ MELO, Cristina. **Terras indígenas**: identidade, reconhecimento e marco temporal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 36.

⁵⁹⁵ Ibid., p. 36.

Com essa perspectiva, os portugueses estabeleceram, naquele local, a Fazenda do Rei, sob a administração do Forte São Joaquim, para dar início à criação de gado.⁵⁹⁶ Na mesma sistemática, foram criadas mais três fazendas na região, a de São José, São Bento e São Marcos, conhecidas como Fazendas Nacionais, pertencentes ao Estado português, estimulando a vinda de pessoas para se fixarem naquela região.

O estímulo ocorreu especialmente após a descoberta de ouro, e os garimpeiros foram se assenhorando do lugar e se mesclando com a população ali existente, inclusive com indígenas nas malocas, vilas e povoados. Essa situação perdurou até 1977, quando se aventou a possibilidade de demarcação das terras indígenas, ocupadas pelas etnias supramencionadas de Macuxi, Ingaricó, Taurepang, Wapixana e Pataloma; procedimento que a Funai não logrou êxito.

Com isso, instalou-se o grande contencioso que deu origem à tentativa do reconhecimento da referida área de 1,67 milhão de hectares como de ocupação tradicional, para tentar harmonizar os interesses dos brancos e garimpeiros ali estabelecidos *versus* o entendimento dos nativos de que tinham direito à totalidade do território por serem terras tradicionalmente ocupadas, nos termos do artigo 231 da Constituição Federal de 1988.

Esse contencioso acentuou-se, haja vista que muitos fazendeiros detinham títulos de propriedade, registrados em Cartório. O Ministro Relator da ADI nº 1512 assim se pronunciou a respeito dos títulos:

[...] originários de concessões dadas pelo Estado do Amazonas e pela então Intendência Municipal de Boa Vista, quando sobre essas terras tinha aquela unidade federativa jurisdição administrativa, e por outras, mais recentemente, que são protegidas por títulos de terras cadastradas pelo Instituto de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, autorizadores da ocupação.⁵⁹⁷

Apesar desse contencioso, o Supremo Tribunal Federal julgou pelo não conhecimento da ADI proposta, por falta de competência. Ocorre que, na parte administrativa, houve continuidade para efetivar a demarcação, por conta do Decreto nº 1.775, de 1996, que regulamentou essa demarcação; e, assim, foram apresentadas 46 contestações administrativas por parte de particulares e do Estado de Roraima.⁵⁹⁸

O Ministro da Justiça à época, Nelson Jobim, não aceitou as contestações, mas determinou que fossem retirados da área pretensa de 1,67 milhão de hectares, nos termos do

⁵⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Petição 3.388-RR**. Relator: **Inteiro teor do julgamento**. Relator: Ministro Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 09 jul. 2021.

⁵⁹⁷ BRASIL. Op. Cit., 19 de março de 2009.

⁵⁹⁸ SARTORI JUNIOR, Dailor. **Pensamento descolonial e direitos indígenas**. Uma crítica à tese do marco temporal da ocupação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 147.

relatório realizado pela Funai, vilarejos, estradas e fazendas particulares com títulos expedidos pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA). No entanto, a partir da pressão feita por organizações indígenas, com base em documentos, nacionais e internacionais, ratificados pelo Brasil, que versavam a respeito de Direitos Humanos, o Ministro Renan Calheiros publicou a Portaria nº 820, de 1998, declarando que aquelas terras que envolviam os municípios de Pacaraima e Uiramutã, conhecidas como Raposa Serra do Sol, eram de ocupação tradicional, sendo efetuada a demarcação física no ano de 1999.⁵⁹⁹

A partir de então, deflagraram-se várias ações na Justiça visando anular aludida Portaria. Além do governo de Roraima impetrar Mandado de Segurança no Supremo Tribunal Federal, no mesmo ano de 1999 muitas foram as ações possessórias na Justiça Estadual e na Justiça Federal, além de Ações Cautelar, Popular, Civil Originária, ADIs e Mandado de Segurança, culminando na suspensão da Portaria nº 820/98 por duas vezes, em 1999 e em 2004, quando a Justiça Federal ordenou que os indígenas saíssem das terras e os fazendeiros foram reintegrados naquelas terras demarcadas.⁶⁰⁰

Essas ações foram reunidas pela Funai e pelo MPF no Supremo Tribunal Federal, que decidiu a perda de objeto das mesmas, em virtude da substituição da Portaria nº 820/98 pela Portaria nº 534/2005, do então Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos, devidamente homologada por Decreto Presidencial, de 15 de abril de 2005, demarcando a Raposa Serra do Sol em 1.747.464 hectares contínuos.⁶⁰¹ Por sua vez, também essa Portaria nº 534/05 resultou em várias outras ações, levando o Supremo Tribunal Federal a determinar que todas fossem julgadas pela Corte Suprema, por estar evidenciado um conflito federativo de magnitude.

Os principais argumentos eram no sentido de que a demarcação contínua das terras (1.747.464 hectares contínuos) não tinha isolado as propriedades particulares, os equipamentos comunitários ou os prédios públicos dos municípios existentes; representava ameaça à segurança nacional por conta da demarcação em faixa de fronteira; havia suposta parcialidade do laudo antropológico que serviu de fundamento no processo administrativo de demarcação, além de outras irregularidades desse processo, conduzido pela Funai da TI (Terra Indígena) supramencionada.

Foi assim que, em 2008, mediante a Ação Popular, Petição nº 3.388/RR, foram homologadas as terras demarcadas, na apreciação do mérito do julgamento histórico da Terra

⁵⁹⁹ SARTORI JUNIOR, Dailor. **Pensamento descolonial e direitos indígenas**: Uma crítica à tese do marco temporal da ocupação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 147.

⁶⁰⁰ Ibid., p. 148.

⁶⁰¹ MELO, Cristina. **Terras indígenas**: identidade, reconhecimento e marco temporal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 36.

Indígena Raposa Serra do Sol.⁶⁰² No decorrer do julgamento da Ação Popular, o Ministro Relator, Carlos Ayres Britto, se posicionou favorável à demarcação, em 27 de agosto de 2008, e o julgamento teve continuidade, ocorrendo em dezembro daquele mesmo ano, o voto do Ministro Menezes Direito, que se posicionou estabelecendo dezenove condicionantes ou salvaguardas institucionais⁶⁰³, que acabaram sendo interpretadas como dotadas de força vinculante para todos os processos de demarcação de terras indígenas, nos termos do Parecer

⁶⁰² MELO, Cristina. **Terras indígenas: identidade, reconhecimento e marco temporal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 36.

⁶⁰³ As dezenove condicionantes foram assim estabelecidas: (I) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar; (II) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional; (III) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei; (IV) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira; (V) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai; (VI) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à Funai; (VII) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação; (VIII) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (IX) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da Funai; (X) o trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade; (XI) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela Funai; (XII) o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas; (XIII) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não, (XIV) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº 6.001/1973); (XV) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973); (XVI) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros; (XVII) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada; (XVIII) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, CR/88); e (XIX) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Petição 3.388-RR. Inteiro teor do julgamento**. Relator: Ministro Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 09 jul. 2021

do Advogado-Geral da União, que foi aprovado pelo então presidente do Brasil, Michel Temer, e publicado no Diário Oficial, em 20 de julho de 2017.

Considerando que esse Parecer do Advogado-Geral da União trata-se de um parecer normativo que buscou “cumprir” a jurisprudência do Supremo, vale retomar, neste capítulo, à questão acerca da atividade interpretativa atrelada ao Direito, nos termos que Dworkin leciona, no sentido de que a essência do Direito é a interpretação e a sua integridade direcionada para buscar a resposta correta e não inventar soluções aleatórias.⁶⁰⁴

No que toca à integridade, Dworkin⁶⁰⁵ ratifica a respeito da melhor solução nos *hard cases*, utilizando a metáfora do romance em cadeia, para qualificar os juízes como autores e críticos, ao mesmo tempo, relacionando-os a um grupo de romancistas que escrevem um romance em série e, para tanto, cada romancista interpreta os capítulos que recebeu, escreve o novo capítulo, acrescentando-o aos demais, por ele recebidos, encaminhando tudo ao romancista seguinte; e assim por diante, em sucessiva cadeia. Dworkin conclui pela complexidade dessa tarefa em que cada romancista deve escrever seu capítulo de modo a criar, da melhor maneira possível, o romance em elaboração; e assevera que a mesma complexidade é reproduzida na tarefa de se decidir um caso difícil de integridade.

A partir dessa relação, a interpretação passaria a ter duas dimensões. Uma primeira, de adequação, na qual o intérprete não poderia adotar nenhuma interpretação sem poder dar um explicativo geral, pois a interpretação seria malsucedida se deixasse sem explicação algum importante aspecto estrutural do texto já redigido. Por isso, teria que encontrar uma interpretação que conseguisse alcançar o que apreendeu da maior parte do texto, ressaltando que o autor deveria levar em consideração o que já havia sido construído antes, em toda a dimensão, sem menosprezar qualquer elemento relevante.⁶⁰⁶

Mas, se mesmo assim, o intérprete não encontrasse nenhuma interpretação a qual se ajustasse o texto, entraria a segunda dimensão, que é justamente analisar qual das leituras se amoldaria à obra em desenvolvimento.⁶⁰⁷ A conclusão é que, em ambas as dimensões, o intérprete deve levar em consideração o que está escrito na obra para que a construção e a reconstrução ocorram da forma mais factível possível.

Correlacionando essa lição com o parecer normativo da Advocacia-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República à época, não houve interpretação responsável acerca

⁶⁰⁴ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**: Justiça e Valor. Tradução de Marcelo Brandao Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014, p. 199.

⁶⁰⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 276.

⁶⁰⁶ Id., 2014, p. 277-278.

⁶⁰⁷ Id., 2014, p. 278.

do aludido julgamento do Supremo Tribunal Federal, especialmente ao atribuir efeitos vinculantes à decisão desse caso, quanto à criação das condicionantes ali presentes e à tese do marco temporal que, além de ser inconstitucional, denota notória digressão e retrocesso ao que já estava conquistado.

Nesse sentido vale a transcrição de Boaventura de Sousa Santos acerca desses entraves à efetivação das premissas constitucionais:

O Poder Judiciário tem tido um papel preponderante na aplicação desses novos direitos, mas mantido uma posição conservadora na maioria das vezes. As ferramentas jurídicas estão razoavelmente construídas na América Latina [...] Apesar disso, são pequenos os ganhos das populações indígenas diretamente da administração pública. Em geral, tem sido necessário apelar à Justiça para obtê-los [...] Isso limita a atuação dos povos indígenas que precisam criar organizações segundo os padrões ocidentais – não tradicionais para conseguir o reconhecimento de seus direitos [...].⁶⁰⁸

Dentre as fragilidades das premissas constitucionais estão as condicionantes, que foram analisadas e ajustadas com os votos dos demais ministros, de tal sorte que, ao final do julgamento da Petição nº 3.388/RR, foram aprovadas pela maioria, com exceção do Ministro Joaquim Barbosa que as rejeitou. O trânsito em julgado ocorreu tão somente em 2013, quando o STF julgou os Embargos de Declaração opostos pelo MPF e pela Funai, cujo Relator foi o Ministro Luiz Roberto Barroso.⁶⁰⁹

Esse *leading case* relativo à proteção dos povos indígenas e de seus direitos territoriais resultou no reconhecimento do processo administrativo de demarcação com a garantia da posse permanente das cinco etnias existentes na TI Raposa Serra do Sol. Cabe destacar que essa demarcação em área contínua não configurou ofensa à margem de fronteira e nem tampouco representou ameaça ao princípio federativo e ao desenvolvimento da nação e ao reconhecimento da pluriethnicidade com proteção dos povos que integram as diversas culturas que compõem a nação brasileira.⁶¹⁰

Ocorre que *leading case* pela repercussão nacional e internacional que teve, com exposição da manifesta dificuldade em se construir uma sociedade verdadeiramente diversa e

⁶⁰⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 96.

⁶⁰⁹ SARTORI JUNIOR, Dailor. **Pensamento descolonial e direitos indígenas: Uma crítica à tese do marco temporal da ocupação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 152.

⁶¹⁰ Leciona-se que as riquezas minerais e as terras férteis explicam boa parte do conflito entre índios e não índios pela demarcação desse território indígena em Roraima, em que, mais uma vez, a lógica do capital atropela a lógica dos povos. YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. In: **Revista Direito GV**, São Paulo, v.6, n.1, 2010, p. 143-158. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24213/22986>. Acesso em: 15 ago. 2021, p. 108.

democrática, a partir do reconhecimento dos direitos dos indígenas, estampados na Constituição Federal e em documentos internacionais ratificados pelo Brasil. Restou demonstrado que os governos locais enxergaram os indígenas com lentes de estrangeiros em seus próprios territórios, ignorando as suas contribuições sociais e econômicas nas relações com os estados e municípios.⁶¹¹

Isso porque, ao condicionar as dezenove ressalvas ou as conhecidas “salvaguardas institucionais” e ao fixar o marco temporal na condicionante 11, houve um enfraquecimento dos direitos, tendo em vista que o espírito discriminatório se sobrepôs ao pluralismo democrático. Além do mais, não foi respeitado o direito dos povos indígenas à consulta prévia, como previsto na Convenção nº 169 da OIT e no artigo 19 das Declarações das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, conforme se depreende da manifesta interpretação das condicionantes 05, 06, 07 e 11, que disciplinam a não participação das comunidades indígenas e a desnecessidade de consultá-las quanto aos assuntos de gestão e de uso de terras tradicionais, num verdadeiro retrocesso.⁶¹²

No que toca ao marco temporal, o argumento usado pelo Ministro Carlos Ayres de Britto no fatídico caso da Petição nº 3.388/RR, trata-se de reconhecer as terras indígenas ocupadas pelos povos indígenas, no dia 05 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição, de tal sorte que se um índio ou uma comunidade indígena reclamasse que determinadas terras eram tradicionalmente ocupadas e, portanto, lhe pertenciam, seria procedente a sua reclamação somente se a presença do índio ou da comunidade indígena tivesse ocorrido na data estipulada - 05 de outubro de 1988⁶¹³, como se houvesse uma fotografia do momento.

⁶¹¹ YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. In: **Revista Direito GV**, São Paulo, v.6, n.1, 2010, p. 143-158. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24213/22986>. Acesso em: 15 ago. 2021, p. 148-149.

⁶¹² Anjos Filho assim elucida a respeito dessas condicionantes: “[...] simplesmente impostas sem qualquer diálogo intercultural por um órgão jurisdicional sem poderes constituintes reformadores ou ao menos legislativos e mediante violação das leis processuais”. ANJOS FILHO, Robério Nunes. O Supremo Tribunal Federal e o Direito dos povos -indígenas, p. 911-954. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 39-40.

⁶¹³ Vale a transcrição do Ministro Carlos Ayres de Britto acerca do marco temporal, no julgamento da ação, Petição nº 3.388/RR: “A Constituição Federal trabalhou com data certa – a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) – como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das “fazendas” situadas na Terra

Assim, para o reconhecimento de uma terra como tradicionalmente ocupada, deveria verificar-se presente uma forma tradicional de perdurabilidade da ocupação indígena, com um sentido, entre anímico e psíquico, de que, para os índios, viver em determinadas terras é tanto pertencer a elas quanto elas lhes pertencerem; e observar-se que a ocupação das terras estaria ocorrendo em 05 de outubro de 1988; admitindo-se a retração cronológica à promulgação da Constituição Federal, quando a reocupação não tenha ocorrido por efeito de renitente esbulho por parte de não índios.⁶¹⁴

Ocorre que renitente esbulho, para o STF, não é o mesmo que ocupação passada ou que desocupação forçada ocorrida no passado. Trata-se de situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, estaria ainda persistindo, por meio de circunstâncias de fato ou de controvérsias possessórias judicializadas⁶¹⁵, até o marco demarcatório temporal: a data da promulgação da Constituição de 1988,

Verdadeira torção semântica que persiste ao se condicionar a materialização da controvérsia possessória judicializada, como se os dois possuidores – índios *versus* não índios – fossem tutelados pelo Direito Civil; quando, na verdade, os indígenas não são possuidores nesse sentido, pois têm os direitos originários sobre as terras que ocupam, havendo uma relação de Direito Constitucional pelo instituto do Indigenato⁶¹⁶, que não se confunde, em absoluto, com posse sujeita à legitimação e ao registro. É um direito congênito. “Só a posse por ocupação está sujeita à legitimação porque como título de aquisição só pode ter por objeto as coisas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono”.⁶¹⁷

Assim, a posse de não índio sobre terras indígenas jamais pode ser legitimada, pois, conforme o artigo 231, §§ 4º e 6º da Constituição Federal, é nula e, portanto, não surte efeito, em razão das terras serem indisponíveis e inalienáveis. A ideia do constituinte sempre foi a de proteger as terras habitadas segundo os usos e costumes pelas tradições indígenas, destinadas para sempre ao *habitat* dos índios, sendo que caberia ao órgão federal competente assegurar

Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol". BRASIL. Supremo Tribunal Federal STF. **Petição n 3.388 RR**. Relator: Ministro Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 10 jul. 2021.

⁶¹⁴ Ressalta-se novamente voto do Ministro Carlos Ayres de Britto. BRASIL. op. Cit., 19 de março de 2009.

⁶¹⁵ Conforme decisão emanada da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no Agravo do Recurso Extraordinário nº 803.462/MS. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo AgR ARE 803462-MS**. Relator: Teori Zavaski, 09 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863936211/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-agr-are-803462-ms-mato-grosso-do-sul/inteiro-teor-863936221?ref=serp>. Acesso em: 19 jul. 2021.

⁶¹⁶ SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

⁶¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Parecer**. 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: 07 fev. 2021.

esse direito e ao Poder Judiciário cumprir seu dever de proteger e de fazer respeitar todos os bens dos índios, nos termos do artigo 231 da Constituição Federal.

Não obstante, apesar da finalidade constitucional de proteção contínua dessas terras, quando o Supremo fixou a data da promulgação da Constituição Federal como um dos requisitos para haver reconhecimento das terras como tradicionalmente ocupadas, acabou por desconsiderar o valor do Estatuto do Índio e, sobretudo, da historicidade do passado indigenista brasileiro”.⁶¹⁸

Ademais, se o esbulho era praticado pelos não índios, quando no julgamento foi usada a terminologia “renitente esbulho” em vez de “esbulho renitente”, colocando em destaque a qualificadora, acabou sendo imposta aos índios esbulhados a obrigação de provar os fatos. Se o esbulho era praticado pelos não índios, o ônus do conflito deveria recair sobre eles – os esbulhadores – e não sobre os índios, exigindo-se deles o ônus de provar que mesmo o esbulho, iniciado no passado, ainda persistia até a promulgação da Constituição Federal de 1988. Vale dizer, imputou-se aos índios um comportamento no que toca à luta pelos seus direitos.⁶¹⁹

Como se não bastasse, quando se exigiu para a configuração do renitente esbulho a existência de ação judicial entre índios e não índios, verificou-se ainda mais a impossibilidade de cumprir esse requisito, haja vista que o acesso à justiça aos indígenas pelo direito de ação, consubstanciado na legitimidade *ad processum* somente foi assegurado com a Constituição Federal de 1988. Antes disso, os indígenas não poderiam ajuizar demandas de qualquer natureza, inclusive possessórias. Portanto, apresentar como exigência a uma comprovação impossível da configuração do renitente esbulho possessório⁶²⁰, é estabelecer um impedimento ao exercício de um direito constitucionalmente garantido.

Verifica-se, portanto, o hiato entre o texto constitucional e a efetividade das normas em prol dos indígenas. E, mesmo com a demarcação de terras, não se observa nas decisões judiciais o cumprimento da determinação constitucional – nos termos do artigo 231, § 6º – de que são nulos os atos que reconheçam direitos de ocupação, domínio ou a posse relacionados a imóveis localizados dentro de terras indígenas, constatando que, inclusive, o registro da escritura pública em cartório seja nulo e extinto, não produzindo efeitos jurídicos, salvo a indenização pelas benfeitorias realizadas derivadas da ocupação de boa-fé.

⁶¹⁸ SILVA, José Afonso da. **Parecer**. 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: 07 fev. 2021.

⁶¹⁹ SILVA, op. Cit.

⁶²⁰ BATISTA, Juliana de Paula; GUETTA, Mauricio. A judicialização das demarcações de terras indígenas: O caso de Morro dos Cavalos, p. 237-277. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (org.). **Direitos dos Povos Indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 261.

Essa determinação significa que os não índios que forem retirados das terras demarcadas, em regra, não têm direito à indenização, haja vista que estavam ocupando terras que pertenciam à União, em conformidade com o artigo 20, XI, da Constituição Federal, salvo se tiverem feito benfeitorias e se a ocupação fosse derivada de boa-fé.⁶²¹ Portanto, faz-se mister analisar como são as decisões judiciais acerca desse embate do direito à propriedade privada *versus* o direito indígena à terra, inclusive quanto à natureza jurídica das terras, para, assim, delimitar a indenização ao antigo proprietário da área.

A partir do texto constitucional disposto nos artigos 231 e 232, os pretórios se manifestaram a respeito. Para o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o que vai determinar a indenização ao não índio é como ele adquiriu as terras, se de boa-fé ou de má-fé, haja vista que posse justa – aquela não violenta, clandestina ou precária – é diferente da posse de boa-fé, que é aquela que o adquirente não conhecia o vício que pendia sobre a coisa:

O cidadão que acreditou na potestade pública, que atua com presunção de verdade, não pode ser confiscado nos seus direitos legalmente adquiridos, menos ainda estando de boa-fé, sem que tenha contribuído com alguma parcela de culpa nos eventuais defeitos legais dos atos praticados.

O Estado tem o dever de demarcar as reservas indígenas, com relação aos quais a questão da terra tem um valor de sobrevivência física e cultural, mas não de forma ilegal e sem pagamento, espoliando o direito de propriedade de terceiros, pois, por preceito constitucional, ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal.⁶²²

Reitera-se a crítica nesse sentido, haja vista que não pode haver boa-fé na ocupação de terras indígenas, pois não há possuidor não índio que tenha o justo título de que trata o parágrafo único do artigo 1201 do Código Civil de 2002, para que se possa ter presunção de boa-fé. Não há justo título exatamente porque o artigo 231, § 6º, da Constituição Federal

⁶²¹ CUPSINSKI, Adelar; PEREIRA, Alessandra Farias, SANTOS, Rafael Modesto dos; GUEDES, Íris Pereira; LIEBGOTT, Roberto Antônio, 26 de janeiro de 2017. **Terra tradicionalmente ocupada, Direito e a inconstitucionalidade do art. 231 e 232 da Constituição.** Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/eventos/564406-terra-tradicionalmente-ocupada-direito-originario-e-a-inconstitucionalidade-do-marco-temporal-ante-a-proeminencia-do-art-231-e-232-da-constituicao> Acesso em: 16 jul. 2021.

Para complementar, o fato de o direito da propriedade das terras indígenas pertencer à União confere maior proteção aos índios; ideia que já houvera sido sedimentada desde a Constituição de 1967, por iniciativa de Severo Gomes, que exercia na época a função de Ministro da Agricultura, haja vista que a União deverá usar todos os meios cabíveis para evitar a espoliação da propriedade e consequentemente da posse dos índios. GOMES, Daniela. **O Direito indígena ao Solo, limites e possibilidades.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 173.

⁶²² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região TRF1. **Apelação Cível AC 0006145-92.2010.4.01.3901.** Relator: Desembargador Federal Ney Bello, 27 de outubro de 2017. Disponível em: <https://trf1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/898260258/apelacao-civel-ac-ac-61459220104013901/ementa-898260274>. Acesso em: 19 jul. 2021.

dispõe que “[...] são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de terras.”⁶²³

Duprat ratifica que essa impropriedade conceitual prejudica os conflitos fundiários entre índios e não índios:

Uma ação vocacionada à tutela de direito de cunho nitidamente civilista neutraliza a disciplina constitucional dos territórios indígenas, porque a lita processual se desenvolve sob controle das normas constitutivas daquele campo e valendo-se apenas das armas nele autorizadas. Assim, elementos como posse velha, ocupação física, passam a ser acriticamente definitórios de direitos possessórios.⁶²⁴

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região recordou, no julgamento de um processo, que a posse dos indígenas é determinada em relação aos usos, costumes e tradições indígenas e, para resolver a equação do conflito de terras, no que toca à indenização, enfatizando que a mera invocação do direito de propriedade – decorrente do contrato de compra e venda ou da aquisição, mediante justo título outorgado pelo próprio Estado, ou da necessidade de se garantir o desenvolvimento da economia – não pode constituir empecilhos para fazer valer a vontade da Constituição Federal de 1988; mas também não pode servir como arrimo para a perda daqueles que têm um título conferido pelo próprio Estado. Assim, o fato de os indígenas serem desapossados das terras não pode descaracterizar a área como terra indígena de ocupação tradicional. Porém, ao Estado incumbe indenizar os proprietários rurais, pois como se fomentou a vinda deles para ocuparem o território do Mato Grosso do Sul (Fazenda Água Branca e Fazenda Capão das Araras), local do conflito, é devida a indenização.⁶²⁵

Nesse julgamento, os desembargadores mostraram a preocupação em equalizar o conflito na região do Mato Grosso do Sul no sentido de proporcionar segurança e bem-estar coletivo, inclusive dos próprios indígenas que vivem com os não índios, prevenindo-se o acirramento dos ânimos e a institucionalização da violência. Por isso, mantiveram o grupo indígena Terena no local em vez de determinarem a reintegração dos proprietários de terra, com a retirada a força desses indígenas. A decisão não está definitivamente julgada, pois está pendente de decisão no Supremo Tribunal Federal.

⁶²³ SILVA, José Afonso da. **Parecer**. 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: 07 fev. 2021.

⁶²⁴ DUPRAT, Deborah. **Terras indígenas e o Judiciário**. Disponível em: http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/83412/PEREIRA_DMDB_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 20 jul. 2021.

⁶²⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. TRF3. **Agravo de instrumento nº 5004972-10.2017.4.03.0000**. Relator: Desembargador Federal Souza Ribeiro. Disponível em: <https://web3.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoPje/91743163>. Acesso em: 19 jul. 2021.

O que se observa nas decisões jurisprudenciais é que há o reconhecimento dos conflitos entre índios e não índios, mas nunca se reconhece que a raiz dos conflitos é a usurpação, a grilagem ou a invasão da terra dos índios; acentuando-se, nas entrelinhas, a condução ao entendimento dos julgadores no sentido de que são os índios que provocam o conflito.

Não obstante, é obrigação do Estado assegurar aos índios, a partir de suas diferenças étnicas, proteção de suas áreas ambientais e também daqueles locais considerados de caráter simbólico como sagrado. Portanto, o direito à posse inter-relacionando ao § 6º do artigo 231 da Constituição Federal, deve ser lido e interpretado como originário e precedente aos demais direitos, por se tratar de posse imemorial. Logo, os títulos relacionados a uma terra indígena são nulos e extintos, não produzindo nenhum efeito jurídico.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu nesse sentido de que as terras são inalienáveis, não podendo seu domínio ser transferido a outrem; e indisponíveis, não se podendo abrir mão ou dar o controle desse direito independente das suas finalidades.⁶²⁶ Pela Corte Superior de Justiça, as terras ocupadas tradicionalmente pelos índios se destinavam à

⁶²⁶ Conforme as decisões proferidas nos Recursos Especiais - REsp 1133648 e REsp 1551033 – e nos Mandados de Segurança - MS 21572; MS 14987 e MS 15822. Com o REsp 1133648, a Turma do STJ entendeu que somete com a Constituição Federal de 1988, surgiu o conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, a serem demarcadas pela União. Tratava-se de caso em que o Rio Grande do Sul havia sido condenado a pagar o valor de R\$36.000,00, a título de danos morais, decorrentes da desocupação do imóvel situado em terra indígena e que fora adquirido mediante colonização promovida na década de 60. O entendimento foi que, apesar de não ter sido correta essa condenação, para o STJ, ela seria mantida em decorrência do descumprimento do artigo 32 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias do Rio Grande do Sul, que impunha ao Estado o reassentamento no prazo de quatro anos desses colonos; e, como isso não ocorreu, e a situação foi sendo agravada pelos conflitos com as comunidades indígenas, acabou por ocasionar tal indenização. O entendimento do Tribunal Superior foi que se o governo federal, leia-se a União, não pode ser condenado por reconhecer e demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, por força do artigo 231, § 6º da Constituição Federal, não parecia viável importar ônus ao Estado por atos praticados na década de 60; mas a condenação acabou sendo mantida por força de não haver competência para apreciação da matéria naquela instância. Já no REsp 1551033, o Superior Tribunal de Justiça julgou pela necessidade de um estudo técnico-antropológico e de levantamento da área demarcada, nos termos do Decreto nº 1.775/1996, que regulamenta a Lei nº 6.001/1973. No Mandado de Segurança nº 21.572, a Primeira Seção do STJ determinou que o Ministério da Justiça não ampliasse a Terra Indígena Wassu-Cocal, em Alagoas, já demarcada antes da Constituição Federal. O Relator do caso, Ministro Sérgio Kukina, relacionando-o ao caso Raposa Serra do Sol, Petição 3388, em que houve a possibilidade de revisão de diretrizes e de salvaguardas de terras indígenas já demarcadas, em face da mudança de enfoque, ocasionada com a Constituição Federal, da política integracionista para a preservação cultural do grupamento étnico, entendeu que essa mudança de enfoque não serve de fundamentação idônea para fundamentar a revisão de terras indígenas já demarcadas. No Mandado de Segurança nº 14987, a Primeira Seção do STJ entendeu que a existência de propriedade registrada não impede que a Funai investigue e demarque terras tradicionalmente ocupadas. E no Mandado de Segurança nº 15822, relativo à demarcação das terras da etnia Guarani Nhandéva, considerou que a demarcação na seara administrativa, sem a revisão judicial, é prática reiterada na Administração Pública, haja vista que o Judiciário não intervém sempre como condição de validade de todo e qualquer ato administrativo. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Notícias, 17/04/2016. **Demarcação de terras indígenas é tema de 115 decisões colegiadas do STJ.** Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portaltj/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2016/2016-04-17_09-01_Demarcacao-de-terras-indigenas-e-tema-de-115-decisoes-colegiadas-do-STJ.aspx. Acesso em: 16 jul. 2021.

sua posse permanente e ao usufruto exclusivo das riquezas da terra, pela natureza jurídica inerente das mesmas, cuja afetação é por efeito decorrente de destinação constitucional, com fim específico de assegurar proteção de natureza jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais, de modo a proporcionar-lhes bem-estar e desenvolvimento de sua reprodução física e cultural.⁶²⁷

Nessa perspectiva, a União detém o poder de polícia em relação às terras indígenas, podendo permitir a exploração de recursos naturais em áreas indígenas demarcadas e até mesmo remover comunidades indígenas das terras ocupadas, ao passo que aos índios, equivocadamente, ficou reservada tão somente a posse, podendo usar e fruir dela em razão do direito originário às terras tradicionalmente ocupadas. É, por isso, que as decisões tendem a ser eurocêtricas e avessas à autonomia dos índios, como já se demonstrou, inclusive com a tese do marco temporal.

