

2

PUBLICUM

Direitos territoriais indígenas: uma interpretação intercultural

Julio José Araújo Junior

Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito Público, Rio de Janeiro/RJ, Brasil. E-mail: juliojaraujo@gmail.com

Resumo

O presente artigo busca contribuir para a construção, pela via da interculturalidade, de uma interpretação efetivamente plural dos direitos territoriais indígenas. Nesse sentido, além de rechaçar uma prática assimilacionista, que vigorou oficialmente antes da Constituição de 1988 e que até hoje prepondera informalmente entre nós, o trabalho propõe a observância de certas diretrizes, extraídas do próprio projeto constitucional, e a conjugação das perspectivas indígenas e de aspectos essenciais do princípio da igualdade e do direito antidiscriminação para a implementação dos comandos constitucionais pertinentes ao tema, por meio de uma abordagem intercultural, de inspiração descolonial.

Palavras-chave

Direitos territoriais indígenas; Interpretação; Interculturalidade; Propriedade.

Indigenous land rights: an intercultural interpretation

Abstract

The present article aims to contribute to the construction, through interculturality, of an effectively plural interpretation of indigenous territorial rights. In this sense, in addition to rejecting an assimilationist practice, which was officially in force before the 1988 Constitution and which until today prevails informally among us, the work proposes the observance of certain guidelines, drawn from the constitutional project itself, and the essential aspects of the principle of equality and anti-discrimination law for the implementation of the constitutional commands relevant to the subject, through an intercultural, decolonially inspired approach.

Keywords

Indigenous land rights; Interpretation; Interculturality; Property.

Sumário

Introdução; 1. A interculturalidade como um projeto descolonial; 2. Uma interpretação intercultural de propriedades; 3. As diretrizes para uma interpretação intercultural; 3.1

Revista Publicum

Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 20-71, 2019.

<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum>

DOI: 10.12957/publicum.2019.36187

Diretriz número um: os direitos territoriais indígenas como propriedades; 3.2 Diretriz número dois: o permanente combate a uma cidadania de segunda classe como justificção; 3.3 Diretriz número três: o protagonismo indígena nas disputas interpretativas sobre os direitos territoriais; Conclusão; Referências.

Introdução

Após três décadas de vigência da atual Constituição, a oposição de grupos de interesse à concretização de direitos territoriais indígenas tem levado à organização de diversas frentes para esvaziar o seu conteúdo. Com frequência, as pressões sobre as terras indígenas buscam fundamento na defesa quase absoluta da propriedade privada e em projetos extrativistas de desenvolvimento econômico. A presença indígena é contestada por meio de papéis que descrevem cadeias dominiais e registros cartorários, com a pretensão de demonstrar a continuidade do domínio sobre a terra, e a demarcação de terras é vista como um obstáculo à geração de riquezas e a uma certa noção de progresso.

Nesse contexto, a prática constitucional viabiliza, assim, uma interpretação assimilacionista do texto constitucional, como demonstra a adoção do chamado “marco temporal” pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Caso Raposa Serra do Sol. Ao exigir a presença física dos índios em suas terras em 5 de outubro de 1988, o tribunal naturalizou as relações de dominação a que os indígenas estavam sujeitos na ordem constitucional anterior. Os impactos da Constituição sobre a afirmação étnica e as reivindicações territoriais do presente, que deveriam ser tratados de forma positiva em razão do fato de a legislação assegurar direitos, receberam um tratamento desconfiado, que encara o crescimento da população indígena como prática fraudulenta.

Por outro lado, a defesa dos direitos territoriais indígenas segue apegada a uma visão histórica da ocupação tradicional e de seu fundamento jurídico. Teorias calcadas no direito natural ou no direito originário, bem como na sua positivação por documentos do tempo colonial, são extremamente importantes, mas não justificam, de forma constitucionalmente adequada, a densidade dos direitos territoriais. Apesar de não ser indiferente à construção histórica nem desconsiderar a importância da condição originária, a Constituição de 1988 potencializa a concretização desses direitos no presente. Aos índios são garantidos os territórios que eles reivindicam atualmente, a partir de sua autoidentificação, como resposta aos processos de ativação da etnogênese¹ em emergências étnicas e a uma cidadania de segunda classe decorrente

¹ As etnogêneses consistem em processos de construção de uma autoconsciência e de uma identidade coletiva e asseguram a “invenção” das culturas, que ocorre por meio de estratégias adaptativas que as sociedades subordinadas criam para sobreviver e para desenhar seu próprio perfil. Para continuarem sendo

da ferida colonial. A dinâmica de territórios vai muito além de uma visão primordialista, superando essências e a própria ideia de uma identidade constante e invariável.

Nesse passo, a fundamentação da proteção de territórios indígenas não depende necessariamente de uma análise histórica da ocupação, ainda que esta seja extremamente útil para explicar e contextualizar diversos conflitos. Em verdade, as reivindicações de terras não implicam apenas o retorno a um passado, uma vez que a apropriação de territórios é um “gatilho disparador de etnogêneses²”, que acarretam mobilizações políticas e lutas por direitos territoriais. Essas mobilizações identitárias são uma construção do presente, que encontram na Constituição de 1988 mais um elemento possibilitador, propiciando diferentes formas de organização e territorialidades específicas.

Pensar em uma precedência (o direito originário) como algo cronológico anterior ao Estado (direito natural) representa uma leitura estática do texto, que desconsidera a potencialidade desses movimentos reivindicatórios. Com isso, corrobora-se a ideia de que os grupos indígenas são obrigados a contar uma história e um vínculo com a terra que remonta a séculos passados, de modo essencialista. Fica impossibilitada, assim, a afirmação da identidade de “novas etnias”, justamente aquelas que “emergem” por conta da previsão constitucional.

Este artigo parte da premissa de que o tratamento da matéria indígena carece de um enfoque paritário. Para concretizá-lo, é necessário criar condições favoráveis a um diálogo efetivo com os grupos culturalmente diferenciados. Nesse sentido, a interdisciplinaridade é um caminho essencial, mediante a aproximação dos campos do direito, da antropologia e da história. A interpretação que se almeja é denominada “intercultural” por fazer referência à ideia de interculturalidade, em contraposição à doutrina do multiculturalismo. Este não responde de forma adequada aos anseios das minorias étnicas, sobretudo daquelas em situação de grave vulnerabilidade, em que a inferiorização representa um padrão de dominação. A proposta multicultural avaliza uma mera acomodação da diferença e pressupõe uma certa superioridade de

o que são, devem deixar de ser o que eram. Em muitas situações, a adoção de certos traços e práticas externas não representam, assim, uma abdicação da identidade, mas sim uma forma de negociação para garantir a sua perpetuação, de maneira a torná-la mais compatível com o que propõe a sociedade dominante. Mais do que uma resistência à mudança, há um processo de adaptação estratégica das comunidades nativas, que não se fixam como remanescentes arcaicos do passado, mas como configurações dinâmicas participes e criadoras do presente. As configurações étnicas atuais são resultado deste processo, o que nem sempre guardará plena identificação com o período pré-colombiano. Isso não retira destas comunidades a legitimidade para a afirmação étnica. A perspectiva essencialista não capta esse fenômeno e tem dificuldades em entender os processos de retomadas de territórios e afirmação étnica em lugares onde se julgava que os indígenas tinham desaparecido. Veja-se, a esse respeito: BARTOLOMÉ, Miguel Alberto. **Processos Interculturales**: antropología política del pluralismo cultural em América Latina. México: Siglo XXI Editores, 2006, p. 103-104.

² A expressão é de Tomas Paoliello Pacheco de Oliveira. OLIVEIRA, Tomas Paoliello Pacheco de. **Revitalização étnica e dinâmica territorial**: alternativas contemporâneas à crise da economia sertaneja. Petrópolis: Contracapa, 2012, p. 129-135.

valores hegemônicos, sobretudo os de natureza liberal. A interculturalidade, ao revés, vislumbra caminhos mais dialógicos e está preocupada com a crítica às colonialidades ainda muito presentes na estigmatização e na inferiorização dos indígenas, notadamente as do ser, do saber e do poder³.

1. A interculturalidade como um projeto descolonial

A expressão “interculturalidade” mostra-se mais feliz do que “multiculturalismo”, pois não se contenta em apenas reconhecer o fato das múltiplas culturas, mas também em preconizar um diálogo que reconheça as incompletudes mútuas e permita a troca entre os diferentes saberes, por meio da chamada hermenêutica diatópica⁴. A visão intercultural confere ênfase ao diálogo em igualdade de condições entre os grupos que compõem uma sociedade, pressupondo uma troca de cosmovisões e um aprendizado recíproco.

O multiculturalismo enfatiza a diferença e prevê direitos de grupos que podem ser acomodados em relação à sociedade majoritária, mas, ao lidar com a realidade do estigma e da inferiorização, questiona pouco as razões desta construção do “outro”, principalmente em sociedades marcadas pelos impactos da colonização. Mesmo quando o faz, o lugar de enunciação tem um viés eurocêntrico, que dispensa pouca atenção à compreensão dos povos dominados.

A interculturalidade, sobretudo quando influenciada pelas teorias pós-colonial e descolonial, preocupa-se justamente em romper com um olhar hegemônico e desconstruir as visões do “outro” que foram consagradas em dicotomias que colocavam os povos colonizados em posições inferiores. A construção do outro do “oriente”, como mostra Edward Said⁵, e a

³ A colonialidade do poder consiste em um padrão de poder, gerado pela colonização, que naturalizou as diferenças e permitiu a distinção entre pessoas com base na ideia de raça. A colonialidade do ser importa a inferiorização de certos seres humanos, como negros e indígenas, ao passo que a colonialidade do saber pressupõe a superioridade da forma eurocêntrica de compreender o mundo. QUIJANO, Aníbal. “Colonialidad del poder, eurocentrismo y America Latina”. In: LANDER, Edgardo (org.). **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas**. Buenos Aires: Clacso, 2000

⁴ A hermenêutica diatópica pressupõe que os *topoi* de cada cultura são tão incompletos quanto à própria cultura a que pertencem. A incompletude não é visível por dentro desta cultura, pois sempre tem a aspiração de totalidade. A hermenêutica diatópica busca, assim, ampliar a consciência de incompletude por meio de um diálogo intercultural. Nesse sentido, ver: SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 448.

⁵ A obra de Said discute uma forma de produção de pensamento, favorecida pelo exercício do poder ocidental, que cria uma distinção ontológica e epistemológica entre o “Oriente” e o “Ocidente”. O primeiro é tratado como um lugar sem história ou desprovido de razão, e o oriental é visto como um ser irracional, depravado, infantil, diferente. Já o segundo é o lugar do europeu, que é considerado racional, liberal, virtuoso, maduro, normal. Said demonstra que escritores, poetas, romancistas, filósofos, teóricos políticos e administradores imperiais aceitaram tal distinção básica como ponto de partida para teorias, romances e relatos políticos sobre o Oriente, seus povos, costumes, “mentalidade” e destino, com influências que perduram até hoje. SAID, Edward. **Orientalismo: o Oriente como invenção do ocidente**. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia de Bolso, 2007. Kindle Edition. Cap. 1.

colonialidade do poder, de que trata Aníbal Quijano, consagraram um discurso de inferiorização desses povos como forma de justificar a dominação.

Reconhecer este fenômeno é fundamental para repensar as estigmatizações e os essencialismos, bem como para construir diálogos interculturais que aspirem a uma igualdade de condições com os povos indígenas. Enfrentar a ferida colonial demanda ir além das políticas de acomodação e mexer nas cicatrizes de um passado de violências. A interculturalidade fortalece mecanismos mais atentos à historicidade dos conflitos sociais e aos processos políticos que embasam a etnicidade e a afirmação identitária. A sua construção não é um processo fácil, mas vem sendo buscada pelo chamado novo constitucionalismo latino-americano, que alude às Constituições da Bolívia e do Equador, e pode ser extraída da atuação de alguns tribunais constitucionais do Sul Global.

Na visão eurocêntrica, o tratamento jurídico é marcado pela insistência na ideia de que as comunidades tradicionais são meros resquícios de um passado, cujas terras devem ser liberadas ao mercado, impondo um enquadramento jurídico baseado nos institutos delineados pelo direito civil clássico. O conceito de “tradicional”, porém, é muito mais dinâmico e muito mais atual do que se imagina, cabendo ao intérprete fugir dos essencialismos e analisar essa realidade em toda a sua completude. A tendência de distinguir as formas de apropriação da terra em um suposto antagonismo entre o moderno e o arcaico não atenta para o fato de que há um único processo histórico, com dois tipos de relações que dele decorrem, sendo que nenhum dos dois modelos de apropriação da terra deixa de ser parte de uma mesma trajetória.

Não se trata de grupos homogêneos – há, muitas vezes, forte diferenciação interna, que não chega a desagregar o grupo – e existem hierarquias e diferenciações econômicas que não permitem confundi-las com modalidades de apropriação coletiva ou com formas associativas implementadas pelos órgãos oficiais. O direito tem dificuldades em regular essas realidades, recaindo no processo de nominação⁶ – enquadramento que tenta explicar essas identidades heterogêneas com base em determinadas características comuns, tornando estáticos os movimentos dinâmicos – ou no essencialismo baseado no “primitivismo” ou no tratamento atemporal⁷, que visa limitar a abrangência da classificação e, por conseguinte, o acesso à terra.

⁶ Cf. ARRUTI, José Maurício. **Mocambo**: Antropologia e história do processo de formação quilombola. Bauru, SP: Edusc, 2006, p. 51-52.

⁷ As chamadas comunidades remanescentes de quilombos ainda hoje seguem sujeitas, em boa parte dos casos, a um tratamento jurídico que busca identificar os requisitos da classificação feita pelo Conselho Ultramarino, em 1740, segundo a qual quilombo seria “toda habitação de negros fugidos, que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões neles”. É como se a leitura da Constituição, que se propõe transformadora e de garantia de direitos territoriais, devesse ser feita à luz da legislação escravocrata. Para uma leitura crítica do conceito de “quilombos”, veja-se: ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Os quilombos e as novas etnias. In: _____. **Quilombos e novas etnias**. Manaus: UEA Edições, 2011, p. 56-88.

Não estão em jogo apenas distintas interpretações da história, mas também distintas perspectivas, que carregam princípios de conhecimento e regras do jogo próprios dentro da estrutura de poder do mundo colonial moderno. Isso permite a busca de uma genealogia do pensamento descolonial que se proponha pluriversal, e não universal, caracterizada pelo fato de que cada espaço constitui pontos de abertura que reintroduzem línguas, memórias, economias, organizações sociais e subjetividades.

É nesta paisagem que a interculturalidade joga um papel central, pois permite a horizontalidade no reconhecimento da pluralidade de culturas e almeja o diálogo em igualdade de condições entre os grupos que compõem uma sociedade, pressupondo uma troca de cosmovisões e um efetivo aprendizado recíproco. Só pode haver interculturalidade mediante a descolonização do ser, do saber e do poder, sob pena de os paradigmas serem construídos unicamente sob apenas uma concepção⁸. Tais premissas permitem constatar as limitações do projeto do multiculturalismo ao apostar nas acomodações e no tratamento mais ornamental da diferença, muitas vezes instrumental ao próprio capitalismo e desatento à historicidade que envolveu a construção da inferiorização de grupos por meio de epistemologias, signos e símbolos.

A postura intercultural não rejeita as conquistas da modernidade. Pensar em rejeição implicaria adotar o racismo epistêmico da colonialidade. No entanto, a atribuição de novos sentidos aos textos e um compromisso ativo com a superação das feridas coloniais implicam uma relativização do alcance de institutos calcados em saberes hegemônicos. As interpretações existentes carregam pré-compreensões que se preocupam em manter um certo *status quo*, como se vê em relação ao direito de propriedade e na clássica justificação que se atém apenas aos proprietários existentes, olvidando-se dos não proprietários. Ao desvendar a falsa neutralidade de um instituto, abre-se espaço a redefinições.

A interculturalidade tampouco dispensa a utilização dos métodos usualmente adotados para a resolução de colisões de direitos fundamentais. A definição de âmbito de proteção de direitos, a adoção do princípio da proporcionalidade e a posição preferencial *prima facie* são construções que podem ser tranquilamente aplicadas, pois consistem em técnicas e métodos que versam sobre a aplicação de normas, e não acerca do conteúdo delas, porquanto não provocam a inferiorização ou estigmatização de grupos étnicos. Ao contrário, essas técnicas podem ser utilizadas em favor do incremento de um diálogo em igualdade de condições entre grupos, de

⁸ A reivindicação de identidades negadas é uma parte fundamental da descolonização do ser, ancorada na não indiferença, e a descolonialidade é a prática na qual todos os grupos buscam relacionar-se de forma não condescendente entre si e militantemente em favor dos mais marginalizados, despossuídos e desumanizados na busca por justiça e “vivir bien”. TORRES, Nelson Maldonado. Del mito de la democracia racial y el mestizaje a la descolonización del poder, del ser y del conocer. In: SAAVEDRA, José Luis. **Teorias y políticas de descolonización y decolonialidad**. Cochabamba: Verbo Divino, 2009, p. 206.

modo a propiciar uma melhor promoção de reconhecimento e redistribuição. Nesse exercício, certos conceitos e sentidos de um texto podem ganhar novos contornos, especialmente quando disserem respeito à realidade dos povos indígenas. As ideias contidas em expressões como “bens da União”, “usufruto”, “terras indígenas”, “habitação permanente”, “tradicionalmente ocupadas”, entre outras, estão potencialmente sujeitas a uma ressignificação.