Nota-se que, em novembro de 2013, o Supremo Tribunal Federal suspendeu o registro da área demarcada como terra indígena Kayabi, no Estado do Mato Grosso do Sul, na Ação Cível Originária 2.224, em que o Ministro Luiz Fux apontou para o fato de que as terras, objeto da demarcação, não eram tradicionalmente ocupadas pelos índios Kayabi; pois, na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, esses índios não ocupavam mais essas terras. Assim, o registro em cartório da demarcação das terras violaria direito fundamental de propriedade e causaria atritos entre a comunidade indígena e aqueles que adquiriram a terra de boa-fé, concluiu o Supremo Tribunal Federal.⁶²⁸

Ademais, em 2014, nos autos do Mandado de Segurança nº 29.087, ocorreu a anulação da demarcação de uma terra indígena Guyraroká, no Município de Caarapó, Mato Grosso do Sul, com abrangência de 11 mil hectares, para posse de 525 Guaranis Kaiowás, pois, pela aplicação da tese do marco temporal, foi anulada a demarcação.⁶²⁹

Outra situação que deve ser ressaltada ocorreu em 2015, com a Terra Indígena Limão Verde, de 1.335 índios da etnia Terena, localizada no município de Aquidauana, também no Mato Grosso do Sul, que foi anulada pela decisão do Recurso Extraordinário, com Agravo nº 80.462.

⁶²⁷ GOMES, Daniela. **O Direito Indígena ao Solo: limites e possibilidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 177.

⁶²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Ação Civil Originária ACO 2224-DF**. Relator: Ministro Luiz Fux, 14 de setembro de 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631883682/acao-civel-originaria-aco-2224-df-distrito-federal>. Acesso em: 10 jul. 2021.

⁶²⁹ SARTORI JUNIOR, Dailor. **Pensamento descolonial e direitos indígenas: Uma crítica à tese do marco temporal da ocupação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 162.

Como se pode verificar, as decisões do Supremo Tribunal Federal ficam à mercê de subjetivismos, haja vista que, no corpo da Constituição Federal, não há menção expressa acerca dessa tese do marco temporal – aliás, nem explícita e nem implícita – como bem ressalta o doutrinador José Afonso da Silva, ao se referir ao julgamento da Petição 3.388/RR:

Diz o texto que a Constituição Federal trabalhou com data certa, a de sua promulgação em 05 de outubro de 1988. Onde está isso na Constituição? Como pode ela ter trabalhado com esta data, se ela não diz nada a respeito, nem implícita, bem explicitamente? Nenhuma cláusula, nenhuma palavra do artigo 231 autoriza essa conclusão. Ao contrário, se se ler com a devida atenção o *caput* do artigo 231, ver-se-á que dele se extrai interpretação muito diversa.⁶³⁰

Ao mencionar o texto do artigo 231, da Constituição Federal, referido doutrinador chama a atenção para a expressão “[...] se são reconhecidos os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” é porque seria corolário lógico afirmar que já existiam antes da promulgação da Constituição Federal. Diferentemente, se estivesse escrito no texto constitucional a expressão “são conferidos”, aí sim estaria correta a interpretação do marco temporal; o que não seria o caso, sob pena de promover um corte na proteção que vinha sendo construída ao longo do tempo.⁶³¹

José Afonso da Silva acrescenta também que o que deve ser salientado é o reconhecimento da posse imemorial dos indígenas, cujo marco temporal verdadeiramente deveria ser com a Carta Régia de 1.611, promulgada por Felipe III, que vale a pena transcrição novamente, pois afirma:

[...] os gentios são senhores de suas fazendas nas povoações, como o são nas serras sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre elas lhes fazer moléstia ou injustiça alguma, nem se poderão ser mudados de suas capitanias e lugares que lhe forem ordenados, salvo quando eles livremente os quiserem fazer.

É um marco temporal pelo reconhecimento desses direitos como de supremacia constitucional, conforme albergado pela Constituição de 1.934 e sendo as mesmas sistemáticas seguidas pelas demais Constituições até alcançar a de 1988. Portanto, conclui:

Se há um marco temporal a ser firmado, este seria a data da promulgação da Constituição de 1934, qual seja, 16 de julho de 1934, que por primeiro deu consagração constitucional a esses direitos e garantia de sua proteção efetiva. Isso não significa que se exija a presença física dos indígenas na área exatamente nesta data como requisito essencial para a caracterização da

⁶³⁰ SILVA, José Afonso da. **Parecer**. 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: 07 fev. 2021.

⁶³¹ SILVA, op. Cit.

tradicionalidade da ocupação, pois por qualquer motivo independente de sua vontade podiam estar afastados dela na data referida.⁶³²

Assim, ratifica-se que a data da promulgação da Constituição de 1988 não tem o condão de fazer esse corte epistemológico na proteção dos direitos consagrados aos indígenas, como o Supremo Tribunal Federal confirmou com a sua decisão do caso Raposa Serra do Sol.

No mesmo sentido, vale a transcrição de Duprat que ratifica que os direitos territoriais indígenas têm natureza jurídica de Direitos Humanos e fundamentais, de forma que sobre eles incide, a partir de então, a proibição do retrocesso:

Não seria possível, em especial pela via hermenêutica desconsiderar o ganho de proteção constitucional às terras indígenas desde 1934, legitimar as desterritorialidades forçadas e instaurar, a partir de 1988, um regime que confere validade ao esbulho se os indígenas a eles não se opuseram por décadas a fio.⁶³³

E Duprat acrescenta, ainda, que, pela proibição de retrocesso, cuja finalidade precípua é impedir ou assegurar o controle que venha causar restrição ou supressão da efetividade atinente aos direitos fundamentais⁶³⁴, em relação às terras indígenas, somente seria possível adições e melhorias.

Assim, o esbulho jamais poderia neutralizar a proteção constitucional, mas tão somente a desocupação voluntária de terras tradicionais; ou seja, “[...] os direitos territoriais indígenas somente poderiam ser negados se houvesse a descontinuidade da posse por opção do próprio grupo [...]”⁶³⁵, nos termos do artigo 28.1 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

No entanto, o que se observou no caso da Raposa Serra do Sol é que, a partir da ideia de perda de direitos, há a hierarquização entre índios aculturados e índios de “verdade”, tidos como “aqueles que não passaram por processo de territorialização (reorganização sociocultural, reelaboração da cultura e da relação com o passado, politização em relação a

⁶³² SILVA, José Afonso da. **Parecer**. 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: 07 fev. 2021

⁶³³ DUPRAT, Deborah O marco temporal de 05 de outubro de 1988: Terra Indígena Limão Verde, p. 84. *In*: ALCÂNTARA, Gustavo Kenner TINOCO, Livia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz. (org.). **Índios, direitos originários e territorialidade**. Brasília: ANPR, 2018.

⁶³⁴ DUPRAT, op. Cit., p. 84.

⁶³⁵ Conforme artigo 28.1: “Os povos indígenas têm direito à reparação, por meios que podem incluir a restituição ou, quando isso não for possível, uma indenização justa, imparcial e equitativa, pelas terras, territórios e recursos que possuíam tradicionalmente ou de outra forma ocupavam ou utilizavam, e que tenham sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados ou danificados sem seu consentimento livre, prévio e informado”. DUPRAT, op. Cit., p. 85.

direitos) ou de etnogênese (a emergência étnica impulsionada pelo momento constitucional)”, os quais fariam jus à demarcação de terras, pois não perderam a essência da indianidade.⁶³⁶

Não há como não identificar o aspecto integracionista no julgamento em comento, especialmente quando se afirma a importância do espaço fundiário que assegure aos indígenas os meios dignos de subsistência para preservar-lhes, sobretudo, sua identidade cultural sobre o processo de aculturação:

Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos.⁶³⁷

O Ministro Ayres Britto consolida que aculturação é um processo longo de adaptação social, de um indivíduo ou de um grupo, sem a perda de sua identidade pessoal e étnica no convívio com os não-índios e vice-versa, haja vista que, para ele, é um somatório, não uma permuta, muito menos uma subtração.⁶³⁸ É por isso que defendeu, em seu voto, os motivos pelos quais a Magna Carta buscou integrar os índios brasileiros:

[...] para agregar valor à subjetividade deles. Para que eles sejam ainda mais do que originalmente eram, beneficiando-se de um estilo civilizado de vida que é tida como de superior qualidade em saúde, educação, lazer, ciência, tecnologia, profissionalização e direitos políticos de votar e de ser votado marcadamente.⁶³⁹

Ademais, deve ser ressaltado que também o voto do Cezar Peluso partiu do pressuposto que os indígenas ostentam culturas atrasadas, primitivas:

[...] há algumas populações que ainda estão em estágios primitivos, sem nenhuma consciência ou sem consciência plena da sua identidade nacional. E, mais do que isso, as tarefas de segurança nacional, evidentemente, não podem ficar a cargo de populações que não têm capacidade operacional, nem sequer equipamentos para desempenho de ações que supõem a reconhecida complexidade da era moderna.⁶⁴⁰

Como se não bastasse, também deve ser enfatizado que o Ministro Ricardo Lewandowski, não creditando na dinamicidade das comunidades indígenas, afirmou:

⁶³⁶ SARTORI JUNIOR, Dailor. **Pensamento descolonial e direitos indígenas**: Uma crítica à tese do marco temporal da ocupação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 176.

⁶³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Petição 3.388-RR**. Relator: **Inteiro teor do julgamento**. Relator: Ministro Ayres Britto, 19 de março de 2009. Voto do Ministro Ayres Britto, p. 235. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 20 jul. 2021.

⁶³⁸ BRASIL. op. Cit. Voto do Ministro Ayres Britto, p. 235.

⁶³⁹ BRASIL. op. Cit. Voto do Ministro Ayres Britto, p. 290-291.

⁶⁴⁰ BRASIL. op. Cit. Voto do Ministro Cezar Peluso, p. 540.

Até consta aqui do parecer do Ministério Público uma assertiva com a qual, data vênia, não concordo, que diz que a realidade das comunidades indígenas não é estática no tempo, mas dinâmica. Eu entendo que devemos manter a proposta do eminente Ministro Menezes Direito, porque, na verdade, quando a Constituição, no art. 231, § 1º, estabeleceu que as terras indígenas são aquelas "tradicionalmente ocupadas pelos índios e por eles habitadas em caráter permanente", na verdade, o constituinte tirou uma fotografia da situação, que se cristalizou. E, portanto, não há possibilidade deste dinamismo pretendido pelo Ministério Público.⁶⁴¹

Pois bem, a partir dos trechos desses votos, verifica-se o arraigado paradigma assimilacionista dos índios, restando evidenciado que, para os Ministros, os índios se encontram em um estágio de desenvolvimento da barbárie, anterior à sociedade ocidental desenvolvida, havendo a necessidade de integrá-los por meio da aculturação, pois eles não são dinâmicos; entendimento que renega a evolução histórica tanto cultural dos índios quanto normativa de seus direitos.

É importante enfatizar que o STF reconheceu que os índios passam por esse processo de aculturação e que nesse período não deixariam de receber proteção pelo Estado brasileiro:

O substantivo "índios" é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva.⁶⁴²

Diante dessa evidente ideia, comungada nos votos acima mencionados, acerca da inferioridade cultural dos índios, Rodrigues afirma que “A decisão proferida na Pet. 3.388 reproduziu o ideal de homogeneidade da nação brasileira, calando as inúmeras identidades sociais que compõem o Estado Nacional ao reafirmar a prevalência de um saber hegemônico sobre as demais racionalidades”.⁶⁴³

Não obstante, é cediço como já enfatizado neste capítulo, que a aculturação não significa, necessariamente, perda de identidade étnica e que não se pode definir grupo étnico a partir da cultura, haja vista que a cultura é uma decorrência da etnicidade e não o contrário,

⁶⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Petição 3.388-RR**. Relator: **Inteiro teor do julgamento**. Relator: Ministro Ayres Britto, 19 de março de 2009. Voto do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 841. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 20 jul. 2021.

⁶⁴² BRASIL. op. Cit. Voto do Ministro Ayres Britto p. 232.

⁶⁴³ RODRIGUES, Carolina Augusta de Mendonça. O Usufruto indígena e o interesse nacional: uma análise da decisão do STF no caso Raposa Serra do Sol. **Revista de Estudos em Relações Interétnicas | Interethnica**, [S. l.], v. 22, n. 1, p. 106, jan/abril 2019. DOI: 10.26512/interethnica. v22i1.20907. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/interethnica/article/view/20907>. Acesso em: 13 ago. 2021.

estando atrelada à dinamicidade em razão do contato com outras culturas, mas sem incorrer na perda da identidade originária.

O que define ser ou não índio, portanto, tem se mostrado muito importante, notadamente virtude da demarcação das terras, pois aqueles que não tiveram relações intrínsecas com o território teriam mais dificuldades de demonstrarem ao Supremo Tribunal Federal (STF) sua ocupação tradicional, e por isso, seriam menos índios e com menos direitos, o que também nega a carga histórica de um direito constitucional e originário, presente no ordenamento, ao menos desde a Constituição de 1934.

É por isso, que vale mencionar novamente a assertiva de Eduardo Viveiros de Castro de que é necessário definir critérios a respeito do que é ser índio, pois isso está banalizado, haja vista que se parte do pressuposto que: “[...] no Brasil todo mundo é índio, exceto quem não é”.⁶⁴⁴ Nesse sentido, quando o próprio Eduardo Viveiros de Castro afirma que a primeira característica para se caracterizar uma pessoa como indígena é a relação de parentesco presente na comunidade indígena, ele está se referindo que ter vínculo de parentesco é a partir do que os índios consideram como ser parente dentro da comunidade: “[...] as relações de afinidade são em muitas culturas indígenas, transmissíveis intergeracionalmente, exatamente como as relações de consanguinidade”. Além do que, na etnologia, “[...] afinidade é o arcabouço político e a linguagem dominante nas comunidades ameríndias” e, também, se estabelece em razão dos casamentos interétnicos no mundo indígena⁶⁴⁵.

Castro ainda ressalva que a raiz histórica é preponderante para se definir o índio: “[...] os laços histórico-culturais com as organizações sociais pré-colombianas compreendem dimensões históricas, culturais e sociopolíticas”⁶⁴⁶ e destaca que a importância do respeito aos índios por seus usos e costumes, significa autonomia para se governarem internamente conforme suas convicções naquilo que não fira os princípios fundamentais da Constituição Nacional.⁶⁴⁷ Percebe-se que são condições teóricas e políticas, criadas pelo antropólogo, para permitir que as comunidades interessadas articulem a sua indianidade tão relevante na efetivação dos direitos indígenas.

⁶⁴⁴ CASTRO, Eduardo Viveiros de Castro. **No Brasil todo mundo é índio, exceto quem não é**. Disponível em: https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/No_Brasil_todo_mundo_%C3%A9_%C3%ADndio.pdf. Acesso em: 08 jun. 2021.

⁶⁴⁵ O antropólogo elucida: “Como você cortaria uma família no meio quando o homem é branco e a mulher é índia, por exemplo? Se a comunidade acha que o marido é membro da comunidade ele é índio, sem mais. Se o marido for um cidadão lituano, mas casou com a índia Potira e os pais da índia Potira estão de acordo, esse lituano é índio. Cada comunidade tem uma concepção específica no que seja esses vínculos interpessoais fundamentais e essas concepções são as definitivas na comunidade”. CASTRO, op. Cit.

⁶⁴⁶ CASTRO, op. Cit.

⁶⁴⁷ CASTRO, op. Cit.

Não obstante, o que se observa é que o Supremo Tribunal Federal, que é para ser a Corte responsável pela efetivação dos direitos dos indígenas, proferiu uma decisão marcada por um eurocentrismo manifesto e uma política integracionista. É como se os indígenas vivessem uma situação de expatriados em seus territórios nacionais.

E o que mais chama a atenção é que, em 16 de janeiro de 2017, foi protocolado novamente na Suprema Corte, pela Fundação Nacional do Índio, o Recurso Extraordinário, número 1.017.365, a respeito do cabimento da reintegração de posse de uma área declarada, administrativamente, como de tradicional ocupação indígena localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, que fica no município de Itaiópolis no Estado de Santa Catarina.⁶⁴⁸

Por se tratar novamente de *leading case*, a Funai pugnou pela correta interpretação do artigo 231, que disciplina o reconhecimento da posse e do usufruto de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, pois o fato controvertido cingia-se à questão se os índios teriam cometido turbação da posse porque as terras realmente pertenciam à reserva biológica da antiga FATMA ou se, na verdade, a FATMA é quem tinha posse ilegítima, haja vista se tratar de terra tradicionalmente ocupada.

Para tanto, o Procurador Geral da República, Augusto Aras, enalteceu alguns pressupostos agregados a esse Tema 1031 de Repercussão Geral. De proêmio, se a aludida proteção constitucional do artigo 231 se iniciava a partir da demarcação da área indígena ou se precedia a conclusão do processo administrativo demarcatório.

Pela exposição farta de argumentos ao longo deste capítulo, os índios legaram este país. “Como escreveu Darcy Ribeiro, os indígenas representam uma importante matriz étnica do povo brasileiro assim como, acrescento, os europeus e afrodescendentes e asiáticos que hoje se encontram no território nacional”.⁶⁴⁹ Isso porque, pela relação que guardam com a

⁶⁴⁸ Faz-se mister salientar um breve contexto histórico da situação: em 2009, cerca de cem indígenas da comunidade Xoklengs invadiram uma parte da referida Reserva Biológica do Sassafrás (TI Ibirama Laklanô), de propriedade do IMA – Instituto do Meio Ambiente, antiga FATMA – Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente de Santa Catarina. Essa situação originou uma ação de reintegração de posse por parte da FATMA contra a Funai, REsp 00001682720094047214, pois alegaram que esses índios invadiram além dos 14 hectares que foram destinados a eles pelo Estado de Santa Catarina, em 1956. O pedido foi julgado procedente e confirmado pelo egrégio Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Ato contínuo, a Funai ajuizou Recurso Extraordinário nº 1.017.365 que contra-argumentou que o território invadido, além de ser terra tradicional, pertencia àquela comunidade indígena, equivalendo a 37 mil hectares reservados a esses indígenas. Ante a essas divergências e por se tratar de assunto de relevo constitucional por envolver possibilidades hermenêuticas do artigo 231 da Constituição Federal de 1988, que disciplina o direito fundamental indígena às terras de ocupação tradicional, o Recurso Extraordinário foi dotado de repercussão geral pelo ministro Edson Fachin, em 21 de fevereiro de 2019. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recurso Extraordinário RE 1.017.365**. Relator: Ministro Edson Fachin. Inteiro teor do voto do Ministro Edson Fachin que reconheceu Repercussão Geral. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749577852>. Acesso em: 13 out. 2021.

⁶⁴⁹ BRASIL. Ibid. Sustentação oral do Procurador Geral da República no Recurso Extraordinário n. 1.017.365.

terra por dela extraírem a sua sobrevivência alimentar e cultural, aquele território acaba por assumir uma feição identitária, de tal sorte que a não preservação afeta, de forma manifesta, a identidade dos membros dessa comunidade.

A partir disso, o doutor Aras confirma que a fruição dos direitos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas tem um cunho declaratório e não constitutivo: “De toda sorte, a demarcação é de índole declaratória, portanto, não constitutiva. Demarcar uma terra indígena equivale a reconhecer um *status* pré-existente, vale dizer, consiste em atestar a ocupação dos índios como circunstância anterior à demarcação”.⁶⁵⁰

Ademais, passa a ser dever do Estado a proteção integral em relação às terras que os índios ocupam, em respeito aos direitos constitucionalmente garantidos, donde se conclui é que quanto mais se demora na regularização das terras indígenas, há mais chances de ocorrer violação dos direitos.

Como se não bastasse, também precisava ser definido o marco temporal. De acordo com a Petição 3388, já comentada, para qualificar terras como tradicionalmente ocupadas, o Supremo Tribunal Federal já havia sedimentado o entendimento da união de dois requisitos: a existência de uma relação de tradicionalidade dos índios com essas terras e que a data da promulgação da Constituição Federal fosse o marco temporal para direcionar a posse dos índios.

Não obstante, como já ressaltado, não seria crível exigir esse “termômetro” do marco temporal, haja vista que muitos indígenas não estavam na posse das terras na data escolhida, em razão de terem sido expulsos de conflitos possessórios e agrários.

É por isso que o Procurador Geral também solidificou o entendimento de que, mesmo não havendo posse por parte dos índios em 05 de outubro de 1988, a terra poderá ser considerada como tradicionalmente ocupada por eles, desde que verificado, no caso concreto, se houve a ocorrência de esbulho, a partir de provas, por documentos e laudos antropológicos, como corolário da segurança jurídica.

Para corroborar seu entendimento, Aras citou que o comunicado publicado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 23 de agosto de 2021, acerca da tese do marco temporal, contradiz as normas internacionais ratificadas pelo Brasil, notadamente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Declaração Americana sobre os Direitos

⁶⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recurso Extraordinário RE 1.017.365**. Relator: Ministro Edson Fachin. Sustentação oral do Procurador Geral da República no Recurso Extraordinário n. 1.017.365. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/09/Sustentac%CC%A7a%CC%83o-oral-RE-1017365.pdf>. Acesso em: 13 out. 2021.

dos Povos Indígenas, já que não leva em consideração se houve violência a ponto de impedir os índios de estarem ocupando os seus territórios em 05 de outubro de 1988.

E, por fim, o terceiro pressuposto a ser considerado é que a proteção às áreas indígenas é compatível com a proteção ambiental, pois ratifica que no julgamento da Petição 3388, o Supremo Tribunal Federal deu azo à interpretação que há conformidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que se tratem de áreas de preservação ou conservação ambiental.⁶⁵¹

Assim, a partir dessas considerações, o Ministro Relator do caso, Edson Fachin, além de ter dotado o Recurso Extraordinário 1.017.365, de repercussão geral, tema 1031, em 19 de dezembro de 2018. Em razão do modo de vida indígena; da adoção ou não do marco temporal; dos elementos necessários à caracterização do esbulho possessório; além da conjugação dos interesses comunitários, sociais e ambientais, também determinou, em 06 de maio de 2020, a suspensão dos feitos, “[...] notadamente ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação, bem como os recursos vinculados a essas ações, sem prejuízo dos direitos territoriais dos povos indígenas, modulando o termo final dessa determinação até a ocorrência do término da pandemia da COVID-19 ou do julgamento final do feito [...]”, o que ocorresse por último, salvo ulterior decisão em sentido diverso.⁶⁵²

Também foi decidido nos autos do Recurso Extraordinário 1.017.365, em 11 de maio de 2020, acerca do Parecer 001/2017, elaborado pela Advocacia-Geral da União e do que foi julgado no processo - Petição 3388/RR, ambos supramencionados, que, quanto às fixadas “[...] salvaguardas institucionais das terras indígenas, as quais constituem normas decorrentes da interpretação da Constituição e, portanto, devem ser seguidas em todos os processos de demarcação [...]”, caberia a observâncias das tais dezenove condições ou “salvaguardas” nesse processo de demarcação.

No entanto, foi bem ressaltado pelo Ministro Relator que a aplicação, de forma automática, das referidas salvaguardas não coaduna com a hermenêutica constitucional e que, também de acordo com referido processo Petição 3388/RR, não seria aplicado efeito vinculante aos demais casos de demarcação de terras indígenas.⁶⁵³

⁶⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recurso Extraordinário RE 1.017.365**. Relator: Ministro Edson Fachin. Sustentação oral do Procurador Geral da República no Recurso Extraordinário n. 1.017.365. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/09/Sustentac%CC%A7a%CC%83o-oral-RE-1017365.pdf>. Acesso em: 13 out. 2021.

⁶⁵² BRASIL. Ibid. Voto do Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://images.jota.info/wp-content/uploads/2021/09/re-1017365-i.pdf?x36613>. Acesso em: 13 out. 2021.

⁶⁵³ Ressalva-se o inteiro teor da Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. 1. Embargos de declaração opostos pelo autor, por assistentes, pelo Ministério Público, pelas comunidades indígenas, pelo Estado de Roraima e

Assim, determinou em sede de tutela provisória incidental que todos os efeitos do Parecer 001/2017 ficassem suspensos até a decisão final do julgamento do RE 1017365, com repercussão geral, bem como que a Funai não realizasse qualquer procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas.

Ato contínuo de tramitação do feito, dois ministros proferiram votos. O Ministro Kassio Nunes Marques proferiu voto a favor do marco temporal e o relator Ministro Edson Fachin proferiu voto contrário, sendo que o caso se encontra pendente para ser julgado, sob análise do Ministro Alexandre de Moraes desde o dia 15 de setembro de 2021.

O Ministro Edson Fachin inaugurou os votos afirmando que as causas indígenas já vêm sendo debatidas pelos Tribunais há muito tempo e que, portanto, torna-se relevante a controvérsia acerca do assunto; pois, desde antes de ocorrer o domínio português, muitos índios já ocupavam as terras tidas como públicas, cada tribo com seus costumes e territórios respectivos “[...] e passaram por notório processo de dizimação e tomada violenta das terras pelos ocidentais, dentro do longo processo de migração ao interior e ocupação da totalidade do que hoje conhecemos como território nacional”.⁶⁵⁴

E assim passou a discorrer a respeito da história dessa dominação, desde o Alvará Régio de 1680, que reconheceu a posse e o domínio sobre as terras que os índios ocupavam, passando pela Lei de Terras nº 601/1850 e pelo Decreto nº 1318/1854, que, ao regulamentar referida lei, dispõe que a posse é legitimada ao primeiro ocupante, com reconhecimento do direito originário dos indígenas às terras em sua posse.

por terceiros. Recursos inadmitidos, desprovidos, ou parcialmente providos para fins de mero esclarecimento, sem efeitos modificativos. 2. Com o trânsito em julgado do acórdão embargado, todos os processos relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol deverão adotar as seguintes premissas como necessárias: (i) são válidos a Portaria/MJ nº 534/2005 e o Decreto Presidencial de 15.04.2005, observadas as condições previstas no acórdão; e (ii) a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231, da Constituição torna insubsistentes eventuais pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante à indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º). 3. As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a sua incidência na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em eventuais novos processos. 4. A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal STF. **Petição n 3.388 RR**. Relator: Ministro Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 25 jun. 2021.

⁶⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recurso Extraordinário. RE 1.017.365**. Relator: Ministro Edson Fachin. Inteiro teor do voto do Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios1.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2021.

Ressaltou, também, em seu voto, que desde a Constituição Federal de 1934, consagrou-se o direito dos índios à posse de suas terras, tendo como consequência que qualquer ato de transmissão de posse ou de propriedade dessas áreas a terceiros, operaria nulidade de pleno direito, haja vista que não se tratava de propriedade alheia ou terra devoluta estadual.

Ademais, quanto ao domínio das terras, o Ministro ressaltou que a Constituição de 1967 incluiu dentre os bens da União essa categoria especial de terras, “[...] destinadas à posse e uso exclusivo dos índios, reconhecendo expressamente a nulidade e extinção dos efeitos jurídicos de atos que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras pelos índios”.⁶⁵⁵

A Constituição Federal de 1988, como bem lembrou em seu voto, dispôs, em seus artigos 215 e 216, proteção especial ao modo de ser e de viver dos indígenas, garantindo o respeito à cultura e ao modo de viver do indígena, bem como ao modo tradicional de ocupação das terras. Ademais, o artigo 231, § 6º, da Constituição Federal também reconhece a nulidade e “[...] a inoponibilidade aos títulos de domínio que tenham por objeto terras reconhecidas pelo texto constitucional como de tradicional ocupação indígena”.⁶⁵⁶

Não obstante essas disposições constitucionais, ressaltou que o contexto social e político jamais espelhou referida proteção; por isso, o Supremo Tribunal Federal deveria desempenhar o seu papel de garantidor da Constituição Federal, avultando as questões possessórias e de domínio, para manter a própria sobrevivência desses indivíduos quanto ao modo de vida, às etnias e às comunidades que compõem a pluralidade e a diversidade atinentes à sociedade brasileira.⁶⁵⁷

Citou ainda os dados extraídos da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil (APIB) e do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), admitidos no feito como *amicus curiae*, demonstrando que, de um total de 1298 terras, 829 demarcações não foram finalizadas ou sequer iniciadas; “[...] circunstância que coloca muitas comunidades em situação de penúria e

⁶⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recurso Extraordinário. RE 1.017.365**. Relator: Ministro Edson Fachin. Inteiro teor do voto do Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios1.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2021.

⁶⁵⁶ BRASIL op. Cit.

⁶⁵⁷ “Sendo a função da corte de interpretação a outorga de unidade ao Direito, a sua adequada interpretação é ponto de chegada, sendo a decisão recorrida em que se consubstancia o caso concreto apenas seu ponto de partida. É por essa razão que a corte de interpretação é uma verdadeira corte de precedentes, sendo o precedente judicial ao mesmo tempo encarnação da adequada interpretação do direito e meio para obtenção da sua unidade (arts. 926 e 927 do CPC)”. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2015, p. 70.

de negação de direitos básicos, como alimentação, saúde e moradia digna, além de ver negada a tutela estatal para proteção de seu patrimônio e de suas vidas”.⁶⁵⁸

Pela relevância do tema, além da situação de vulnerabilidade dos indígenas, seja pelas ameaças de doenças, violência, invasões, contaminação das águas, seja pela redução orçamentária e de pessoal da Funai, que acarretou na redução de sua atuação, o voto do Ministro reconheceu a urgência da atuação pública para garantir a sobrevivência e o respeito ao modo de vida dos índios no País.

Como se não bastasse, atento que o assunto julgado no processo Petição nº 3388, teoricamente impediria ser novamente julgado no processo, RE 1017365, em razão do princípio da segurança jurídica, o Ministro destacou em suas razões que o “[...] acórdão da Pet nº 3.388, o Plenário desta Casa assentou a impossibilidade de atribuição de efeitos vinculantes àquela decisão”.⁶⁵⁹ Assim, apesar de ter efeito de coisa julgada material em relação ao caso Raposa Serra do Sol, não é extensivo às demais demarcações de áreas de ocupação tradicional indígena no país por não ter força de precedente obrigatório a vincular às instâncias inferiores, bem como à Administração Pública na análise dos processos demarcatórios.

Ato contínuo, o Relator ainda ressaltou que mesmo que se tratasse de precedente com força vinculante, ainda assim a Corte Suprema teria razões para reexaminar a matéria, notadamente pela condicionante do marco temporal.

Isso porque a decisão no processo Petição nº 3.388 acabou por acarretar uma paralisação das demarcações das terras indígenas, pelo inteiro teor do Parecer 001/2017/GAB/CGU/AGU, que pelo ato da Administração Pública atribuiu efeito vinculante às condicionantes, ocasionando uma piora sensível da qualidade de vida dos índios no Brasil. Por isso, faz-se mister a correta hermenêutica do dispositivo constitucional, especialmente o artigo 231, pela e sobrevivência das mais de 300 distintas etnias indígenas do Brasil:

Portanto, em sede de repercussão geral configurada, é tarefa desta Corte desvelar as possibilidades hermenêuticas contidas no artigo 231 da Carta Magna, a guiar a interpretação constitucional e projetar seus efeitos de modo mais eficiente nos trâmites para o deslinde dos processos de demarcação, judicializados ou não, bem como de todos os incidentes processuais gerados em razão da efetivação ou não das demarcações.⁶⁶⁰

⁶⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recurso Extraordinário. RE 1.017.365**. Relator: Ministro Edson Fachin. Inteiro teor do voto do Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios1.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2021.

⁶⁵⁹ BRASIL op. Cit.

⁶⁶⁰ BRASIL op. Cit.

Como premissa para esse raciocínio, o Ministro Relator enfatiza que os direitos territoriais são direitos fundamentais e que, por isso, sobre o artigo 231, incidem o preceito da cláusula pétrea, prevista no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, pelo qual até mesmo o constituinte reformador fica impedido de promover modificações tendentes a abolir ou dificultar o exercício desses direitos territoriais.

A segunda premissa é que, por serem direitos fundamentais, estão imunes às decisões das maiorias legislativas que reduzam sobremaneira os compromissos firmados tanto pelo constituinte originário quanto em nível internacional, com ratificação pelo Brasil. A Convenção 169 da OIT, que reconhece a cultura e os modos de viver dos povos indígenas, bem como os direitos deles à terra e aos recursos naturais, e a Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas, que afirma os direitos dos povos indígenas ao pertencimento a uma comunidade ou nação indígena, em conformidade com as tradições e os costumes dessa comunidade, consistem em obrigações exigíveis perante a Administração Pública por serem deveres que devem ser cumpridos pelo Estado.

A terceira premissa que o Ministro Relator enfoca é que se aplicam, aos direitos indígenas, a vedação ao retrocesso e “[...] a proibição da proteção deficiente de seus direitos, uma vez que atrelados à própria condição de existência e sobrevivência das comunidades e de seu modo de viver”.⁶⁶¹ E, com essas três premissas, ele conclui que a interpretação adequada a ser dada no artigo 231 é da máxima efetividade das normas constitucionais para cumprir tanto a hermenêutica quanto os objetivos da Constituição.

Para tanto, enfatiza que o procedimento demarcatório das terras indígenas é tão somente homologatório, com o consequente registro na área na Secretaria de Patrimônio da União, haja vista que apenas reconhece a existência de posse tradicional preexistente.⁶⁶² E

⁶⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recurso Extraordinário. RE 1.017.365**. Relator: Ministro Edson Fachin. Inteiro teor do voto do Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios1.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2021.

⁶⁶² BRASIL. op. Cit.

Ressalta-se trecho do voto do Ministro Fachin que ratifica que a natureza jurídica do procedimento demarcatório é homologatória: “A Constituição ordenou à União que demarque as terras indígenas com a finalidade de proteger e respeitar os bens de cada povo. Está claro que o direito sobre as terras independe desta demarcação, que é mero ato administrativo de natureza declaratória. A terra indígena se define não pela demarcação, mas pela ocupação indígena, como dispõe a Constituição. Desta forma, a União deve usar critérios antropológicos de reconhecimento, porque se a ocupação se faz segundo os usos, costumes e tradições, há que se conhecer em profundidade a organização social daquele grupo determinado para se encontrar a terra ocupada, para afirmar com precisão o que é terra habitada, quais as utilizadas, as imprescindíveis à preservação da natureza, e as necessárias ao bem-estar e reprodução física e cultural do grupo. Qualquer regulamentação da demarcação tem que se ater aos limites deste comando constitucional. O procedimento demarcatório não pode estabelecer outro critério que não seja os quatro elementos verificados segundo os usos, costumes e tradições do próprio povo. Portanto, o critério é interno ao povo. [...]”. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Dos Índios, p. 4671. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET,

ênfatiza também que essa posse indígena é distinta da posse civil, pois esta se trata de uma projeção do próprio direito de propriedade, porque o possuidor é, também, o portador do título de domínio do bem:

É um direito patrimonial particular em regra transmissível que recai sobre uma coisa ou um bem, como assim operam os direitos reais, e tem finalidade eminentemente econômica, na dinâmica de circulação do mercado como objeto de venda, doação, permuta, ‘et coetera’, devidamente funcionalizado como um reflexo do exercício dos poderes proprietários, conforme hermenêutica do artigo 5º, inciso XXIII da Constituição da República.⁶⁶³

Já no que se refere à posse das terras indígenas pelos próprios indígenas, a função primordial é de sobrevivência e da identidade da sua cultura; e não tem natureza jurídica de coisa, mercadoria ou bem referente ao direito de propriedade e destinado à compra e venda.

Assim, não são os interesses imobiliários ou exploratórios que devem nortear “a delimitação da extensão de terras necessárias à ocupação tradicional dos índios, mas sim a investigação da posse indígena, com todos os seus atributos”.⁶⁶⁴ E para a investigação da posse indígena, o Relator continua em seu voto tecendo comentários acerca da tese do marco temporal – a presença física da comunidade indígena na área objeto de demarcação em .05 de outubro de 1988 – que não está em conexão com a hermenêutica aplicada aos direitos fundamentais indígenas.

Cita novamente os primeiros diplomas normativos que regulamentavam os direitos dos indígenas à posse e ao uso das terras que ocupavam, conforme Lei das Terras, (Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850) e do Decreto nº 1318, de 1854, que a regulamentou, dispondo, em seu artigo 24, § 1º, que a posse é legitimada ao primeiro ocupante, os indígenas, pois têm reconhecidos os direitos originários à posse das terras.

O Ministro Fachin afirma que esse reconhecimento seria a teoria do indigenato de Joao Mendes Junior, cujos comentários já foram tecidos, mas que, nas palavras do Ministro Relator, valem novamente a transcrição: “[...] os índios eram os ocupantes primeiros das terras, e sua posse não estava sujeita à legitimação pelo ordenamento jurídico, pois não se tratava de aquisição de um direito, mas apenas da declaração de sua existência”.⁶⁶⁵

Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2013.

⁶⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recurso Extraordinário. RE 1.017.365**. Relator: Ministro Edson Fachin. Inteiro teor do voto do Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios1.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2021.

⁶⁶⁴ BRASIL. op. Cit.

⁶⁶⁵ BRASIL. op. Cit

E, repetindo que a regulamentação acerca da posse indígena está presente desde a Constituição Federal de 1934, insiste que, por isso, não se justifica a teoria do fato indígena, haja vista que a Constituição atual não representa um marco para a ocorrência de direitos possessórios, mas sim uma continuidade de proteções já asseguradas, em constituições anteriores e agora num contexto democrático, ante o Estado Democrático de Direito, com novas garantias e condições de efetividade do exercício de direitos territoriais.

Com isso, o Relator Fachin concluiu em seu voto que a melhor redação do artigo 231, ante a hermenêutica adequada, que prima pelo princípio da máxima eficácia das normas constitucionais, “[...] é a da não restrição do direito à posse permanente e tradicional apenas àquelas comunidades indígenas que estivessem na posse mansa e pacífica da área na data da promulgação do texto constitucional”.⁶⁶⁶

Elucida que, nos termos do artigo 1200 do Código Civil vigente, a posse obtida por meio injusto e violento não é admitida e, então, seria um paradoxo a ordem constitucional validar a obtenção das terras indígenas por meio da violência, que se efetivou pelo fato de terem essas comunidades sido retiradas à força de seus territórios tradicionais, razão pela qual neles não estavam à data de 05 de outubro de 1988. Sendo que a obrigação do Estado deve ser de proteção, não se deve aplicar a teoria do marco temporal:

Logo, se se aplica a teoria do marco temporal, e não se verifica a presença indígena na data de 05 de outubro de 1988 na área considerada, não é suficiente apontar que a terra não seria indígena. É preciso questionar-se, então, de quem seria a titularidade da área que deveria ter revertido ao patrimônio público federal, uma vez ser impossível usucapião de terra pública. Como acima se apontou, terra indígena não é terra devoluta; assim, as terras não podem ter ingressado no patrimônio estadual e, portanto, não podem ter sido legitimamente transferidas ao patrimônio privado.⁶⁶⁷

Ressalta, também, que a teoria do marco temporal se olvida das comunidades indígenas que não têm contato algum com a sociedade envolvente e pergunta: se forem índios isolados, como eles fariam prova que estavam em suas terras na data exata de 05 de outubro de 1988, quando muitos deles sequer eram ou são reconhecidos pelo órgão indigenista, que apenas estima a sua existência e a quantificação.

Assim, para o Ministro Fachin, legitimar o marco temporal é o mesmo que validar abusos e invasões à margem da legislação, fechando a essas comunidades a porta para o exercício completo e digno dos direitos referentes à cidadania.

⁶⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recurso Extraordinário. RE 1.017.365**. Relator: Ministro Edson Fachin. Inteiro teor do voto do Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios1.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2021.

⁶⁶⁷ BRASIL. op. Cit.

O Ministro ainda se ocupou, em seu voto, da questão do renitente esbulho, esboçada na decisão Petição nº 3388, que julgou que o direito a posse indígena não se perderia quando se tratasse de renitente esbulho contra a comunidade, que impedisse de estar na terra tradicionalmente considerada. Assevera ele que o conceito de renitente esbulho já foi decidido pela Corte Suprema, no ARE 803462, conforme seu Relator, Teori Zavascki:

Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.⁶⁶⁸

Assim, os critérios usados para definir o renitente esbulho foram: controvérsia possessória judicializada ou um conflito ocorrido na área que tenha perdurado até 05 de outubro de 1988. Contudo, no que tange à controvérsia possessória judicializada, o Ministro Fachin bem ressaltou que deve ser levado em consideração a capacidade processual dos indígenas antes da Constituição Federal de 1988:

A uma, porque se tratava de um modo de resistência obviamente integrante do modo de ser da sociedade envolvente, mas não dos indígenas, que possuem outras formas tradicionais de resolução de conflitos. A duas, porque dependiam sempre da intervenção do órgão indigenista e da União para tanto, e no contexto integracionista, muitas vezes os interesses eram bastante conflitantes.⁶⁶⁹

Tendo em vista que, diante de uma política de aculturação, os índios não tinham autonomia processual, o mesmo raciocínio se aplica à existência de conflito materializado até a data da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Em primeiro lugar, porque o ordenamento constitucional não poderia incentivar conflitos para legitimar e reconhecer direitos. De outra parte, os indígenas, tutelados pelo Estado, foram constantemente expulsos, assassinados e desintegrados de sua cultura, em nome de interesses privados e desenvolvimentistas. Nesse cenário, resistir aos conflitos de forma reiterada, a persistir até a data da promulgação da Carta Magna, seria enfrentar a morte quase certa, algo que também não parece ter sido a

⁶⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo AgR ARE 803462-MS**. Relator: Teori Zavascki, 09 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863936211/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agr-are-803462-ms-mato-grosso-do-sul/inteiro-teor-863936221?ref=serp>. Acesso em: 14 dez. 2021.

⁶⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recurso Extraordinário. RE 1.017.365**. Relator: Ministro Edson Fachin. Inteiro teor do voto do Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios1.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2021.

intenção do constituinte quando assegurou a posse das terras que ocupam de forma tradicional.⁶⁷⁰

A Suprema Corte já decidiu, inclusive, que o abandono das terras tradicionais em razão de meio violento não tem o condão de retirar a característica da tradicionalidade da ocupação, conforme se verifica na Ação Civil Originária nº 312.⁶⁷¹ É por isso que é necessário que o abandono se revista de um caráter voluntário por parte da comunidade, sem a característica de esbulho das suas terras por parte de terceiros ou de conflitos físicos ou de demandas possessórias até a data de promulgação da Constituição Federal de 1988. Por essas razões, a proteção constitucional arraigada não depende do renitente esbulho ou de conflitos físicos ou controvérsias judiciais até a data da promulgação da Carta Maior.

Acrescenta em seu voto, tão amplo e completo, o Ministro Relator acrescenta outro aspecto relevante: o esclarecimento do que se faz imprescindível para que a terra seja qualificada como tradicionalmente ocupada, nos termos do que dispõe o artigo 231, § 1º, da Constituição Federal. Para isso, o Decreto nº 1775, de 1996, impõe a necessidade de um laudo antropológico como instrumento para a demonstração de que determinada área examinada é de posse tradicional indígena; exatamente como foi feito no supramencionado caso da Ação Civil Originária nº 312.

Compreendida que a tradicionalidade da ocupação indígena não se circunscreve a aspectos jurídicos, ressalta-se a exigência de que sua demonstração ocorra por um laudo técnico que verifique o entrelaçamento da posse da terra com os laços culturais, ambientais e espirituais da tribo que ocupa essa terra, e com a participação da comunidade afetada e da sociedade envolvida. Portanto, a ampliação de terras indígenas passa a ser constitucional a partir do cumprimento dessa necessidade do laudo antropológico, com a ressalva de que, nesses estudos, seja demonstrada a efetiva ocorrência das características do § 1º do artigo 231, pois inexistente espaço para uma avaliação discricionária.

Como na maioria dos processos de demarcação não houve laudo antropológico, conclui-se que a demarcação pode ser reanalisada para o adequado dimensionamento da ocupação tradicional. Mesmo porque a Corte Suprema já decidiu que inconstitucionalidades flagrantes não se submetem a quaisquer prazos decadenciais ou prescricionais: “As situações flagrantemente inconstitucionais não devem ser consolidadas pelo transcurso do prazo

⁶⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recurso Extraordinário. RE 1.017.365**. Relator: Ministro Edson Fachin. Inteiro teor do voto do Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios1.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2021.

⁶⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Ação Civil Originária ACO 312-BA**, Relator: Ministro Eros Grau. Redator para Acórdão: Ministro Luiz Fux, 02 de maio de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629999>. Acesso em: 14 dez. 2021.

decadencial previsto no art. 54 da Lei nº 9.784/99, sob pena de subversão dos princípios, das regras e dos preceitos previstos na Constituição Federal de 1988. Precedentes”.⁶⁷²

Conclui-se, com isso, que, pelo fato de ser imperioso que o procedimento demarcatório seja precedido de laudo antropológico, e, como na maioria das demarcações não foi observado esse requisito, não há inconstitucionalidade em se reanalisar o que seria território tradicional ocupado, haja vista que essas comunidades ficaram alijadas de seus direitos.

O Ministro Fachin agrega em seu voto, que por se tratar de posse que não tenha finalidade mercantil e de terras com características de inalienabilidade e imprescritibilidade, contidas no artigo 231, § 4º, da Constituição Federal, cuja posse e ocupação têm o fim de *habitat* para a comunidade, segundo os seus costumes e tradições, a Constituição, em seu artigo 231, § 2º, assegura a posse permanente, com o usufruto exclusivo dos lagos, rios e solo ali existentes, sem possibilidade de concessão de quaisquer direitos reais dessas terras a terceiros, que não pertençam as comunidades indígenas.

A mesma ideia de usufruto exclusivo pelos índios em relação às riquezas naturais está contida no referido dispositivo constitucional, em seus parágrafos 3º, 5º e 7º, com a garantia de que as comunidades afetadas sejam ouvidas previamente em caso de ocorrência de aproveitamento de recursos hídricos, pesquisa e lavra de riquezas minerais.

O Relator Edson Fachin ainda elucida que não há conflito entre o direito de propriedade e a proteção da posse tradicional indígena; pois, a partir do reconhecimento da tradicionalidade da ocupação, não subsistem mais os títulos privados referentes a essas terras. Por uisso, esse reconhecimento da posse indígena não gera, para os particulares, direito de indenizações em ações contra a União, salvo se houverem benfeitorias realizadas na ocupação de boa-fé desses que tinham os títulos privados.

O Ministro também afirma que não há incompatibilidade entre os artigos 231 e 225 do texto constitucional, pois este assegura o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a todos e também aos índios, sendo de extrema relevância à proteção dessas áreas, pelo direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais, mantendo a qualidade de vida de suas comunidades.

Ocorre que, ante o direito originário das comunidades indígenas, as políticas de proteção ambiental não podem interferir nas atividades tradicionais dos índios, seja porque

⁶⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recurso Extraordinário RE 817338**. Relator: Ministro Dias Toffoli, 16 de outubro de 2019, Voto do Ministro Edson Fachin, p. 18. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-administracao-publica-nao-rever.pdf>. Acesso em: 13 out. 2021

não são ações predatórias ao meio ambiente, seja porque o reconhecimento da tradicionalidade dos usos e costumes indígenas está tutelado pelo artigo 231 do texto constitucional.

Como se não bastasse, em consonância com a posse permanente e o usufruto exclusivo da terra indígena, a Convenção 169 da OIT, ratificada pelo Brasil, em 25 de julho de 2002, assegura, em seu artigo 15, que as comunidades devem participar previamente das decisões sobre a administração das unidades a que pertencem.

Ante todos esses argumentos, o Ministro Fachin sintetiza o seu voto da seguinte forma⁶⁷³:

- 1- A demarcação é um procedimento declaratório do direito originário à posse das terras tradicionalmente ocupadas pela comunidade indígena;
- 2- Há distinção entre a posse civil e posse tradicional indígena, haja vista que esta não tem valor mercantil, estando relacionada ao *habita*, e à utilização para as atividades produtivas dos indígenas, preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar, à reprodução física e cultural, segundo os seus usos e costumes;
- 3- Não aceitação da tese do marco temporal por ser contrária ao reconhecimento dos direitos fundamentais dos direitos possessórios indígenas;
- 4- Não exigência, para o reconhecimento dos direitos possessórios indígenas, de prova do renitente esbulho ou de conflito fático ou de demanda possessória judicializada que perdure ou ocorra em 05 de outubro de 1988;
- 5- Demonstração da tradicionalidade da terra indígena, opor meio da necessária juntada de laudo antropológico, nos termos do Decreto 1776, de 1996;
- 6- Não vedação de redimensionamento da terra indígena, por intermédio de procedimento demarcatório atinente às suas normas de regência do artigo 231 da Constituição Federal, no caso de descumprimento dos elementos desse artigo durante a primeira demarcação;
- 7- As terras de ocupação tradicional indígena são de posse permanente da comunidade, cabendo aos índios o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes;
- 8- As terras de ocupação tradicional indígena, na qualidade de terras públicas, são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis e não sujeitos à decadência;

⁶⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recurso Extraordinário. RE 1.017.365**. Relator: Ministro Edson Fachin. Inteiro teor do voto do Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios1.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2021.

9- São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a posse, o domínio e a ocupação das terras tradicionalmente indígenas, ou a exploração das riquezas do solo, rios e lagos nelas existentes, não assistindo ao particular direito à indenização ou ação em face da União pela circunstância da caracterização da área como indígena, ressalvado o direito à indenização das benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé;

10- Há compatibilidade entre a ocupação tradicional das terras indígenas e a tutela constitucional ao meio ambiente.

Por intermédio dessas premissas, deu provimento ao Recurso Extraordinário interposto, para a não utilização do marco temporal.

Por sua vez, o ministro Kassio Nunes Marques, concordou com o marco temporal quando afirmou que o fato da Constituição Federal estabelecer, no artigo 67 das disposições transitórias, a previsão de cinco anos para demarcação de terras indígenas – que, para ele, a não demarcação nesse prazo importa em decadência – já sedimentou a discussão quanto ao que é ou não território indígena: “[...] posses posteriores à promulgação da Constituição Federal não podem ser consideradas tradicionais porque isso implicaria o direito de expandi-las ilimitadamente para novas áreas já incorporadas ao mercado imobiliário nacional”.⁶⁷⁴ Continua alegando que “[...] a revisão da jurisprudência desse tribunal representaria grave risco à segurança jurídica e retorno à situação de conflito fundiário”.⁶⁷⁵

Apesar de ter reconhecido, em seu voto, os massacres sofridos pelos povos indígenas, Nunes Marques ressaltou que a Constituição dispôs os direitos originários dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam; destacou que o verbo está conjugado no presente; e conclui, por uma interpretação gramatical, ou seja, esse reconhecimento às terras que estavam ocupando recebeu um filtro que seria o momento em que o texto constitucional foi escrito.

O Ministro Nunes também reforçou as condicionantes referentes ao caso julgado da Raposa Serra do Sol, restringindo o usufruto dos povos indígenas nas faixas de fronteiras e na construção de estradas e em linhas de transmissão, haja vista que essas terras seriam do interesse público da União. Ademais, no que toca à compatibilidade de interesses indígenas e do meio ambiente, no caso de dupla afetação, as terras ficariam sob administração do Instituto

⁶⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Tema 1031**. Definição do estatuto jurídico constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional. Relator: Ministro Edson Fachin. Andamento do Processo RE 1017365. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5109720&numeroProcesso=1017365&classeProcesso=RE&numeroTema=1031>. Acesso em: 02 dez. 2021.

⁶⁷⁵ BRASIL. op. Cit.

Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), relativizando-se o usufruto pelas comunidades indígenas de seus territórios.

Após o voto proferido pelo Ministro Nunes Marques, houve pedido de vista pelo Ministro Alexandre de Moares, razão pela qual o feito se encontra sem movimentação processual até o presente momento, com um voto a favor e outro contra o marco temporal.

E o que se verifica, pela análise dos votos supramencionados, é que impera a insegurança jurídica pelo fato da Corte Suprema brasileira exercer política de forma errônea. De proêmio, ressalva-se que o problema não está na Corte Suprema exercer a função política, mas sim, de ter assumido o protagonismo da vida política. A esse respeito, lecionam Rios Figueroa e Taylor:⁶⁷⁶

Finalmente, a nossa investigação levanta questões importantes sobre a relação entre os tribunais e um desenvolvimento democrático sobre a pesquisa a respeito dos tribunais da América Latina. Primeiramente, a transposição crescente de conflitos políticos dos ramos do Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário pode produzir uma deliberação pública saudável sobre questões que rodeiam políticas públicas importantes, mas também atrasos e ineficiência na resolução de necessidades públicas urgentes. Qual será o papel do Poder Judiciário na crescente deliberação pública das escolhas políticas desejáveis do ponto de vista da estabilidade do regime democrático? Em segundo lugar, não tivemos aqui um discurso para tocar no conceito do que venha a ser a judicialização da política ou "politização do poder judiciário", ou a noção de que à medida que os tribunais "expulsam o poder, os grupos que procuram resultados políticos particulares podem tentar obter juízes amigos dos tribunais ou influenciar de outra forma o comportamento dos tribunais para promover os seus objetivos políticos. Como resultado da ênfase crescente no sistema judicial como um

⁶⁷⁶ Trecho original: "Finally, our research raises two important questions about the relationship between courts and democratic development which should be added to the growing research agenda on Latin American courts. First, the increasing displacement of policy conflicts from their traditional arenas in the executive and legislative branches to the judiciary can produce healthy public deliberation on issues surrounding important public policies, but also delays and inefficiency in resolving pressing public needs. Is the judiciary's role in the increased public deliberation of policy choices desirable from the standpoint of democratic regime stability? Second, we did not have space here to touch on the virally important mirror concept of the judicialisation of policy: namely, the "politicisation of the judiciary", or the notion that as the courts' power expands, groups seeking particular policy outcomes may attempt to place politically friendly judges on the courts or otherwise influence court behaviour to further their political objectives. As a result of the growing emphasis on the judiciary as a vital deliberative site, the stakes surrounding judicial nominations, rule changes and other forms of external influence are likely to increase. As the judiciary is increasingly politicised, the key question will be how new democracies can strike the right balance between judicial independence and accountability. This politicisation of the judiciary thus points also to the need for more research on the outcomes of this analysis, and not only the process itself: in particular, how do judicial rules and judicial behaviour affect broader public decision on governance, distribution and access to justice? What are the implications of courts' increasing policy role of the political system as a whole? These questions suggest the need for further cross-national study of the patterns of interaction between judicial institutions and political actors. Such research, in turn, promises to increase our understanding of the role of courts in shaping policy outcomes, political legitimacy and regime sustainability in Latin America's fledgling democracies. RIOS-FIGUEROA, Julio; TAYLOR, Matthew M. "Institutional Determinants of the Judicialisation of Policy in Brazil and Mexico". *Journal of Latin American Studies*, v. 38, ano. 4, Cambridge University Press, 2006, p. 739-766. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4491739>. Acesso em: 15 jan. 2022.

local deliberado vital, é provável que aumentem as apostas em torno das nomeações judiciais, mudanças de regras e outras formas de influência externa. À medida que o Poder Judiciário for sendo cada vez mais policiado, a questão chave será como é que as novas democracias podem asfixiar o equilíbrio certo entre independência judicial e responsabilidade. Esta politização do poder judicial aponta, assim, também para a necessidade de uma maior investigação sobre os resultados da análise, e não apenas sobre o processo em si: em particular, como é que as regras judiciais e o comportamento judicial afetam as decisões públicas mais vastas sobre governação, distribuição e acesso à justiça? Quais são as implicações do crescente papel político dos tribunais no sistema político como um todo? Estas questões sugerem a necessidade de mais estudos transnacionais sobre os padrões de interação entre instituições judiciais e atores políticos. Esta investigação, por sua vez, promete aumentar a nossa compreensão do papel dos tribunais na transformação dos resultados políticos, da legitimidade política e da sustentabilidade do regime nas novas democracias da América Latina.