Isso não significa que os processos interpretativos devem render-se à cosmologia dos grupos, tampouco representa suplantar uma história oficial por outra. Há, contudo, uma complexidade de direitos, costumes, crenças, valores e história cuja obstrução deveria impor ônus argumentativos mais elevados. Este fenômeno é muito mais complicado do que a visão naturalizada ou primitivista pode sugerir, pois demanda a compreensão acerca do caráter dinâmico das transformações por que passaram e passam os grupos, inclusive no que se refere às suas cosmologias e redefinições, ampliando a reflexão sobre a reivindicação territorial. Diante da horizontalidade dos embates e da atualidade das reivindicações indígenas, já não se aceitam acriticamente as locuções “você não é proprietário”, “isso aqui nunca foi área indígena”, “a terra está registrada em nome de fulano de tal” ou “a letra do código não permite outra interpretação”. A interculturalidade exige a paridade na solução dos conflitos e impõe a colocação à mesa das manifestações dos índios e de suas perspectivas nas colisões de propriedades.

A maior carga de abertura conferida à interpretação dos textos não confronta o fundamento da segurança jurídica na concepção tradicional de Estado de Direito. Ao contrário, a segurança jurídica torna-se aqui menos seletiva. O não reconhecimento de territórios tem favorecido a adoção de projetos de assimilação de diversas populações, causando desestruturação étnica, expulsões, deslocamentos forçados e mortes. Não é possível pensar em Estado de Direito, mesmo na visão dos brancos, sem pensar em uma estabilidade que garanta previsibilidade a todos os grupos que compõem a sociedade nacional, e esse objetivo só pode ser cumprido mediante a realização das tarefas de reconhecimento e redistribuição impostas pela Constituição.

A interculturalidade encara, pois, os institutos de forma mais aberta, mas não perde de vista a unidade necessária da Constituição para superar, e não normalizar, os conflitos. Ela é debitária

do universalismo de confluência⁹ e da ecologia dos saberes¹⁰, por isso enseja o abandono de uma superioridade *a priori* da explicação hegemônica do direito para democratizar as perspectivas, com o fim de conferir igualdade a todas elas e assegurar um efetivo compromisso descolonial.

As bases da modernidade/colonialidade ainda seguem muito presentes, o que é inegável, e não legaram à humanidade apenas feridas, mas também importantes conquistas, como a democracia e os direitos fundamentais, cuja interpretação ampliada, fruto de lutas das minorias, vem procurando há décadas corrigir os racismos e sexismos presentes na origem dos textos legais. As diversas correntes do pensamento crítico mostram como é possível avançar a partir de princípios como a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana. A interpretação intercultural soma-se ao esforço dessas correntes e propõe uma prática mais radical quanto ao compromisso pela transformação. Além disso, ela contribui para a configuração do conjunto de valores básicos que formam a atual ordem constitucional, realçando a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e reforçando a compreensão de que a eficácia desses direitos deve ser valorada não apenas sob o ângulo individualista, em uma relação sujeito e Estado, mas também como parâmetro para os deveres de proteção pelo último, vinculados a princípios constitucionais que transcendam uma relação singular. Nesse contexto, direitos subjetivos individuais como o de propriedade privada estão sujeitos a uma certa limitação de conteúdo e alcance.

⁹ Existe uma constante preocupação nos debates referentes ao multiculturalismo com os supostos perigos culturais oriundos dos diferentes, deixando-se de olhar para os efeitos da miséria e da marginalização. Como alerta Joaquín Herrera Flores, esta tendência decorre de um universalismo de partida que implica um pré-juízo em torno do qual toda a realidade deve adaptar-se. Ao mesmo tempo, uma visão localista ou relativista afunda-se em uma pluralidade de participações e promove um universalismo de retas paralelas, que se fecha sobre si mesmo. Em oposição a esses dois caminhos, Flores propõe um universalismo de chegada ou de confluência, que deve ser alcançado após (e não antes de) um processo conflitivo e discursivo de diálogo, por meio do qual as propostas se entrecruzam, e não se superpõem. Este universalismo deve estar preocupado com restrições internas, mas também com proteções externas. Cf. FLORES, Joaquín Herrera. **Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência**. Tradução de Carol Proner. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>. > Acesso em: 16 jul. 2018.

¹⁰ Boaventura de Sousa Santos põe em evidência as epistemologias do Sul, com apelo aos novos processos de produção e de valoração de conhecimentos válidos, científicos e não científicos, e de novas relações entre diferentes tipos de conhecimento, a partir das práticas das classes e grupos sociais que sofreram de maneira sistemática as desigualdades injustas e as discriminações causadas pelo capitalismo e pelo colonialismo. Um “Sul” simbólico dos oprimidos, não geográfico, que consiste em uma metáfora do sofrimento humano causado pelo capitalismo e pelo colonialismo em nível global e também da resistência para superá-lo ou minimizá-lo, com uma compreensão mais ampla de mundo que a ocidental, que leve em consideração a diversidade infinita dos modos distintos de ser, pensar e sentir, de conceber o tempo, a relação entre seres humanos e entre humanos e não humanos, de olhar para o passado e o futuro, de organizar coletivamente a vida, a produção de bens e serviços e o ócio. Constitui, assim, não uma alternativa, mas um pensamento alternativo de alternativas, com ênfase na desmonumentalização do conhecimento e em uma sociologia que não seja de ausências, mas de emergências. Os dois fundamentos centrais das epistemologias do Sul são a ecologia de saberes e a tradução intercultural. A ecologia de saberes decorre da diversidade epistemológica e pressupõe múltiplas concepções de ser e estar no mundo. Já a tradução intercultural vincula-se a um procedimento que permita criar inteligibilidade recíproca entre as experiências do mundo, tanto as disponíveis como as possíveis. Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. Epistemologías del Sur. **Revista Utopía y Praxis Latinoamericana**, Año 16, n. 54, jul/set, 2011, p. 17/39.

2. Uma interpretação intercultural de propriedades

A aplicação da interculturalidade leva-nos à premissa de que a propriedade privada é apenas uma entre diversas formas de propriedade. Ela é uma criação histórica, que atende a determinadas condições políticas, legais, administrativas e penais de sua época. Não se trata de um dado imutável, perfeito e acabado, mas sim de uma instituição que retira a sua regulamentação de uma realidade específica.

A construção da “propriedade privada” em sentido moderno, mesmo no horizonte eurocêntrico, atendeu à mentalidade burguesa em um momento histórico marcado por outras formas de relação entre os seres humanos e as coisas¹¹. A definição da propriedade como direito natural converteu-se em uma bandeira que influenciou as declarações nas revoluções burguesas e no constitucionalismo liberal, e continua sendo uma forte referência até hoje¹². No entanto, como demonstra Paolo Grossi, a ideia de “propriedade”, no singular, teve de conviver na Europa com diversas outras formas de relação com a terra, próprias do período da Alta Idade Média, que continuaram presentes pelo menos até o século XIX, quando não se pensava na ideia de uma propriedade única (*a* propriedade), mas em uma multiplicidade de relações com a coisa que ensejavam uma noção de pertencimento (*as* propriedades). O ordenamento da Alta Idade Média conferia a tutela mais intensa às situações de efetividade sobre o bem, onde se condensava uma vasta gama de poderes¹³, de modo que as propriedades correspondiam às situações de poder direta e imediata sobre o bem tutelado pelo ordenamento que se apresentavam da maneira mais forte. A ideia de propriedade (moderna), no singular, pretendeu simplificar e tornar abstrata esta relação, desconectando-a dos fatos, e representou uma extensão da própria ideia de indivíduo abstrato, própria da visão liberal clássica¹⁴.

¹¹ Para Locke, a apropriação da terra permite um aumento da reserva comum da humanidade, melhorando o seu cultivo. O autor então pergunta se nas florestas selvagens e nas terras incultas da América, abandonadas à natureza sem qualquer aproveitamento, haveria uma colheita tão abundante quanto em lugares da Europa onde são bem cultivadas. Em outro trecho ele afirma, sobre as nações americanas, que a natureza lhes foi muito generosa, com solo fértil capaz de produzir abundantemente, mas a falta de trabalho para melhorar a terra não gerava um centésimo das vantagens de que desfrutavam os europeus. No início, ele diz, “toda a terra era uma América, e mais ainda que hoje, pois em parte alguma se conhecia o dinheiro”. Note-se que, ao lado da modernidade, a colonialidade em Locke justificava a apropriação de terras no “novo mundo”, por meio de um discurso que realçava um caráter natural e não afeito ao trabalho dos povos americanos. LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994, p. 104-111.

¹² Veja-se, por exemplo: NOZICK, Robert. **Anarchy, State and Utopia**. New York: Basic Books, 1974. Para uma análise crítica, veja-se: GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: Um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 33-62.

¹³ GROSSI, Paolo. A propriedade e as propriedades na oficina do historiador. In: _____. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 39-40.

¹⁴ GROSSI, Paolo. A propriedade e as propriedades na oficina do historiador. In: _____. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro:

A despeito das mudanças das paisagens agrárias, as diversas propriedades permaneceram como mentalidade profunda, ou seja, como valores que circulam no espaço e no tempo e constituem um tecido escondido e constante de determinada área.

A historiadora Rosa Congost observa que a exaltação do papel do indivíduo no discurso liberal ajudou a dissimular o forte conteúdo estatista do pensamento da propriedade como algo definido de modo exclusivo pelas leis e códigos. O único caminho para combater essa forma de interpretação, diz Congost, consiste em mudar a forma de analisar o direito de propriedade, de maneira a levar em conta o dinamismo social e o conjunto de interesses envolvidos¹⁵, concebendo-o como reflexo, produto e fator integrante das relações sociais existentes.

O tratamento conferido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) ao art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos mostra as possibilidades de construções interpretativas que, a partir dos textos existentes, ampliem os horizontes normativos para levar em consideração múltiplas realidades e compreensões do instituto em análise. Assim dispõe o artigo:

Artigo 21. Direito à propriedade privada

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.

Note-se que o título menciona o “direito à propriedade privada” e o item 1 contém a previsão de que “toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens”. A Corte IDH vem, desde 2001¹⁶, desenvolvendo uma interpretação evolutiva do art. 21.1 para sustentar que, apesar de o título mencionar a propriedade privada, o artigo não abrange apenas essa modalidade de propriedade, mas também outras, como a propriedade comunitária indígena. Segundo o tribunal, a Convenção Americana é um instrumento vivo, cujos termos possuem sentido autônomo, e deve levar em conta a evolução dos tempos e as condições de vida atuais¹⁷, de modo que o direito interno não pode interferir diretamente na sua compreensão.

Renovar, 2006, p. 71. A implementação da “propriedade”, no singular, implicava a abolição de diversas formas híbridas e incertas de propriedade. Sobre o impacto das tentativas de privação da população pobre de acesso a coisas, em contraste com práticas constituídas há um longo tempo, ver: MARX, Karl. Debates sobre a lei referente ao furto de madeira. In: _____. *Os despossuídos*. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 75-127.

¹⁵ CONGOST, Rosa. **Tierra, leyes, historia**: estudios sobre la gran obra de la propiedad. Barcelona: Crítica, 2007, p. 18-22.

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Sentencia de 31/08/2001.

¹⁷ A interpretação evolutiva é amplamente adotada pela Corte Europeia de Direitos Humanos e foi inaugurada pela Corte IDH na Opinião Consultiva Oc nº 16/1999, que tratou do direito à assistência consular.

A Corte IDH debruçou-se também sobre a realidade de comunidades indígenas marginalizadas e empobrecidas em razão de um processo histórico de apropriação de suas terras por particulares no Paraguai, que lhes causou privação ou acesso restrito a seus territórios. Três casos permitiram uma análise detalhada da Corte IDH sobre a colisão de direitos de propriedades: *Yakye Axa* (2005), *Sawhoyamaxa* (2006) e *Xákmok Kásek* (2010)¹⁸. Entendeu-se que a inexistência de posse atual pelo grupo não constitui um requisito necessário do direito de propriedade dos povos indígenas, pois os vínculos destes com o espaço são mais amplos, abrangendo a base espiritual e material da identidade. Esta relação pode expressar-se de várias maneiras, podendo incluir o uso ou a presença tradicional, por meio de laços espirituais ou cerimoniais; assentamentos ou cultivos esporádicos; caça e pesca; uso de recursos naturais ligados aos costumes; e qualquer outro elemento característico de sua cultura¹⁹. Enquanto houver algum vínculo à terra, diz a Corte IDH, o direito à reivindicação permanecerá vigente.

O reconhecimento do vínculo ao território em circunstâncias de desapossamentos e remoções compulsórias representa uma abertura intercultural do tribunal a um outro conceito de propriedade e mostra uma sintonia com a percepção de que existem estratégias adaptativas de resistência a uma política de assimilação forçada, as quais transcendem muitas vezes as posturas que esses grupos exteriorizam em suas interações cotidianas com a sociedade nacional. Contudo, quanto às formas de manutenção deste vínculo, pode-se dizer que a Corte IDH adotou uma visão ainda conservacionista²⁰ dos modos de vida dos indígenas, já que parece aludir ao direito unicamente para preservar aspectos identitários pré-existentes, desconsiderando o dinamismo das transformações culturais por que podem passar os grupos. Mais do que manter as práticas culturais “in vitro”, o importante é garantir que os grupos desenvolvam livremente seus modos de vida.

O direito à propriedade comunitária indígena, mesmo sem a posse atual, é garantido inclusive em terras tituladas em nome de particulares²¹, salvo se houver um motivo objetivo e

Sobre o tema, veja-se: RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 111-112.

¹⁸ No final do século XIX, o Estado paraguaio vendeu cerca de dois terços da região do Chaco na bolsa de valores de Londres, apesar de haver presença indígena na área. Desde então, houve a transferência de terras da região e o progressivo fracionamento em fazendas, reduzindo os espaços das aldeias a áreas muito diminutas, com diversas restrições ao desenvolvimento dos modos de vida e às atividades de subsistência tidas como tradicionais pelos povos indígenas da região.

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Sentencia de 29/03/2006. § 131.

²⁰ Sobre a visão conservacionista da Corte Colombiana e da Corte IDH, veja-se: ARIZA, Libardo José. **Derecho, saber e identidade indígena**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009, p. 280-354.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Sentencia de 29/03/2006. § 139.

fundamentado que justifique uma restrição. Se não fosse assim, o direito à devolução careceria de sentido e não ofereceria uma possibilidade real de recuperar as terras tradicionais, pois subordinaria a resolução de conflitos à vontade dos possuidores atuais, restando aos indígenas aceitar terras alternativas ou indenizações pecuniárias²².

Para aferir se eventual restrição sobre direito territorial indígena é legítima, o tribunal propôs um teste de proporcionalidade, no qual avalia se a restrição foi estabelecida por lei, se é necessária e proporcional e se tem o objetivo de alcançar um fim legítimo²³. Não se estabelece uma precedência de uma propriedade sobre a outra, mas deve ser demonstrado um motivo objetivo e fundamentado para a restrição de cada direito. Os Estados devem analisar caso a caso as situações e levar em consideração o fato de que os direitos territoriais indígenas abarcam um conceito mais amplo de propriedade, que está relacionado ao direito coletivo de um povo à sobrevivência, mediante o controle de seu habitat como condição necessária à reprodução da cultura e ao desenvolvimento e elaboração de planos de vida comunitários²⁴.

No mesmo sentido, a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos (Corte ADHP) proferiu pela primeira vez uma decisão sobre direitos territoriais indígenas em 2017, ao tratar do povo *Ogiek*, que também vive no Quênia²⁵. No caso, o povo *Ogiek* estava privado do acesso a seu território, situado no Complexo *Mau Forest*, devido a processos de desterritorialização e assimilações forçadas que lhe causaram a marginalização persistente, com fortes impactos na sua organização.

²² “138. Respecto al primer argumento, la Corte considera que el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye per se un motivo “objetivo y fundamentado” suficiente para denegar prima facie las solicitudes indígenas. En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales, limitándose únicamente a esperar la voluntad de los tenedores actuales, y forzando a los indígenas a aceptar tierras alternativas o indemnizaciones pecuniarias. Sobre el particular, la Corte ha señalado que cuando existan conflictos de intereses en las reivindicaciones indígenas, habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro. El contenido de cada uno de estos parámetros ya fue definido por el Tribunal en el *Caso C. Corte Interamericana de Derechos Humanos*”. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia de 29/03/2006. § 138.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17/06/2005. § 144.

²⁴ “146. Al aplicar estos estándares a los conflictos que se presentan entre la propiedad privada y los reclamos de reivindicación de propiedad ancestral de los miembros de comunidades indígenas, los Estados deben valorar caso por caso las restricciones que resultarían del reconocimiento de un derecho por sobre el otro. Así, por ejemplo, los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.” Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Sentencia de 17/06/2005. § 146.

²⁵ Corte Africana de Derechos Humanos e dos Povos. African Commission on human and peoples' rights v. Republic of Kenya. Application nº 006/2012, julg. 26/05/2017.

A Corte ADHP interpretou o direito de propriedade previsto na Carta Africana²⁶ de maneira extensiva a grupos ou comunidades, utilizando-se do art. 26.2 da Declaração das Nações Unidas sobre os Povos Indígenas (DNUPI) e realçando poderes que vão além do direito de usar, fruir e dispor para abranger o controle e o desenvolvimento de terras e recursos que possuem²⁷. Além de ressaltar a proibição da discriminação e enfatizar uma compreensão do termo “povos” que abrange grupos étnicos²⁸, a Corte constatou a violação da liberdade religiosa, tendo em vista o caráter sagrado da floresta para os *Ogiek*, onde tinham a prática de enterrar os seus entes queridos. Assim, qualquer impedimento de acesso à *Mau Forest* representaria uma interferência injustificável na realização de rituais religiosos²⁹. Outro aspecto ressaltado foi o direito à cultura, cuja dimensão dual pressupõe a proteção da participação individual na vida da comunidade e a obrigação do Estado de proteger valores tradicionais do grupo. Em diálogo com entendimentos do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, a Corte reconheceu que o direito à cultura engloba o direito às terras, tendo em vista os impactos na distintividade do grupo causados por políticas deliberadas de exclusão e formas de perseguição³⁰. No que tange ao direito ao desenvolvimento, a Corte fez uma leitura do art. 22 da Carta³¹ que o associa à ideia de autonomia para desenvolver prioridades e estratégias quanto à saúde, à moradia e a programas sociais que os afetam e, sempre que possível, administrá-los³².

O grande mérito das decisões da Corte ADHP reside no fato de ela ter se concentrado na interpretação dos preceitos existentes na Carta Africana e no diálogo com a jurisprudência internacional, pouco tendo se valido dos instrumentos internacionais especializados, como a Convenção nº 169/OIT e a DNUPI. Não se nega, obviamente, valor a tratados e declarações que tratem especificamente de povos indígenas, uma vez que eles registram as expectativas dos grupos e estabelecem vetores para orientar a interpretação dos ordenamentos nacionais. Contudo, é necessário reconhecer que os direitos territoriais indígenas não existem por causa desses instrumentos; ao contrário, tais instrumentos explicitam e especificam anseios, mas os direitos

²⁶ O art. 14 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos prevê o direito de propriedade: “O direito de propriedade é garantido, só podendo ser afetado por necessidade pública ou no interesse geral da coletividade, em conformidade com as disposições de normas legais apropriadas” (tradução livre).

²⁷ Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. African Commission on human and peoples' rights v. Republic of Kenya. Application nº 006/2012, julg. 26/05/2017. § 123.

²⁸ Ibid, §201.

²⁹ Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. African Commission on human and peoples' rights v. Republic of Kenya. Application nº 006/2012, julg. 26/05/2017. § 169.

³⁰ Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. African Commission on human and peoples' rights v. Republic of Kenya. Application nº 006/2012, julg. 26/05/2017. § 180.

³¹ “Art. 22 (...) 1. All peoples shall have the right to their economic, social and cultural development with due regard to their freedom and identity and in the equal enjoyment of the common heritage of mankind. 2. States shall have the duty, individually or collectively, to ensure the exercise of the right to development”.

³² Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. African Commission on human and peoples' rights v. Republic of Kenya. Application nº 006/2012, julg. 26/05/2017. § 209.

devem ser assegurados independentemente disso; os tratados em questão facilitam, em verdade, uma leitura atualizada e múltipla do ordenamento. Desse modo, é viável a construção de interpretações interculturais dos textos existentes, de forma evolutiva, alcançando grupos que não se consideram albergados pelas concepções hegemônicas e afastando a tendência conservadora de compartimentalização dos direitos territoriais em normas específicas, como se estas fossem paralelas ou alheias ao discurso universal de direitos humanos³³.

Por conseguinte, a abertura interpretativa propicia a internalização das perspectivas indígenas e o preenchimento das incompletudes dos textos das Constituições e dos documentos internacionais. A implementação de direitos fundamentais dos povos indígenas não pode prescindir de uma abordagem holística e intercultural, que afaste um tratamento segmentado, fazendo o tema avançar sobre institutos tradicionais de todos os ramos do direito. Em outras palavras, faz-se necessário pulverizar a interpretação da legislação e dos institutos existentes com um enfoque intercultural. Nisso reside o êxito das cortes analisadas, pois colocam a questão das propriedades em um universo abrangente, ocupando as brechas da colonialidade.

3. As diretrizes para uma interpretação intercultural

Dentro do escopo deste trabalho, propõem-se três diretrizes para uma interpretação intercultural dos direitos territoriais indígenas, a serem desenvolvidas a seguir. Em primeiro lugar, todas as normas que tratam do direito de propriedade devem estar sujeitas a uma leitura que aborde os direitos territoriais indígenas, pois o art. 5º, XXII, da Constituição alberga diversas propriedades, e não apenas a propriedade privada. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, o Código Civil, o Código de Processo Civil e tantos outros diplomas devem ser densificados interpretativamente para colocar em cena os direitos territoriais indígenas. Essa abordagem não nega a importância de instrumentos normativos especiais, sobretudo os internacionais, que detalham a caracterização de territórios, mas procura acolher os territórios indígenas em uma interpretação evolutiva do próprio direito de propriedade.

Em segundo lugar, a garantia dos direitos territoriais deve ser encarada como um mecanismo de efetivação intercultural do princípio da igualdade, mediante uma combinação intensa de ferramentas de reconhecimento e redistribuição. Para tanto, a fronteira étnica deve ser entendida como um processo de afirmação identitária e reivindicação política, não essencializante, que demarca o “nós” em oposição ao “eles”, ainda que a linha que o define não se apresente de

³³ Cf. PENTASSUGLIA, Gaetano. Towards a Jurisprudential Articulation of Indigenous Land Rights. **The European Journal of International Law**, Vol. 22, nº 1., Fev. 2011, p. 189-190.

forma clara. Afinal, as interações não são proibidas e até são imprescindíveis, em alguns casos, para permitir a etnicidade. Além disso, os direitos territoriais indígenas não constituem mera expiação de culpa por um genocídio não admitido e prescindem de qualquer caráter instrumental à promoção de outros bens jurídicos (como meio ambiente) ou à conservação de um modo de vida para deleite de terceiros. Eles existem para garantir no presente o direito ao autodesenvolvimento da personalidade desses grupos e seus projetos de vida comunitários, viabilizando a definição da fronteira étnica, mediada pelo território.

Para assegurar tais direitos, aciona-se a historicidade, e não propriamente a história, dos conflitos. Não se trata de olhar para a histórica específica dos grupos e promover um exame meramente técnico, topográfico ou arqueológico de uma ocupação tradicional, de caráter linear, mas de identificar a trajetória que levaram os índios a afirmar-se etnicamente e reivindicar direitos no presente, distinguindo-se da sociedade nacional.

Em terceiro lugar, é fundamental conferir visibilidade ao protagonismo indígena na condução de processos políticos que contribuam para a ressignificação dos conceitos existentes. A garantia de voz e de escuta deve ser pautada pela crítica dos arranjos existentes e pela viabilização de formas de participação ativa na definição de assuntos atinentes aos indígenas e na contribuição para a definição dos projetos interculturais. Procura-se neste trabalho avaliar os impactos da participação no reconhecimento de direitos territoriais, mas este tema pode ser alargado para diversos outros campos. A consideração de conceitos e propostas indígenas, nos moldes do *vivir bien/buen vivir*³⁴, são autorizadas pela Constituição e devem ser estimuladas, em constante diálogo. As três diretrizes serão detalhadas a seguir.

³⁴ A Constituição do Equador internalizou conceitos que sintetizam cosmovisões indígenas, por meio do conceito de *buen vivir* ou *sumak kawsay*, na língua quechua. Ele demanda que as pessoas, comunidades, povos e nacionalidades gozem efetivamente de seus direitos e exerçam responsabilidades no marco da interculturalidade, do respeito a suas diversidades e da convivência harmônica com a natureza (art. 275). Repetindo a experiência equatoriana, a ideia de *vivir bien* ou *suma qamaña* está prevista no art. 313 da Constituição boliviana, e estabelece propósitos para que esta filosofia seja alcançada, o que abrange o respeito a direitos individuais e dos povos, a distribuição justa da riqueza, a redução das desigualdades quanto ao acesso a recursos, o desenvolvimento produtivo e a participação ativa das economias pública e comunitária no aparato produtivo. Este conceito (*buen vivir/vivir bien*) compreende a síntese da cosmologia de diversos povos. Assim, por exemplo, a “vida em plenitude” dos Aymara pressupõe viver em harmonia com a Mãe-Terra e com o Pai-Cosmos, pois toda forma de existência é importante, sendo essencial a espiritualidade e a valorização das práticas comunitárias. Da mesma forma, para os quechuas, a ideia compreende seguir os ritmos da natureza e os rituais à pachamama. Para os Guarani, o termo *Teko Kavi*, que significa *vida boa*, implica respeitar a vida e o caráter espiritual de toda ação, que não é apenas humana, devendo-se respeitar a natureza e os ancestrais. No idioma Mapuche, o termo é “Küme Mongen” e designa uma relação baseada no princípio do equilíbrio, interior e exterior, de cada pessoa com tudo o que existe. E isso vale para muitos outros povos, como os muíscas, os Emberá, os Wayúu, os Cheyene (cujo território está nos Estados Unidos), entre outros. Sobre o tema, veja-se: MAMANI, Fernando Huanacuni. **Vivir bien/buen vivir: Filosofía, políticas, estratégias y experiencias**. 6ª ed. La Paz: Instituto Internacional de Integración, 2015.

3.1 Diretriz número um: os direitos territoriais indígenas como propriedades

Considerando a premissa da existência da multiplicidade de propriedades e o raciocínio adotado pela Corte IDH e pela Corte ADHP em favor de um diálogo intercultural efetivo, passa-se a buscar mecanismos que, no tratamento das propriedades, rompam com uma lógica hierarquizante e assegurem que a Constituição de 1988 contemple distintas perspectivas e cosmovisões. No caso dos direitos territoriais indígenas, a existência de um dispositivo específico sobre “terras indígenas” é importante, mas não exclui a possibilidade do seu tratamento como propriedades, em atenção à premissa de que os conceitos e institutos clássicos não devem servir unicamente à descrição de concepções hegemônicas.

Este trabalho propõe que os institutos previstos na Constituição, sobretudo aqueles cujas características implicam repercussões específicas sobre grupos étnicos minoritários, devem ser encarados de forma abrangente, sob diversas óticas. Uma interpretação intercultural deve recusar um modelo meramente patrimonial de propriedade e incorporar noções plurais ao âmbito de proteção desse direito fundamental³⁵, indo além dos enquadramentos dos regimes civilista e administrativista e da simplificação de definições como propriedade privada/pública³⁶.

A Constituição de 1988 prevê o direito fundamental de propriedade no art. 5º, XXII. A propriedade recebe o tratamento de garantia institucional³⁷, o que significa que ela goza de uma

³⁵ A fim de permitir uma melhor compreensão das ideias que serão desenvolvidas, adianta-se que a teoria de direitos fundamentais adotada no presente trabalho é a teoria externa, segundo a qual a determinação das situações abrangidas por um direito fundamental compreende duas etapas. Na primeira etapa, identifica-se o seu conteúdo, delimitando os contornos máximos de sua esfera de proteção. Na segunda, são definidos os limites externos, decorrentes da necessidade de conciliação com outros direitos e bens de estatura constitucional, que podem restringi-lo. A segunda etapa consolida o contorno definitivo do direito no caso concreto, que depende de um raciocínio ponderativo, com base no princípio da proporcionalidade. A legitimidade constitucional da ponderação poderá ser objeto de contestação. Sobre o tema, veja-se: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Capítulo III.

³⁶ Em relação às comunidades quilombolas, o reconhecimento constitucional às propriedades foi expresso, conforme dispõe o art. 68 do ADCT: Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. No caso dos povos indígenas, dada a pressão de setores contrários à titulação de terras indígenas em áreas de fronteira, optou-se pela manutenção no texto do regime já previsto na Constituição de 1967, que menciona as terras indígenas como bens da União. Essa previsão, contudo, não é um obstáculo intransponível para o reconhecimento da propriedade indígena.

³⁷ Este conceito foi sistematizado pelos teóricos que se debruçaram sobre a Constituição de Weimar e compreende instituições (de direito público) ou institutos (de direito privado), com o fim de manter os núcleos essenciais de certos complexos normativos, como propriedade, matrimônio, sucessão, funcionalismo público e autonomia municipal, mantendo-os fora da atuação interventiva do legislador. Cf. ARANHA, Marcio Iorio. **Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. Kindle edition. Pos. 4155.

proteção como realidade social objetiva, independentemente da existência de um direito subjetivo atribuído a uma pessoa³⁸. A garantia institucional não corresponde exatamente ao direito subjetivo fundamental, mas a algo externo e simultâneo a ele: ao mesmo tempo em que pode haver um direito subjetivo, no caso concreto, de alguém à propriedade, subsiste a propriedade como instituição³⁹. Dessa forma, a garantia possui um conteúdo racional que serve de parâmetro à conformação do direito fundamental de propriedade pelo legislador.

Some-se a isso a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que enseja o tratamento destes como princípios básicos da ordem constitucional, que atuam como limite do poder e diretriz para a sua ação⁴⁰. Dessa forma, a Constituição contém um sistema de valores que irradiam para todo o ordenamento, impactando na configuração dos direitos subjetivos individuais e no dever de proteção pelo Estado contra violações por entes públicos ou particulares.

Por conseguinte, o âmbito de proteção do direito de propriedade, que corresponde aos bens protegidos pela norma - atos, fatos, estados ou posições jurídicas⁴¹ -, possui caráter marcadamente normativo. O legislador detém alguma liberdade de conformação para permitir a assimilação de certas práticas e de redefinição do instituto ao longo de um determinado processo histórico, mas não pode contrariar a garantia institucional⁴². Assim, de um lado, a regulação legal delinea os contornos do direito; de outro, a garantia institucional impõe um limite à própria ação legislativa, que não pode suprimir a garantia.

Ao conferir conteúdo ao direito, a conformação pode acarretar uma restrição indevida a aspectos definidores da garantia⁴³, pois sempre haverá uma linha tênue que a separa da possibilidade de restrição do direito fundamental⁴⁴. Para impedir o esvaziamento do direito, é indispensável proteger o seu núcleo essencial, que funciona como uma barreira à limitação promovida pela conformação⁴⁵. Nesse contexto, a garantia institucional, via núcleo essencial, projeta-se como um limite às limitações (“limite dos limites”) que o legislador eventualmente tente

³⁸ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 397-398.

³⁹ Ibid, p. 1170-1171.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 266.

⁴¹ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 72.

⁴² ARANHA, Marcio Iorio. **Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. Kindle edition. Pos. 3636.

⁴³ Cf. DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 152.

⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 337.

⁴⁵ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 413.

realizar⁴⁶, de modo a afastar supressões indevidas⁴⁷. O estabelecimento do núcleo essencial, porém, não é algo simples, e há inúmeras teorias sobre o tema, sobre a qual este trabalho não discorrerá, porém é importante ressaltar que a definição dos contornos do direito de propriedade é especialmente dependente da elaboração legislativa e que há um papel decisivo do princípio da proporcionalidade na definição concreta da integridade do núcleo essencial⁴⁸.

A identificação dos limites à atuação legislativa deve buscar fundamentos não apenas em fatores que estão dentro do ordenamento, mas também naqueles que estão racionalmente fora, conforme a trajetória do instituto e a definição conceitual, que se busca argumentativamente. No caso da propriedade, é recorrente buscar a conformação no direito privado, o que remete aos esforços do direito civil em conceituar o instituto. Todavia, diante da necessidade de atualização permanente de certos direitos à recepção constitucional de transformações sociais, as tensões referentes ao instituto devem repercutir na sua conformação. É nesse cenário que se insere a necessidade de ampliação dos nortes interpretativos, de forma a entender as múltiplas formas de pensar a propriedade e as múltiplas propriedades, tendo em vista as realidades abordadas nos tópicos anteriores e a interação entre os diversos ramos do direito.

Em uma perspectiva intercultural, a conformação do âmbito de proteção do direito de propriedade deve contemplar, além da propriedade privada, os direitos territoriais indígenas. Neste caso específico, a conformação é realizada pela própria Constituição, que estabeleceu no art. 231 os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam (*caput*), cuja caracterização envolve aspectos relacionados ao espaço concreto e à dimensão simbólica da identidade, conforme usos, costumes e tradições dos grupos (art. 231, § 1º). Em adição, a Convenção nº 169/OIT estabelece textualmente que as relações desses povos com as terras e territórios têm uma importância especial (art. 13.1), por abrangerem a totalidade do *habitat* das regiões que ocupam ou utilizam (art. 13.2), cabendo ao Estado brasileiro o dever de reconhecer os direitos de propriedade e a posse sobre eles (art. 14.1).

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 439.

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 539.