Para essa investigação da interação entre instituições judiciais e atores políticos, faz-se necessário focar a tripartição de poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, idealizada pelo pensador Montesquieu, que se preocupou notadamente com a tarefa do poder de julgar, em sua obra clássica *Do espírito e das leis*:

Pelo primeiro poder, o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos. Chamaremos este último 'o poder de julgar', e o outro chamaremos, simplesmente, 'o poder executivo do Estado [...] Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder executivo estiver unido ao legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.⁶⁷⁷

Atribui-se a Montesquieu a idealização da tripartição dos poderes, apesar de John Locke ter sido o pioneiro a mencionar a divisão desses três poderes, em sua obra *Segundo Tratado sobre o Governo*:

Quando os poderes executivo e legislativo estiverem em mãos diversas – como se acham em todas as monarquias moderadas ou governos bem

⁶⁷⁷ MONTESQUIEU. *Do Espírito das leis*. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.165/166.

constituídos – o bem da sociedade exige que várias questões fiquem entregues à discrição de quem dispõe do poder executivo, porque não sendo os legisladores capazes de prever e prover por meio de leis tudo quanto possa ser útil à comunidade, o executivo das leis, tendo poder nas mãos, possui o direito de, pela lei comum da natureza, fazer uso dele para o bem da sociedade [...] é conveniente mesmo que em certos casos a própria lei ceda o lugar o poder executivo, ou antes à lei fundamental da natureza e do governo, isto é, que, tanto quanto possível, todos os membros da sociedade encontrem proteção.⁶⁷⁸

Assim, essa tradição foi incorporada desde a primeira Constituição brasileira, seguindo até a atual, e o Brasil seguiu o modelo da Suprema Corte, como órgão de cúpula, que exerce função política.⁶⁷⁹

Isso porque com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a competência originária do Supremo Tribunal Federal foi ampliada além da recursal ordinária e recursal extraordinária, sendo incluído o controle de constitucionalidade, em sua forma difusa, haja vista que existem dois tipos de controle de constitucionalidade: o da forma difusa e o da concentrada: “[...] o difuso, conferido a qualquer juiz ou tribunal, e que chega ao Supremo Tribunal através do recurso extraordinário, e o concentrado, que o Supremo Tribunal realiza no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, assim de sua competência exclusiva”.⁶⁸⁰

Nas lições de Luís Roberto Barroso, no caso do controle concentrado, o Supremo é acionado para decidir acerca da constitucionalidade da lei ou do ato normativo de forma abstrata, constatando se a norma está ou não se contrapondo à Constituição. Para tanto, utiliza-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), prevista no artigo 102, I, a, da Constituição Federal; a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC), também prevista no mesmo artigo 102, I, a; e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), com previsão no artigo 102, § 1º da lei Maior; todas com efeito *ex tunc*, pois anulam a lei

⁶⁷⁸ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA, 1963, p. 102.

⁶⁷⁹ Conforme trecho sobre a função política do Supremo, ressalta-se; “[...] quando se diz que o Supremo exerce função política, fala-se o que é o óbvio. Porque funções políticas exercem todo órgão de cúpula do Poder Público [...] O exercício da função política reside quando invoca-se do Supremo para se manifestar sobre a validade das leis e atos executivos em face de princípios constitucionais basilares, como do regime federativo e a harmonia dos poderes do Estado, com a definição e proteção dos direitos individuais, com as conceituações da segurança nacional e da ordem econômica etc. Ao manifestar-se em qualquer dessas matérias como árbitro do que é a Constituição, o seu desempenho é político. Porque a Lei Maior será aquilo, no conteúdo e na extensão, que os seus arestos declararem que é”. FAGUNDES, Miguel Seabra. **As funções políticas do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: UnB, 1982, p.50.

⁶⁸⁰ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Supremo Tribunal Federal, Côrte Constitucional: uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da Constituição. In: **Revista de informação legislativa**. v. 30, n. 120, out./dez. 1993, p. 5-30. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, out/1993. Disponível em: file:///D:/Meus%20Documentos/Downloads/RIL120.pdf. Acesso em: 15 dez. 2021.

desde a sua criação, vinculando todos da Administração Pública e do Judiciário, não abrangendo apenas o Poder Legislativo.⁶⁸¹

Já o controle de constitucionalidade difuso, além de ser realizado por qualquer membro do Poder Judiciário, incluindo juízes e órgãos colegiados, conforme supramencionado, o artigo 97 da Lei Maior exige a cláusula de reserva de plenário, que seria a presença da maioria absoluta dos membros do órgão especial ou do Tribunal Pleno para declarar a inconstitucionalidade da norma ou ato normativo do Poder Público, cuja decisão acaba por vincular o órgão (Câmara ou Turma) na resolução daquele caso específico.⁶⁸²

No que tange à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), o rol de legitimados aumentou com a promulgação da Constituição Federal de 1988, não sendo somente o Procurador Geral da República, conforme previa a ordem constitucional derogada. Passou a prever a legitimidade, no artigo 103, para: o Presidente da República; a Mesa do Senado Federal; a Mesa da Câmara dos Deputados; a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; o Governador de Estado ou do Distrito Federal; o Procurador-Geral da República; o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; o partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou a entidade de classe de âmbito nacional.

Como o rol passou a ser amplo, a Carta Maior não exigiu a pertinência subjetiva ou a relação entre o legitimado e o tema em debate na Ação Direta de Inconstitucionalidade, tão somente do Presidente, da Mesa da Câmara de Deputados e do Senado Federal, do Procurador Geral da República, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e dos partidos políticos.

Além da ADI, foi criada a Ação Direta de Constitucionalidade (ADC), a título de competência originária do Supremo Tribunal Federal, cujo rol de legitimados é o mesmo da ADI. Também passou a ser possível, diante da omissão legislativa, o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão ou do Mandado de Injunção, e houve a criação, no artigo 102, § 1º, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, para o que houver de mais importante no Preceito Fundamental, a ser demonstrado em cada caso concreto.

A competência recursal também cresceu; pois, com o surgimento do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, foi necessário promover novas

⁶⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

⁶⁸² BARROSO, op. Cit., 2019.

competências recursais ao Supremo Tribunal Federal. Verificou-se, portanto, que todas essas inovações reforçaram, à Suprema Corte, o *status* de um tribunal de jurisdição ordinária e de corte constitucional, além de dar azo à função política, nos termos do que leciona Rogério Bastos Arantes:

Não há como desconsiderar, principalmente a partir da Constituição de 1988, que o Judiciário brasileiro tornou-se fator condicionante fundamental do processo político. Basta uma simples retrospectiva dos principais conflitos dos poderes do Estado, e destes com a sociedade nos últimos anos, para constatar que a reorganização institucional realizada em 1988, colocou o Judiciário na difícil posição de árbitro do jogo político entre esses grandes contendores.⁶⁸³

Pelo sistema híbrido de controle de constitucionalidade adotado, o Judiciário imprime a função de sempre preservar a Constituição frente aos atos do Poder Executivo e Legislativo, como se fosse um árbitro do exercício desses dois poderes. Ademais, como se não bastassem essas inovações de sua competência, o Supremo Tribunal assumiu o protagonismo da vida política, levando a uma crise de governabilidade.

Assim, ao invés de promover a segurança jurídica, essencial ao regime democrático e à estabilidade política, pela intersecção entre eles, pois um regime democrático depende da eficácia das ações governamentais⁶⁸⁴, o controle de constitucionalidade tem contribuído para o agravamento da instabilidade política e econômica do país.

Conforme demonstrado ao longo desse capítulo, o caso do julgamento do marco temporal foi elucidativo para concluir que foi peça chave para redimensionar a participação do Judiciário numa questão política e econômica de extrema relevância, qual seja, a demarcação das terras indígenas.

Assim, por mais que as normas constitucionais e até os documentos internacionais, ratificados pelo Brasil, estejam no sentido de buscar o protagonismo dos povos indígenas, não ocorre a descolonização, pois a colonialidade do saber, do poder e do ser está enraizada na validação do Direito Constitucional brasileiro.

E é nesse sentido que será abordado o próximo capítulo, no qual será defendido que a revalidação deve ocorrer no próprio país, a partir dos preceitos da real democracia, pois essa é

⁶⁸³ ARANTES, Bastos Rogério. **Judiciário e Política no Brasil**. São Paulo: Idespe. Editora Sumaré. FAPESP: Educ, (Série Justiça), 1997, p. 24.

⁶⁸⁴ No que toca a importância do controle de constitucionalidade, ressalta-se: A tensão entre o respeito à Constituição e os imperativos de governo, que frequentemente ensejam medidas inconstitucionais é algo inafastável em contexto de graves crises econômicas. Nesse caso, caberá ao sistema de controle constitucional a tarefa de reduzir ao máximo a insegurança jurídica decorrente da edição de normas de constitucionalidade duvidosa. É essencial que a estrutura desse sistema não constitua em um fator a mais de instabilidade ARANTES, op. Cit., p. 204.

a base para afastar a colonialidade do poder e, assim, estar no caminho que garanta o protagonismo dos direitos indígenas. Essa defesa da real democracia se faz necessária, considerando que muitos defendem o constitucionalismo latino-americano como a solução para orientar o constitucionalismo brasileiro.

Como se sabe, esse constitucionalismo latino-americano nasceu com a ideia de refundação do Estado e do Direito, a exemplo dos casos concretos da Bolívia e do Equador. Contudo, a despeito de seus preceitos serem bons ou não – esclareça-se que essa não é a questão –, não é crível que a solução seja introjetar ideias estrangeiras, sem antes descobrir quais são as causas da não efetivação do constitucionalismo brasileiro nesse viés de valorização do ser humano.

Se houver essa substituição, seguramente os problemas macro não serão solucionados, pois o que se almeja é uma nova perspectiva do Direito Indígena no Brasil, inclusive do direito ao solo.

3 DOS REFLEXOS DO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO NO BRASILEIRO ENFEIXADO COM SENTIDO REAL DA DEMOCRACIA

3.1 Relação entre constitucionalismo e democracia na almejada democracia constitucional

A Carta Maior de 1988 consagra e garante os direitos fundamentais, estabelecendo uma democracia constitucional no Estado Moderno. Isto porque ela adota o padrão da Constituição do Estado Constitucional Moderno, que se materializa entre o constitucionalismo e a democracia, de tal sorte que forma “[...] o tecido social do processo civilizatório da maior parte das democracias constitucionais”⁶⁸⁵.

Não obstante, nesse Estado há um aparente paradoxo entre a vontade do povo, consubstanciada na organização da sociedade democrática, *versus* as limitações impostas pelos direitos fundamentais. Paradoxo esse existente, que foi explicado por Jürgen Habermas no debate com Frank Milcheman em Cardoso *Law School* nos seguintes termos:

[...] o paradoxo da democracia constitucional assume várias formas. A democracia aparece como autogoverno do povo - as pessoas de um país decidindo por si mesmas os conteúdos decisivos e fundamentais das normas que organizam e regulam a sua comunidade política. O constitucionalismo aparece como a contenção da tomada de decisão popular através de uma norma fundamental, a Constituição, projetada para controlar até onde as normas podem ser feitas, por quem e através de quais procedimentos. É parte essencial da noção de constitucionalismo que a norma fundamental deva ser intocável pela política majoritária que ela deve limitar.⁶⁸⁶

Ora, se a democracia significa o povo decidindo as questões politicamente relevantes – as normas que organizam a instituição de um governo e estabelecem os limites dos poderes governamentais, consubstanciados na Constituição de um país – passa a ser tarefa árdua conviver com o constitucionalismo, que imprime limites à soberania popular. Essa afirmação torna-se melhor compreensível a partir dos conceitos de constitucionalismo e de democracia.

⁶⁸⁵ ABOUD, Georges. **Democracia para quem não acredita**. Belo Horizonte: Letramento, 2021, p. 28.

⁶⁸⁶ Trecho interpretado a partir das seguintes considerações: “On the one hand, the concept of democracy implies that the people exercise ultimate authority over their own lives. Any departure from this principle pushes us in the direction of aristocracy or even monarchy. On the Other hand, practical experience has suggested that no democracy, however optimistic one might be, should be left completely to its own devices. Whether through the enforcement of rights, or in the careful protection of the political process, democrats find it necessary to counterbalance a commitment to self-rule with equally strong substantive principles”. WILLIAMS, David Lay. Michelman, Brennan, and Democratic Theory. In: **Book Review: Brennan and Democracy**, 2001. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1260&context=concomm>. Acesso em: 12 ago. 2021.

Quando se conceitua constitucionalismo, a relação que se estabelece é com um conjunto de narrativas a respeito do papel da Constituição, das formas de organização do exercício de poder e do reconhecimento das liberdades políticas, dentre os quais se pode destacar a divisão de poderes, bem como as características dos poderes da maioria.⁶⁸⁷

Nesse contexto, a Constituição exerce um duplo papel: o de integridade, por ser elemento fundamental de organização de poder, e, também, o de integração, por ser responsável pela organização dos direitos fundamentais, das liberdades reconhecidas pelo Estado e dos limites impostos pelas vontades da maioria política, pelo fato do Constitucionalismo ser, em sua essência, contramajoritário.⁶⁸⁸

Considerando que a modernidade incorporou institucionalmente os valores do pluralismo e da diversidade, percebe-se a dificuldade de lidar com as diferenças, a partir da não absorção da alteridade, conforme exposto no capítulo anterior. É aí que se faz necessário delimitar os verdadeiros preceitos da democracia para seu convívio possível com o constitucionalismo.

Democracia é comumente conceituada como um sistema de governo, pelo qual a população decide as regras de convivência, segundo a lógica da maioria – “governo do povo, pelo povo e para o povo”⁶⁸⁹. No entanto, não se pode partir do pressuposto desse conceito de democracia para tornar compatível um modelo de governo que, de um lado, preza pela maioria e, de outro, é contramajoritário, por, exatamente, visar à participação das minorias de

⁶⁸⁷ AVRITZER, Leonardo; GOMES, Lilian Cristina Bernardo; MARONA, Marjorie Corrêa; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho (org.). **O Constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos**. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2017, p. 07.

⁶⁸⁸ BARBOSA, Maria Lúcia; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino Americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, volume 8, nº 2, p. 1113-1142, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/23083/20602>. Acesso em: 15 nov. 2021, p. 1113-1142.

⁶⁸⁹ Essa frase foi proferida por Abraham Lincoln, grande advogado do povo norte-americano, no cemitério de Gettysburg, onde se travou uma das mais cruentas batalhas da guerra civil: "Há 87 anos, neste continente, os nossos antepassados doaram ao mundo uma nova nação concebida na liberdade e baseada no princípio de que todos os homens foram criados iguais. Estamos hoje envolvidos em uma grande guerra civil que provará se esta nação ou qualquer outra deste modo concebida pode perdurar. Encontramo-nos, neste momento, num dos grandes campos de batalha desta luta e queremos consagrar uma parte dele à última morada dos que aqui sacrificaram a própria vida pela existência do país. É justo que o façamos, porém, num sentido mais profundo, não nos compete abençoar ou consagrar este solo. Os heróis, vivos ou mortos, que nele pelejaram, já o santificaram a tal ponto que as nossas fracas forças nada lhe podem acrescentar nem tirar. Mais tarde, o mundo esquecerá o que hoje foi dito aqui: todavia, jamais poderá olvidar os feitos de que este campo foi teatro. Cabe-nos, a nós, vivos, dedicar-nos à continuação da obra de que os combatentes aqui iniciaram. Compete-nos realizar a sublime tarefa que esses grandes mortos nos legaram, e com crescente espírito de sacrifício levar à vitória a causa que aqui os fez exaltar o derradeiro alento. Cumpre-nos fazer que esses homens não tenham tombado em vão, que, com o auxílio de Deus, a nação assista à renascença da liberdade e que o governo do povo pelo povo não desapareça da face da terra". ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. OAB SÃO PAULO. Grandes Advogados, Grandes Julgamentos - Pedro Paulo Filho - Departamento. Editorial OAB-SP. **O Discurso de Gettysburg**. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/grandes-causas/o-discurso-de-gettysburg>. Acesso em: 05 ago. 2021.

modo que elas não sejam sufocadas pelas decisões impostas pela maioria em benefício próprio.

Para Hans Kelsen, o valor da democracia estaria ligado à liberdade individual, pela importância da influência dos eleitores para o governo. O problema residiria na oposição entre essa liberdade, ligada à autonomia e à heteronomia, que é a coerção exercida pelo Estado: “[...] ele é homem como eu, somos iguais, então que direito ele tem de mandar em mim (igualdade formal ou negativa)? Assim a ideia absolutamente negativa e com profundas raízes anti-heroicas de igualdade trabalha em favor de uma exigência negativa de liberdade”.⁶⁹⁰

Referido jurista, a partir de elementos conhecidos da democracia, definidos por Rousseau – bem comum, vontade, soberania e representação popular –, refutou tais elementos e trouxe novos elementos, alegando que “Rousseau, talvez o mais importante teórico da democracia, apresenta o problema do Estado ideal”.⁶⁹¹ E Kelsen criticou esse Estado ideal, com a reunião de todos referidos elementos que são suportados pela ideia de bem comum; pois, para ele, não existe esse bem comum ou, como ele mesmo intitula, bem comum objetivamente considerável, haja vista que, como a sociedade é heterogênea, o povo não tem uma vontade uniforme.

Isso porque, para Kelsen, o povo não é um conjunto de indivíduos ou um conglomerado, mas sim um sistema de atos individuais, determinados pela ordem jurídica do Estado⁶⁹². Ressalta referido jurista, que seria uma ilusão acreditar que esses indivíduos constituem o povo como uma unidade, com todo o seu ser; e, por sua vez, o Estado protege tão somente alguns de seus atos, reforçando esse seu argumento, usa um trecho da obra *Assim falou Zaratustra*, de Nietzsche: “O Estado é o mais frio de todos os monstros. Ele mente friamente; de sua boca sai esta mentira: ‘Eu, o Estado, sou o povo’”.⁶⁹³

Não obstante, Kelsen continua afirmando que, para alcançar a igualdade, faz-se necessário deixar-se comandar pela soberania, e explica que a democracia é um sistema político de ordem social sobre aqueles que estão sujeitos ao comando. Dessa forma, para que esteja assegurada a liberdade, conectada à autodeterminação, deve-se preservar a autonomia intelectual com a finalidade de que a oposição consiga se expressar e, com isso, haja “[...] participação do próprio cidadão na formação da vontade diretiva do Estado”.⁶⁹⁴

⁶⁹⁰ KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 27.

⁶⁹¹ Ibid., p. 29.

⁶⁹² Ibid., p. 36.

⁶⁹³ Ibid., p. 37.

⁶⁹⁴ Ibid., p. 28.

Por isso, é necessário que o eleitor escolha o seu representante; pois, assim, a política de governo se define: “[...] democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto de poder, governo do povo sobre o povo”.⁶⁹⁵

Nessa medida, nem todos os homens entram como sujeitos do poder que participam da criação da ordem social, podendo ser listados os escravos e as mulheres como os que são excluídos, mas, mesmo assim, não impedem a formação da democracia. Segundo Kelsen, isso ocorre porque a democracia não pode ser confundida com a ideia de igualdade formal ou negativa:

A ideia de igualdade, por ser diferente da ideia de igualdade formal na democracia, isto é, da igualdade de direitos políticos, nada tem a ver com a ideia de democracia [...] a noção de igualdade é passível de interpretações tão diferentes, que é absolutamente impossível estabelecer um vínculo entre ela e a noção de democracia. Essa “igualdade” significa, em conclusão, justiça, e seus significados são, portanto, tão polivalentes quanto os desta última.⁶⁹⁶

Assim, o jurista explica que a igualdade, enfeixada na liberdade, como ausência de dominação, e a liberdade, como expressão da vontade de todos os indivíduos, relacionam-se à democracia como fruto de decisões necessariamente unânimes, o que seria impossível frente à diversidade dos cidadãos; ou seja, ocorreria a incompatibilidade entre a vontade individual e a ordem social, passando a ser imperiosa a vontade da maioria absoluta dos cidadãos.

Complementando essa ideia, no sentido de entender o fundamento real da democracia, deve ser citada a afirmação de Joseph Schumpeter no sentido de que as sociedades democráticas são governadas pelos que são eleitos e que, no entanto, atuam em conformidade com seus próprios interesses e com o juízo de conveniência e oportunidade dos partidos não eleitos e dos servidores burocratas.

Joseph Shumpeter, influenciado por Max Weber⁶⁹⁷, afirma que a democracia não é governo pelo povo ou pela maioria, mas por um minimalismo democrático. Para ele, essa democracia se pauta por “[...] um arranjo institucional para se chegar a instituições políticas em que o indivíduo adquire o poder por meio de uma luta concorrencial para o voto do povo”.⁶⁹⁸

⁶⁹⁵ KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 35.

⁶⁹⁶ Ibid., p. 99-100.

⁶⁹⁷ A influência de Max Weber se materializou nos seguintes ideais: “[...] com o desenvolvimento da economia de mercado capitalista e o aumento da complexidade das relações sociais, aumenta a necessidade

⁶⁹⁸ GAMA NETO, Ricardo Borges. Minimalismo Schumpeteriano, Teoria Econômica da Democracia e Escolha Racional. **Revista de Sociologia e Política**, v. 19, nº 38, p. 27-42, fevereiro de 2011.

Assim, a democracia seria um método para a escolha dos governantes, em que para os eleitores caberia apenas a escolha daqueles que gostaria de eleger. A preocupação, então, centra-se na eficácia do regime democrático em eleger governos: “[...] é um sistema em que o poder do eleitor se resume em simplesmente sancionar ou não os nomes que lhe darão a oportunidade de apoderar-se do governo.”⁶⁹⁹

Percebe-se que o minimalismo democrático de Shumpter não deve ser confundido com o Estado mínimo defendido por Friedrich Hayek, para quem a ideia do bem comum, conduzido por cada indivíduo, não deve sofrer interferência do Estado para que o mercado possa se expandir. À medida que se respeita as liberdades individuais, expande-se o mercado, cujas limitações seriam o poder da burocracia, dos sindicatos e dos grupos de interesses.⁷⁰⁰

Em contraponto a esse modelo, pelo qual o Estado passa a ser instrumento para a medida assecuratória da liberdade individual e da liberdade de iniciativa, está a democracia participativa de Macpherson e Pateman, no período marcado de 1970 a 1990, segundo os quais, os cidadãos teriam que participar da regulamentação das instituições sociais e os partidos políticos prestariam contas diretamente aos cidadãos.⁷⁰¹

Por sua vez, George Abboud afirma que a soberania popular configura elemento essencial da democracia, já que representa a vontade do povo, e, portanto, é a fonte da legitimidade de autoridade do poder.⁷⁰² Ele também declara que a autonomia, como autogoverno, reproduz que o cidadão é titular de direitos fundamentais e antecedentes ao Estado, uma vez que a existência deles, notadamente, dos direitos de liberdade, de propriedade e de vida, constituem a própria condição de legitimidade.⁷⁰³ E ele acrescenta que, associada à autonomia e à soberania, deve ser enfocada a equidade, interrelacionada com a igualdade de oportunidades de cada um dos cidadãos, asseverando que a igualdade de oportunidades não é possível em um ambiente de desigualdade extrema.⁷⁰⁴

Dessa forma, deve ser privilegiada a minoria, pois inexiste democracia se a maioria subjugar a minoria, pois o resguardo da minoria é fundamental aos direitos fundamentais. Preserva-se a democracia se houver uma relação procedimental entre a maioria e a minoria, de

⁶⁹⁹ GAMA NETO, Ricardo Borges. Minimalismo Schumpeteriano, Teoria Econômica da Democracia e Escolha Racional. *Revista de Sociologia e Política*, v. 19, nº 38, p. 27-42, fevereiro de 2011.

⁷⁰⁰ RANIERI, Nina. *Teoria do Estado: Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. 2. ed. Barueri: Manole, 2019, p. 322.

⁷⁰¹ RANIERI, op. cit., p. 323.

⁷⁰² ABOUD, Georges. *Democracia para quem não acredita*. Belo Horizonte: Letramento, 2021, p.33.

⁷⁰³ ABOUD, op. cit., p. 34.

⁷⁰⁴ ABOUD, op. cit., p. 34, cita o exemplo para elucidar sobre a contradição relacionada ao domínio da maioria: de três eleitores, sendo que dois deles decidem que o terceiro se tornaria escravo, justificando a decisão pelo princípio da regra da maioria. Quando o terceiro em sua defesa invoca o princípio da igualdade e da autonomia na autodefesa, contrapõe-se aos princípios centrais da democracia do domínio da maioria.

modo que a minoria tenha mecanismos de proteção desses direitos fundamentais, que são contramajoritários.⁷⁰⁵ Portanto, o contramajoritarismo é a marca da democracia constitucional, de tal sorte que a legitimidade da jurisdição constitucional de assegurar a resolução dos conflitos e de proteger e implementar os direitos fundamentais deve ser vinculada à legitimidade da minoria frente à maioria.

Esse problema de garantir a participação de todos os cidadãos não é novo. Jean Jacques Rousseau já apontava que a vontade não se representa, daí porque o fato de que escolher representantes não significava autogoverno. Por sua vez, Alexis de Tocqueville alertava a respeito dos perigos da tirania da maioria e do despotismo democrático⁷⁰⁶.

Ademais, a democracia também impõe visibilidade ou transparência ao poder que não tem relação com eleições, mas sim com o livre acesso dos governados às informações a respeito do que o governo está fazendo, pois consubstancia a dimensão republicana da democracia:

Políticos tendem a representar melhor os interesses da população quando sabem que estão sendo vigiados e avaliados para fins de eleições futuras. Porém, isso só ocorrerá se existirem informações completas e verificadas, disponíveis à população. O povo só pode analisar adequadamente um governo quando estiver munido de informações suficientes a seu respeito. Além do mais essas informações devem ser, além de acessíveis, compreensíveis aos votantes em geral.⁷⁰⁷

Percebe-se, então, que é uma tarefa complexa definir a democracia representativa constitucional para que ela não pareça ser uma instituição frágil num ambiente de desconfiança mútua e nociva, no qual impera o seguinte questionamento: por que se deve tolerar de maneira justa os grupos minoritários se não há a certeza de que o pacto democrático seja garantido?

Hanna Arendt traz contribuições acerca dessa representatividade pelos políticos contemporâneos. Ela que, em seus estudos, bem pontuou acerca da origem do totalitarismo, escolheu os apátridas para identificar um paradoxo da faceta dos Direitos Humanos e da condição daqueles que são despossuídos das qualidades e das proteções básicas de um ser humano; ou seja, escolheu os que eram privados desses direitos humanos, tidos como universais:

⁷⁰⁵ ABOUD, Georges. **Democracia para quem não acredita**. Belo Horizonte: Letramento, 2021, p.35.

⁷⁰⁶ RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. 2. ed. Barueri: Manole, 2019, p. 316. Citou Rosseau na obra: Do Contrato Social, Livro III, Capítulo 15 e Tocqueville na obra: A democracia na América.

⁷⁰⁷ ABOUD, op. cit., p.49.

Os Direitos do Homem, afinal, haviam sido definidos como “inalienáveis” porque se supunha serem independentes de todos os governos; mas sucedia que no momento em que os seres humanos deixavam de ter um governo próprio, não restava nenhuma autoridade para protegê-los e nenhuma instituição disposta a garanti-los.⁷⁰⁸

A questão a ser enfocada é que o fato de estarem desprovidos dos chamados direitos humanos universais revela a falta de efetividade desses direitos, notadamente na raiz histórica na Declaração dos Direitos:

Precisamente, os direitos – sejam individuais ou coletivos – presumem um direito fundamental ao qual estão ligados, a saber, a cidadania, que pelo exposto, em sua primazia, emergiu sob a forma negativa da perda de uma comunidade política por refugiados e apátridas.⁷⁰⁹

E isso fica claro para Hanna Arendt, pois afirma que nenhum paradoxo da política contemporânea “[...] é tão dolorosamente irônico como a discrepância entre a situação de seres humanos sem direito algum e os esforços de idealistas bem-intencionados, que persistiam teimosamente em considerar ‘inalienáveis’ os direitos desfrutados pelos cidadãos dos países civilizados”⁷¹⁰.

Como denominava a filósofa, “os deslocados da guerra” ou os refugiados, pelo menos teriam igual situação daqueles que, por terem perdido o seu Estado, tinham a necessidade de acordos internacionais que salvaguardassem a sua proteção. No entanto, os apátridas não tinham direito algum. Aliás até um criminoso estava numa situação melhor se relacionado a um apátrida; pois, tinha certa igualdade humana, já que o criminoso, pelo menos, poderia valer-se do devido processo legal para eliminar quaisquer tipos de abusos que pudesse sofrer na prisão.

Em continuação à reflexão proposta, tem-se, ainda, que esse paradoxo de inclusão e de exclusão que propicia a reflexão da democracia constitucional contemporânea também deve ser focado sob a ótica de Agamben, *apud* Carnio⁷¹¹, que cita os campos de concentração e o estado de exceção, já que foi nesses lugares que ocorreram as maiores atrocidades de que se tem conhecimento; cuja relação com os seres humanos é bem desenhada por Carnio, que afirma:

⁷⁰⁸ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 324-325.

⁷⁰⁹ CARNIO, Henrique Garbellini. **Fronteiras do Direito Analítica da Existência e Críticas das Formas Jurídicas**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 105.

⁷¹⁰ ARENDT, op. cit., p. 312.

⁷¹¹ CARNIO, op. cit., p. 108-109. Livro citado é: AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução: Henrique Burigo, 2ª edição. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p.167.

Nos campos de concentração, há a ausência de normas, cujo foco não é a mais construção da cidade comum (*pólis*), mas o próprio campo de concentração e é exatamente o que se enfrenta atualmente: “racionalização dos gestos, neutralização dos julgamentos morais e éticos e de burocratização das decisões, aliado, ainda, à centralização cada vez maior do poder nas mãos do Estado.”⁷¹²

Cabe observar que o alerta, imbuído nas entrelinhas dessa relação, regressa a Auschwitz, diante do esvaziamento e da negação da condição humana dos excluídos, e cabe destacar que o Direito, com as suas categorias jurídicas, está relacionado com essa responsabilidade de negação do ser humano, pelo imbricamento que se deve pensar da política e do poder com o próprio direito.

Ora, se a manifestação do Direito é a lei e a justificação para o cumprimento é a legalidade, a figura do soberano era de relevância, uma vez que nela estavam reunidos os elementos de “[...] supremo legislador, supremo juiz e supremo mandatário, última fonte de legalidade e última base de legitimidade”,⁷¹³ é o que expõe Schmitt.

Para complementar, deve ser ressaltado que o Direito há de ser visto sob a ótica de funcionar como um dispositivo imunitário, um paradigma que para Esposito, não se trata de verificar que a vida e a política sejam coordenadas por um terceiro elemento, que seja a lei ou o Direito, como se elas representassem duas substâncias. Para Esposito, a própria relação entre a vida e a política, no sentido de consolidar uma *conservatio vitae*; ou seja, a preservação da condição humana, originaria um dispositivo jurídico imunitário que modularia, pela dualidade, os efeitos de proteção ou de negação à vida. Assim, o que, pela tradição, somente existiria como alternativo – incluído ou excluído, proteção *versus* negação, dentro ou fora – passaria a ser um aditivo, que é superior.⁷¹⁴

Reconstruindo a teoria de sistemas de Luhmann, Esposito leciona que o direito, por essa ótica de ser o dispositivo imunitário de todo sistema social, torna-se um lugar em que a separação entre as categorias (vivas) é tão produtiva quanto a sua atuação para substituir expectativas incertas, por expectativas problemáticas, porém seguras. Isso porque não se trata de definir ordem *versus* conflito, já que o Direito, com a sua imunização jurídica, modularia a

⁷¹² CARNIO, Henrique Garbellini. **Fronteiras do Direito Analítica da Existência e Críticas das Formas Jurídicas**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 105.

⁷¹³ CARNIO, op. cit., p. 127. Cita SCHMITT, Carl. Legalidade e legitimidade, Tradução: Tito Lívio Cruz Romão, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 3 e 4.

⁷¹⁴ ESPOSITO, Roberto. **Termos da Política**: comunidade, imunidade, biopolítica. Introd: Timoty Campbell. Curitiba: Editora UFPR, 2017.

disputa das forças em campo e poderia dispor seus efeitos, haja vista que, sem o direito, os conflitos na sociedade se tornariam insustentáveis.⁷¹⁵

Segundo Guerra Filho e Carnio, para Luhmann, o Direito é autônomo pela autoprodução de suas normas, pois opera com os seus próprios códigos ou com quaisquer figuras jurídico-dogmáticas para solucionar um conflito. E para essa autoprodução, ou seja, a autopoiese, são necessários elementos do meio ambiente, de forma a permitir o acoplamento do direito com outros sistemas sociais: os procedimentos legislativos, administrativos, judiciais e contratuais.⁷¹⁶

Essa comunicação, que se dá com os sistemas sociais no centro e na periferia, forma-se como se fosse uma “zona de interpenetração”, por meio da qual os sistemas se irritam em decorrência desse acoplamento estrutural.⁷¹⁷

A título de esclarecimento, o acoplamento estrutural do Direito com a política ocorre com as constituições, que determinam a última instância na sociedade, definindo o que é ou não do direito; ressalva-se o Judiciário ocupando o centro do sistema e deixando na periferia os demais poderes, Executivo e Legislativo, uma vez que o Judiciário toma para si a decisão sobre a ação de seus componentes:

Por ser o Judiciário a única unidade que opera apenas com elementos do próprio sistema jurídico – o qual ao prever a proibição do *non liquet*, o força a sempre dar um enquadramento jurídico a quaisquer fatos e comportamentos que sejam levados perante ele – postula-se que essa unidade ocuparia o centro do sistema jurídico, ficando tudo o mais em sua periferia, inclusive o Legislativo, em uma região fronteira com o sistema político.

E Esposito, transpondo essa teoria dos sistemas para a sociedade, credita que nenhum corpo coletivo poderia passar sem enfrentar um sistema imunológico, mas o problema está nas doses e na quantidade de imunização esperada, para não acontecer o que se quer exatamente evitar: que o sistema imunológico se volte contra o próprio corpo ao qual tinha que defender.

⁷¹⁵ ESPOSITO, Roberto. **Immunitas**: protección y negación de la vida. Tradução Luciano Padilla Lopez. Buenos Aires: Amorrortu, 2009.

⁷¹⁶ Conforme GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria política do direito**: A expansão política do direito. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 247. “Sistema autopoietico é aquele dotado de organização autopoietica, onde há a (re)produção dos elementos de que se compõe o sistema e que geram a sua organização, pela relação reiterativa, circular entre eles. Esse sistema é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente, mas sim por sua própria organização, formada por seus elementos”. Não se trata, de uma ‘autarquia’ do sistema, pois ele depende dos elementos fornecidos pelo ambiente.

⁷¹⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini, op. cit., p. 248.

Isso porque, o equilíbrio entre comunidade e imunidade é bastante complexo. *Munus*, que está na raiz dessas duas palavras, não se confunde com propriedade, uma vez que, não envolve um simples dar para gratuitamente receber, mas sim um ônus de dar e que pode ser recompensado ou não. É assim que os indivíduos se enxergam na sociedade; numa relação de obrigatoriedade, em que são obrigados a dar algo para alguém, sem saber se vão receber algo – cumplicidade pela ausência:

Trata-se do risco de que, pela supressão do indivíduo em nome da comunidade, esta assume a forma de legitimadora de múltiplas práticas de violência contra todos os possíveis inimigos de seu princípio comunal, sejam internos ou externos, e que por isso, pode assumir a forma totalitária, dissolvendo tanto o objeto quanto o sujeito que a implanta, de modo a instaurar um plano de completa indiferenciação [...].⁷¹⁸

Apesar de parecer que os indivíduos não se toleram num ambiente de despolitização e insensibilização, Esposito contrapõe comunidade e imunidade, expondo que a comunidade fica diante do sentido do *munus* que obriga o tributo de dar e a imunidade dispensa essa obrigatoriedade de dar, fazendo com que os indivíduos se tornem mais completos, independentes uns dos outros e neutralizando, assim, a dívida a ser paga; o vazio, que compromete a existência dos indivíduos dessa comunidade, protege a própria comunidade dos perigos e riscos de sua dissolução:

A comunidade enquanto tal é literalmente insustentável. Para que possa resistir frente ao risco entrópico que a ameaça – e com o qual em última instância coincide –, deve ser esterilizada preventivamente contra seu inerente conteúdo relacional. Imunizada contra o *munus* que a expõe ao contágio com aquilo que a supera desde o seu próprio interior.⁷¹⁹

E, assim, avançando para enfatizar o sistema imunitário num sistema autopoietico, Esposito leciona que o problema central não é mais a capacidade do organismo para distinguir os componentes próprios daqueles estranhos, mas sim a autorregulação interna; pois, se é cediço que os anticorpos de um corpo se comunicam mesmo na ausência de estímulos externos ou antígenos, o mesmo ocorre com o sistema imunitário, que assume uma rede de

⁷¹⁸ NALLI, Marcos. *Communitas/Immunitas: a releitura de Roberto Esposito da biopolítica*. **Rev. Filos.** Aurora, Curitiba, v. 25, n. 37, p. 79-105, jul./dez. 2013.

⁷¹⁹ Trecho original: “Para que pueda resistir frente al riesgo entrópico que la amenaza -con el cual en última instancia coincide- debe ser esterilizada preventivamente contra su inherente contenido relacional. Imunizada contra el munus que la expone al contagio con aquello que la sobrepasa desde su propio interior”. ESPOSITO, Roberto. **Immunitas: protección y negación de la vida**. Tradução Luciano Padilla Lopez. Buenos Aires: Amorrortu, 2009, p. 24.

reconhecimentos internos autossuficientes, de tal sorte que o indivíduo é identificado por ele mesmo e o diverso não é visto como uma alteração, mas sim como um outro eu.⁷²⁰

O regime nazista existiu pelo não reconhecimento do outro eu ou de uma alteridade diferencial, bem como pelas práticas totalitárias e violentas. Pelo que se vive atualmente, numa decalagem com a roupagem democrática, faz com que impere a necessidade de enxergar o outro não como um vazio, mas sim como um ser humano.

Com esses corolários, o Direito, ao funcionar como um dispositivo imunitário, legitima-se para ter um vínculo com a política e buscar abrir um “[...] horizonte de possibilidades que minimamente, no embalo de um escancaramento da realidade e provocativa explicitação de uma provocação consciente, propicie a assunção desse desafio em toda a sua extensão e profundidade”⁷²¹. Desafio que perfila uma dimensão positiva de valores “[...] para nunca mais se retornar aos acontecimentos de Auschwitz e, por outro lado, na condição de Eichmann, em Jerusalém, e a banalização do mal”.⁷²²

Desafio que se acentua na sociedade contemporânea, conhecida como sociedade de plataformas⁷²³, haja vista que a informação produzida fica concentrada na mídia – imprensa, televisão e *internet* – fazendo com que os indivíduos se tornem participantes oficiais na produção da informação; “os jurisdicionados se tornam unidades (re)produtoras das informações de que antes eram apenas destinatários”.⁷²⁴

É por isso que o Direito precisa ser pensado de outra forma: conectado com a almejada democracia constitucional, pois a lógica que impera nas democracias frágeis, inclusive a brasileira, acaba sobrecarregando o Poder Judiciário, que deve garantir o pacto constitucional democrático: “[...] os Tribunais são rotineiramente chamados para a criação de uma estrutura constitucional que permita a governança democrática mediante controle dos excessos do Poder Executivo, do reforço da separação dos poderes e competências impostas pela Lei Maior”.⁷²⁵

⁷²⁰ NALLI, Marcos. *Communitas/Immunitas: a releitura de Roberto Esposito da biopolítica*. **Rev. Filos.** Aurora, Curitiba, v. 25, n. 37, p. 79-105, jul./dez. 2013. Cita o livro de ESPOSITO, R. *Termini della politica: comunità, immunità, biopolítica*. Milano: Mimesis, 2008.

⁷²¹ CARNIO, Henrique Garbellini. **Fronteiras do Direito Analítica da Existência e Críticas das Formas Jurídicas**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, p. 131.

⁷²² CARNIO, op. cit., p. 131.

⁷²³ Sociedade de plataformas ou de redes seriam aquelas que gravitam em torno das plataformas digitais, de tal sorte que os ganhadores do mundo digital, como Facebook, Google, Airbnb, Amazon, agem para que outras empresas possam interagir e criar novos produtos para a economia. ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 530.

⁷²⁴ Id., 2021, p.531.

⁷²⁵ ABOUD, Georges. **Democracia para quem não acredita**. Belo Horizonte: Letramento, 2021, p. 55.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal assume um papel de relevância por garantir a aplicabilidade da legislação maior e proteger as normas constitucionais. No entanto, como a democracia brasileira está fragilizada, não há confiança que o Judiciário, ao ser provocado, garanta a eficácia das regras eleitorais:

Se essa crença for perdida, toda democracia poderia ruir, porque, ao final, a oposição perderia a garantia de que poderia se transformar em situação caso vencesse a eleição. A oposição, não haveria nenhuma garantia de que seriam respeitadas as regras eleitorais de votação e transição.⁷²⁶

Para tanto, faz-se mister estabelecer que somente se pode lidar com as desigualdades quando ocorrem discussões públicas, em que se possibilite a participação efetiva grupos que possam atuar discursivamente. Não obstante, também é essencial a existência de normas que limitem a vontade da maioria para que a sociedade se organize; e, no mesmo sentido, a democracia é fundamental para que os valores constitucionais ganhem força e sentido em sua aplicação.

Por isso, o imbricamento entre constitucionalismo e democracia faz sentido para fundamentar o Estado Democrático de Direito:

Na fórmula contemporânea da democracia constitucional, parece estar contida a aspiração a um justo equilíbrio entre o princípio democrático, dotado de valor constitucional através das instituições de uma democracia política e o papel do legislador e do governo, com a ideia ínsita em toda a tradição constitucionalista dos limites da política a ser fixada através da força normativa da constituição, e em particular, através do controle de constitucionalidade sempre mais determinante no âmbito das democracias modernas.⁷²⁷

Nesse contexto, o cidadão é deveras importante no contrato social com o Estado, haja vista que o Estado deve assegurar a proteção da sua liberdade e de seu bem-estar. Isso porque, quando a Constituição Federal fixou, como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo,

⁷²⁶ ABBOUD, Georges. **Democracia para quem não acredita**. Belo Horizonte: Letramento, 2021, p. 55.

⁷²⁷ Tradução livre: En la fórmula contemporánea de la democracia constitucional parece estar contenida la aspiración a un justo equilibrio entre el principio democrático, dotado de valor constitucional a través de las instituciones de la democracia política y el mismo papel del legislador y del gobierno, y la idea – ínsita en toda la tradición constitucionalista – de los límites de la política a fija mediante la fuerza normativa de la constitución y, en particular, a través del control de constitucionalidad siempre más determinante en ámbito de las democracias modernas FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucion**: de la antigüedad a nuestro días. Madrid: Trotta, 2001, p. 163-264.

cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, também ampliou o leque dos direitos fundamentais e deu enfoque aos direitos sociais em capítulo próprio.

Com isso, a Constituição deu, aos cidadãos, o direito de cobrar do Estado a efetivação de tais direitos, o que propiciou o fortalecimento da função jurisdicional do Poder Judiciário como grande tutora dos direitos fundamentais, que acabou se tornando exemplo de ativismo judicial nas áreas da saúde e da educação. Aliás, como bem ensinam Antônio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira: “[...] os cidadãos, sujeitos de direitos, são titulares de todo o poder político e essa titularidade ganha contornos institucionais na medida em que os direitos fundamentais não são apenas atributos transindividuais, mas a razão de ser do Estado”.⁷²⁸

Atinente à importância do Poder Judiciário para a tutela dos direitos consagrados na Constituição da República, leciona José Herval Sampaio Júnior:

Essa missão de fazer valer os valores constitucionais em todos os casos que lhe são submetidos fez com que o Poder Judiciário assumisse uma nova feição no Estado Constitucional Democrático de Direito. E mais, as decisões judiciais devem tutelar efetivamente os direitos envolvidos e levar em consideração as peculiaridades de cada situação, prevalecendo desta forma hoje as cognominadas doutrinas hermenêuticas do pensamento problemático, as quais priorizam o caso concreto e a devida argumentação.⁷²⁹

Aquiescendo a tal postulado, trata-se de um legado da Revolução Francesa essa concessão aos juízes para fazerem o controle dos atos da Administração Pública e invalidá-los sempre que forem contrários ao Direito. Foram os ideais vigentes à época que estruturaram o caminho necessário para que o Poder Judiciário se transformasse em um terceiro poder independente.⁷³⁰

A lei, então, passou a ser cada vez mais o debate central da aplicação do Direito, haja vista que, em uma democracia, a lei é o ato público que melhor representa os interesses do povo. Assim, “[...] o direito democraticamente produzido é indissociável da democracia que o sustenta; portanto, proteger o direito é o mesmo que resguardar a democracia”.⁷³¹

Diante da sociedade contemporânea ou de plataformas, a democracia é o melhor regime para gerir as incertezas, o conhecimento e o desconhecimento. “O que a democracia faz é transformar o desconhecimento e a incerteza em riscos calculáveis e possibilidades de

⁷²⁸ BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **Direito e democracia**. Apresentação da obra de ACHERMAN, Bruce. A nova separação de poderes. Brasília: Lumen Juris, 2013, p. 7-8.

⁷²⁹ SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais?, p. 403-430. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011, p. 404.

⁷³⁰ ABOUD, Georges. **Democracia para quem não acredita**. Belo Horizonte: Letramento, 2021, p. 66.

⁷³¹ ABOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 505.

aprendizagem [...]”,⁷³² permitindo que a sociedade desenvolva, não apenas a aptidão para solucionar problemas cada vez mais complexos, mas também a capacidade para reagir, de forma adequada, em face do desconhecido.

Assim, na democracia, abre-se espaço para o dissenso e para o pluralismo, possibilitando a construção de muitas respostas, notadamente em um ambiente de polarização extrema e virulenta dos tempos correntes, recrudescida pelas plataformas sociais. Embora não haja saída fácil, a ideologia política democrática constitucional é o caminho viável.

A partir dessas ideias de democracia constitucional, voltada à inclusão social pela participação efetiva dos sujeitos, e de democratização do acesso às riquezas socialmente produzidas, que surgiu o novo constitucionalismo latino-americano. A despeito de levar um prefixo novo, pois foi criado nos anos 70 e 80 – interstício compreendido entre o final e o início dos séculos XX e XXI –, tem valores que se pautam num resgate do poder constituinte originário e numa tentativa de aproximação do constitucionalismo com a democracia, conforme será abordado na próxima seção.

3.2 “Novo” constitucionalismo latino-americano sob a ótica da igualdade, da diferença e da participação

Haja vista que o constitucionalismo vigente não explicava a manutenção das relações tipicamente coloniais ao longo dos séculos XX e XI, seu viés transformador com vistas ao reconhecimento da importância, tanto da participação popular quanto da diminuição das desigualdades no continente, conduziu alguns autores a definirem o paradigma inovador de ideias que surgia, notadamente em reconhecer direitos pluralistas aos povos indígenas, como o novo constitucionalismo latino-americano, envolvendo Brasil, Colômbia, Equador e Bolívia (esses dois últimos inspirados pela Carta Constitucional da Venezuela),

A proposta pautava-se, a partir do abandono de uma modernidade, envolvida num plano da racionalidade e do individualismo, em refundar a teoria constitucional, para a aproximação da realidade com base no reconhecimento da multiplicidade e do pluralismo. A proposta pretendia, a partir das falhas do constitucionalismo até então vigente, promover um novo paradigma de Constituições fortes, com processos de regeneração política e social, que conferissem mudanças às sociedades por meio de rupturas de padrões epistemológicos aceitos pela modernidade.

⁷³² ABBOUD, Georges. **Democracia para quem não acredita**. Belo Horizonte: Letramento, 2021, p. 205.

Para Antônio Carlos Wolkmer, Brasil e Colômbia ocuparam o primeiro ciclo do novo constitucionalismo, ocorrido no final dos séculos 80 e 90, com forte apelo social e descentralizador; enquanto Bolívia e Equador compuseram o último ciclo, no qual o Estado de Direito era fundamentado por um paradigma não universal, sustentado a partir do reconhecimento da interculturalidade de suas sociedades, legitimando a jurisdição indígena e camponesa, todas em igual hierarquia.⁷³³

Na concepção de Boaventura de Sousa Santos, foram três ciclos de reformas constitucionais, sendo o primeiro marcado pelo multiculturalismo; o segundo, pelo pluralismo que amplia direitos indígenas, com direito à consulta e à participação prévia, como ocorreu na Colômbia em 1991, no Equador em 1996 e 1998 e na Bolívia em 1994; e o último ciclo, no qual estariam enquadrados Equador e Bolívia, pelo desenvolvimento de um Estado plurinacional, por meio de pluralismo jurídico e novos direitos.⁷³⁴

Assim, para Santos, a refundação do Estado pressupõe um constitucionalismo transformador ou “de baixo”, baseando-se em uma institucionalidade nova, na qual as diferenças étnicas, culturais e religiosas não são levadas em consideração ou são suprimidas (plurinacionalidade), e na qual há uma nova territorialidade (autonomias assimétricas), uma legalidade do pluralismo jurídico, um regime político novo (democracia intercultural) e novas subjetividades individuais e coletivas (indivíduos, nações, povos, nacionalidades).⁷³⁵

Referido sociólogo afirma que o Brasil é o país que mais peca na implementação do pluralismo jurídico, pois só regulamenta os direitos coletivos na Constituição Federal de 1988, diferente da Bolívia, Equador e Colômbia, países nos quais se verifica, efetivamente, esse reconhecimento. No que toca a esse pluralismo jurídico, Boaventura de Sousa Santos compara o direito à Pasárgada, referindo-se ao nome de um mundo imaginário, conforme denominação da obra ficção criada por Manuel Bandeira. Essa referência foi a forma de ocultar a identidade de Jacarezinho, uma favela no Rio de Janeiro que sofria de repressão

⁷³³ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Crítico e Perspectivas para um novo Constitucionalismo na América Latina, p. 19-42. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO Milena Petters. (org.). **Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 30.

⁷³⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado em América Latina: perspectiva de una epistemología del Sur**. Lima: Instituto Nacional de Derecho, 2010.

⁷³⁵ SANTOS, op. cit., p. 72. Trecho original: “Contrariamente, la voluntad constituyente de las clases populares, en las últimas décadas, se manifiesta en el continente a través de una vasta movilización social y política que configura un constitucionalismo desde abajo, protagonizado por los excluidos y sus aliados, con el objetivo de expandir el campo de lo político más allá del horizonte liberal, a través de una institucionalidad nueva (plurinacionalidad), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural) y nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades). Estos cambios, en su conjunto, podrán garantizar la realización de políticas anticapitalistas y anticoloniales”.

estatal pela ditadura estabelecida nos anos 70, época em que referido autor português fez seu estudo na favela:

Existe uma situação de pluralismo jurídico no mesmo espaço geopolítico vigorando (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica. Esta pluralidade normativa pode ter uma fundamentação econômica, rática, profissional ou outra; pode corresponder a um período de ruptura social como, por exemplo um período de transformação revolucionária; ou pode ainda resultar, como no caso de Pasárgada, da conformação específica do conflito de classes numa área determinada de reprodução social- nesse caso, a habitação.⁷³⁶

Santos expõe, em sua pesquisa, que a população da comunidade em Pasárgada se organizava, em assembleias de moradores, e resolvia os seus conflitos paralelamente ao Estado, sendo que, em muitas vezes, até mesmo de forma contraditória ao próprio Estado, revelando uma crítica do autor à burocracia do processo legislado, formal estatal.

Concluindo que o pluralismo seria a relação entre dois sistemas jurídicos: o dominante – o oficial, das classes dominantes – e o denominado, das classes dominadas, que seria o Direito estabelecido em Pasárgada, a respeito do qual, Santos afirma: “Apesar de toda a sua precariedade, o Direito de Pasárgada representa a prática de uma realidade alternativa e como tal o exercício alternativo do poder político, ainda que muito embrionário [...]”⁷³⁷, esclarecendo não se tratar de um direito revolucionário, mas sim de uma tentativa de neutralizar “[...] a aplicação do direito capitalista de propriedade no seio dos bairros de lata e, portanto, no domínio habitacional da reprodução social”.⁷³⁸

E conforme seus estudos, esse pluralismo não significa isolar as ordens jurídicas do colonizador e do colonizado, mas sim debruçar sobre uma teia de legalidade, entrelaçada dos dois sistemas, na qual o referido autor contextualiza, como constitucionalismo transformador, “esta nova institucionalidade, põe em causa a simetria liberal em que todo o Estado é de direito e todo direito é do Estado. O constitucionalismo rompe com esse paradigma ao estabelecer que a unidade do sistema jurídico não equivale a sua uniformidade.”⁷³⁹

⁷³⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito**, parte 1. São Paulo: Cortez, 2004, p. 47.

⁷³⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 99.

⁷³⁸ Id., 1988, p. 99.

⁷³⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado em América Latina: perspectiva de una epistemología del Sur**. Lima: Instituto Nacional de Derecho, 2010, p. 88. Trecho original: “La simetría liberal moderna —todo el Estado es de derecho y todo derecho es del Estado— es una de las grandes innovaciones de la modernidad occidental. Es también una simetría muy problemática no solamente porque desconoce toda la diversidad de derechos no-estatales existentes en las sociedades, sino también porque afirma la autonomía del derecho en relación con lo político en el mismo proceso en que hace depender su validez del Estado.”⁷³ El

A partir dessas considerações de Santos, também deve ser enfatizada a leitura do paradigma do constitucionalismo latino-americano de Pastor e Dalmau, no qual o caso brasileiro se encaixaria na proposta de promover sem ruptura, a transformação do Estado de Direito em Estado Constitucional de Direito, por meio do enfoque normativo da Constituição; ou seja, pela ocupação da sua centralidade no ordenamento jurídico, que eles denominam neoconstitucionalismo.⁷⁴⁰

Para referidos juristas espanhóis, o constitucionalismo latino-americano ou, como eles denominam, o *nuevo constitucionalismo*, adveio das questões acerca da legitimidade democrática dos textos constitucionais, não respondidas pelo neoconstitucionalismo, tendo em vista que os processos constituintes são conduzidos de “costas” para o povo, considerando-se que somente a soberania popular, diretamente exercida, poderia e pode conduzir a alteração das normas constitucionais, haja vista que o detentor da titularidade do Poder Constituinte é o povo.⁷⁴¹ E Dalmau e Pastor ainda sintetizam as características desse *nuevo constitucionalismo* a partir de pontos formais e materiais.

Nos prismas formais estão um conteúdo inovador, pela originalidade, em razão da ruptura com o sistema anterior; uma amplitude com buscas à sua integração nacional pela institucionalidade; uma complexidade pela capacidade de conjugar elementos multifacetados com uma linguagem acessível; e um maior grau de rigidez quando ocorrem mudanças constituintes, que são possíveis tão somente por um novo processo constituinte, pela participação do povo.⁷⁴²

Nos aspectos materiais, tem-se um compromisso constitucional de promover a participação de fórmulas diretas sem olvidar o sistema representativo democrático, presente

constitucionalismo plurinacional constituye una ruptura con este paradigma al establecer que la unidad del sistema jurídico no presupone su uniformidad”.

⁷⁴⁰ Trecho original: “La presencia hegemónica de los principios como criterios de interpretación en el constitucionalismo ha sido, como afirma Sastre, la principal herramienta de ataque del neoconstitucionalismo al positivismo jurídico.... Por esta razón, el neoconstitucionalismo está caracterizado por la positivización de un extenso catálogo de derechos, por la onipresencia en la Constitución de principios y reglas, y por la determinación de que la interpretación y la aplicación de las normas constitucionales no puede ser la misma que de las normas legales. Se trata, en definitiva, de recuperar la centralidad de la Constitución en el ordenamiento jurídico y fortalecer su presencia determinante en el desarrollo e interpretación del mismo”. DALMAU, Rubens Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. **Aspectos Generales del Novo Constitucionalismo Latinoamericano**. 1. ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010, p. 17.

⁷⁴¹ Trecho original: “el primer problema del constitucionalismo debe ser garantizar la traslación fiel de la voluntad del poder constituyente y certificar que solo la soberanía popular, directamente ejercida, puede determinar la generación o la alteración de las normas constitucionales”. Ibid., p. 18.

⁷⁴² Trecho original: ... “A todo ello cabe añadir que han sido cuatro las características formales que más han caracterizado al nuevo constitucionalismo: su contenido innovador (originalidad), la ya relevante extensión del articulado (amplitud), la capacidad de conjugar elementos técnicamente complejos con un lenguaje asequible (complejidad) y el hecho que se apuesta por la activación del poder constituyente del Pueblo ante cualquier cambio constitucional (rigidez). Ibid., p. 28.

em todas as constituições; um amplo catálogo de direitos das novas constituições, notadamente em relação aos excluídos: mulheres, crianças e jovens, descapacitados, etc. uma passagem do controle difuso para o controle concentrado de constitucionalidade, pois o difuso se mostrou deficitário na proteção da Constituição e o concentrado possibilita aos tribunais solucionarem os casos com critérios de interpretação constitucional previstos no próprio texto; e, por fim um desenvolvimento de Constituições econômicas. Os amplos capítulos econômicos, que vão desde a iniciativa privada e a justiça retributiva até a proteção da economia solidária, têm um elemento em comum: a presença do Estado, cuja participação se traduz em aspectos tão relevantes como a decisão pública acerca dos recursos naturais e a regulamentação da atividade financeira, com o objetivo de superação das desigualdades econômicas e sociais⁷⁴³.