⁴⁸ Embora não tenha sido expressamente prevista na Constituição brasileira, a ideia de um núcleo essencial é amplamente aceita na doutrina e na jurisprudência. Sobre o seu conteúdo, há dois pares de teorias: as teorias absoluta e relativa (que tratam do valor da proteção) e as teorias objetiva e subjetiva (que tratam do objeto da proteção). A teoria absoluta propõe um reduto inexpugnável do direito fundamental, que não pode ser restringido em hipótese alguma, ao passo que a teoria relativa subordina a definição do núcleo essencial a uma ponderação, o que o torna dinâmico e móvel. Esta última é a posição adotada neste trabalho. A teoria subjetiva propõe que o núcleo essencial resguarda a posição do titular específico do direito afetado por uma medida restritiva, ao passo que a teoria objetiva defende que o objeto da proteção é a garantia geral e abstrata do direito, levando em conta a totalidade dos titulares. Sobre o tema, veja-se: p. 136-139. SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008

Desse modo, pode-se dizer que o fundamento constitucional da proteção às terras indígenas é conferido pelo art. 5º, XXII e pelo art. 231, em conjunto. O primeiro artigo assegura o direito fundamental de propriedade e viabiliza a proteção territorial em diálogo com as diversas propriedades existentes. Já o segundo artigo descreve os direitos territoriais indígenas, que são uma posição jurídica que está inserida no âmbito de proteção do primeiro artigo e devem ser tratados em pé de igualdade com a propriedade privada e outras propriedades. As terras tradicionalmente ocupadas conferem conteúdo à propriedade indígena, baseada na relação especial que os índios estabelecem com os seus territórios, mediante a manutenção de vínculos com a terra que compreendem dimensões simbólicas, econômicas, naturais e políticas, indo muito além dos clássicos poderes de usar, fruir e dispor. Trata-se de um território tal como pensado pelos índios, segundo seus usos, costumes e tradições.

Assim, há um direito fundamental territorial indígena *prima facie* que decorre da perspectiva indígena. No caso, a propriedade é definida pela valorização de saberes e sentidos em torno do território, que incluem a filosofia e a antropologia indígenas, as memórias orais, os cantos, as danças, as festas e tradições como formas de demonstração de vínculos. Esta relação com o território, com ou sem presença efetiva nele, é suficiente para assegurar a propriedade indígena, em consonância com o entendimento da Corte IDH no caso *Yakye Axa*. Além disso, a propriedade indígena é garantida independentemente da existência de registro, não dependendo de qualquer formalização para receber o tratamento equivalente ao de uma propriedade privada - nem mesmo da presença atual na terra.

A propriedade indígena contempla direitos de defesa e direitos a prestações. Os direitos de defesa consistem na impossibilidade de intervenção não constitucionalmente fundamentada sobre o direito, atingindo não apenas o Estado, mas também particulares, em razão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Já a dimensão prestacional impõe ações estatais que fomentem a realização desse direito, o que se dá precipuamente pela demarcação, mas também por medidas que protejam a propriedade indígena contra terceiros a qualquer tempo. Na demarcação, a intervenção estatal é uma ação que densifica o direito, por meio da identificação e delimitação formais dos territórios.

A dimensão de defesa pressupõe, em regra, a prévia ocupação tradicional do território, mas pode ser também cogitada a invocação do direito territorial contra investidas de particulares e do Estado em uma área que os indígenas identificam como um território, ainda que não ocupem ou exerçam algum controle sobre ela. Por exemplo, imagine-se um empreendimento em território indígena – ainda não controlado ou ocupado – que cause impactos ambientais ou a extração de recursos sem qualquer tipo de consulta. Já a dimensão prestacional pode ser acionada em situações de existência ou não de ocupação, tanto em favor da demarcação quanto para assegurar

a proteção da propriedade indígena contra terceiros. A omissão estatal, em ambos os casos, acarreta uma proteção insuficiente da propriedade indígena e viabiliza o acionamento judicial pelos indígenas.

Deve-se acrescentar também a existência de uma dimensão organizacional e procedimental dessa propriedade. A efetivação dos direitos territoriais indígenas depende de mecanismos que possam concretamente converter o texto constitucional em realidade. Sem a adoção de determinados procedimentos e organizações, os direitos “materiais” dificilmente sairão do papel, razão pela qual os aspectos procedimentais gozam de especial relevância e caráter jusfundamental⁴⁹. As perspectivas organizacional e procedimental estão relacionadas com os deveres de proteção do Estado, já que se conectam à criação e estruturação de órgãos responsáveis pela demarcação de terras indígenas, com recursos adequados e suficientes, a adoção de procedimentos de identificação e delimitação e o estabelecimento de regras e mecanismos administrativos e judiciais que afastem qualquer violação ao direito.

O dever estatal de demarcar consiste em estabelecer formalmente o regime jurídico da terra indígena e adotar os atos materiais necessários à sua consolidação, a partir da compreensão de território interpretada pelos indígenas. O território a ser demarcado estabelece o direito fundamental definitivo para o caso concreto, que deve se aproximar ao máximo da propriedade indígena *prima facie*. Esta constatação não é arbitrária, pois decorre do próprio texto constitucional, mais especificamente da regra de precedência da terra indígena sobre outras propriedades que está contida no art. 231, § 6º, cujo teor prevê a nulidade, a extinção e a ausência de produção de qualquer efeito jurídico de atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, salvo quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. A regra constitucional sopesou as propriedades existentes e estabeleceu a prevalência da propriedade indígena sobre as demais, acarretando a nulidade ou não produção de efeitos dos títulos e o pagamento de indenização em determinadas circunstâncias.

Pode-se dizer que a Constituição contém uma restrição constitucional direta⁵⁰ do direito de propriedade privada dos particulares em favor do direito territorial indígena. Trata-se de uma regra constitucionalmente fundamentada que implica, em uma situação concreta, a restrição total de um direito. Esse fenômeno não é estranho a outros direitos fundamentais, e há outros casos em que o conteúdo de certos direitos desaparece por completo quando em confronto com outros

⁴⁹ SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: Constituição, direitos fundamentais e proteção do meio ambiente. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 338.

⁵⁰ Restrições diretamente constitucionais são aquelas que decorrem, de forma implícita ou explícita, de normas com hierarquia constitucional. Nesse sentido, veja-se: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Capítulo III.

bens constitucionalmente protegidos ou direitos fundamentais. Como exemplo, Virgílio Afonso da Silva cita o direito fundamental de intimidade em relação à quebra do sigilo telefônico e à interceptação telefônica, a liberdade de imprensa em decorrência da proibição de publicação de um determinado programa de televisão, a liberdade de locomoção diante de uma pena de reclusão e, com ainda maior clareza, a propriedade em relação à desapropriação⁵¹, que mais se assemelha ao presente caso. O sopesamento que a Constituição realiza entre as propriedades privada e indígenas é o mesmo que concretamente ocorre com outros direitos fundamentais⁵².

No caso, a restrição intensa ao direito de propriedade privada acarreta uma compensação. O regime de compensação adotado em razão da perda da propriedade privada é menos benéfico ao particular do que em outras situações, como no caso da desapropriação para fins de reforma agrária. Trata-se de uma medida emanada pelo poder constituinte originário que é plenamente justificada, pois indica, como resposta à dívida histórica com esses povos e à desvantagem sistemática que vivenciam no presente⁵³, um programa que combina medidas de reconhecimento e redistribuição, baseadas na concretização do princípio da igualdade e na consolidação de objetivos enumerados pela Constituição.

Apesar da normativa constitucional, há um dado da realidade que não pode ser desconsiderado: a terra indígena demarcada nem sempre corresponde exatamente à terra indígena constitucional (território sob a perspectiva indígena/ propriedade indígena *prima facie*) -, pois a definição concreta no processo demarcatório resulta de uma série de fatores envolvidos na atuação administrativa e nos embates políticos e conflitos de interesse subjacentes. Nesse cenário, o direito definitivo que esteja distanciado do direito *prima facie* indica uma forte presunção de violação do direito fundamental em questão. A proteção insuficiente pode gerar conflitos e pedidos de novas identificações dos territórios, os quais geralmente questionam o tamanho reduzido das terras demarcadas, e em alguns casos cobram atualizações da dinâmica das territorialidades indígenas e de suas interações no caso concreto⁵⁴.

⁵¹ Além das hipóteses ordinárias de desapropriação (utilidade pública e interesse social), o não cumprimento da função social da propriedade urbana ou rural acarreta a chamada desapropriação-sanção, implicando a perda da propriedade privada em favor da concretização de outros bens constitucionalmente protegidos (reformas urbana e agrária). Sobre a restrição total de direitos fundamentais, veja-se: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 198.

⁵² A própria Constituição estabeleceu, no art. 243, restrição ainda mais gravosa (expropriação, sem pagamento de indenização) à propriedade em caso de cultivo de culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou exploração do trabalho escravo: “Art. 243 As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º”.

⁵³ A desvantagem sistemática fundamenta a diretriz que será abordada no próximo tópico.

⁵⁴ É importante destacar que a demarcação não é exclusivamente um procedimento técnico, de características físicas ou topográficas, pois ela envolve diversos aspectos que não são indiscutíveis ou

Nessas situações em que a “terra indígena demarcada” não responde adequadamente ao direito fundamental ao território, há uma violação que deve ser controlada, em âmbito administrativo (revisão de demarcação) ou judicial. A aplicação do princípio da proporcionalidade é uma ferramenta importante para permitir a máxima aproximação do direito definitivo à perspectiva indígena (*prima facie*), atrelada à valorização do território enquanto espaço do exercício do direito à vida e liberdades existenciais, segundo as cosmovisões indígenas, em detrimento de um caráter meramente patrimonial da propriedade privada.

A despeito das diferenças entre a “terra indígena constitucional” e a “terra indígena demarcada”, bem como das violações e contestações que podem cercar esta última, a atuação estatal confere estabilidade aos territórios e materializa a tradução intercultural. Esta consiste no favorecimento de uma inteligibilidade recíproca entre as diversas experiências de mundo, de forma a colocar em evidência as diversas epistemologias do Sul, tanto as disponíveis como as potenciais. Incumbe ao Estado absorver o papel de tradutor intercultural e mediar as idiosincrasias das propriedades privadas e públicas, de um lado, e indígenas, de outro, por meio do processo demarcatório. A demarcação administrativa estabiliza os direitos territoriais indígenas perante os não índios e impede que terceiros efetuem registros sobre áreas demarcadas ou iniciem novos processos espoliatórios.

Eventual contestação do proprietário privado quanto à postura dos anteriores titulares ou de um ente da federação que lhe tenha concedido título sobre a terra, sob o fundamento da proteção da confiança, é possível, dentro das regras da responsabilidade civil, mas deve ser feita em outras vias, sem perturbar o deslinde do processo demarcatório. Afinal, a Constituição deixa claro que a terra pertence aos indígenas, por meio de uma regra que não pode ser invalidada pela legislação infraconstitucional⁵⁵, e qualquer contestação do gênero pode importar tão somente reparações que não se confundem com a restituição da propriedade, sem afetar o resultado do

palpáveis, tratando de crenças, direitos e costumes. Dessa forma, a pretensão naturalizante ou objetivamente neutra desse processo não é plausível, e há a necessidade de um protagonismo indígena no acompanhamento dos trabalhos. Embora a demarcação envolva um saber técnico, o que demonstra a exigência da capacidade institucional do Poder Executivo, a participação política ativa dos indígenas permite melhor identificar os bens jurídicos contrapostos e as necessidades existentes, de modo a garantir a definição da parcela ou totalidade do território que será abrigada na terra indígena demarcada. Esses aspectos mostram o equívoco da decisão do STF que tentou tratar as definições de um processo de demarcação como coisa julgada administrativa, já que a dinâmica das territorialidades envolve múltiplos aspectos, nem sempre observados. Cf. OLIVEIRA, João Pacheco de; ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno. Demarcación y reafirmación étnica: una etnografía de la agencia indigenista. In: OLIVEIRA, João Pacheco de (comp). **Hacia una antropología del indigenismo: estudios críticos sobre los procesos de dominación y las perspectivas políticas actuales de los indígenas em Brasil**. Rio de Janeiro/Lima: Contra Capa / Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, 2006, p. 57.

⁵⁵ Como afirma Alexy, um conflito entre regras pode ser solucionado se for introduzida, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Deve ser observada, porém, a hierarquia normativa. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 92.

processo de demarcação. O art. 62, § 2º, do Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73) está alinhado com essa previsão constitucional, ao afastar direito a ação ou indenização em face da União em razão da realização do processo demarcatório⁵⁶.

Nesse passo, a atuação estatal deve consagrar a segurança jurídica em favor da convivência entre propriedades. Trata-se, no caso, de uma segurança não seletiva, pois resguarda simultaneamente os territórios indígenas e as propriedades confrontantes de não índios, além de assegurar a compensação em favor dos ocupantes de boa-fé. Assim, a tentativa de situar a propriedade privada em um patamar especial de segurança jurídica, chancelada pelo STF no caso Raposa Serra do Sol com a fixação de um marco temporal em 05 de outubro de 1988 para reconhecer o direito ao território, carece de justificativa plausível, pois mantém os índios como espectadores das definições que os brancos fazem em favor da verdade registral, restando-lhes agir proativamente e demonstrar que aquela terra lhes foi tomada. O “renitente esbulho” a que alude a ementa até excepciona o marco temporal, ao permitir a justificativa da ausência de ocupação tradicional em 05 de outubro de 1988. Contudo, o adjetivo utilizado, em posição precedente ao substantivo, denota uma certa precedência do “renitente” sobre o “esbulho”, impondo aos índios um ônus de comprovar, sob a ótica do direito privado, a existência do conflito fundiário⁵⁷.

O tratamento jurídico dos direitos territoriais indígenas como propriedades produz repercussões em outros dispositivos constitucionais, como na previsão de que as terras tradicionalmente ocupadas são bens da União (art. 21, XI), na caracterização do “usufruto constitucional exclusivo” (art. 231, § 1º) e nas intervenções estatais em terras indígenas (art. 231, § 3º e § 5º).

Quanto à previsão do art. 20, XI, segundo o qual as terras tradicionalmente ocupadas são bens da União, a interpretação corrente leva em conta as tradicionais classificações sobre bens públicos, de viés subjetivo (civilista) ou funcionalista (administrativista)⁵⁸. A visão subjetiva impõe

⁵⁶ Art. 62, § 2º. Ninguém terá direito a ação ou indenização contra a União, o órgão de assistência ao índio ou os silvícolas em virtude da nulidade e extinção de que trata este artigo, ou de suas consequências econômicas.

⁵⁷ A excessiva preocupação dos ministros quanto à segurança jurídica ante as crescentes reivindicações por demarcações após 1988 denota uma segurança jurídica seletiva, que teme os impactos a serem sentidos pelos detentores de títulos de propriedade privada em terras indígenas, naturalizando a opressão sobre esses grupos. A “chapa radiográfica”, a que se refere o voto do Min. Ayres Britto, diz combater as supostas fraudes identitárias, mas silencia sobre os efeitos das políticas assimilacionistas e do genocídio no passado. Diferentemente do compromisso assumido na ACO 323 (Caso Krenak), pede-se agora o esquecimento das violências do passado e recorre-se à acomodação das reivindicações ao estágio em que as ocupações estavam em 1988. Veja-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pet. 3.388/RR. Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 19.03.2009.

⁵⁸ Conforme afirma Floriano de Azevedo Marques Neto, os bens públicos são tradicionalmente classificados pela doutrina em razão de uma concepção subjetiva, mais civilista, que leva em conta a titularidade ou domínio sobre um bem, ou de uma razão funcional, atrelada à finalidade pública que será adotada em relação

a caracterização da propriedade da União pelo simples fato de ser atribuída expressamente àquele ente, o que faz perdurar a titularidade independentemente do abandono das áreas pelos indígenas, ao passo que a visão funcionalista enfatiza a finalidade e a utilidade do bem para a coletividade, tratando a questão pela lógica da afetação. O STF acolheu as duas concepções ao definir a propriedade como vinculada ou reservada, pois realça, de um lado, a previsão da titularidade pelo ente, que não se perde em razão do abandono da área pelos indígenas, e enfatiza, de outro, a razão da destinação específica conferida pela Constituição. Este entendimento, contudo, faz pairar o regime tutelar sobre o exercício dos direitos territoriais indígenas, sujeitando-os ao risco de restrições permanentes.

Uma interpretação intercultural não deve negligenciar a literalidade do texto, já que esta é a ponta de um *iceberg* no processo interpretativo⁵⁹. Não obstante, é possível depreender que o entendimento sobre a expressão “bem da União” deve harmonizar-se com o reconhecimento das propriedades indígenas. A visão corrente busca enquadrar as terras indígenas em uma das classificações de bens já existentes no Código Civil⁶⁰, porém a questão merece outros contornos, especialmente diante do fato de que o direito de propriedade indígena tem uma existência que independe do processo demarcatório, do registro e de eventual atuação estatal em sua proteção.

Como se viu, o reconhecimento da propriedade indígena prescinde da concretização da demarcação, mas esta é importante para garantir a convivência das propriedades. Em nome do Estado brasileiro, a União, como tradutora intercultural que tem um dever de proteção, intervém para assegurar estabilidade nas relações entre as propriedades existentes e realizar o processo de demarcação. Ao final deste processo, todas as relações entre propriedades são publicizadas e a terra indígena é registrada em nome da União. Tal registro atribui a titularidade à União por um

a determinado bem. Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos: Função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas.** Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 102.

⁵⁹ Cf. MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional.** 3ª ed. rev. e ampl. Tradução de Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 38.