Para os aludidos juristas da Universitat de València, essas características se fizeram presentes primeiramente na Colômbia, que desenvolveu esses avanços nos anos de 1990; logo depois no Equador, que se definiu, em 2008, como Estado Constitucional; e na Bolívia que estabeleceu, em 2009, o seu Estado plurinacional, pela relação dos valores pós-colonização e os indígenas, além de promover um Tribunal Constitucional Plurinacional.

O Estado plurinacional é aquele que reconhece a democracia participativa como base da economia e garante a efetiva participação dos diversos grupos sociais, étnicos, culturais existentes: “A ele corresponde constituir-se no âmbito da relação igual e respeitosa de diferentes povos e cultura com o objetivo de manter as legítimas diferenças, eliminar ou ao menos diminuir as ilegítimas e manter a unidade como garantia da diversidade”.⁷⁴⁴

Os autores supramencionados não têm uma visão uniforme acerca do “novo constitucionalismo”; mas o que se tem é que são uníssonos em relação ao paradigma novo, que se pauta na importância do reconhecimento da ampliação dos espaços de participação popular, pelo aprofundamento da democracia participativa, enfeixada na democracia constitucional.

Esse paradigma constitucional é presente na América Latina, mas o que se tem notado é que o Brasil e a Colômbia passam por mudanças de forma paulatina, ao contrário do

⁷⁴³ DALMAU, Rubens Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. **Aspectos Generales del Novo Constitucionalismo Latinoamericano**. 1. ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010, p. 34-38.

⁷⁴⁴ Trecho original: “el Estado plurinacional e intercultural no implica necesariamente la secesión sino su transformación estructural. El constitucionalismo plurinacional no puede sino ser profundamente intercultural, puesto que a él le corresponde constituirse en el ámbito de relación igual y respetuosa de distintos pueblos y culturas a efectos de mantener las diferencias legítimas, eliminar o al menos disminuir las ilegítimas y mantener la unidad como garantía de la diversidad”. GRIJALVA, Agustín. El Estado Plurinacional e Intercultural em la Constitución Ecuatoriana del 2008. In: **Revista Ecuador Debate**, n. 75, p. 49-62, 2008.

Equador e da Bolívia, marcados por processos com objetivos de diminuição das desigualdades, reconhecimento da plurinacionalidade e do pluralismo jurídico. Ademais, deve ser ressaltada a Venezuela, com a sua Carta Constitucional de 1999, porque representou uma ponte às novas Constituições do Equador e da Bolívia, ao dispor constitucionalmente as mobilizações de diferentes setores populares urbanos, das classes médias e de contingentes nacionalistas.⁷⁴⁵

As inovações do constitucionalismo da Venezuela estão no Capítulo VI de sua Constituição, que trata dos Direitos Políticos e do Referendo Popular, e a participação popular está no artigo 62, que dispõe a respeito da participação do povo na formação, execução e controle da gestão pública e no artigo 70 que regulamenta o exercício da participação popular mediante o referendo; a consulta popular; a revogação do mandato; a iniciativa legislativa, constitucional e constituinte; o conselho aberto; e a assembleia de cidadãos e cidadãs, cujas decisões têm caráter vinculante.⁷⁴⁶

Acrescente-se que a Constituição Venezuelana introduziu, em seu artigo 136, um Poder Público Nacional, dividido em cinco poderes independentes: Legislativo, Executivo, Judicial, Eleitoral e Cidadão, que é a instância máxima, pois estimula a observância e o respeito aos Direitos Humanos, além das disposições nos artigos 119 até o 126, acerca dos povos indígenas, considerando-os como cidadãos venezuelanos; inclusive com o reconhecimento dos seus idiomas nativos como oficiais; o respeito pela educação indígena com a sua interculturalidade, seus sistemas próprios de transmissão de conhecimento e a propriedade intelectual indígena; a confirmação de suas práticas médicas; assegurando-lhes, também, a saúde digna; a garantia da propriedade coletiva, sobrepondo-se à garantia da propriedade privada; enfim, pela validação da identidade étnica e cultural dos povos indígenas.⁷⁴⁷

A partir de então, atores sociais, até então, minoritários, como os povos indígenas, com a sua força incontestada e a proteção dos bens comuns naturais, foram materializados em novas constituições como a do Equador, de 2008, e a da Bolívia, de 2009, que romperam com os modelos ocidentais ao incorporarem, em seus textos, o Sumak Kawsay e a Suma Qamaña, que objetivam proteção ao Pachamama, que é a divindade máxima dos Andes, e o biocentrismo da dignidade que, contrariamente ao antropocentrismo, faz predominar o direito

⁷⁴⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Crítico e Perspectivas para um novo Constitucionalismo na América Latina, p. 19-42. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO Milena Petters. (org.). **Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 31.

⁷⁴⁶ Ibid., p. 32.

⁷⁴⁷ Ibid., p. 32.

à dignidade de todos os seres vivos.⁷⁴⁸ Essas expressões, que significam *Buen Vivir*, sendo incluídas nas Constituições, fizeram com que os países ameríndios atendessem aos anseios da América Latina.

A Constituição do Equador é a mais longa pelo extenso rol de artigos disciplinados; ao todo são 444, sendo que o direito indígena está consolidado no artigo 57, que garante, aos indígenas, a propriedade imprescritível de suas terras, bem como a consulta prévia a respeito de planos e programas de exploração e comercialização de recursos não renováveis que se encontram nessas terras, e também de medidas legislativas que possam lhes afetar. Também é garantida a vedação ao preconceito, racismo ou qualquer tipo de discriminação da identidade indígena; a conservação e o desenvolvimento de suas próprias formas de convivência em tribos e na sociedade, de seus saberes ancestrais; de suas ciências, de sua educação; enfim, toda a proteção à propriedade intelectual e cultural.⁷⁴⁹

⁷⁴⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La naturaleza como persona: pachamama y gaia, p. 17-18. In: VARGAS, Chivi; MOISES, Idón (coord.) **Bolivia - nueva constitucion política del Estado**: Conceptos elementales para sudesarrollo normativo. Vice Presidencia de la Republica. La Paz, 2010, p. 17-18. Sumak Kawsay e Suma Qamaña não possuem tradução nas línguas coloniais. Sumak Kawsay está na Constituição do Equador, que significa viver bem, em equilíbrio com o universo. Essa postura biocêntrica do Equador ao reconhecer a natureza como sujeito de direitos, significa, valorizar o ambiente com um cunho ontológico. E Suma Qamaña é uma expressão da Bolívia que significa *Buen Vivir*, relacionada à ideia de olhar o passado, para projetar o presente e bem viver o futuro, como sonho de vida plena.

⁷⁴⁹ Trecho original: Art. 57. – Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social. 2. No ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural. 3. El reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación. 4. Conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles. Estas tierras estarán exentas del pago de tasas e impuestos. 5. Mantener la posesión de las tierras y territorios ancestrales y obtener su adjudicación gratuita. 6. Participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras. 7. La consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente; participar en los beneficios que esos proyectos reporten y recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. La consulta que deban realizar las autoridades competentes será obligatoria y oportuna. Si no se obtuviese el consentimiento de la comunidad consultada, se procederá conforme a la Constitución y la ley. 8. Conservar y promover sus prácticas de manejo de la biodiversidad y de su entorno natural. El Estado establecerá y ejecutará programas, con la participación de la comunidad, para asegurar la conservación y utilización sustentable de la biodiversidad. 9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral. 10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes. 11. No ser desplazados de sus tierras ancestrales. 12. Mantener, proteger y desarrollar los conocimientos colectivos; sus ciencias, tecnologías y saberes ancestrales; los recursos genéticos que contienen la diversidad biológica y la agrobiodiversidad; sus medicinas y prácticas de medicina tradicional, con inclusión del derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales y sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios; y el conocimiento de los recursos y propiedades de la fauna y la flora. Se prohíbe toda forma de apropiación sobre sus conocimientos, innovaciones y prácticas. 13. Mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar su patrimonio cultural e histórico como parte indivisible del patrimonio del Ecuador. El Estado proveerá los recursos para el efecto.

O artigo 171 também disciplina a Justiça Indígena, afirmando que as autoridades das comunidades, dos povos e das nacionalidades indígenas exercerão funções jurisdicionais, com base em suas tradições ancestrais e seu direito próprio, dentro de seu âmbito territorial, com garantia de participação e decisão. E o Estado garantirá que as instituições e autoridades públicas respeitarão as decisões da jurisdição indígena, que estarão sujeitas ao controle de constitucionalidade; cabendo à lei estabelecer os mecanismos de coordenação e cooperação entre a jurisdição indígena e a jurisdição ordinária.⁷⁵⁰

Cabe destacar que no preâmbulo da Constituição do Equador, há o reconhecimento das raízes milenares de seus povos indígenas por meio da expressão “herdeiros das lutas sociais de liberação frente a todas as formas de dominação e colonialismo”, acolhendo a diversidade de povos distintos que habitam o Equador.⁷⁵¹

É possível, no entanto, tecer algumas críticas a respeito dessa Constituição, pois o artigo da jurisdição indígena acima mencionado vincula a Justiça Indígena aos territórios originários, o que se torna um problema, haja vista que exclui a competência da jurisdição

14. Desarrollar, fortalecer y potenciar el sistema de educación intercultural bilingüe, con criterios de calidad, desde la estimulación temprana hasta el nivel superior, conforme a la diversidad cultural, para el cuidado y preservación de las identidades en consonancia con sus metodologías de enseñanza y aprendizaje. Se garantizará una carrera docente digna. La administración de este sistema será colectiva y participativa, con alternancia temporal y espacial, basada en veeduría comunitaria y rendición de cuentas. 15. Construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización. 16. Participar mediante sus representantes en los organismos oficiales que determine la ley, en la definición de las políticas públicas que les conciernan, así como en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado. 17. Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos. 18. Mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación con otros pueblos, en particular los que estén divididos por fronteras internacionales. 19. Impulsar el uso de las vestimentas, los símbolos y los emblemas que los identifiquen. 20. La limitación de las actividades militares en sus territorios, de acuerdo con la ley. 21. Que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comunicación; la creación de sus propios medios de comunicación social en sus idiomas y el acceso a los demás sin discriminación alguna. Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley. El Estado garantizará la aplicación de estos derechos colectivos sin discriminación alguna, en condiciones de igualdad y equidad entre mujeres y hombres. SITEAL – Sistema de Información de Tendencias Educativas em America Latina. **Constitución de la República del Ecuador**. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_ecuador_6002.pdf. Acesso em: 10 de jan. 2022.

⁷⁵⁰ Trecho original: Art. 171. - Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. SITEAL, op. cit.

⁷⁵¹ Trecho original: “(Decidimos construir) una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”. SITEAL, op. cit.

indígena em razão das pessoas, quando diante de conflitos jurídicos envolvendo territórios de ocupação mista, por indígenas e não indígenas, em especial na região andina.⁷⁵²

A respeito dessas críticas, tem-se que não bastam as limitações presentes nas forças políticas e econômicas, pois a resposta não está somente na própria Constituição, para que o Estado seja efetivamente intercultural e plurinacional. A realidade é que a sociedade equatoriana, suas instituições e as próprias organizações indígenas dão vida a esta Constituição.⁷⁵³

Por isso, apesar das críticas, não se pode negar que a Constituição do Equador inaugurou o constitucionalismo pluralista, notadamente com o direito ao desenvolvimento do *buen vivir*, e nem que a Constituição da Bolívia de 2009, além de ter constituído um Estado plurinacional e anticolonialista, como proclama em seu artigo 1º⁷⁵⁴, estabeleceu o primeiro Tribunal Constitucional, elegido diretamente pelos cidadãos:

A Constituição da Bolívia de 2009 é a primeira Constituição das Américas que estabelece as bases para o acesso a direitos e poderes de todos, adotando uma posição íntegra e congruentemente anticolonialista, a primeira que rompe de forma decidida com o trato tipicamente americano do colonialismo constitucional ou constitucionalismo colonial desde os tempos da independência.⁷⁵⁵

Tendo vista que existem 36 etnias distintas, o que corresponde a cerca de 2/3 do total de 10 milhões de habitantes, a Constituição abriu um espaço maior para o Direito Indígena, dedicando 80 dos seus 400 artigos para o tratamento da questão indígena, especificando a sua identidade cultural; a livre determinação da territorialidade; a titulação coletiva das terras e

⁷⁵² Trecho original: La Constitución del 2008 además vincula la autoridad y el Derecho Indígena a los territorios de los pueblos y nacionalidades (artículos 57.9 y 171). Este es un asunto complejo puesto que excluiría la competencia de la jurisdicción indígena en razón de las personas²¹, cuando en los hechos estas autoridades resuelven muchos conflictos fuera de tales territorios. En otras palabras se plantea el problema jurídico de si el requisito de territorio es posible cumplirlo especialmente donde éste no esta definido, áreas en las cuales conviven indígenas y no indígenas. GRIJALVA, Agustín. El Estado Plurinacional e Intercultural em la Constitución Ecuatoriana del 2008, p. 59. In: **Revista Ecuador Debate**, n. 75, p. 49-62, 2008.

⁷⁵³ Trecho original: La respuesta, por supuesto, no se halla solo en la propia Constitución sino sobre todo en la forma como la sociedad ecuatoriana, sus instituciones y las propias organizaciones indígenas den vida a esta Constitución. GRIJALVA, op. cit., p. 62.

⁷⁵⁴ Artigo 1º da Constituição da Bolívia está assim disciplinado: Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país. BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado (CPE) (7-Febrero-2009)**. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁷⁵⁵ Trecho original: La Constitución de Bolivia de 2009 es la primera Constitución de las Américas que sienta bases para el acceso a derechos y poderes de todas y todos adoptando con resolución una posición íntegra y congruentemente anticolonialista, la primera que rompe de una forma decidida con el trato típicamente americano del colonialismo constitucional o constitucionalismo colonial desde los tiempos de la independencia. CLAVERO, Bartolomé. **Bolívia entre Constitucionalismo colonial y Constitucionalismo emancipatório**, p. 02. Disponível: <https://rebelion.org/docs/85079.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2022.

dos territórios que habitam; o incentivo de meios de comunicação próprios em suas línguas específicas; a educação intracultural, intercultural, plurilíngue nos sistemas educativos; a propriedade intelectual de cada indígena e a coletiva de seus saberes, sua ciência e seu conhecimento, seus idiomas, seus rituais e seus símbolos e vestimentas; a gestão territorial indígena autônoma e o uso e aproveitamento exclusivo dos recursos naturais; a consulta prévia, mediante procedimentos apropriados, e participação dos indígenas nos órgãos e instituições estatais.⁷⁵⁶

Tendo em vista a fixação de igual hierarquia entre a justiça ordinária⁷⁵⁷ e a jurisdição indígena, exercida por suas autoridades com aplicação de princípios, valores culturais, normas e procedimentos próprios, o Tribunal Constitucional, cujos membros são eleitos por intermédio do sufrágio universal, deve resguardar a supremacia da Constituição e exercer o controle de constitucionalidade, com atribuições para resolver os conflitos entre a jurisdição indígena, originária e campesina, e a jurisdição ordinária e agroambiental.⁷⁵⁸

Assim, ante esses eixos norteadores do constitucionalismo latino-americano é notório que existem desafios a serem superados. No Equador, as críticas foram citadas alhures. Na Bolívia, tem-se uma única experiência da participação dos indígenas em um processo eleitoral, por meio das próprias organizações, que ocorreu nas eleições para as Assembleias Departamentais e para os Conselhos Municipais, realizadas em abril de 2010. Foi um momento em que os indígenas postularam e elegeram os seus representantes, valendo-se das suas organizações indígenas e de normas e procedimentos próprios.⁷⁵⁹

O que se tem é que na Bolívia há o reconhecimento constitucional dos povos indígenas, como organizações políticas de representação, o que lhes permite pugnar em qualquer eleição de maneira conjunta com os partidos políticos, à exceção da eleição de magistradas e magistrados do Judiciário e do Tribunal Constitucional Plurinacional, pois há

⁷⁵⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Crítico e Perspectivas para um novo Constitucionalismo na América Latina, p. 19-42. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO Milena Petters. (org.). **Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

⁷⁵⁷ Trecho original: La justicia indígena, tiene en el nuevo texto constitucional, igual jerarquía que la justicia ordinaria, y se caracteriza por (art.192): 1. conocer todo tipo de relaciones jurídicas, así como actos y hechos que vulneren bienes jurídicos, realizados por cualquier persona dentro del ámbito territorial indígena; y, 2. sus decisiones serán definitivas y ejecutables de forma directa, sin posibilidad de que sean revisadas por la jurisdicción ordinaria. NOGUERA FERNÁNDEZ, Alberto. **Constitución, Plurinacionalidad y Pluralismo Jurídico em Bolívia**. La Paz: Enlace, 2008, p. 93.

⁷⁵⁸ Trecho original: “El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación paritaria entre el sistema ordinaria y el sistema indígena originario campesino. NOGUERA FERNÁNDEZ, op. cit., p. 104.

⁷⁵⁹ MOSIÑO, Eric Cícero Landívar. Indigenismo e Constituição na Bolívia: um enfoque desde 1990 até os dias atuais, p. 287-312. In: AVRITZER, Leonardo; GOMES, Lilian Cristina Bernardo; MARONA, Marjorie Corrêa; DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. (org.). **O constitucionalismo latino-americano em debate: Soberania, separação de poderes e sistema de direitos**. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

proibição constitucional expressa que possam existir candidatas ou candidatos postulados por partidos políticos e povos indígenas. Na prática, essa premissa não tem sido cumprida.⁷⁶⁰

Isso ocorre porque descolonizar não é uma tarefa fácil e não se resume à elaboração de textos constitucionais; pois, ainda que sejam inegáveis as colaborações tanto do constitucionalismo latino-americano na construção de uma democracia participativa, cujo protagonismo é o cidadão, quanto do reconhecimento da alteridade na relação das sociedades nacionais com os povos indígenas, a resposta vem do diálogo transconstitucional entre as raízes desses valores, introjetados nos horizontes da complexidade e da solidariedade, e o constitucionalismo brasileiro.

A questão precípua está em concretizar uma Constituição transversal, aliada à solução dos problemas que o constitucionalismo tentou resolver: igualdade, diferença e participação. Na linha de entendimento de Marcelo Neves, uma Constituição transversal é aquela que pressupõe que a política e o direito se vinculem construtivamente no plano reflexivo.⁷⁶¹ De um lado, a Constituição jurídica, como um conjunto de normas, com seus processos de normatização, e de outro, a Constituição política referentes às tomadas de decisão, coletivamente, vinculantes.⁷⁶²

Isso porque, como a Constituição jurídica estabelece a igualdade como relevante para a democracia, não tem sentido numa democracia o contexto dos cidadãos sem direitos políticos ou com direitos políticos distintos, pois lhe falta a racionalidade política. Por sua vez, a Constituição política consolida os procedimentos democráticos da legislação, da eleição e da participação direta (plebiscito e referendo), assegurando que a maioria democrática não suspenda ou destrua o princípio constitucional da isonomia, sob pena de não somente “destruir a própria justiça como fórmula de contingência do sistema jurídico, mas também de impossibilitar o apoio político generalizado em uma sociedade complexa e heterogênea, ao negar os direitos políticos iguais”.⁷⁶³

Por isso, a Constituição, sendo transversal, é o caminho de suporte para a manutenção da maioria procedimental, assegurando os direitos iguais das minorias e neutralizando a simbiose entre a Administração Pública e a política, quando a política for determinante no âmbito da solução dos casos jurídicos, sob pena da isonomia perder o seu significado prático.

⁷⁶⁰ MOSIÑO, Eric Cícero Landívar. Indigenismo e Constituição na Bolívia: um enfoque desde 1990 até os dias atuais, p. 301. In: AVRITZER, Leonardo; GOMES, Lilian Cristina Bernardo; MARONA, Marjorie Corrêa; DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. (org). **O constitucionalismo latino-americano em debate: Soberania, separação de poderes e sistema de direitos**. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

⁷⁶¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 63.

⁷⁶² NEVES, op. cit., p. 63.

⁷⁶³ Id., 2009, p. 75.

O que significa dizer que, ao assegurar a diferença entre a política e a administração, possibilita que a lei seja aplicada de forma indistinta, sem “[...] interesses concretos daqueles que detêm mais poder no jogo político ou que dispõem de maior influência política em virtude de outras variáveis sociais, econômicas, científicas ou até familiares.”⁷⁶⁴

Nesse sentido, para que não haja a formação de Constituições simbólicas, inclusive a brasileira, faz-se mister esse entrelaçamento do Direito com a política, numa perspectiva da Constituição transversal, como relatado alhures, além do fortalecimento da democracia constitucional. Também é mister o transconstitucionalismo, com vistas a solucionar os problemas da alteridade dos indígenas e do reconhecimento da propriedade de suas terras, a partir das perspectivas das comunidades nativas, de modo a se preservar a dignidade dos indígenas, como será abordado na seção abaixo.

3.3 Para a promoção da inclusão: entre o Constitucionalismo e o Transconstitucionalismo

De proêmio, transconstitucionalismo, terminologia criada por Marcelo Neves, não se confunde com transjuridicismo, do pluralismo medieval, em que havia relação entre Direito Urbano, Direito Canônico e Direito Feudal, momento em que não se tratava de problemas constitucionais ou de direitos fundamentais, nem de controle, limitação do poder ou qualquer fundamentação diversa do direito que não fosse relacionada à religião – o Direito tinha fundamento sacro.⁷⁶⁵ Também não se confunde com constitucionalismo internacional.

Na atualidade, tem se estado diante do desenvolvimento de problemas jurídicos relativos a Direitos Humanos, direitos fundamentais e controle e limites do poder político; que perpassam as diversas ordens jurídicas e assim, ultrapassam as fronteiras estatais. Para tais questões impõe-se o transconstitucionalismo que envolve a articulação pela complementariedade entre essas ordens jurídicas, considerando as assimetrias de cada localidade pela alteridade, razão pela qual explica a ineficiência de uma constituição global:

⁷⁶⁴ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2009, p.75.

⁷⁶⁵ Direito sacro, conforme Marcelo Neves é um direito entrelaçado no poder, que é legitimado na moral assentada na religião. “A subordinação do jurídico ao político, em uma formação social na qual o poder está no centro da sociedade, leva a uma relação assimétrica entre o poder superior e o poder inferior ou entre o soberano e os súditos”, de tal sorte que nas camadas localizadas no topo da pirâmide ficavam os soberanos e nas inferiores os carentes de privilégios ou prerrogativas com o dever de sujeição ou obediência. Essa situação era imutável, pois relacionava-se diretamente com a manutenção da ordem social hierárquica e também era inquestionável a ordem política dominante por não existir condições estruturais para a diferenciação de um procedimento legislativo. NEVES, op. cit., p. 63.

Este é o paradoxo e, também, o equívoco decorrente do pluralismo jurídico na sociedade mundial: como se falar de inserção em redes transacionais horizontais sem considerar as assimetrias gritantes e não apenas a nova “avalanche de exclusão” decorrente da desmontagem do Estado social (Luhmann, 2000, pp. 427-28), mas também a persistência de devastadora exclusão nas periferias da sociedade mundial? Além disso, como incluir na evolução linear de direito liberal (formal), direito do Estado social (material) e direito reflexivo, as formas tribais de ordens jurídicas não diferenciadas, que, antes de envolvidas na diferença inclusão/exclusão envolvem o problema do isolamento/não isolamento?⁷⁶⁶

Por estar atenta às assimetrias, o transconstitucionalismo necessita que essa complementariedade não se resuma em diálogos de conciliação ou consenso, mas que parta da noção de dupla contingência entre as diversas ordens jurídicas pela comunicação transversal, tendo em vista que a dupla contingência implica que o ego (eu) conta com a possibilidade de que a ação do alter (outro) seja diversa daquela que ele projetou: “[...] a ação de alter pode ser bem diversa da projetada no vivenciar de ego e que converte o comportamento em ação.”⁷⁶⁷

Verifica-se que na dupla contingência há um exercício de reconhecimento: “[...] eu não me deixo determinar por ti, se tu não me deixas determinar por mim [...]”⁷⁶⁸; ou seja, o ponto cego de um observador pode ser visto pelo outro. Dessa forma, existe um problema se um dos polos dessa relação de observação recíproca não consegue suportar a liberdade do outro e, por essa razão, estabelece uma negação de reconhecimento do outro; situação em que a desconfiança se expande e impede que ocorram interações fundadas nessa dupla contingência.

É por isso que a metodologia aplicada ao transconstitucionalismo é a análise comparativa entre problemas jurídicos-constitucionais que perpassam fronteiras e que são enfrentados pelos tribunais para que seja considerada a alteridade e ocorra a abertura normativa para outras ordens entrelaçadas em casos concretos. “Nesse sentido, pode-se afirmar que o transconstitucionalismo implica o reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem, que admite a alternativa: o ponto cego, o outro pode ver.”⁷⁶⁹

Assim, quanto mais ocorrer essa articulação recíproca de ordens constitucionais, a situação torna-se ainda mais rica pelas possibilidades de entrelaçamentos. Em um mundo de problemas constitucionais comuns diante da pluralidade de ordens jurídicas, mesmo que haja

⁷⁶⁶ NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. In: **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 201-232, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/MrhW55tXvNwHyZb4jWK6shB/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁷⁶⁷ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 271.

⁷⁶⁸ Id., 2009, p. 271.

⁷⁶⁹ NEVES, op. cit., 2014, p. 227.

ordens jurídicas que não estejam dispostas para o diálogo transconstitucional, e mesmo com a fragmentação do Direito, o método transconstitucional parece mais adequado por causa do desafio constante para se construir pontes que possibilitem um relacionamento entre as ordens jurídicas, mais construtivo e menos obstrutivo.⁷⁷⁰

É o que ocorre com as ordens coletivas dos nativos. Como bem expõe Neves, “[...] trata-se de ordens arcaicas que não dispõem de princípios ou regras secundárias de organização e por conseguinte não se enquadram no modelo reflexivo do constitucionalismo”⁷⁷¹. Nesse sentido, mesmo que pareça paradoxal, pois envolve situações que estão à margem do constitucionalismo, existe a possibilidade de um diálogo construtivo com essas ordens de nativos, culturalmente diferentes, não perdendo o transconstitucionalismo o seu significado.

Como exemplo dessa possibilidade, destaca-se, dentre outras já citadas, a Constituição da Bolívia, que dispõe de critérios de articulação entre as comunidades indígenas e o direito estatal; e que ao estabelecer seu Estado como plurinacional comunitário, reconhece autonomia e autogoverno às comunidades indígenas, possibilitando a participação delas na formação da vontade estatal.

Reconhecer e respeitar a legitimidade das ordens normativas dos indígenas é o caminho a ser seguido pelo Estado, ao invés de impor o Direito tido como “oficial”, sob pena de contrariar as tradições indígenas.

Um exemplo para elucidar o entrelaçamento de ordens jurídicas estatais com as comunidades indígenas é o modelo monogâmico do matrimônio, imposto pela Constituição brasileira, em seu artigo 226, e que deve ser observado sob pena de se cometer crime de bigamia, tipificado pelo artigo 235 do Código Penal. No entanto, as comunidades indígenas que vivem o Brasil adotam relações poligínicas; ou seja, o homem pode contrair matrimônio com mais de uma mulher e a mulher somente com um homem.

Assim, essa questão da poliginia, além do problema de ser crime, conforme o Direito “oficial”, também repercute nos direitos sociais: diante da pensão por morte, reconhecida pelo artigo 201, V, da Constituição Federal, como ficariam os direitos das mulheres indígenas, companheiras ou cônjuges de um mesmo homem? A justiça brasileira nesse caso, decidiu por uma única pensão devida, a ser partilhada entre as companheiras, para se manter o princípio da igualdade; ressalvada a garantia do benefício não ser inferior ao

⁷⁷⁰ NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. In: **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 201-232, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/MrhW55tXvNwHyZb4jWK6shB/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁷⁷¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 217.

salário mínimo, conforme previsão do parágrafo segundo do aludido dispositivo constitucional.⁷⁷²

Outro caso que merece atenção é a dos índios Suruahá, que estão no estado do Amazonas, Município de Tarapué, cujos costumes confrontam com a ordem jurídica estatal brasileira. De acordo com a ordem normativa dos Suruahá, deve-se matar os recém-nascidos que apresentarem alguma deficiência física, fato que se tornou público porque um casal de missionários resgatou uma criança com grave disfunção hormonal congênita, que estava condenada à morte entre os Suruahá.⁷⁷³

O resultado foi a apresentação do Projeto de Lei nº 1057, de 2007⁷⁷⁴, criminalizando as seguintes condutas que levavam a homicídios de recém-nascidos:

⁷⁷² Inteiro teor do artigo 201 da Constituição Federal. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 fev. 2022.

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

I - cobertura dos eventos de incapacidade temporária ou permanente para o trabalho e idade avançada; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

I - com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

II - cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)

§ 2º Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

No que tange à decisão, cita-se o caso da Ação Civil Pública nº 2004.31.00.700374-6, que tramitou no Juizado Federal da Seção Judiciária do Amapá, na qual se decidiu que Masaupe Waiãpi, Ana Waiãpi e Sororo Waiãpi, viúvas do indígena Parara Waiãpi, rateassem a pensão por morte e os saldos do FGTS. Os termos do acordo homologado nos autos do processo, ressaltou a prerrogativa do Ministério Público Federal de promover, a qualquer tempo, ação própria para discutir o direito à integralidade dos aludidos benefícios em favor das esposas poligâmicas. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 221.

⁷⁷³ SEGATO, R. L. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, /S. l./, janeiro-junho de 201, v. 1, n. 1, p. 65–92, 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24623>. Acesso em: 30 nov. 2021.

⁷⁷⁴ BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1057, de 11 de maio de 2007**. Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais. Brasília, 2007. Disponível em:

[...] “em casos de falta de um dos genitores”; “em casos de gestação múltipla”; “quando estes são portadores de doenças físicas e/ou mentais”; “quando há preferência de gênero”; “quando houver breve espaço de tempo entre uma gestação anterior e o nascimento em questão”; “em casos de exceder o número de filhos apropriado para o grupo”; “quando estes possuírem algum sinal ou marca de nascença que os diferencie dos demais”; “quando estes são considerados de má sorte para a família ou para o grupo”.⁷⁷⁵

Esse projeto, de autoria do deputado federal Henrique Afonso, partia do pressuposto do direito fundamental individual à vida, nos termos da moral cristã ocidental, e do direito fundamental da mãe à maternidade. O assunto repercutiu em audiência pública na Câmara dos Deputados, em 2007, na qual a antropóloga Rita Laura Segato, com seus argumentos, ratificou a necessidade de um diálogo entre as ordens normativas, num modelo construtivo do transconstitucionalismo:

[...] que Estado é esse que hoje pretende legislar sobre como os povos indígenas devem preservar suas crianças? Que Estado é esse que hoje pretende ensinar-lhes a cuidá-las? Que autoridade tem esse Estado? Que legitimidade e que prerrogativas? Que credibilidade esse Estado tem ao tentar, mediante essa nova lei, criminalizar os povos que aqui teciam os fios da sua história quando foram interrompidos pela cobiça e violência dos cristãos?⁷⁷⁶

Pelos questionamentos, nota-se que seria etnocida o Estado criminalizar as condutas daqueles indígenas, pois estaria eliminando valores culturais indispensáveis à vida cultural e biológica de um povo. Isso porque o papel do Estado é promover a vitaliciedade desses povos que conferem riqueza à nação, salvando, assim, os indígenas.⁷⁷⁷

Um Estado interventor e meramente punitivo vai na contramão dessa garantia de manutenção, já que, ao assegurar a liberdade no interior de cada coletividade, inclusive em torno da prática dos homicídios de recém-nascidos, faz com que o processo interno de deliberação aconteça no interior das sociedades indígenas sem interferência dos mais poderosos.⁷⁷⁸

https://www2.camara.leg.br/a-camara/programas-institucionais/cursos/pos-graduacao/mestrado-em-poder-legislativo/orientacoes-aos-discentes/ComoCitareReferenciar_2020.pdf. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁷⁷⁵ NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. Lua Nova, São Paulo, n. 93, p. 218, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/MrhW55tXvNwHyZb4jWK6shB/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 11 de janeiro de 2022.

⁷⁷⁶ SEGATO, R. L. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], janeiro-junho de 201, v. 1, n. 1, p. 81, 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24623>. Acesso em: 30 nov. 2021.

⁷⁷⁷ SEGATO, op. cit., 2014, p. 65–92.

⁷⁷⁸ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 227.

Só assim, pela tolerância com o outro, cada comunidade consegue resolver seus conflitos, em um aprendizado recíproco – o nativo em sua autocompreensão – e dialogar com os padrões de Direitos Humanos internacionalmente estabelecidos, notadamente pela Convenção nº 169 da OIT, que garante, em seu artigo 8º, item 2, a conservação dos costumes e de instituições próprias dos indígenas.⁷⁷⁹

A esse respeito, convém enfatizar novamente os casos, já citados no item 2.3, das comunidades indígenas Yayke Axa *versus* Paraguai e Sawhoyamaya, localizadas no Paraguai, que obtiveram o reconhecimento de suas terras pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos (CDIH). O que se verificou é que a Corte favoreceu o direito das comunidades locais sobre o território. Em sua decisão, não reconheceu que seria propriedade privada, levando em consideração o que vigorava no direito constitucional estatal, mas sim que seria propriedade dos índios a partir da noção cultural de propriedade ancestral sobre aqueles territórios, sedimentada nas tradições indígenas. Assim, a Corte, em sintonia com os direitos humanos garantidos em nível internacional, estabeleceu o entrelaçamento pluridimensional dos direitos humanos a partir de direitos colidentes.⁷⁸⁰

Dessa forma, o que se tem dessas decisões da Corte é que sem ter afastado o direito clássico do Estado, o transconstitucionalismo possibilitou que o julgamento fosse além do direito posto, abrindo as soluções a partir do entrelaçamento de ordens jurídicas diversas,⁷⁸¹ não porque surgiram outras constituições, mas porque os problemas perpassavam ordens jurídicas diversas. Trata-se, pois, de um constitucionalismo de aprendizado, pois ao possibilitar esse ponto de encontro entre a cultura indígena e a normatividade estatal, realça-se a alteridade.

No entanto, no Brasil, mesmo havendo o reconhecimento dos indígenas na Constituição Federal de 1988, esses direitos acabaram sendo sucumbidos aos interesses econômicos e políticos dominantes. Podem-se ser citados vários exemplos, mas o mais atual é do julgamento do marco temporal, conforme argumentado alhures, que se for reconhecida a tese do marco temporal e a teoria do indigenato, serão afetados sobremaneira a dignidade dos povos indígenas, o princípio democrático e os compromissos internacionais ratificados, a

⁷⁷⁹ NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. In: **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 2018, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/MrhW55tXvNwHyZb4jWK6shB/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 11 jan. 2022. Segue o inteiro teor do artigo 8º, n. 02 da Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais: “Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos [...]”.

⁷⁸⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 265.

⁷⁸¹ Id., 2009, p. 269.

exemplo da Convenção nº 169 da OIT⁷⁸² que disciplina a multiplicidade e a diversidade dos povos indígenas como protagonistas de suas histórias.

Ora, se os povos indígenas têm uma ligação inegável com a terra e se, pelo paradigma do constitucionalismo latino-americano, eles são reconhecidos como sujeitos de direitos, considerando-se as relações interculturais, faz-se mister que a Constituição brasileira seja transversal, para que haja uma ligação do Direito com a política e o fortalecimento da democracia. A começar pelos que detêm o poder e depois pela sociedade, é preciso despertar para o cenário de crise que assola as comunidades indígenas.

O que se pugna não é a incorporação das disposições normativas da Colômbia, do Equador e/ou da Bolívia no Brasil, até mesmo porque não se pode reduzir o problema de alteridade dos indígenas a disposições constitucionais, que aliás, já existem na Constituição brasileira. Ademais, cabe lembrar que embora existam disposições constitucionais que vinculem os seus concretizadores – os juízes e tribunais –, essas disposições são reconstruídas permanentemente por esses mesmos concretizadores; o que revela um paradoxo inegável em certas situações; pois a sentença constitucional que deve ser subordinada à Constituição, é proferida afirmando o que é constitucional,⁷⁸³ em razão de interpretação e reconstrução feita pelos juízes e tribunais.

Assim, o que deve ser incorporado no ordenamento jurídico pátrio é o fortalecimento da democracia, a partir da efetiva participação de todos no cenário de diversidade étnico-cultural presente no Brasil. No sentido de não parecer utópico, esse fortalecimento e a (re)construção da democracia para enfrentar o problema social com ênfase na alteridade é, nos ensinamentos de Neves, conhecida como transdemocracia, cuja expressão “soberania do povo” deve ser comutada para “nós, os povos”. “Impor-se a democracia à convivialidade com os politicamente outros”.⁷⁸⁴

O que se observa é que enquanto o Estado brasileiro promover ações legislativas ou executivas sem quaisquer participações dos indígenas, significa o mesmo que continuar engendrando a equação de subtração cultural e de retrocesso por caminhar na contramão da racionalidade transversal, necessária ao reconhecimento do outro.

Isto porque, um dos caminhos viáveis para a preservação de certos valores das comunidades indígenas é a possibilidade de diálogos culturais ante o pluralismo como fez

⁷⁸² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 269.

⁷⁸³ Ibid., p. 294.

⁷⁸⁴ NEVES, Marcelo. Do Transconstitucionalismo à transdemocracia, p. 1111. In: BUENO, Roberto (org.). **Democracia: da crise a ruptura, jogos de armar: reflexões para a ação**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2017.

recentemente, em maio de 2021, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, criando uma plataforma institucional para possibilitar a articulação entre os litigantes na Justiça Federal. O pressuposto para a criação dessa plataforma foi possibilitar a troca de informações entre todos os atores envolvidos para a elaboração de soluções estabelecidas em conjunto e de forma harmônica e ágil.

Verifica-se que a Resolução nº 424⁷⁸⁵, que foi publicada no Diário da Justiça Federal da 3ª Região, em 19 de maio de 2021, atende aos objetivos do Conselho Nacional de Justiça que seriam suprir a necessidade de diálogo entre as partes envolvidas e promover políticas públicas que zelem pelos direitos indígenas, pois seria um caminho para se obter essa conscientização sem imposição.

Por isso, o que se pugna é o transconstitucionalismo de baixo para cima, com participação dos indivíduos, não pressupondo necessariamente a concordância, mas sim o entendimento; ou seja, num diálogo cultural não violento, fruto da solidariedade: “[...] os atores na qualidade de falantes e ouvintes, tentam negociar intepretações comuns da situação e harmonizar entre si os seus respectivos planos através de processos de entendimento”.⁷⁸⁶

Ademais, como a autodeterminação dos povos e a diversidade cultural estão positivadas na Constituição Federal, considera-se que o fortalecimento das políticas públicas e da participação ativa dos indígenas, notadamente na formação das leis, afetarà a sociedade positivamente pelo não retrocesso, e que o transconstitucionalismo incutirá no Judiciário brasileiro novos paradigmas no momento de julgar, essenciais para o almejado reconhecimento da necessidade de proteção das identidades dos povos indígenas e de suas culturas.

⁷⁸⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. TRF3. **Resolução nº 424, de 17 de maio de 2021.** Instituir a Plataforma Interinstitucional de demandas ambientais e indígenas. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/documentos/gabco/Resolucao_PRES_424_2021.pdf. Acesso em 12 jan. 2022.

⁷⁸⁶ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** entre facticidade e validade. v. 1, 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2021, p. 36.

CONCLUSÃO

Verificou-se, no decorrer da pesquisa, que o Estado brasileiro, reconhecido como Democrático de Direito, atua na contramão quanto ao reconhecimento dos direitos indígenas, mesmo com as disposições normativas constitucionais vigentes e a ratificação dos documentos internacionais que tratam de tais direitos.

Quando se estudou o contexto histórico, percebeu-se a aculturação e a organização dos Estados Latino-americanos, a partir dos valores do continente europeu, sendo invisibilizados os valores socioculturais dos povos indígenas. Isso porque, até então, o índio era visto como um silvícola, selvagem, que sequer tinha capacidade postulatória. Foi somente com a atual Constituição que se rompeu a tradição integracionista, que negava os direitos dos povos originários, tendo em vista que, a partir de normas constitucionais positivadas em 1988, passou-se a serem guiados pela dignidade da pessoa humana, sendo desconstruída a identidade pejorativa desse índio, para conferir-lhe direitos e buscar a proteção e a efetividade desses direitos.

Essa mudança de paradigma normatizado advém, também, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), bem como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, a respeito da qual se defendeu ter força vinculativa.

Conforme exposto em toda a pesquisa, a evolução culminou na interculturalidade e em uma redemocratização das culturas pelo reconhecimento às diferenças, como demonstrado na força emancipatória das Constituições da Bolívia, Colômbia, Venezuela e do Equador, fenômeno conhecido como “novo” constitucionalismo latino americano.

Destarte, mesmo com esses valores advindos do constitucionalismo latino americano, o que se defendeu não foi criar um novo constitucionalismo brasileiro; mas, sim, trazer efetividade local às normas constitucionais e internacionais ratificadas, sendo que o Estado tem, por finalidade, a proteção desses povos subalternizados e não tem cumprido esse papel. Para tanto, abordou-se que, para trazer, aos povos indígenas, enquanto povo brasileiro, a inclusão, sem a exclusão, a democracia deve conviver com esse constitucionalismo brasileiro.

Dessa maneira, o presente trabalho tem relevância para a sociedade, pois à medida que as decisões judiciais, especialmente da Corte Suprema, são analisadas em consonância com os dispositivos constitucionais, alcança-se a necessidade de fazer o imbricamento com a política, delineada pelos valores e direitos consagrados nos dispositivos constitucionais, que irradiam força normativa para todo o ordenamento, bem como nos valores e direitos estabelecidos em

documentos internacionais, para que o direito dos povos indígenas não continue sendo olvidado.

Considerando-se que o Brasil é representado por uma sociedade plural, com vários grupos étnico-culturais, dentre os quais há os diversos grupos indígenas, abordou-se o caso que está em trâmite no Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1017365, a respeito do marco temporal para a demarcação das terras indígenas. Defendeu-se que a tese do marco temporal é flagrantemente inconstitucional, seja pela relação que os indígenas têm com o território, que deve ser protegido porque também é indissociável das suas identidades, seja pela função normativa da própria Constituição Federal.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar esse caso com repercussão geral e todos os demais, deverá se pautar por valores macro, incorporados no ordenamento, inclusive por documentos internacionais, e não por favores particularizados e conexos com a política desarrazoada.

Isso porque, como os direitos dos índios são plenos, faz-se mister garantir a eles a sua reprodução física e social, ficando condicionado ao modo de fazer, viver e criar de cada comunidade indígena. Frisa-se novamente, que não se trata de direito consuetudinário, mas sim de direitos consagrados na Constituição Federal, cuja aplicabilidade é imediata; o que torna desnecessário usar, como artifício para o julgamento, institutos de Direito Civil como, a título de exemplo, o esbulho e a posse que foram usados no caso do julgamento da Raposa Serra do Sol.

Não se pode ignorar que é por se usar desses e de outros artifícios que o Direito não tem conseguido responder satisfatoriamente às demandas e reivindicações desses povos subalternizados, sendo essa premissa desafiadora, a partir da qual esta pesquisa se centrou.

Dessa forma, pugnando-se por reforçar a democracia como caminho para o reconhecimento indígena, credita-se que os grupos indígenas farão entender as suas atuações política, jurídica e administrativa, por conseguirem ser cidadãos ativos e passivos, sem reservas, fluindo o direito de votarem e serem votados na democracia participativa, que não deve funcionar como instituto reducionista, que respeita apenas a vontade da maioria elitizada, pois essa é uma prática que se põe em paradoxo com o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

DOUTRINAS E REVISTAS JURÍDICAS:

ABBOUD, Georges. **Democracia para quem não acredita**. Belo Horizonte: Letramento, 2021.

ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução ao Direito: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

ALBUQUERQUE, Manoel Maurício de. **Pequena História da Formação Social Brasileira**. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1986.

ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. Os índios na História do Brasil no século XIX: da invisibilidade ao protagonismo. **Revista História Hoje**, São Paulo, v. 1, n. 2, p. 21-39, jul./dez. 2012. Acesso em: <https://rhhj.anpuh.org/RHHJ/article/view/39/0>. Acesso em: 22 jun. 2021.

ANJOS FILHO, Robério Nunes. O Supremo Tribunal Federal e o direito dos povos - indígenas, p. 911-954. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord). **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ARANTES, Bastos Rogério. **Judiciário e Política no Brasil**. São Paulo: Idespe. Editora Sumaré. FAPESP: Educ, (Série Justiça), 1997.

ARAÚJO JUNIOR, Julio José. **Direitos Territoriais Indígenas: Uma interpretação intercultural**. Rio de Janeiro: 2018.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARNAUD, André-Jean *et al.* **Dicionário enciclopédico de teoria e sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

AVRITZER, Leonardo; GOMES, Lilian Cristina Bernardo; MARONA, Marjorie Corrêa; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho (org.). **O Constitucionalismo democrático latino-americano em debate: soberania, separação de poderes e sistema de direitos**. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

BARBOSA, Maria Lúcia; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino Americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação. **Revista Direito e Práxis**. Rio de Janeiro, volume 8, nº 2, p. 1113-1142, 2017. Disponível em:

<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/23083/20602>. Acesso em: 15 nov. 2021.

BARRETO, Helder Girão. As disputas sobre os direitos indígenas. Conferência proferida no “Seminário de Direito Ambiental – Ano V”, realizado pelo Centro de Estudos Judiciários, nos dias 27 e 28 de março de 2003, no Teatro Palácio de Castro, Rio Branco/AC. **Revista CEJ**, Brasília, n. 22, p. 63-69, jul./set. 2003. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/211926075.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2021.

BARROS, Antonio Evaldo Almeida. Entre o kraal e a terra iluminada: as Áfricas do jovem John Dube, p.159-182. In: TRAJANO FILHO, Wilson (org.) **Travessias antropológicas, estudos em contextos africanos**. Brasília: ABA Publicações, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BARTOLOMÉ DE LAS CASAS. **Obra indigenista**. Madrid: Editorial Alianza, 1985.

BATISTA, Juliana de Paula; GUETTA, Mauricio. A judicialização das demarcações de terras indígenas: O caso de Morro dos Cavalos, p. 237-277. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (org.). **Direitos dos Povos Indígenas em disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade individualizada**: vidas contadas e histórias vividas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar editora, 2008.

BECKER, Simone; ROCHA, Taís Cássia Peçanha. Notas sobre a “tutela indígena” no Brasil (legal e real), com toques de particularidades do sul de Mato Grosso do Sul. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 62, n. 2, p. 73-105, maio/ago. 2017. ISSN 2236-7284. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/328058369.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2021.

BERGER, Peter; LUCKMANN, Thomas. **A construção social da realidade**. Petrópolis: Vozes, 2006.

BERRY, John W. Contexts of acculturation. In: BERRY, John W.; SAM, David L. **The Cambridge Handbook of Acculturation Psychology**. 2. ed. Cambridge University Press, p. 27-42, 2016. doi.org/10.1017/CBO9781316219218. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/cambridge-handbook-of-acculturation-psychology/BC73427826525962C01C7D00ECFEA362>. Acesso em: 12 jun. 2021.

BIGONHA, Antônio Carlos Alpino; MOREIRA, Luiz. **Direito e democracia**. Apresentação da obra de ACHERMAN, Bruce. A nova separação de poderes. Brasília: Lumen Juris, 2013

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na Pós-Modernidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BOAS, Franz. **A formação da antropologia americana**, 1883-1911: Antologia. Organização e introdução George W. Stocking Jr. Tradução Rosaura Maria C. L. Eichenberg. Revisão

técnica Marco Antonio T. Gonçalves e Cesar Benjamin. Rio de Janeiro: Contraponto/UFRJ, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. Tradução e Notas de Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BUSTAMANTE, Thomas. A Breve História do Positivismo Descritivo. O que resta do Positivismo Jurídico depois de H. L. A. Hart? **Revista Novos Estudos Jurídicos-Eletrônica**, v. 20, n. 1, p. 307-327, janeiro a abril de 2015. Disponível em: [file:///C:/Users/fran_/Downloads/7204-19414-1-SM%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/fran_/Downloads/7204-19414-1-SM%20(1).pdf). Acesso em: 25 jan. 2021.

CALLAGE, Carlos. **Função Social da Propriedade (CF, art. 5º, XXIII):** dever imposto ao proprietário. Tese apresentada no XXIV Congresso Nacional de Procuradores do Estado. Campos do Jordão - 30 de agosto a 3 de setembro de 1998. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/Congresso/ztese16.htm>. Acesso em: 12 jun. 2021.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela; VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. Vingança e temporalidade: os Tupinamba. In: **Journal de la Société des Américanistes**. Paris: Tome 71, p. 191-208, 1985. Disponível em: <http://biblioteca.funai.gov.br/media/pdf/Folheto38/FO-CX38-2354-97.PDF>. Acesso em: 12 jun. 2021.

CARNIO, Henrique Garbellini. O pensamento de Hans Kelsen sobre o dualismo causalidade e imputação: uma exploração sobre a lei de causalidade e a ciência moderna. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 102, n. 928, p. 219-238, fev. 2013. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/retrieve/107012/RTDoc%20%2016-9-05%20_11%20%28PM%29.pdf. Acesso em: 25 jan. 2021.

CARNIO, Henrique Garbellini, **Direito e Antropologia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2020.

CARNIO, Henrique Garbellini. **Fronteiras do Direito Analítica da Existência e Críticas das Formas Jurídicas**. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021.

CARVALHO JUNIOR, Almir Diniz de. Dossiê A ordem da missão e os jogos da ação: conflitos, estratégias e armadilhas na Amazônia do século XVII. In: **Revista Tempo**, v. 19, n. 35, p. 23-41, jul./dez.2013. DOI: 10.5533/TEM-1980-542X-2013173503. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/tem/a/fwZwPBBVxLZjVHxNCZ3by8G/?lang=pt#>. Acesso em: 26 mai. 2021

CASTILHO, Ricardo. **Filosofia Geral e Jurídica**. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018.

CASTRO, Celso. BOAS, Franz. **Antropologia cultural**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2010.

CASTRO, Eduardo Viveiros de Castro. **No Brasil todo mundo é índio, exceto quem não é**. Disponível em: https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/No_Brasil_todo_mundo_%C3%A9_%C3%ADndio.pdf. Acesso em: 08 jun. 2021.

Catecismo da Igreja Católica. Novíssima Edição de acordo com o texto oficial em Latim. 19 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2017.

CATUSO, Joseane. Pluralismo Jurídico: um novo paradigma para se pensar o fenômeno jurídico. **Revista Eletrônica do CEJUR**, Curitiba-PR, a. 2, v. 1, n. 2, p. 119-147, ago./dez. 2007. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/16749/11136>. Acesso em: 23 jun. 2021.

CHAUÍ, Marilena de Souza. 500 anos: Caminhos da Memória, Trilhas do Futuro, p. 11-12. In: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi (org.). **Índios No Brasil**. 2. ed. Brasília: Ministério da Educação e do Desporto, 1994. Disponível em: <https://indiosnonordeste.com.br/wp-content/uploads/2015/02/Índios-no-Brasil-Luis-D.-B.-Grupioni.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.

CLAVERO, Bartolomé. **Bolívia entre Constitucionalismo colonial y Constitucionalismo emancipatório**. Disponível: <https://rebellion.org/docs/85079.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. Prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Junior. São Paulo: Max Limonad, 1995.

COLAÇO, Thais Luzia. O direito indígena pré-colonial, p. 111-142. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Indígena**. Da Conquista à Colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32456.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

COMTE, Augusto. **Curso de Filosofia Positiva/Discurso Sobre o Espírito Positivo/Discurso Preliminar Sobre o Conjunto do Positivismo/Catecismo Positivista**. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

CONSOLIM, Marcia; DURKHEIM, Émile; TARDE, Gabriel. Aspectos Teóricos de um Debate Histórico (1893-1904). In: **História: Questões & Debates**, Curitiba, n. 53, p. 39-65, jul./dez. 2010. Editora UFPR.

CRISTÓVAO, Fernando. O “mito” do novo mundo na literatura de viagens. **Revista USP**, São Paulo, n. 41, p. 188-197, março/maio 1999. Disponível em: <file:///D:/Meus%20Documentos/Downloads/28445-Texto%20do%20artigo-33180-1-10-20120628.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2021.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Antropologia do Brasil**. São Paulo: Brasiliense/EDUSP, 1987.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**. História, direitos e cidadania. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

CUNHA, Manuela Carneiro. **Cultura com aspas e outros ensaios**. São Paulo: Ubu Editora, 2017.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Terra Indígena: história da doutrina e da legislação, p. 281-317. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (org.). **Terra Indígena: história da doutrina e da legislação**. São Paulo: Editora Unesp, 2018. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

CUPSINSKI, Adelar; PEREIRA, Alessandra Farias, SANTOS, Rafael Modesto dos; GUEDES, Íris Pereira; LIEBGOTT, Roberto Antônio, 26 de janeiro de 2017. **Terra tradicionalmente ocupada, Direito e a inconstitucionalidade do art. 231 e 232 da Constituição**. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/eventos/564406-terra-tradicionalmente-ocupada-direito-originario-e-a-inconstitucionalidade-do-marco-temporal-ante-a-proeminencia-do-art-231-e-232-da-constituicao> Acesso em: 16 jul. 2021.

DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa. **Da Segurança Jurídica da Súmula Vinculante no Brasil: Contribuições/ Influências do Sistema da Common Law e Civil Law**. 2. ed. São Paulo: Edijur Leme, 2019.

DALMAU, Rubens Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. **Aspectos Generales del Novo Constitucionalismo Latinoamericano**. 1. ed. Quito: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

DAWSON, Christopher. **A Divisão da Cristandade**. Da Reforma Protestante à Era do Iluminismo. Tradução Márcia Xavier de Brito. São Paulo: É Realizações Ed., 2014.

DE LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. Direitos dos povos indígenas: da nova Espanha até a modernidade, p. 219-240. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org). **Direito e Justiça na América Indígena: Da Conquista à Colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/32456.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2021.

DELEUZE, Gilles. **Nietzsche e a filosofia**. Tradução Mariana de Toledo Barbosa e Ovídio de Abreu Filho. São Paulo: n-1 edições, 2018.

DICK, Maria Vicentina de Paula do Amaral. **Origens históricas da Toponímia Brasileira**. Disponível em: [file:///C:/Users/fran_/Downloads/69706-Texto%20do%20artigo-92653-1-10-20140109%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/fran_/Downloads/69706-Texto%20do%20artigo-92653-1-10-20140109%20(1).pdf). Acesso em: 29 mai. 2021.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico**. Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

DORNELLES, Ederson Nadir; BRUM, Fabiano Prado de; VERONESE, Osmar. **Indígenas no Brasil (In)visibilidade Social e Jurídica**. Curitiba: Juruá, 2017.

DUPRAT, Deborah O marco temporal de 05 de outubro de 1988: Terra Indígena Limão Verde, p. 76-105. In: ALCÂNTARA, Gustavo Kenner TINÔCO, Livia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz. (org.). **Índios, direitos originários e territorialidade**. Brasília: ANPR, 2018.

DUPRAT, Deborah. O marco temporal de 05 de outubro de 1988: TI Limão Verde, p. 43-73. In: **Direitos dos Povos Indígenas em Disputa**. CUNHA. Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel. (org.). São Paulo: Editora Unesp, 2018.

DUPRAT, Deborah. **Terras indígenas e o Judiciário**. Disponível em: http://bibliotecadigital.mpf.mp.br/bdmpf/bitstream/handle/11549/83412/PEREIRA_DMDB_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 20 jul. 2021.

DURKHEIN, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: Justiça e Valor**. Tradução de Marcelo Brandao Cipolla. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014.

EHRENREICH, Paul. **Anthropologische Studien über die Urbewohner Brasiliens vornehmlich der staaten Matto Grosso, Goyaz uns Amazonas (Purus-Gebiet): nach eigenen aufnahmen und beobachtungen in den jahren 1887 bis 1889**. Berlin: Braunschweig, 1897.

ESPOSITO, Roberto. **Immunitas: protección y negación de la vida**. Tradução Luciano Padilla Lopez. Buenos Aires: Amorrortu, 2009.

ESPOSITO, Roberto. **Termos da Política: comunidade, imunidade, biopolítica**. Introd: Timoty Campbell. Curitiba: Editora UFPR, 2017.

FACCHINI NETO, Eugênio. Code Civil francês. Gênese e difusão de um modelo. *In: Revista de Informação Legislativa*, ano 50, n. 198, p. 59-88, abril/jun de 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/198/ril_v50_n198_p59.pdf/view. Acesso em: 25 jan. 2021.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **As funções políticas do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: UnB, 1982.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El Horizonte del Constitucionalismo Pluralista: del multiculturalismo a la descolonización, *In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.). El Derecho en América Latina: Um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

FAUSTO, Carlos. **Os índios antes do Brasil**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

FERNANDES, Florestan. **Organização social dos Tupinambá**. 2. ed. São Paulo, 1963.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucion: de la antigüedad a nuestro días**. Madrid: Trotta, 2001.

FRANCO JUNIOR, Hilário. **Feudalismo**. 2. ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1984.

FRAZER, Sir James George. **O Ramo de Ouro**. Tradução Waltensir Dutra. São Paulo: Zahar Editores, 1982.