⁶⁰ O Código Civil, em seu art. 99, diferencia os bens públicos em bens de uso comum do povo, especiais ou dominicais. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, embora não se enquadrem claramente em nenhuma das categorias, as terras indígenas são bens especiais, pois são inalienáveis, indisponíveis e imprescritíveis e estão afetadas a uma finalidade específica (PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo.** 15ª ed. São Paulo, Atlas, 2003, p. 585). Contudo, as terras indígenas não possuem qualquer tipo de afetação a uma finalidade estatal ou pública, já que se trata de território destinado a um grupo étnico específico. A atuação estatal deve limitar-se a garantir os poderes da propriedade indígena. Já Fernando Tourinho propõe que a terra indígena seja considerada um bem dominical, pelo fato de ter sido incluída como bem da União, mas a classificação é igualmente inadequada, pois as terras indígenas não se incorporam, em momento algum, ao patrimônio estatal, exceto sob uma ótica cultural do Estado brasileiro (TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os Direitos Originários dos Índios sobre as Terras que Ocupam e suas Consequências Jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 9-44). Rechaçando a noção de “bem público”, Daniela Gomes propõe o tratamento como um bem híbrido, entre “a dicotomia bens públicos versus bens privados”, porém não propõe uma interpretação para a previsão constitucional expressa de que se trata de bem da União (GOMES, Daniela. **O Direito Indígena ao solo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 178).

motivo formal de publicização, que tem o fim de garantir um reforço de proteção à propriedade indígena contra terceiros, como se depreende da oração constante da parte final do art. 231, *caput*⁶¹: “competindo a ela demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

Considerando tais aspectos, a atuação da União indica, em verdade, a criação de uma dupla proteção à propriedade indígena. A atuação deste ente é destinada a viabilizar o exercício do direito fundamental de propriedade indígena. Ressalte-se que a vinculação da União é formal e não implica, à luz da Constituição de 1988, qualquer dos poderes clássicos de usar, fruir e dispor em seu favor, tendo em vista que não há a autorização de exercício desses poderes, o que pode ser extraído da previsão constitucional que confere caráter exclusivo ao usufruto dos recursos naturais pelos indígenas. Pensar de outra forma a justificação da propriedade em nome da União legitimaria uma visão colonial e tutelar, que autoriza o Estado a definir unilateralmente os espaços indígenas e intervir a qualquer tempo na área da maneira que lhe aprouver para implantar empreendimentos, deslocar os indígenas de suas áreas e até descaracterizar as atividades do grupo. Esta visão assimilacionista foi equivocadamente adotada pelo STF no caso Raposa Serra do Sol quando estabeleceu as chamadas salvaguardas institucionais⁶².

Desse modo, a previsão do art. 20, XI, não confere, pois, prerrogativas à União relativas ao exercício do direito de propriedade que sejam contrárias aos interesses indígenas. O desenho constitucional pressupõe a autonomia dos índios no exercício do direito territorial, decorrente da propriedade indígena e do usufruto exclusivo, razão pela qual a atuação da União não se confunde com outros casos em que ela detém a propriedade pública, nos quais a sua intervenção é natural e plena. Em virtude dessa distinção, o raciocínio adotado pelo STF, no sentido de que a União pode livremente atuar em terras indígenas, não deve prosperar, pois qualquer atuação daquele ente sobre a terra indígena configura uma intervenção estatal que restringe o direito fundamental em

⁶¹ O art. 231, *caput*, assim dispõe: “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”.

⁶² O acórdão estabeleceu dezenove salvaguardas institucionais, ou condicionantes, consistentes em regras sobre o usufruto de terras indígenas e sobre a atuação governamental acerca do tema. Além de restringir severamente a autonomia dos povos indígenas, sem prévio contraditório, as condicionantes conferiram clara prioridade a outros bens jurídicos, como o meio ambiente e a defesa nacional. Algumas limitam-se a repetir o texto da Constituição (condicionantes 2, 3, 4, 14, 15 e 18), mas outras conferem interpretação que esvazia o comando contido no art. 231, como a que prevê que o usufruto será sempre relativizado quando houver “relevante interesse público da União” (condicionante 1). Uma delas estabelece que o usufruto não deverá se sobrepôr à defesa nacional (condicionante 5), podendo ser instaladas bases, unidades e postos militares, bem como ser realizada a expansão da malha viária e a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico, independentemente de consulta a comunidades indígenas envolvidas e à FUNAI (condicionante 6). Além disso, independentemente de diálogo com a comunidade, há uma condicionante que autoriza a União a instalar equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além de construções necessárias à prestação de serviços públicos (condicionante 7).

questão, devendo submeter-se ao crivo da fundamentação constitucional e da legislação que demanda uma postura dialógica com os indígenas.

Diante dessas características da atuação da União em favor da propriedade indígena, que abrange a tradução intercultural por meio do registro e a conferência de publicidade à demarcação, a expressão “bem da União” mencionada no art. 20, XI deve ser entendida como bem cultural, relacionando o dispositivo à proteção do patrimônio cultural brasileiro, nos termos do art. 216⁶³. Há deveres de proteção por parte do Estado brasileiro, e a formalização da titularidade da terra indígena em nome da União atende à proteção do patrimônio cultural brasileiro e ao papel de tradutora intercultural, mas não há uma propriedade da União em um sentido que autorize o exercício de algum dos poderes inerentes à propriedade clássica. O papel da União é defender a propriedade indígena, em todos os seus âmbitos, em favor dos anseios dos próprios indígenas e contra terceiros, inclusive antes da demarcação, porquanto a previsão constitucional é totalmente direcionada à garantia de que esses espaços favoreçam os vínculos e as relações que os indígenas estabelecem com o território, não apenas sob uma perspectiva clássica de uso e fruição, mas também afinada com o desenvolvimento espiritual, cultural, político e simbólico dos grupos.

Definidos os contornos da propriedade indígena e do papel da União, a compreensão do chamado “usufruto exclusivo” precisa ser devidamente contextualizada. A Constituição assegura aos indígenas o “usufruto exclusivo” das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras tradicionalmente ocupadas. Isso não significa que os direitos territoriais indígenas se resumam ao instituto do usufruto, mas sim que este será exercido em relação às riquezas do solo, dos rios e dos lagos, como forma de exteriorização da propriedade indígena. Nesse ponto, a ênfase constitucional no adjetivo “exclusivo” demonstra a preocupação constitucional em garantir que tais riquezas sejam poderes atinentes unicamente à propriedade indígena, afastando a apropriação por particulares ou pela própria União. A solução da Constituição assemelha-se, portanto, à da Corte ADHP, no sentido de que a propriedade dos recursos naturais em terra indígena é ampla, não se limitando àqueles que estejam ligados à sobrevivência física e cultural do grupo, como defende a Corte IDH. O texto constitucional exclui, porém, o usufruto do subsolo, afastando-o do âmbito de proteção da propriedade indígena, na forma do art. 231, § 3º, que depende de lei ainda não elaborada.

⁶³ “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.

Cabe observar, ainda, que o “usufruto constitucional exclusivo” não se resume ao “usar” e “fruir”, já que se abre aos múltiplos anseios indígenas quanto às formas de lidar com o território e garante o exercício de direitos culturais, econômicos e sociais, abrangendo a reprodução social, cultural e espiritual da comunidade, o respeito à diversidade étnica, religiosa e cultural, a pluralidade socioambiental, econômica e cultural dessas comunidades. Todos esses poderes estão incluídos no usufruto exclusivo. Considerando esses fundamentos e a característica da terra indígena, o usufruto previsto no art. 231 possui muitas diferenças em relação à conformação do instituto no Direito Civil⁶⁴, já que não é temporário e não gera qualquer dever de restituição da terra a um suposto “nu-proprietário”.

Por último, é importante situar as possibilidades de restrição do direito de propriedade indígena. Este tema é bem amplo, e foge ao escopo deste trabalho tratá-lo em minúcias, pois envolve o tema da consulta prévia⁶⁵, porém é necessário destacar alguns aspectos. Como qualquer direito fundamental, a propriedade indígena não é absoluta. As restrições podem ocorrer, inclusive mediante intervenções estatais que possam acarretar impactos nos territórios. Para que sejam constitucionalmente adequadas, devem observar os parâmetros constitucionais, supralegais e legais pertinentes, além do princípio da proporcionalidade. Neste caso, além da Constituição, a Convenção nº 169/OIT e a DNUPI devem ser observadas, especialmente no que se refere à obtenção de consentimento mediante consulta prévia, livre e informada. Há, nessas situações, além de um ônus argumentativo muito maior para a intervenção, tendo em vista aspectos qualitativos da proteção territorial, de conformação constitucional, a necessidade de aferição sobre os riscos que a intervenção acarreta para a própria sobrevivência do grupo.

A Constituição oferece um norte interpretativo sobre o tema, indicando que o escrutínio das intervenções deve ser estrito. Ela autorizou, por exemplo, a possibilidade de exploração de recursos hídricos e riquezas minerais, na forma da lei (ainda inexistente), mas impôs a oitiva do

⁶⁴ Note-se, por exemplo, o descompasso entre as características do usufruto no Direito Civil e o usufruto e propriedade indígenas. O conceito dado por Caio Mário ao primeiro mostra a diferença: “usufruto é o direito real de fruir as utilidades e frutos de uma coisa sem alterar-lhe a substância, enquanto temporariamente destacado da propriedade” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol IV. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 193). Pela definição, até hoje cabível, o usufruto é temporário, pois pressupõe que o proprietário retome os poderes de usar e fruir em algum momento, e o usufrutuário está subordinado aos poderes do proprietário, não podendo alterar a substância da coisa. Esta lógica do usufruto não se confunde com a lógica constitucional das terras indígenas, já que sobre o exercício dessa propriedade não deve haver qualquer ingerência da União. O usufruto do art. 75 do Decreto nº 1.318/1854 atendia a esses parâmetros, pois havia a pressuposição de que as terras reservadas aos índios em usufruto se converteriam em propriedade privada, mediante ato especial do governo imperial, quando permitisse o estado de civilização dos indígenas. O usufruto constitucional indígena atende a outra lógica, e é apenas um dos modos de exercício da propriedade indígena.

⁶⁵ Sobre a consulta prévia e a intervenção em terras indígenas, veja-se: DUPRAT, Deborah (org.). Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais. Brasília: ESMPU, 2015; e ANAYA, S. James. **International Human Rights and Indigenous Peoples**. New York: Aspen Publishers, 2009.

Congresso e das comunidades afetadas (art. 231, § 3º). Além disso, estabeleceu claramente as condições em que pode haver uma remoção nas terras indígenas (art. 231, § 5º).

No caso do art. 231, § 3º, a preocupação constitucional quanto a algumas formas de exploração que geram impacto sobre as terras indígenas indica a plena adesão do texto constitucional à perspectiva dialógica que envolve os documentos internacionais, como a Convenção nº 169/OIT e a DNUPI, com os quais deve ser lido em conjunto. A convenção estabelece em seu art. 6º a consulta pelos meios apropriados, que deve ser livre, prévia e informada⁶⁶, além de respeitosa às instituições dos próprios índios. Pensar em caráter facultativo da consulta representaria uma violação não apenas do direito territorial, mas da própria autodeterminação dos indígenas, explicitada pelo art. 3º da DNUPI, que trata da livre desenvolvimento econômico, social e cultural dos povos indígenas⁶⁷.

Deve-se reiterar que a consulta não pode revestir-se de uma mera embalagem pluralista, por meio de realização de audiências homologatórias, com direito à participação dos indígenas, mas sim ganhar contornos de um processo de efetivo consentimento prévio, livre e informado desses povos, que ofereça condições a uma visão contra-hegemônica, baseada na autodeterminação e na incorporação de estratégias jurídicas pelos povos indígenas para a sua mobilização política, e que recuse uma adoção meramente conciliatória do procedimento de consulta, devendo levar em conta que ela pode demonstrar a inviabilidade de empreendimentos que acarretem violação ao direito ao desenvolvimento das comunidades.

No caso do art. 231, § 5º, a excepcionalidade da medida de remoção decorre não apenas do tom expresso da proibição (“é vedado”), mas também da previsão expressa de situações que afastam a proibição, do rigor no estabelecimento das condições procedimentais para a tomada da decisão e dos efeitos (provisórios) da medida. A Constituição estabelece a proibição e já aponta as exceções, com formas rígidas de realização⁶⁸, de modo que, levando em conta o conceito de terra indígena constitucional, o rigor deve servir de parâmetro para avaliar os impactos de outras restrições, ainda que menos intensas. A construção de estradas e a implantação de projetos

⁶⁶ Art. 6º 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

⁶⁷ Artigo 3. Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

⁶⁸ KAYSER, Hartmut-Emanuel Kayser. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: Desenvolvimento histórico e estágio atual.** Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed, 2010, p. 234-235; e MIRANDA, A. Gursen de. **O direito e o índio.** Belém: CEJUP, 1994, p. 239.

governamentais, bem como atuações estatais com consequências desta monta devem ser analisadas à luz da diretriz constitucional e da legislação internacional, já que impõem um dano aos índios na relação com o território enquanto espaço de sobrevivência física e cultural, com efeitos irreversíveis, limitando severamente o usufruto e cicatrizando o território em determinados espaços. Muitos empreendimentos podem ensejar a impossibilidade de acesso a certos locais ou a permanente presença externa no território, o que pode ser encarado como uma remoção parcial.

Em conclusão, as propriedades indígenas oferecem uma densificação da interpretação dos direitos territoriais, cujos efeitos devem ser sentidos no exercício da autonomia do povo quanto às ameaças estatais e de particulares. A interpretação intercultural, além de mais condizente com o pluralismo presente na Constituição, permite a adoção de ferramentas mais eficazes na defesa do território independentemente da ocupação física e da própria instauração de processo de demarcação.

3.2 Diretriz número dois: o permanente combate a uma cidadania de segunda classe como justificação

A relação entre a identidade inferiorizada e a falta de reconhecimento é um tema que mereceu atenção dos ordenamentos, ainda que de forma indireta, e ensejou uma outra perspectiva acerca do princípio da igualdade (a igualdade como reconhecimento). A preocupação com a definição dialógica da identidade, conforme Taylor⁶⁹, é sintetizada na constatação de Boaventura de Sousa Santos sobre as implicações entre a diferença e a igualdade, ressaltando que ambas ensejam proteções jurídicas, a depender dos efeitos que provocam (inferiorização ou descaracterização, respectivamente)⁷⁰.

A preocupação com o reconhecimento desencadeou um tratamento da diferença que encontra nos povos indígenas uma aplicação emblemática. Há uma ênfase nos seus modos de vida, hábitos, costumes, tradições e cosmovisões, e geralmente surgem discussões sobre a manutenção da língua, a garantia de processos próprios de aprendizagem e o funcionamento de um sistema de saúde indígena. No que concerne ao território, é comum haver a menção a laços espirituais e a

⁶⁹ De acordo com Taylor, nós definimos nossa identidade sempre em diálogo com, e às vezes em luta contra, as coisas que os outros que nos são significativos veem em nós. Mesmo quando essas pessoas pela nossa vida e desaparecem, a conversa continua como se eles ainda vivessem. Cf. TAYLOR, Charles. "The politics of recognition". In: TAYLOR, Charles; Gutmann, Amy (eds). **Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition**. Princeton, N.J., Princeton: University Press, 1994, p. 33.

⁷⁰ A visão do sociólogo português está consagrada na famosa frase: "temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza". Nesse sentido, ver: SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 462.

espaços sagrados como aspectos de valorização do vínculo especial à terra. O efeito colateral dessa valorização identitária é o essencialismo e a tentativa de impor uma visão conservacionista sobre esses povos, por meio da exigência de exteriorização de determinados comportamentos que atendam às expectativas dos não índios e justifiquem a manutenção do direito. Como consequência, a diferença tida como primitiva ou naturalizante e que contenha uma distintividade cultural marcante responde a um modelo que estaria albergado na proteção, um erro no qual incorre a própria Corte IDH ao indicar que a propriedade indígena serve à preservação de certas características desses grupos.

Diante do risco de uma visão estigmatizante, as políticas de reconhecimento devem estar atentas ao fato de que a diferença não está presente apenas na alteridade radical e que não há um indígena dotado de “mais autenticidade” do que outro. O chamado “índio de verdade”, fruto dessa deturpação, atende ao anseio homogeneizante das já abolidas políticas assimilacionistas de idealizar os indígenas como figuras do passado, como na descrição literária do Romantismo, e que só podem representar certos mitos ou imagens construídas e consolidadas no imaginário nacional. Ante o arcabouço normativo hoje existente, rejeitar a compreensão estereotipada pode até ser fácil na teoria, mas os seus alicerces estão ainda presentes no inconsciente coletivo e mostram-se fortes na definição de casos concretos, como demonstraram os votos dos ministros do STF no caso Raposa Serra do Sol.

No julgamento, o tribunal recorreu, em diversas oportunidades, a um discurso crítico à “proliferação de aldeias” e a supostas fraudes na afirmação da condição indígena. A tentativa de resumir a realidade dos povos indígenas em uma fotografia da situação encontrada em 05 de outubro de 1988 sintetiza um assimilacionismo disfarçado: os direitos são reconhecidos, mas a limitação no tempo impede que outras pessoas se mobilizem por eles. Embora não assuma expressamente uma perspectiva assimilacionista, o STF parece crer na ideia de que os índios são um fato do passado: quem se misturou não volta atrás; quem quiser se “desmisturar” estará agindo de forma fraudulenta.