FREUD, Sigmund. **Totem e Tabu**: Algumas concordâncias entre a vida psíquica dos homens primitivos e a dos neuróticos. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Penguin Companhia das Letras, 2013.

GADELHA, Regina Maria d'Aquino Fonseca. A Lei de Terras (1850) e a Abolição da Escravidão Capitalismo e Força de Trabalho no Brasil do Século XIX. *In*: **Revista História**, São Paulo, 120, p. 153-162, jan./jul. 1989. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/18599/20662>. Acesso em: 12 jun. 2021.

GALVÃO, Ilmar. **Terras Indígenas**: Doutrina do STJ, edição comemorativa, 15 anos. Disponível em: file:///C:/Users/fran_/Downloads/3687-13847-1-PB.pdf. Acesso em: 07 jun. 2021.

GAMA NETO, Ricardo Borges. Minimalismo Schumpeteriano, Teoria Econômica da Democracia e Escolha Racional. **Revista de Sociologia e Política**, v. 19, nº 38, p. 27-42, fevereiro de 2011.

GAMBINI, Roberto. **Espelho índio**: a formação da alma brasileira. São Paulo: Axis Mundi Editora, 2000.

GEDIEL, José Antônio Peres. Terras Indígenas no Brasil: o descobrimento da racionalidade jurídica, p. 101-124. *In*: CUNHA, Manuela Carneio da; BARBOSA, Samuel (org.). **Direitos dos Povos Indígenas em Disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018, p. 101-124.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. **Heidegger urgente**: Introdução a um novo pensar. São Paulo: Três Estrelas, 2013.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Estado, Democracia e Sujeito de direito: para uma crítica da política contemporânea, p. 53. **Revista de Filosofia moderna e contemporânea**. Brasília, v. 2, nº 2, p. 49-61, 2014.

GOMES, Daniela. **O Direito Indígena ao Solo**: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GÓMEZ, Magdalena. Derecho indígena y constitucionalidade. *In*: KROTZ, Esteban (org.). **Antropología jurídica**: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho. Barcelona, México: Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, 2002.

GONZAGA, João Bernardino. **O Direito Penal Indígena**: A época do descobrimento do Brasil. São Paulo: Max Limonad, 1970.

GOUVEA, Maria de Fátima. **O Brasil Colonial**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

GRIJALVA, Augustín. El Estado Plurinacional e Intercultural em la Constitución Ecuatoriana del 2008. *In*: **Revista Ecuador Debate**, n. 75, p. 49-62, 2008.

GRUPIONI, Luís Donisete Benzi. As sociedades indígenas no Brasil através de uma exposição integrada, p. 13-28. *In*: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi (org.). **Índios No Brasil**. 2. ed. Brasília: Ministério da Educação e do Desporto, 1994. Disponível em:

<https://indiosnonordeste.com.br/wp-content/uploads/2015/02/Indios-no-Brasil-Luis-D.-B.-Grupioni.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2021.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Teoria política do direito**: A expansão política do direito. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GUISARD, Luís Augusto De Mola. **O bugre, um João-Ninguém**: um personagem brasileiro. São Paulo Perspec. [online], v. 13, n. 4, p. 92-99, 1999. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/spp/a/jMgYnVpvBB5wLgbxYyRM4Lv/?lang=pt>. Acesso em: 15 jun. 2021.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. v. 1, 2. ed. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2021.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: Uma breve história da humanidade. Tradução Janaina Marcoantonio. 48. ed. Porto Alegre: L&PM, 2019.

HART, Hebert. **O conceito de direito**. Tradução A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Tradução Fausto Castilho. Campinas/Petrópolis: Unicamp/Vozes, 2012.

HEIDEGGER, Martin. **A caminho da linguagem**. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2003.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. v. I, tomo II, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1958.

KELSEN, Hans. **Society and nature**. Chicago: The University of Chicago Press, 1946.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KRENAK, Ailton. Discurso De Ailton Krenak, em 04/09/1987, na Assembleia Constituinte, Brasília, Brasil. In: **GIS - Gesto, Imagem E Som - Revista De Antropologia**. São Paulo, v. 4, n. 1, p. 421-22, 2019. doi.org/10.11606/issn.2525-3123.gis.2019.162846. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/gis/issue/view/11271>. Acesso em: 21 jun. 2021.

LACERDA, Rosane Freire. **Os povos indígenas e a Constituinte**: 1987/1988. Brasília: Conselho Indigenista Missionário (Cimi), 2008.

LAS CASAS, Bartolomé. Princípios para defender a justiça dos índios, p. 93-124. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de (org). **Textos Clássicos sobre o Direito e os Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 1992.

LEITE, Marcelo. O resgate dos botocudos. **Revista Pesquisa Fapesp**, ed. 107, jan. 2005. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/o-resgate-dos-botocudos/>. Acesso em: 27 mai. 2021.

LEMOS, Walter Gustavo. O anti-indigenismo - Uma política de destruição do índio brasileiro. In: **Migalhas**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/314161/o-anti-indigenismo---uma-politica-de-destruicao-do-indio-brasileiro>. Acesso em: 20 jan. 2022

LÉVIS-STRAUS, Claude. **Antropologia Estrutural**. Tradução: Beatriz Perrone Moizés. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução E. Jacy Monteiro. São Paulo: IBRASA, 1963.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo. In: **Revista de informação legislativa**. Brasília, v. 45, n. 177, p. 19-29, jan./mar. 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/160330>. Acesso em: 20 jan. 2022.

LOPES, Danielle Bastos. A presença do invisível na constituinte. In: **Revista de Histórias**, Goiânia, v. 22, n. 1, p. 71–87, jan./abr. 2017. Disponível em: [file:///C:/Users/fran_/Downloads/45253-Texto%20do%20artigo-205089-1-10-20170906%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/fran_/Downloads/45253-Texto%20do%20artigo-205089-1-10-20170906%20(1).pdf). Acesso em: 18 jun. 2021.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Ciência Política, Estado e Direito Público**. Uma introdução ao Direito Público da Contemporaneidade. São Paulo: Verbatim, 2011.

MABILDE, Pierre François Alphonse Boot. **Apontamentos sobre os indígenas selvagens da Nação Coroados Matos da Província do Rio Grande do Sul**. São Paulo: IBASA, 1983.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Recurso extraordinário e recurso especial: do jus litigatoris ao jus constitutionis**. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2015.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional Fundamental**. 1. ed, (2003) 6. reimpr. Curitiba: Juruá, 2011.

MARX, Karl. **O Capital**. Rio de Janeiro; Civilização Brasileira, 1968.

MAUSS, Marcel. **Sociologia e Antropologia**. Tradução Paulo Neves. São Paulo: Cosac Naify, 2003.

MELO, Cristina. **Terras indígenas: identidade, reconhecimento e marco temporal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MERTENS, Roberto S. Kahlmeyer. **Dez lições sobre Heidegger**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2015.

MICHAELE, Faris Antonio Salomão. O direito entre os índios do Brasil. **Cadernos Universitários n. 18**. Ponta Grossa, 1979. Disponível em: <https://pitangui.uepg.br/cdph/pdf/Caderno4AcervoFarisMichael.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2021.

MICHEL Alliot. “L acculturation juridique”, *In Ethnologie Générale, Encyclopédie de la Pléiade*, Paris: Gallimard, p. 1180-1246, 1968.

MICHELET, Jules. **História da Revolução Francesa: Da queda da Bastilha à Festa da Federação**. Tradução Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das letras, 1989.

MIGUEL REALE. **Pluralismo e liberdade**. 2. ed., Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das leis**. Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. v. 1. 10. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MOREIRA, Vânia Maria Losada. Do índio a guarda nacional: cidadania e direitos indígenas no Império (Vila de Itaguaí, 1822-1836). *In: Topoi*, v. 11, n. 21, p. 127-142, jul-dez 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/topoi/a/cTbBJRXdX98Mt8cNmwhvfLH/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 23 jun. 2021.

MORIN, Edgar. Para além do Iluminismo. **Revista Famecos**, Porto Alegre, n. 26, p. 24-28, abr. 2005. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/revistafamecos/article/view/3299/2556>. Acesso em: 19 jan. 2021.

MOSIÑO, Eric Cícero Landívar. Indigenismo e Constituição na Bolívia: um enfoque desde 1990 até os dias atuais, p. 287-312. *In: AVRITZER, Leonardo; GOMES, Lilian Cristina Bernardo; MARONA, Marjorie Corrêa; DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. (org).: O constitucionalismo latino-americano em debate: Soberania, separação de poderes e sistema de direitos*. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2017.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do Direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 3. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: RT, 2012.

MUNDURUKU, Daniel. **O banquete dos deuses: Conversa sobre a origem e a cultura brasileira**. São Paulo: Global, 2009.

MUSSE, Ricardo. **Comenta Émile Durkheim Fato social e divisão do trabalho**. São Paulo: Editora Ática, 2011.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**, 36. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NALLI, Marcos. *Communitas/Immunitas: a releitura de Roberto Esposito da biopolítica*. **Rev. Filos.** Aurora, Curitiba, v. 25, n. 37, p. 79-105, jul./dez. 2013.

NAVARRO, Eduardo de Almeida. **O reino deste Mundo: o Padroado e seus reflexos nas cartas de José de Anchieta**. Teresa, [S. l.], n. 8-9, p. 238-250, 2008. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/teresa/article/view/116738>. Acesso em: 23 jun. 2021.

NEIVA, Horácio Lopes Mousinho. **Introdução Crítica ao Positivismo Jurídico Exclusivo: A teoria do direito de Joseph Raz**. Salvador: Juspodivm, 2017.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. In: **Lua Nova**, São Paulo, n. 93, p. 201-232, 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/MrhW55tXvNwHyZb4jWK6shB/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 11 jan. 2022.

NEVES, Marcelo. Do Transconstitucionalismo à transdemocracia, p. 1007-1119. In: BUENO, Roberto (org.). **Democracia: da crise a ruptura, jogos de armar: reflexões para a ação**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2017.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral: Uma Polêmica**. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. **Aurora: Reflexões sobre os preconceitos morais**. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia de Bolso, 2016.

NIETZSCHE, Friedrich. **Assim falou Zaratustra: um livro para todos e para ninguém**. Tradução Gabriel Valladão Silva. Porto Alegre: L&PM, 2019.

NOGUERA FERNÁNDEZ, Alberto. **Constitución, Plurinacionalidad y Pluralismo Jurídico em Bolívia**. La Paz: Enlace, 2008.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

OLIVEIRA, Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi. **Da aplicação do conceito de pessoa com deficiência para p fim de proteção por meio do benefício assistencial de prestação continuada**. 2020. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/jspui/handle/handle/23451>. Acesso em: 05 jan. 2022.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. Estudos de áreas de fricção interétnica no Brasil. In: **América Latina**. Rio de Janeiro, ano V, n. 3, p. 85-90, 1962.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Processo de Articulação Étnica**. Série Antropologia, Universidade de Brasília, 1974. Disponível em: <http://www.dan.unb.br/dan-producaoacientifica/serieantropologia/lista/75-serie-antropologia-pag-09-001-050>. Acesso em: 23 jun. 2021.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Do índio ao bugre: o processo de assimilação dos Terena**. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **Sociologia do Brasil indígena**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1978.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso de. **A crise do indigenismo**. Campinas: Ed. da Unicamp, 1988.
PAPPIANI, Angela. Programa de Índio: criando uma ponte sonora entre as culturas. *In: Revista Novos Olhares*, São Paulo, v.1, n. 1, p. 107-118, 2012. Disponível em: <file:///D:/Meus%20Documentos/Downloads/51452-Texto%20do%20artigo-64019-1-10-20130208.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2021.

PAULA, Jonatas Luiz Moreira de. **Ciência Política: Estado e Justiça**. Leme: Editora JH Mizuno, 2007.

PIRES, Sérgio Luiz Fernandes. O aspecto jurídico da conquista da América pelos espanhóis e a inconformidade de Bartolomé de Las Casas, p. 55-74. *In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). Direito e Justiça na América Indígena: Da conquista à colonização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

PONSO, Leticia Cao. **Letramento Acadêmico Indígena e Quilombola: Uma Política Linguística Afirmativa Voltada À Interculturalidade Crítica**. Disponível em : https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-18132018000301512#:~:text=Se%20a%20linguagem%20molda%20a,amplifica%20os%20obst%C3%A1culos%20encontrados%20em. Acesso em: 17 abr. 2021.

QUINTELA, Guilherme Camargos. **Segurança Jurídica e proteção da confiança: A justiça prospectiva na estabilização das expectativas no direito tributário brasileiro**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

RAMOS, Alcita Rita. **Sociedades Indígenas**. 2. ed. São Paulo: Ática, 1998.

RANIERI, Nina. **Teoria do Estado: Do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito**. 2. ed. Barueri: Manole, 2019.

REALE, Miguel. **Pluralismo e liberdade**. 2. ed., Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998.

REDFIELD, Robert; LINTON, Ralph; HERSKOVITS, Melville J. Memorandum for the Study of Acculturation. *American Anthropologist*, v. 38, p. 149-152, january-March 1936. <https://doi.org/10.1525/aa.1936.38.1.02a00330>. Disponível em: <https://anthrosource.onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1525/aa.1936.38.1.02a00330>. Acesso em: 15 set. 2021.

RESENDE, Ana Catarina Zema de. **O Relatório Figueiredo, as violações dos direitos dos povos indígenas no Brasil dos anos 1960 e a “justa memória”**. Disponível em: file:///C:/Users/fran_/Downloads/O_Relatorio_Figueiredo_as_violacoes_dos.pdf. Acesso em: 18 jun. 2021.

RIBEIRO, Darcy. **A Política Indigenista Brasileira**. Rio de Janeiro: Ministério da agricultura; Serviço de Informação Agrícola, 1962.

RIBEIRO, DARCY. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização: A integração das populações indígenas no Brasil moderno**. 7. ed. São Paulo: Global, 2017.

RICOEUR, Paul. **A memória, a história, o esquecimento**. Campinas: Editora da Unicamp, 2007.

RIOS-FIGUEROA, Julio; TAYLOR, Matthew M. "Institutional Determinants of the Judicialisation of Policy in Brazil and Mexico". **Journal of Latin American Studies**, v. 38, ano. 4, Cambridge University Press, 2006, p. 739-766. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/4491739>. Acesso em: 15 jan. 2022.

ROCHA, Olavo Acyr de Lima. As Ordenações Filipinas e o Direito Agrário. In: **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo**, v. 95, p. 33-55, 2000. Disponível em: <file:///D:/Meus%20Documentos/Downloads/67455-Texto%20do%20artigo-88875-1-10-20131125.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2021.

RODRIGUES, Carolina Augusta de Mendonça. O Usufruto indígena e o interesse nacional: uma análise da decisão do STF no caso Raposa Serra do Sol. **Revista de Estudos em Relações Interétnicas | Interethnica**, [S. l.], v. 22, n. 1, p. 86-108, jan/abril 2019. DOI: 10.26512/interethnica.v22i1.20907. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/interethnica/article/view/20907>. Acesso em: 13 ago. 2021.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Navegando la globalización: un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina, p. 69-86. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César. (coord). **El Derecho en América Latina: Um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. Disponível em: http://www.justiciaglobal.net/files/actividades/fi_name_recurso.8.pdf. Acesso em: 20 mai. 2021.

RUSCHEL, Ruy Ruben. O direito de propriedade dos índios missionários, p. 183-198. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Direito e Justiça na América Indígena: Da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais?, p. 403-430. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (org.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. São Paulo: Cortez, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Reconhecer para libertar: Os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O direito dos oprimidos: sociologia crítica do direito**, parte 1. São Paulo: Cortez, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Refundación del Estado em América Latina: perspectiva de uma epistemologia del Sur**. Lima: Instituto Nacional de Direito, 2010.

SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARTORI JUNIOR, Dailor. **Pensamento descolonial e direitos indígenas: Uma crítica à tese do marco temporal da ocupação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SCHADEN, Egon. Os Estudos de Aculturação na Etnologia Brasileira (Capítulo 1, Primeira Parte: Introdução Histórica). In: **Revista de Antropologia**, São Paulo, v. 13, n. 1-2, p. 11-64, 1965. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/ra/article/view/131718/127960>. Acesso em: 07 fev. 2021.

SEGATO, R. L. Que cada povo teça os fios da sua história: o pluralismo jurídico em diálogo didático com legisladores. **Direito.UnB - Revista de Direito da Universidade de Brasília**, [S. l.], janeiro-junho de 201, v. 1, n. 1, p. 65–92, 2014. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/revistadedireitounb/article/view/24623>. Acesso em: 30 nov. 2021.

SICHES, Recásens. **Tratado de Sociologia**. Tradução João Baptista Coelho Aguiar. Porto Alegre: Editora Globo, 1968.

SILVA, José Afonso da. **Parecer**. 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: 07 fev. 2021.

SILVA, Mathiel Danieli da. **Os Chiriguano e a Batalha De Kuruyuki (1892): Historiografia**. Dourados, 2013. Disponível em: <https://www.ppghufgd.com/wp-content/uploads/2017/06/MATHIEL-DANIELI-DA-SILVA.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2021.

SITEAL - Sistema de Información de Tendencias Educativas em America Latina. **Constitución de la República del Ecuador**. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_ecuador_6002.pdf. Acesso em: 10 de jan. 2022.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Dos Índios, p. 4662-4679. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2013.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2018.

SPOSITO, Fernanda. **Nem cidadãos, nem brasileiros: Indígenas na formação do Estado nacional brasileiro e conflitos na província de São Paulo (1822-1845)**. São Paulo: Alameda. 2012.

SZTUTMAN, Renato. Do local ao regional e vice-versa: imagens do Alto Xingu, p. 157-163. In FRANCHETTO, Bruna; HECKENBERGER, Michael (org.). **Os povos do Alto Xingu: história e cultura**. Rio de Janeiro, Editora da UFRJ, 2001. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/kVdW3tKz5MZyQ3VrYCM7xgy/?lang=pt>. Acesso em: 17 abr. 2021.

TAYLOR, Charles. **El multiculturalismo y “La política del reconocimiento”**. 2 ed. México: FCE, 2009.

TEILLIER, Coronado Fernando; LLANQUINAO, Gabriel; GUTIÉRREZ, Gastón Felipe Salamanca. De qué hablamos, cuando hablamos de Etnolinguística: bases teóricas-metodológicas para um trabalho com el Mapuzungun. In: **RLA: Revista de linguística teórica y aplicada**, n. 54, 2, p. 137-161, 2016. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/pdf/rla/v54n2/art_07.pdf. Acesso em: 13 jun. 2021.

THOMAS, Georg. **Política indigenista dos portugueses no Brasil**. São Paulo: Loyola, 1981.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Supremo Tribunal Federal, Côrte Constitucional: uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da Constituição. In: **Revista de informação legislativa**. v. 30, n. 120, out./dez. 1993, p. 5-30. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, out/1993. Disponível em: <file:///D:/Meus%20Documentos/Downloads/RIL120.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2021.

VILAÇA, Aparecida. De Ritos e Mundos. In: **Debates do NER**. Porto Alegre, ano 15, n. 26, p. 45-48, 2014: Pluralismo Religioso, Estado e Mística.

VILLAS BÔAS, Orlando. **Orlando Villas Bôas: histórias e causos**. 1. ed. São Paulo: FTD, 2006.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito: Definições e fins do Direito, os meios do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo B. Vingança e temporalidade. In: **Journal de la Société des Américanistes**. Paris: t. LXXI, 1985.

WALDRON, Jeremy. Can There Be a Democratic Jurisprudence. In: **Emory Law Journal**, Atlanta, v. 58, 2008-2009, p. 675-712.

WATSON, James B. Cayuá culture change: a study in acculturation and methodology. Menasha: American Anthropological Association, abril, 1952, volume 54, n. 02, parte 2. Disponível em: http://etnolinguistica.wdfiles.com/local--files/biblio%3Awatson-1952-cayua/Watson_1952_CayuaCultureChange.pdf. Acesso em: 26 ago. 2021.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. v. 1. Brasília e São Paulo, UnB & Imprensa Oficial, 2004.

WEIMER, Günter. **Inter-relações Arquitetônicas Brasil África: Pronunciamento de Posse como Membro Efetivo do Instituto Histórico e Geográfico do Rio Grande do Sul**, 28 de maio de 2008. Disponível em:

<https://www.ihgrgs.org.br/artigos/membros/G%C3%BCnter%20Weimer%20-%20Inter-rela%C3%A7oes%20Arquiteticas%20Brasil-Africa.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2021.

WILLIAMS, David Lay. Michelman, Brennan, and Democratic Theory. *In: Book Review: Brennan and Democracy*, 2001. Disponível em: <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1260&context=concomm>. Acesso em: 12 ago. 2021.

WOLKMER, Antonio Carlos. **O direito nas sociedades primitivas**. Fundamentos da história do direito. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralidade jurídica na América luso-hispânica, p. 75-94. *In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). Direito e Justiça na América Indígena: Da conquista à colonização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Crítico e Perspectivas para um novo Constitucionalismo na América Latina, p. 19-42. *In: WOLKMER, Antônio Carlos; MELO Milena Petters. (org.). Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013.

XINGU+. Rede Formada pelas aldeias e comunidades que fazem parte do Corredor Xingu, patrimônio cultural, linguístico e ecológico. **Linha do Tempo. 1876 a 1930**. Disponível em: <https://xingumais.org.br/historia/1876-1930-ciclo-borracha-expedicoes-cientificas?id=497#hist0>. Acesso em: 17 abr. 2021.

YAMADA, Erica Magami; VILLARES, Luiz Fernando. Julgamento da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: todo dia era dia de índio. *In: Revista Direito GV*, São Paulo, v.6, n.1, 2010, p. 143-158. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24213/22986> Acesso em: 15 ago. 2021.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La naturaleza como persona: pachamama y gaia, p. 17-18. *In: VARGAS, Chivi; MOISES, Idón (coord.) Bolivia - nueva constitucion política del Estado: Conceptos elementales para sudesarrollo normativo*. Vice Presidencia de la Republica. La Paz, 2010.

LEGISLAÇÃO:

BOLÍVIA. **Constitución Política del Estado (CPE) (7-Febrero-2009)**. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1057, de 11 de maio de 2007**. Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais. Brasília, 2007. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/a-camara/programas->

institucionais/cursos/pos-graduacao/mestrado-em-poder-legislativo/orientacoes-aos-discentes/ComoCitarReferenciar_2020.pdf. Acesso em: 11 jan. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 fev. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. TRF3. **Resolução nº 424, de 17 de maio de 2021**. Instituir a Plataforma Interinstitucional de demandas ambientais e indígenas. Disponível em: https://www.trf3.jus.br/documentos/gabco/Resolucao_PRES_424_2021.pdf. Acesso em 12 jan. 2022.

CONVENÇÃO Nº 169 DA OIT SOBRE POVOS INDÍGENAS E TRIBAIS. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1989%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20169.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MPF. **Convenção nº 169 da OIT, de 07 de junho de 1989**. Disponível em: [file:///D:/Meus%20Documentos/Downloads/ci1%20\(2\).pdf](file:///D:/Meus%20Documentos/Downloads/ci1%20(2).pdf). Acesso em: 05 nov. 2021.

OEA- Organização Estados Americanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 03 jul. 2021.

JURISPRUDÊNCIA:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Ação Civil Originária ACO 312-BA**, Relator: Ministro Eros Grau. Redator para Acórdão: Ministro Luiz Fux, 02 de maio de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629999>. Acesso em: 14 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal STF. **Ação Civil Ordinária CO n. 2224 DF- Distrito Federal**. Relator: Ministro: Luiz Fux, 14 de setembro de 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631883682/acao-civel-originaria-aco-2224-df-distrito-federal>. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo AgR ARE 803462-MS**. Relator: Teori Zavascki, 09 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863936211/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-agr-are-803462-ms-mato-grosso-do-sul/inteiro-teor-863936221?ref=serp>. Acesso em: 14 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Emb. Decl. na Petição 3.388-RR**, Relator: Ministro Roberto Barroso, 23 de outubro de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>. Acesso em: 28 out. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal STF. **Petição n 3.388 RR**. Relator: Ministro Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 25 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Petição 3.388-RR**. Relator: **Inteiro teor do julgamento**. Relator: Ministro Ayres Britto, 19 de março de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 09 jul. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recurso Extraordinário RE 817338**. Relator: Ministro Dias Toffoli, 16 de outubro de 2019, Voto do Ministro Edson Fachin, p. 18. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-administracao-publica-nao-rever.pdf>. Acesso em: 13 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recurso Extraordinário RE 1.017.365**. Relator: Ministro Edson Fachin. Inteiro teor do voto do Ministro Edson Fachin que reconheceu Repercussão Geral. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749577852>. Acesso em: 13 out. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recurso Extraordinário RE 1.017.365**. Relator: Ministro Edson Fachin. Sustentação oral do Procurador Geral da República no Recurso Extraordinário n. 1.017.365. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/09/Sustentac%CC%A7a%CC%83o-oral-RE-1017365.pdf>. Acesso em: 13 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recurso Extraordinário. RE 1.017.365**. Relator: Ministro Edson Fachin. Voto do Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://images.jota.info/wp-content/uploads/2021/09/re-1017365-i.pdf?x36613>. Acesso em: 13 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Recurso Extraordinário. RE 1.017.365**. Relator: Ministro Edson Fachin. Inteiro teor do voto do Ministro Edson Fachin. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios1.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. **Tema 1031**. Definição do estatuto jurídico constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional. Relator: Ministro Edson Fachin. Andamento do Processo RE 1017365. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=5109720&numeroProcesso=1017365&classeProcesso=RE&numeroTema=1031>. Acesso em: 02 dez. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. TRF1. **Apelação Cível AC 0006145-92.2010.4.01.3901**. Relator: Desembargador Federal Ney Bello, 27 de outubro de 2017. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/898260258/apelacao-civel-ac-ac-61459220104013901/ementa-898260274>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. TRF3. **Agravo de instrumento nº 5004972-10.2017.4.03.0000**. Relator: Desembargador Federal Souza Ribeiro. Disponível em: <https://web3.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoPje/91743163>. Acesso em: 19 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. TRF4. **Apelação Cível AC 1999.72.01.005824-4**. Relator: Desembargador Edgard Antônio Lippmann Júnior, 03 de setembro de 2007. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/856093420/apelacao-civel-ac-50028068720184047001-pr-5002806-8720184047001/inteiro-teor-856093520>. Acesso em: 02 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. TRF4. **Apelação Cível AC 2005.72.12.001892-9**. Relator: Desembargador Jorge Antonio Maurique, 02 de maio de 2011. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/909892282/apelacao-civel-ac-1892-sc-20057212001892-9/inteiro-teor-909892398>. Acesso em: 02 jul. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. TRF4. **Apelação Cível nº 5006662-48.2012.404.7202/SC**. Relator: Desembargador Federal Luís Alberto D'Azevedo Aurvalle, 16 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/trf-mantem-sentenca-negou-dano-moral1.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso da Comunidade Indígena XáKmok Kásek VS Paraguai**. Sentença de 24 de agosto de 2010 (Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_por.pdf. Acesso em: 03 jul. 2021

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Povo Indígena Xucuru e seus Membros VS Brasil**. Sentença de 5 de fevereiro de 2018 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 03 jul. 2021

ÓRGÃOS OFICIAIS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL:

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Notícias, 17/04/2016. **Demarcação de terras indígenas é tema de 115 decisões colegiadas do STJ**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2016/2016-04-17_09-01_Demarcacao-de-terras-indigenas-e-tema-de-115-decisoes-colegiadas-do-STJ.aspx. Acesso em: 16 jul. 2021.

CIMI- Conselho Indigenista Missionário. Disponível em: <https://cimi.org.br/o-cimi/#estrutura>. Acesso em: 18 jun. 2021.

CIMI- Conselho Indigenista Missionário. **Povo Xukuru recebe indenização do governo após sentença da CIDH que condenou o Estado por violações de direitos humanos,**

11/05/2020. Disponível em: <https://cimi.org.br/2020/02/povo-xukuru-recebe-indenizacao-do-governo-federal-como-sentenca-da-cidh-que-condenou-o-estado-por-violacoes-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 03 jul. 2021.

CIMI- Conselho Indigenista Missionário. **Caciques e lideranças de 140 aldeias Munduruku posicionam-se contra mineração em terras indígenas: “não queremos o PL 191”**, 07/05/2021. Disponível em: <https://cimi.org.br/2021/05/caciques-munduruku-contraprojeto-mineracao-terras-indigenas-pl-191/>. Acesso em: 01 jul. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGE. **Os indígenas no Censo Demográfico 2010 primeiras considerações com base no quesito cor ou raça**. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: https://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf. Acesso em: 12 mai. 2021.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. OAB SÃO PAULO. Grandes Advogados, Grandes Julgamentos - Pedro Paulo Filho - Departamento. Editorial OAB-SP. **O Discurso de Gettysburg**. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/sobre-oabsp/grandes-causas/o-discurso-de-gettysburg>. Acesso em: 05 ago. 2021.