Nesse cenário, a historicidade, entendida como um conceito que busca estabelecer em perspectiva temporal e espacial as ações humanas praticadas no presente, de modo a perceber a dinâmica que propicia comportamentos, valores, crenças e processos políticos, não pode ser desprezada. A historicidade deve contribuir para a desnaturalização das explicações do presente que a história oficial elabora e para o desmonte da ilusão de que a história das propriedades no Brasil é fruto do sucesso de algumas linhagens de afortunados meritórios sobre pessoas inferiores.

Como afirma James Holston, as disputas pela terra são batalhas sobre o significado da história⁷¹. Há sempre uma busca por um título e pelas origens que demonstrem o acerto ou desacerto das alegações sobre ele. Proprietários buscam legitimar seu patrimônio evocando linhagens do passado ou transações consignadas nos papéis oficiais. No Brasil, a condição indígena era vista como temporária e deveria paulatinamente acabar, o que teve no avassalador processo de espoliação das terras dos índios um instrumento potente. As diferenças sociais foram administradas para legitimar e reproduzir as desigualdades, e não para combatê-las, criando um regime legalizado de privilégios. Os fundadores da nação compartilhavam as ideias de inferioridade racial dos indígenas e dos negros, mas não podiam pregar a exclusão de raças em um país miscigenado, razão pela qual sustentavam a integração como forma de garantir a unidade nacional e o desenvolvimento⁷².

Paralelamente à usurpação de terras, cultivou-se um aparato jurídico e legislativo que, em vez de resolver conflitos, gerou obscuridades e confusões. Quanto mais confuso o sistema jurídico, mais as elites se aproveitaram dele. Foi o que se viu diante do limbo jurídico provocado pela Constituição de 1891, que “legitimou” a apropriação pelos Estados de terras dos índios, bem como nas vaguezas das garantias contidas nas Constituições desde 1934 e no regime tutelar. O emaranhado de documentos cartoriais e a legislação fundiária viabilizavam conflitos, e não soluções, pois asseguravam os termos em que as violações seriam praticadas para perpetuar a dominação. A desigualdade e a posição subalterna dos índios faziam parte de um projeto nacional das elites econômica e política, por isso não podem ser entendidos como um fenômeno exterior à lei, mas intrínseco a ela.

No âmbito administrativo, os territórios ocupados pelos indígenas sofreram diversas modificações ao longo da história, pois estiveram muito mais submetidos à atuação do Estado na gestão populacional do que aos anseios das populações indígenas⁷³ de forma marcante. Os processos de territorialização, decorrentes de atos e saberes coloniais, provocaram impactos na organização dos índios em várias épocas, com interferência nas concepções nativas do presente. A delimitação de terras indígenas deve ser compreendida à luz dessas compreensões e dos aspectos históricos, contextuais e processuais que a envolvem, o que torna o processo demarcatório uma tarefa mais árdua do que um trabalho de mera medição.

⁷¹ Cf. HOLSTON, James. **Cidadania insurgente**: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil. Tradução de Claudio Carina. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. Kindle Edition.

⁷² O trabalho “Apontamentos para a Civilização dos Índios Bravos do Império do Brasil”, de José Bonifácio, é um exemplo disso, pois afirma a inferioridade do indígena e prega a integração à civilização como forma de desenvolvimento pessoal.

⁷³ OLIVEIRA, João Pacheco de. Terras indígenas. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza. **Antropologia e direito**. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2012, p. 371.

Em outras palavras, a constituição dos aldeamentos e vilas, a doação de terras, o estabelecimento de postos e aldeias e a previsão de terras indígenas demarcadas que não correspondem às terras indígenas em sentido constitucional são processos complexos decorrentes de relações específicas entre os grupos e determinados espaços geográficos, os quais influenciaram a própria compreensão dos indígenas sobre os territórios a que se vinculam no presente. Segundo João Pacheco de Oliveira, a territorialização promove uma reorganização social dos grupos que implica quatro aspectos: i) a criação de uma nova unidade sociocultural mediante o estabelecimento de uma identidade étnica diferenciadora; ii) a constituição de mecanismos políticos especializados; iii) a redefinição do controle social sobre os recursos ambientais; e iv) a reelaboração da cultura e da relação com o passado.⁷⁴

A territorialização acarreta um processo geral de reorganização social daquela população, com a imposição de formas tecnológicas, padrões de uso dos recursos naturais, modos de ordenamento político e símbolos identitários. A despeito de a territorialização estar ligada a um mecanismo de imposição da dominação, os indígenas paralelamente se apropriaram e se apropriam dos elementos exógenos e atribuem a eles significados muito distintos do discurso hegemônico⁷⁵.

A ferida colonial causou profundos impactos sobre as trajetórias dos grupos e exigiu comportamentos desses povos que culminaram em etnogêneses e estratégias adaptativas. Ressaem, em diversas situações, a força política e a dimensão simbólica e coletiva da etnicidade, tendo em vista o fato de que os grupos possuem um sentimento de pertencimento étnico a um lugar de origem específico, com a mediação de um território. Essa prática social efetiva é vivida no presente, sem nostalgia em relação ao passado. Há grupos que, de diversas formas, após violências e estratégias adaptativas, conseguiram ter uma trajetória linear para contar, o que torna mais apreensível seus relatos e facilita a solidariedade. Muitos outros, no entanto, sofreram fortemente os efeitos da desterritorialização, já tiveram experiências nas periferias das cidades, foram trabalhadores em fazendas, e agora desejam realizar a “viagem da volta”, buscando suas raízes familiares e coletividades de origem⁷⁶. Não há, nesses casos, uma descendência em linha direta

⁷⁴ Id. Uma etnologia dos “índios misturados”? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. In: _____. **O nascimento do Brasil e outros ensaios: “pacificação”, regime tutelar e formação de alteridades**. Rio de Janeiro: ContraCapa, 2016, p. 193-228.

⁷⁵ OLIVEIRA, João Pacheco de (comp). *Hacia una antropología del indigenismo: estudios críticos sobre los procesos de dominación y las perspectivas políticas actuales de los indígenas em Brasil*. Rio de Janeiro/Lima: Contra Capa / Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, 2006, p. 10-11.

⁷⁶ Um exemplo é o povo Karuazu, que vive em Pariconha, no sertão de Alagoas. O grupo tem conexão sociocultural com o povo Pankararu, mas só se afirmou etnicamente nos anos 90. O cacique dos Karuazu, Edvaldo Soares de Araújo, morou e trabalhou em São Paulo como torneiro-americano. Após a aposentadoria, voltou à terra natal e procurou outras lideranças para lutar em favor da reunião de seu povo, agregando 250 famílias. A articulação política do grupo permitiu a afirmação pública da identidade como grupo e a

dos índios bravos (do passado) ou dos índios isolados (de hoje). Há, ainda, uma boa parte dos indígenas que nasceu em aldeias e postos, submetidos à administração tutelar, e as histórias que os ancestrais contam não remete a um isolamento “selvagem”, mas a processos de controle promovido pelo Estado ou por particulares, que eram voltados à integração e ao abandono de práticas culturais.

A compreensão do passado, que é fundamental, não pode conduzir a uma investigação arqueológica das comunidades indígenas. A construção da legislação e da atuação administrativa colonial sobre os povos indígenas é um importante referencial, pois os saberes coloniais moldaram, direta e indiretamente, a própria identidade dos atuais povos indígenas. Este trabalho não despreza esses fatores e vê na historicidade dos conflitos um aspecto crucial no reconhecimento dos direitos territoriais indígenas. A consideração histórica não deve conduzir, porém, a um exame específico sobre ocupações antigas como fatores exclusivos de justificação de direitos territoriais.

As coletividades atuais reconhecem a si próprias como descendentes de populações que estiveram em determinado marco territorial antes da vinda dos colonizadores europeus e da formação dos Estados Nacionais. Por isso, entendem a si próprias como povos originários, os primeiros povos presentes no espaço territorial nacional⁷⁷. O direito decorre da conexão sociocultural com povos pré-colombianos que aqui habitavam, ou seja, da existência atual de grupos que se identificam por tradições ancestrais e que se consideram etnicamente diferenciados de outros segmentos da sociedade nacional. Não é possível pegar uma listagem de etnias e retroceder, para cada etnônimo específico, até os primórdios da colonização portuguesa⁷⁸, pois enquanto há etnias que são referidas na historiografia, relatadas em crônicas do período colonial, existem grupos de elaboração recente e que resultam de processos estudados nos anos 40 e até nos anos 70, 80 e 90.

Em muitos casos, os índios sabem que estão distantes da origem que reivindicam em termos de organização política, cultural e cognitiva, mas exercem a “viagem da volta”, mediante a elaboração de utopias (religiosas, morais, políticas) para superar a contradição entre objetivos históricos e o sentimento de lealdade às origens, o que torna a identidade étnica uma prática social

reivindicação de um território. Cf. Conselho Indigenista Missionário – Cimi. **Outros 500**: construindo uma nova história. São Paulo: Editora Salesiana, 2001, p. 165.

⁷⁷ OLIVEIRA, João Pacheco de. Entre la ética del diálogo intercultural y una nueva modalidad del colonialismo. Los Pueblos Indígenas en las Diretrices del Banco Mundial. In: _____ (comp). **Hacia una antropología del indigenismo**: estudios críticos sobre los procesos de dominación y las perspectivas políticas actuales de los indígenas em Brasil. Rio de Janeiro/Lima: Contra Capa / Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, 2006, p. 188.

⁷⁸ OLIVEIRA, João Pacheco de. A problemática dos 'índios misturados' e os limites dos estudos americanistas: um encontro entre antropologia e história. In: _____. **Ensaio em antropologia histórica**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999, p. 106.

efetiva⁷⁹. Isso produz um sentimento dividido entre duas lealdades contraditórias, a de sua terra de origem e a do lugar onde estão atualmente.

Os direitos territoriais são um reconhecimento da condição de descendentes de populações autóctones e da garantia de estabelecer mecanismos de acesso a territórios, tendo em vista que a condição étnica encontra na terra um fator decisivo de exteriorização. Deve-se sublinhar, com Barth, que as categorias étnicas, enquanto tipos organizacionais de unidades sociais, utilizam-se de diferenças que os atores consideram significativas, sendo que algumas características culturais são usadas como sinais e emblemas de diferenças, outras são ignoradas, e em certas situações diferenças radicais são até deixadas de lado. Não é possível prever de plano as características que serão enfatizadas e tornadas relevantes para os atores.

Assim, as categorias étnicas oferecem um tecido organizacional que dispõe de quantidades e formas variáveis de conteúdo em diferentes sistemas socioculturais⁸⁰. Uma vez ocorrida a autoidentificação como grupo, a natureza da unidade social depende da manutenção da fronteira. As características culturais que sinalizam a fronteira podem mudar, e os grupos podem sofrer transformações, inclusive organizacionais. Mais importantes na definição da etnicidade são as fronteiras sociais, que têm contrapartidas territoriais. Elas canalizam a vida social e implicam uma organização complexa do comportamento e das relações sociais⁸¹. Isso não significa fechamento, pois a interação requer e gera uma congruência de códigos e povos, implicando não apenas critérios e sinais de identificação entre grupos distintos e aproximações, mas também a própria persistência da diferença.

Os territórios são definidos e delimitados por e a partir de relações de poder, que se projetam no espaço. Ele representa um campo de forças que envolve relações diversas em que se define ao mesmo tempo um limite, uma alteridade, em que se coloca a diferença entre “nós” (o grupo, os membros da coletividade) e os “outros” (os de fora, os estranhos)⁸². Todavia, essa separação não redundaria na caracterização das unidades sociais como sistemas fechados, pois as interações estão presentes e não admitem uma concepção naturalizada de cultura, que se entregue a uma representação sobre o indígena que não esteja atenta à forma como eles se “desmisturam” para demarcar a sua diferença. A indevida exigência de pureza e autenticidade

⁷⁹ Id. Uma etnologia dos “índios misturados”? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. In: _____. **O nascimento do Brasil e outros ensaios: “pacificação”, regime tutelar e formação de alteridades**. Rio de Janeiro: ContraCapa, 2016, p. 217.

⁸⁰ BARTH, Fredrik. Introduction. In: _____. (ed). **Ethnic groups and boundaries: the social organization of culture difference**. Boston, Massachusetts: Little, Brown and Company, 1969, p. 14.

⁸¹ Ibid, p. 15.

⁸² SOUZA, Marcelo José Lopes de. O território: sobre espaço e poder, autonomia e desenvolvimento. In: CASTRO, Iná Elias de; GOMES, Paulo César da Costa; CORRÊA, Roberto Lobato (org.). **Geografia: conceitos e temas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 96.

carrega a premissa de que os indígenas são seres primitivos, facilitando a tentativa de dividir os indígenas entre autênticos e aculturados para garantir normatizações distintas pelo Estado.

As culturas são heterogêneas e diversificadas, não cabendo recorrer a modelos naturalizantes e primitivistas de definição de um território, mas sim identificar que os grupos são marcantes porque estabelecem uma diferença em relação à sociedade nacional, e inclusive são diferentes entre si. Nesse sentido, a tentativa de diluir os fatores étnicos para imiscuir grupos sem grande distintividade cultural no tratamento como pobres ou excluídos significa privá-los da sua representação e de sua identidade coletiva⁸³, retirando a dimensão simbólica e política da afirmação da identidade.

O reconhecimento do cenário acima impõe uma reestruturação das práticas sociais. A interculturalidade prescreve, além da releitura da propriedade, o enfrentamento das desvantagens sistemáticas. Em vez de pensar apenas no tratamento diferenciado de grupos, naturalizando a distintividade cultural, deve-se buscar a eliminação da cidadania de segunda classe, não para anular a diferença étnica, mas para assegurá-la, permitindo a convivência entre grupos. Nesse passo, a contrapartida da redistribuição deve caminhar ao lado do reconhecimento.

A intrínseca relação das dificuldades de afirmação étnica com a estrutura agrária brasileira, marcada pela concentração e pela desigualdade, não pode ser ignorada. Os índios foram historicamente tratados como um obstáculo à concentração de terras e à consolidação da propriedade privada. No século XIX, negar a condição étnica desses povos e tratá-los como “cidadãos” atendia a um projeto que favorecia a apropriação de suas terras. Ao delimitar no presente a fronteira étnica e exigir a demarcação de seus territórios, os indígenas enfrentam esse estado de coisas e demandam a prevalência da propriedade indígena sobre o latifúndio e qualquer concentração fundiária, hoje e agora.

Há três fatores que permitem encarar o caráter diferencial da atual legislação e construir uma nova interpretação: i) a atual Constituição é fruto de processo democrático que contou com a mobilização de grupos indígenas, os quais conseguiram colocar no texto os seus anseios, tendo derrotado o projeto conservador; ii) o texto constitucional questiona a estrutura desigual da sociedade brasileira e impõe comandos para respeitar as diversas identidades, especialmente as dos grupos que formam a nação; iii) a convivência entre propriedades deve ser densificada pelo tratamento da diferença que não se limite a políticas de reconhecimento, abrangendo também as de redistribuição, cujo ponto de intersecção é a garantia de territórios aos grupos que os reivindicam.

⁸³ ALMEIDA, Alfredo Wagner B. de; SANTOS, Glademir Sales dos. **Estigmatização e território: mapeamento situacional das comunidades e associações indígenas na cidade de Manaus**. Manaus: Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia / Editora da Universidade Federal do Amazonas, 2009.

O primeiro fator remonta à organização nacional dos indígenas a partir dos anos 70, influenciando o debate na opinião pública sobre o tema. O segundo fator decorre de algumas previsões constitucionais, como o objetivo de promoção do bem de todos sem discriminação (art. 3º, IV) e diversos dispositivos que tratam do respeito à diferença. Já o terceiro fator, que enseja a conciliação de reconhecimento e redistribuição, pode ser extraído do objetivo de erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução de desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III), bem como de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I). O dever estatal de demarcar territórios e a declaração de nulidade de títulos incidentes sobre essas áreas, prevista no art. 231, § 6º, são corolários desse compromisso redistributivo.

Os direitos territoriais indígenas devem ser, pois, entendidos como um mecanismo de eliminação da cidadania de segunda classe que foi imposta a esses povos até 1988, com efeitos até hoje, e que impediu o seu florescimento autônomo, sujeitando-os a constantes pressões da sociedade nacional. O conjunto de direitos do projeto constitucional tem por objetivo eliminar um sistema de tratamentos não igualitários que se baseiam, de forma injustificada, na negação da diferença ou no tratamento meramente ornamental desta.

O combate à cidadania de segunda classe remete à ideia central do chamado princípio anticasta, estabelecido por Cass Sunstein, que preconiza o objetivo constitucional de superar uma desvantagem social sistemática e impedir que um grupo seja colocado abaixo de outro com base em características morais irrelevantes, como raça, gênero e etnia⁸⁴. A desvantagem sistemática manifesta-se em diversas esferas e gera impactos nos direitos à terra, à representação política, à educação, à saúde etc. Ela está presente na sociologia das ausências e no pensamento abissal, que viabilizam a permanente negação da diferença enquanto símbolo e no acesso a recursos.

Para além de um compromisso antidiferenciação, que reprova qualquer tipo de tratamento diferenciado e preocupa-se meramente com a neutralidade, e tendo em vista uma orientação de aprofundamento da perspectiva anti-subordinação, que afasta os tratamentos supostamente neutros que reforçam a subordinação⁸⁵, a Constituição impõe a reestruturação total das práticas sociais de forma a suplantar a cidadania de segunda classe dos povos indígenas e combater a discriminação estrutural que os atinge⁸⁶.

⁸⁴ SUNSTEIN, Cass R. **Designing Democracy: What Constitutions Do**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 170.

⁸⁵ Nesse sentido, ver: RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

⁸⁶ A discriminação estrutural é a consequência da estratificação promovida com base em uma acumulação de desvantagens sociais, colocando certos grupos em posição de subordinação durável ou permanente. Processos sociais que convergem para criar situações assimétricas de poder fazem parte da operação regular das instituições sociais, que se legitimam por ideologias que inferiorizam os grupos. Cf. MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?** Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, Justificando, 2017, p. 136-138.

O princípio anticasta sustenta um compromisso com a constante revelação das tentativas de deturpação do sentido constitucional em detrimento de pessoas invisíveis e demonizadas⁸⁷, e propõe-se a desafiar aquilo que Marcelo Neves chama de relações excludentes entre subintegrados e sobreintegrados, as quais costumam viabilizar a concretização desconstitucionalizante do texto constitucional⁸⁸, que retira qualquer peso das normas igualitárias, além de combater a manutenção de um *status quo* social e a negação de uma esfera pluralista no reconhecimento de direitos.

Nessa esteira, é possível utilizar o conceito de “igualdade extensiva”, da Corte Constitucional colombiana, para demonstrar um outro alcance do princípio da igualdade, que pretenda ser relacional e plurinormativo. A igualdade extensiva comporta quatro mandatos: i) tratamento idêntico a destinatários que se encontrem em situações idênticas; ii) tratamento diferenciado a destinatários cujas situações não compartilhem nenhum elemento em comum; iii) tratamento paritário a destinatários cujas situações apresentem similitudes e diferenças; e iv) tratamento diferenciado a destinatários que se encontrem em situações similares a “iii”, mas em que as diferenças sejam mais relevantes que as semelhanças⁸⁹. Esse alcance do princípio da igualdade permite associar políticas de reconhecimento com políticas de redistribuição e captar situações distintivas que exigem o combate a desvantagens sociais sistemáticas.

A igualdade extensiva apreende o fato de que a igualdade deve ser avaliada à luz de dois regimes jurídicos distintos. Assim, um regime jurídico não é considerado discriminatório de forma isolada, mas em comparação com outro, sendo que os critérios para a equiparação devem ser avaliados concretamente. Por isso, nos regimes de propriedades, não basta realizar um juízo abstrato de adequação entre a norma sobre a propriedade privada e o preceito constitucional, mas também analisar se foi levado em consideração o regime jurídico da propriedade indígena. Essa relação internormativa pressupõe um teste de igualdade⁹⁰, de forma a identificar a presença de

⁸⁷ Segundo Oscar Vilhena, as desigualdades econômicas e sociais verificadas no Brasil provocam sérios abalos na noção de Estado de Direito, decorrentes dos fenômenos da invisibilidade, da demonização e da imunidade. A invisibilidade consiste na indiferença quanto ao sofrimento dos mais pobres, sem resposta adequada das leis ou dos agentes públicos. A demonização consiste em processo de desconstrução de pessoas tidas como indesejadas, havendo respaldo para lhes causar danos, como ocorre a presos, criminosos comuns e até a membros de movimentos sociais. Por fim, a imunidade diz respeito à não aplicação da lei a pessoas ricas e poderosas, que se colocam acima dele e imunes às obrigações que todos devem ter. Cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 191-216.

⁸⁸ Cf. NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**, p. 321-330, Brasília a. 33 n. 132 out./dez. 1996.

⁸⁹ Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia C-624/2008.

⁹⁰ Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia C-093/2001.

uma discriminação normativa e a corrigir tanto o tratamento diferenciado injustificado quanto o tratamento igual de situações diferenciadas.

No mesmo sentido acolhedor, a DNUPI reforça o direito dos povos indígenas às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido (art. 26.1), abrindo-se a diversas propriedades, sem olhar primitivista. Além disso, há o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim aqueles que de outra forma tenham adquirido (art. 26.2).

A perspectiva anticasta confere, portanto, fundamentação aos direitos territoriais dos povos indígenas. Ela não exige a prática de um ato específico no passado, em determinado momento histórico, nem a intrínseca conexão a uma discriminação delimitada em contexto pretérito para justificar a adoção de medidas em favor de certos grupos. A perspectiva anticasta busca, em verdade, enfrentar o fato de que uma diferença moralmente irrelevante foi transformada, de modo injustificado, em uma desvantagem social na vida cotidiana de pessoas e grupos que se afirmam hoje como indígenas⁹¹. Propõe, assim, que os princípios e os desenhos institucionais sejam transformados, de modo a favorecer a diferença que caracterize esses grupos e a promover uma igualdade que não os inferiorize.

As discriminações não remetem ao passado, mas ao presente, em razão de um arranjo social contemporâneo que atribui a certas pessoas e grupos uma posição de segunda classe, impedindo o acesso a territórios. Há danos correntes na própria configuração do sistema, que cria uma espécie de sistema de castas, o qual deve ser eliminado.

Para a compreensão da desvantagem social sistemática, a historicidade desempenha um papel fundamental, pois ajuda a compreender as dinâmicas e os conflitos que permitiram a “emergência” de identidades, as estratégias adaptativas, os esquecimentos, os desaparecimentos e reaparecimentos de grupos, a mescla de grupos, o surgimento de etnônimos outrora desconhecidos, as violações, as territorializações, as cosmovisões atuais etc. A historicidade oferece ferramentas para entender o presente, e não o passado, por isso não se confunde com a ideia de reparação por um passado injusto, como se a garantia dos direitos territoriais fosse uma compensação por danos específicos a determinado grupo em razão de uma violação pretérita.

A perspectiva compensatória, geralmente pensada para indivíduos, está mais preocupada com os atos do passado que vitimaram pessoas específicas, e tenta trazer a vítima à condição em que ela estaria hoje se a lesão não tivesse ocorrido. Ela busca reposicionar uma pessoa que foi prejudicada a um estágio em que ela estaria se a conduta ilícita não tivesse ocorrido. No caso de

⁹¹ SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição parcial**. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 419-420.

grupos que sofreram uma violação sistemática no passado, em muitas situações os destinatários da reparação não são as mesmas pessoas que sofreram diretamente as violações, embora estejam de certa forma ligados à condição de pessoas afetadas pela mesma condição discriminada⁹². Embora necessária, a perspectiva da compensação carece de um alcance para atender a grupos que não teriam sofrido exatamente as mesmas violações. No caso dos indígenas, os que vivem hoje construíram sua trajetória com base em realidades muito diversas de seus antepassados.

É inegável que a reparação pelo passado injusto tem um forte apelo moral e resgata a importância dos fatos históricos que conduziram ao genocídio dos povos indígenas. A colocação em evidência dos direitos indígenas pela Constituição alinha-se, de forma geral, ao compromisso da reparação histórica, que deve ser sempre levada em consideração, pois reforça a justificação dos direitos territoriais. A Constituição reconhece o passado genocida e tem o firme compromisso de enfrentar essa realidade, como fez a África do Sul contra o *apartheid*. Contudo, não se exige a identificação específica de vítimas das violações ou a correlação de violências do passado com os direitos específicos de grupos.

Considerando os processos de novas formações de grupos e etnogêneses, a reparação se torna ainda mais penosa quanto à perspectiva de grupos cuja existência se faz no presente, sem traços de continuidade não simbólicos com grupos do passado, pois carecem de uma árvore genealógica ou de um vínculo que regrida diretamente a uma linhagem de povos de séculos passados. Assim, embora seja um argumento importante para justificar os direitos territoriais, a reparação histórica por um passado injusto deve ser utilizada de forma difusa⁹³, de maneira a subsidiar a historicidade dos conflitos e assegurar os processos demarcatórios. Sua invocação não pode jamais implicar um efeito limitador no reconhecimento de povos e territórios indígenas, como se apenas aqueles que viviam no passado e sofreram violações efetivamente demonstradas devessem ser destinatários da proteção.

Os “direitos originários” não podem ser interpretados de uma maneira que transfira aos indígenas o dever de indicar uma precedência na ocupação da terra ou uma fundamentação histórica da ocupação. A jurisprudência do STF tem se marcado há décadas por esse tipo de análise, o que provoca uma espécie de busca arqueológica sobre a ocupação tradicional ao exigir dos índios continuidade histórica, coesão e estabilidade em suas trajetórias, ainda que à custa de violências e espoliações no caminho, para ser reconhecido o direito territorial.

⁹² PAUL, Ellen Frankel. Set-asides, reparations and compensatory justice. In: CHAPMAN, John (ed.). **Compensatory Justice**. New York: New York University Press, 1991, p. 120.

⁹³ Cf. FERES JÚNIOR, João. Comparando justificações das políticas de ação afirmativa: Estados Unidos e Brasil. **Estudos Afro-Asiáticos**, v. 29, n. 1-3, 2007, p. 63-84.

O texto constitucional, em seu conjunto, oferece caminhos que vão muito além da análise da trajetória específica de um grupo ao longo do tempo. O conceito de “terras tradicionalmente ocupadas” não se refere apenas ao resgate de áreas de ocupação antiga, pois está ligado à afirmação da diversidade e da fronteira étnica no presente. Os direitos territoriais indígenas são tratados de maneira contemporânea, e a Constituição não fez qualquer tipo de distinção cronológica entre grupos do passado e grupos do presente. Ao mesmo tempo, o projeto constitucional reconhece a situação de estigmatização e inferiorização por que passaram esses grupos, motivo pelo qual estabelece em diversos dispositivos mecanismos para garantir sua emancipação, não no sentido de cessação da incapacidade ou de perda da condição étnica, mas para viabilizar a autonomia sobre os territórios.

Em outros termos, a Constituição obviamente protege a situação de grupos que mantiveram um vínculo com um território específico de forma coesa ao longo do tempo, mas não exige, para garantir direitos territoriais, que a trajetória de todos os grupos tenha essa mesma característica. A norma constitucional preconiza a garantia de que os indígenas tenham acesso às terras que tradicionalmente ocupam ou almejam ocupar para superar uma desvantagem social sistemática, sem submeter-se ao jugo estatal e particular de imposições e homogeneizações. O texto constitucional permite novas ocupações, pois isso é fruto da garantia da propriedade indígena (art. 5º, XXII c/c art. 231), do pluralismo e do processo de afirmação étnica que ele viabiliza. Neste rearranjo social, o território desempenha um papel central na eliminação de cidadanias de segunda classe e na promoção de reconhecimento e redistribuição.

Cabe sublinhar que a previsão de “direitos originários” no texto constitucional não foi em vão. Ela é indicativa da garantia de direitos a grupos que reivindicam uma condição de povo originário e um vínculo identitário com povos pré-colombianos. A análise da condição originária é feita com base no vínculo simbólico e identitário dos grupos. A avaliação histórica permite identificar como os direitos territoriais foram moldados e negados ao longo do tempo, mas não exige a ligação direta entre gerações para a configuração no presente. Ela indica não apenas um caráter especial desses direitos, mas uma precedência *prima facie* da propriedade indígena, dado o compromisso com o enfrentamento de uma desvantagem social sistemática.

Não se trata aqui de reavivar a velha discussão sobre terras imemorais, mas sim de compreender que os povos indígenas são grupos que se formam também no presente, a partir da afirmação das identidades e por meio do estabelecimento de fronteiras étnicas, e que a Constituição viabilizou o autorreconhecimento e autorizou estímulos indiretos para que isso ocorresse, com consequências jurídicas claras. O fim do sufocamento de identidades anteriormente vigente leva cada vez mais pessoas e grupos a conceberem a si próprios como povos originários, estabelecendo em territórios um vínculo identitário com povos pré-colombianos.

A imemorialidade e a historicidade não são a mesma coisa. Enquanto a imemorialidade se refere a uma ocupação passada que acabou, sem procurar entender os contextos e processos envolvidos, e serve para atestar a ausência de continuidade de presença indígena como fundamento para a negação do direito territorial, a historicidade tem como ponto de partida o reconhecimento de um passado de violências contra os povos indígenas e procura investigar, ante uma demanda específica, a formação de uma desvantagem social sistemática em desfavor de grupos etnicamente diferenciados. Com essa análise, o entendimento das práticas coloniais e colonialistas e dos processos de genocídios, esbulhos, expulsões e estratégias adaptativas oferece subsídios para apreender as razões dos eventuais desaparecimentos de grupos indígenas e dos deslocamentos e transformações por que passaram, bem como das “emergências” étnicas e das etnogêneses. A historicidade pode avaliar, portanto, a demonstração de que a reivindicação no presente escancara um passado de privações e concentrações, com o qual o grupo que reivindica o território no presente possui uma conexão sociocultural.

O debate jurídico teima em apegar-se a essências. O afã de enquadramento e a herança positivista levam a um permanente descompasso entre, de um lado, a descrição estática de fenômenos que não são rígidos como as nomenclaturas desejam e, de outro, as interações e transformações que ocorrem de forma permanente. Contra essa tendência, o desafio é garantir a abertura necessária para permitir automaticamente novos enquadramentos e refutar a leitura colonialista da legislação, favorecendo a construção de novas formas jurídicas e o acesso democrático à terra. A Constituição assegura isso.

Para concluir, é essencial sintetizar que as terras tradicionalmente ocupadas não se referem apenas a áreas de ocupação antiga, mas também a áreas de ocupação recente. A população indígena cresce a cada censo⁹⁴, mais pessoas se autodenominam índios e mais terras são reivindicadas. A realidade de 5 de outubro de 1988 não era imutável, por isso o prazo do art. 67 do ADCT era de cumprimento impossível, já que a proliferação de aldeias não decorreu de fraudes, mas do êxito do projeto constitucional. Há uma expansão das terras, pois as pessoas se organizam e se mobilizam pela autoidentificação. Nos anos 80, dizia-se que não havia índios em vários cantos do país, e hoje diversas pessoas, espalhadas por todas as regiões, afirmam a condição indígena.

Há processos atuais de fixação dos indígenas em territórios, sujeitos a um jogo de forças e pressões contrárias e embates políticos, e a permanência nessas áreas quase nunca é um

⁹⁴ Segundo dados do censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010, com todas as ressalvas que este tipo de medição merece, a população indígena abrange 896,9 mil indígenas, pertencentes a 305 povos, com 274 línguas distintas. De acordo com o Instituto Socioambiental, há 254 povos, em uma classificação que trata alguns grupos como subgrupos de outros. Sobre o tema, veja-se: Instituto Socioambiental. População indígena no Brasil. Disponível em: <<https://pib.socioambiental.org/pt/c/0/1/2/populacao-indigena-no-brasil>> Acesso em 10 dez. 2017.

fenômeno livre de pressões. A expressão dos membros do grupo é moldada por um cenário de confrontações, conforme os contextos históricos e conjunturas locais, e a própria forma como o grupo entende o território e “inventa” suas tradições possui identificação com essa realidade. Assim, a manifestação dos indígenas jamais será estática e final, estando sujeita a inúmeras variações⁹⁵.

3.3 Diretriz número três: o protagonismo indígena nas disputas interpretativas sobre os direitos territoriais

Como afirma Eric Wolf, desde cedo a escola nos ensina que o Ocidente é uma entidade independente de outras civilizações e que segue uma determinada genealogia, na qual a história se converte em um relato dos ganhadores, bons e virtuosos, sobre os perdedores. Assim, a Grécia antiga deu origem a Roma, que deu origem à Europa cristã, ao renascimento, ao iluminismo, à democracia política e à revolução industrial. A democracia produziu os Estados, de onde surgiram os direitos à vida, à liberdade e à busca pela felicidade.

Os povos derrotados são tratados como povos sem história, relegados a um estudo de etno-história, que não se confundiria com a “verdadeira” história. No entanto, Wolf observa que, quanto mais se conhece a tal etno-história, a constatação de que a história “deles” e a “nossa história” são parte de uma mesma história se torna mais evidente. Não existe uma história indígena que é separada da história dos brancos, pois ambas são componentes de uma história comum, sendo que algumas partes desse mosaico foram suprimidas por razões políticas, econômicas ou ideológicas⁹⁶.

Como consequência dos processos de dominação, a história oficial reflete a história dos dominadores. Sem embargo, os processos históricos não se limitam à sucessão linear de acontecimentos escolhidos para favorecer uma versão da história. Essa heterogeneidade histórico-estrutural agrega perspectivas e trajetórias distintas. A genealogia do pensamento decolonial deve ser pluriversal e reintroduzir línguas, memórias, economias, organizações sociais e subjetividades.

A utopia de um diálogo intercultural pleno não pode negar que o caminho é árduo, pois demanda a desconstrução de um racismo epistêmico de mais de quinhentos anos. Por isso, a desobediência epistêmica, que propõe Walsh, e a consolidação de medidas afirmativas com viés transformativo, a que se refere Fraser, devem compor estratégias de luta na descolonização dos

⁹⁵ OLIVEIRA, João Pacheco de. Apresentação. In _____. (org.). **Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Contracapa, 1998, p. 9.

⁹⁶ WOLF, Eric R. **A Europa e os povos sem história**. Tradução de Carlos Eugênio Marcondes de Moura. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005, p. 43.

próprios direitos humanos. A alternativa da interpretação intercultural trilha por essa estrada, tentando revirar o ordenamento e ressignificá-lo de forma construtiva mesmo com o jogo em andamento.

O trajeto só será completo, porém, se contar com o protagonismo indígena. A lógica da tutela ainda está muito arraigada na condução dos assuntos que interessam aos indígenas. Em vários espaços, muitas deliberações que afetam decisivamente os indígenas prescindem de uma interferência decisiva desses grupos na definição dos rumos escolhidos. Em debates acadêmicos, na atuação do Ministério Público, nas decisões da FUNAI e da SESAI (Secretaria Especial de Saúde Indígena), no Parlamento, no Ministério da Justiça e no Judiciário, os indígenas carecem de mecanismos institucionais de controle das decisões e não há arranjos que os coloquem no centro das esferas de poder. Em relação a processos decisórios mais amplos, que não lhes digam respeito de forma direta, a situação é ainda pior, pois a participação indígena sequer é cogitada.

Pode-se utilizar como exemplo o sistema de justiça, onde há constante denegação aos indígenas de direitos básicos, como a citação e a participação em processos judiciais – com resquícios de aplicação do regime da tutela -, e indiferença quanto ao pluralismo que a Constituição expressamente assegurou, por meio de um indisfarçado olhar colonial, superior e indiferente. O processo judicial não é aberto à participação dos índios, que só podem se fazer representar por advogado e dificilmente são atendidos por um juiz – às vezes nem é autorizada sua entrada no fórum ou, quando admitida, são feitas exigências, como a retirada de pinturas ou a colocação de camiseta. Da mesma forma, são raras as vezes em que um julgador se dispõe a realizar uma reunião com a comunidade ou a realizar uma inspeção judicial na terra indígena nos casos de conflitos de terras. Apesar do art. 232 da Constituição, predominam as mediações – via FUNAI, MPF ou Defensoria – e a discussão em torno dos papéis, dos registros e das leis dos brancos.

Mesmo os órgãos de mediação estabelecem uma relação distanciada com as comunidades. No MPF, embora tenha se consolidado uma cultura institucional de respeito a esses povos e de atuação combativa, por conta da existência da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão e de um grupo de procuradores comprometidos com a causa, em muitas unidades ainda prevalece uma relação meramente burocrática com as lideranças, de apoio em situações emergenciais e de pouca interação com as demandas apresentadas, sem falar nos casos em que a atuação do órgão acaba contribuindo para a própria desagregação da comunidade⁹⁷.

Esse distanciamento evidencia não apenas o fato de que a ultrapassada ideia de incapacidade civil paira sobre as pré-compreensões dos juristas, com a sobreposição do Estatuto

⁹⁷ Nesse sentido, veja-se: Carta Capital. Indígenas de São Paulo são acossados por todos os lados. Marsílea Gombata, publicado em 30/08/2016. Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/revista/916/indigenas-de-sao-paulo-acossados-por-todos-os-lados>> Acesso em 10 out. 2016.

do Índio à Constituição, mas também um distanciamento regulamentar por parte dos órgãos do sistema de justiça quanto a esta pauta, preferindo colocar a responsabilidade pelo encaminhamento de soluções à FUNAI, enquanto parte, deixando de fora do processo os principais interessados. Muitas vezes os índios são privados da possibilidade de estar no processo, como se viu no julgamento dos embargos de declaração no RMS 29.087/DF⁹⁸, no STF, que denegou a participação indígena em razão da presença da FUNAI, e, quando isso acontece, lhes é relegado um papel menor, com o risco de ser obscurecido pela atuação do MPF e da FUNAI. O julgamento do caso Raposa Serra do Sol ratificou essa invisibilização, o que se extrai da inexistência de audiências públicas e da falta de abertura a um diálogo intercultural com os diversos povos para discutir as chamadas salvaguardas propostas pelo Min. Menezes Direito.

A proteção jurídica efetiva desses povos depende de direitos a procedimentos judiciais e administrativos, os quais desempenham um papel fundamental na concretização dos direitos fundamentais das comunidades. Isso não decorre apenas da característica dos processos demarcatórios, mas também pelo fato de que qualquer tipo de decisão que subestime a voz dos povos indígenas incorrerá em forte etnocentrismo. As normas procedimentais e organizacionais aumentam, portanto, a proteção aos direitos fundamentais territoriais e devem ser entendidas como parte de sua implementação⁹⁹.

A criação de condições para o florescimento do protagonismo indígena é medida premente, a ser adotada em várias esferas. No âmbito da concretização dos direitos territoriais, que é o escopo deste trabalho, devem ser estimulados os processos políticos de participação na definição dos territórios e a internalização do pensamento indígena na análise jurídica da temática.

A participação política dos indígenas na demarcação de terras indígenas depende da capacidade de mobilização desses grupos para desnaturalizar a realidade fundiária existente e assegurar a propriedade indígena. Esta, como se viu, não depende da ação estatal de demarcação, razão pela qual a atuação política dos indígenas contribui para romper a inércia de um Estado comprometido com a mera normalização de ilegalidades e que não se desincumbe de seu dever constitucional.

Na qualidade de atores políticos, os indígenas são também intérpretes da Constituição, e buscam aliados e parceiros, inclusive não indígenas, para conduzir estratégias que façam valer os seus direitos territoriais. Em caso de omissão do Estado, a adoção de estratégias de mobilização e luta como as “retomadas” e as “autodemarcações” são plenamente legítimas, pois asseguram a

⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Emb. Decl. Nos Emb. Decl. No RMS 29.087/DF. Segunda Turma. Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. 08.03.2016.

⁹⁹ Sobre o tema, veja-se: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 488-490.

defesa da propriedade indígena contra investidas de terceiros e provocam a desestabilização do *status quo* na busca efetiva de soluções¹⁰⁰. Nesse contexto, a criação de contranarrativas dinâmicas apresenta-se de variadas formas, como a construção dos territórios com base nos próprios parâmetros dos grupos e a criação de suas próprias cartografias, em contestação às cartografias oficiais, rompendo com as perspectivas que essencializam as identidades¹⁰¹.

Outra via de participação dos indígenas é o acompanhamento permanente dos processos de demarcação, mediante controle da atuação administrativa e interferência nas deliberações. As demarcações, embora demandem capacidades institucionais típicas do Poder Executivo, não são processos exclusivamente técnicos ou neutros. O processo demarcatório não se resume ao estabelecimento de marcos físicos ou trabalhos de topografia, nem à suposta investigação de espaços tradicionais. Há uma tendência em naturalizar o tratamento do vínculo de determinada população a um determinado local específico, como se houvesse concepções imutáveis de territorialidade ao longo do tempo¹⁰². A configuração da terra indígena demarcada depende de muitas variáveis que precisam ser desnaturalizadas, como as legislações envolvidas, os interesses dominantes e as disposições negociais para a concretização do direito, inclusive dos próprios indígenas. A presença política efetiva dos indígenas é fundamental para que o direito territorial seja concretizado (terra indígena demarcada) de forma próxima ou igual àquela por eles almejada (terra indígena constitucional).

Isso não significa que a imprescindível participação de um grupo técnico composto por profissionais ligados a campos do saber como a antropologia e a história deve ser desvalorizada, mas sim que o protagonismo indígena é imprescindível no estabelecimento da fronteira étnica. Há um caráter sociocultural no processo de demarcação que não se confunde com uma noção tecnicista que trate de forma exclusivamente objetiva o processo demarcatório. É reducionista imaginar que uma identificação de área indígena corresponde, por exemplo, a um simples ato técnico de busca de antigos cemitérios, como se ela se resumisse a uma procura por impressões digitais¹⁰³. A articulação política e os anseios dos grupos envolvidos, que devem ser os protagonistas desses processos, são fatores preponderantes.

¹⁰⁰ Por exemplo, na Terra Indígena Maró, no Pará, diante da omissão do órgão indigenista, os Borari e Arapium deram início a um movimento autônomo de delimitação territorial, com base na lógica das próprias comunidades. Foi elaborado um mapa participativo, indicando uma área de 42 mil hectares. Sobre o tema, veja-se: TAPAJÓS, Ib Sales. “Direitos Indígenas no Baixo Tapajós, entre o Reconhecimento e a Negação: o caso da Terra Indígena Maró”. *Revista InSURgência*. Brasília, ano 1, v. 1, n.2, 2015, p. 94-95.

¹⁰¹ ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. “Novos colonialismos”: Diálogos evanescentes numa fronteira em movimento. In: GEDIEL, José Antônio Peres et al (coord.). *Direitos em Conflito: movimentos sociais, resistência e casos judicializados*. Vol. 2. Curitiba: Kairós Edições, 2015, p. 41-62.

¹⁰² OLIVEIRA, João Pacheco de. Terras indígenas. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza. *Antropologia e direito*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2012, p. 369.

¹⁰³ OLIVEIRA, João Pacheco de; ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno. Demarcación y reafirmación étnica: una etnografía de la agencia indigenista. In: _____ (comp). *Hacia una antropología del indigenismo: estudios*

A atividade antropológica é fundamental, pois auxilia na tradução intercultural e nas constantes negociações que envolvem a definição de uma terra indígena a ser demarcada. Não obstante, o antropólogo não substitui a comunidade, e apenas os indígenas são capazes de dizer como se configuram, em sua visão, os territórios, e as mediações devem ser vistas permanentemente de forma crítica, com vistas a minimizar a sua influência. Acresça-se que o destaque que ora se confere à complexidade dos processos envolvidos e ao protagonismo indígena não tem nada a ver com o arbítrio político que os opositores da causa indígena almejam com a proposta de transferir a atribuição para demarcações ao Poder Legislativo. Dizer que o processo demarcatório contém aspectos não tecnicistas não autoriza a sua subordinação à maioria política ocasional no Parlamento. O processo envolve capacidades institucionais próprias do Executivo e demanda uma interação no devido processo administrativo que não autoriza uma postura discricionária na decisão final¹⁰⁴.

Mas isso não é suficiente: a adoção de uma estrutura cerrada como a do sistema de justiça – refratária às comunidades, formal e escrita - deve ser transformada para garantir a efetiva participação das comunidades. A constituição dos arquivos deve contrapor versões e substituir os registros cartorários pela história do conflito. A manifestação indígena deve ser obrigatória, bem como a tradução intercultural, em toda e qualquer deliberação que os afetem, de modo a estimular um caráter dialógico no processo de tomada de decisões, ainda que estas não sejam exatamente coincidentes com os anseios indígenas. A estrutura dos órgãos deve dispor de arranjos plurais de organização que potencializem constantemente as interpretações indígenas, a serem complementados por audiências e pela valorização do pluralismo jurídico.

Ao lado da participação, a internalização das diversas cosmovisões no processo interpretativo deve permear toda a compreensão sobre os direitos territoriais. Para que a propriedade indígena seja compreendida em sua plenitude, a apreensão das antropologias e filosofias indígenas demanda uma releitura do texto constitucional e da legislação. Os movimentos indígenas na Bolívia e no Equador obtiveram êxito na tarefa de fazer constar das Constituições um projeto político que condensou suas cosmologias. Ainda que as perspectivas indígenas não constem do texto constitucional brasileiro, novas leituras e compreensões podem ser extraídas da interpretação, a começar pelo reconhecimento de direitos territoriais, e o movimento indígena pode condensá-las politicamente em conceitos sintetizadores, como ocorreu nos países andinos.

críticos sobre los procesos de dominación y las perspectivas políticas actuales de los indígenas em Brasil. Rio de Janeiro/Lima: Contra Capa / Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, 2006, p. 57.

¹⁰⁴ Colocar a garantia territorial das minorias étnicas no Congresso Nacional representaria o mesmo que esvaziar o núcleo essencial do art. 231 da Constituição. Sobre o tema, veja-se: SARMENTO, Daniel. Nota Técnica: **a PEC 215/00 e as Cláusulas Pétreas**. Disponível em: <<http://www.gta.org.br/wp-content/uploads/2013/09/2013-Nota-T%C3%A9cnica-do-MPF-sobre-a-PEC-215.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2016.

Nessa construção, a justiça cognitiva preconiza que as explicações e pensamentos devem valorizar as memórias e as interpretações que os grupos fazem de suas trajetórias, assegurando a elaboração de uma cultura de resistência e um embate que desvende a parcialidade das instituições. A interpretação desvinculada de parâmetros correntes, como os que envolvem a propriedade e os direitos à vida e ao desenvolvimento, implicam a desnaturalização da colonialidade. Nesse ponto, o papel dos subalternos, daqueles que vêm de baixo, das margens e das fronteiras, é denunciar as desigualdades epistemológicas, por meio da provocação política de novas interpretações sobre a realidade existente.

A descolonização dos saberes por meio de conceitos que sejam representativos das concepções indígenas, nos moldes da experiência com *suma qamaña* e *sumak kawsay* e a despeito das distorções lá adotadas pelos governos e elites locais, proporciona uma limitação à própria atividade do intérprete. Na análise das propriedades indígenas, o intérprete – não apenas o juiz – deve considerar esses fatores e desenvolver justificativas para suas escolhas, com elevado ônus argumentativo em caso de afastamento dessas cosmovisões.

Por fim, a tradução intercultural deve oferecer aos direitos territoriais a igualdade extensiva em todos os âmbitos. Nesse sentido, conferir peso probatório idêntico à prova documental e à compreensão histórica de eventuais conflitos, buscando entendê-lo pela memória oral dos povos tradicionais e pelos laudos antropológicos, é outra internalização imprescindível.

Conclusão

A fim de estipular de forma precisa as três diretrizes da interpretação intercultural, elas podem ser resumidas da seguinte forma:

i) as terras indígenas gozam de proteção constitucional, nos termos do art. 5º, XXII, c/c art. 231. Os direitos territoriais indígenas configuram uma espécie de propriedade, a propriedade indígena, que se baseia na concepção dos indígenas sobre a propriedade e leva em conta a relação especial que os índios mantêm com os seus territórios, com poderes que abrangem dimensões simbólicas, econômicas, naturais e políticas. Sua dimensão é existencial, e não patrimonial, e a sua concretização implica a restrição da propriedade privada. Quando se conclui a demarcação, a restrição é total, por conta do sopesamento realizado pelo art. 231, § 6º, ocasião em que a “terra indígena demarcada” deve aproximar-se ao máximo da “terra indígena constitucional”, cabendo ainda o controle da atuação estatal, à luz do direito fundamental em questão e de seu caráter existencial;

ii) os direitos territoriais indígenas recebem uma proteção constitucional que atende a uma exigência contemporânea dos grupos que reivindicam a condição originária e cujas trajetórias são

variadas e não podem ser hierarquizadas. Trata-se de uma medida que combate a cidadania de segunda classe e assegura que o estabelecimento da fronteira étnica seja devidamente respeitado. Por isso, a demonstração de coesão e de ancestralidade direta no vínculo com o território, como fazem muitos grupos, é um excelente argumento de reforço para as reivindicações, mas não deve ser encarada como um aspecto constitutivo do direito. A análise dos fatos passados deve ser feita de forma contextualizada, sem apego arqueológico ou tecnicista, pois pressupõe um viés crítico ao caráter homogeneizador das legislações e das práticas colonialistas que vigoraram e ainda vigoram no tratamento dos direitos territoriais indígenas. É a historicidade, associada ao protagonismo indígena, que deve prevalecer;

iii) O protagonismo indígena deve ser materializado em várias frentes. É necessário garantir a participação dos grupos em todo e qualquer processo relacionado à implementação dos direitos territoriais, inclusive judiciais, e a internalização das cosmovisões indígenas na interpretação dos institutos e nos procedimentos. Dessa forma, há um dever de consideração dos posicionamentos indígenas para toda e qualquer decisão que os afetam, em todos os âmbitos.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Os quilombos e as novas etnias. In: _____. **Quilombos e novas etnias**. Manaus: UEA Edições, 2011.

_____. “Novos colonialismos”: Diálogos evanescentes numa fronteira em movimento. In: GEDIEL, José Antônio Peres et al (coord.). **Direitos em Conflito: movimentos sociais, resistência e casos judicializados**. Vol. 2. Curitiba: Kairós Edições, 2015, p. 41-62.

ALMEIDA, Alfredo Wagner B. de; SANTOS, Glademir Sales dos. **Estigmatização e território: mapeamento situacional das comunidades e associações indígenas na cidade de Manaus**. Manaus: Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia / Editora da Universidade Federal do Amazonas, 2009.

ARANHA, Marcio Iorio. **Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014. Kindle edition.

ARIZA, Libardo José. **Derecho, saber e identidade indígena**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, 2009.

ARRUTI, José Maurício. **Mocambo: Antropologia e história do processo de formação quilombola**. Bauru, SP: Edusc, 2006.

BARTOLOMÉ, Miguel Alberto. **Procesos Interculturales**: antropología política del pluralismo cultural em América Latina. México: Siglo XXI Editores, 2006.

BARTH, Fredrik (ed). **Ethnic groups and boundaries**: the social organization of culture difference. Boston, Massachusetts: Little, Brown and Company, 1969

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. 3ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CONGOST, Rosa. **Tierra, leyes, historia**: estudios sobre la gran obra de la propiedad. Barcelona: Crítica, 2007.

Conselho Indigenista Missionário – Cimi. **Outros 500**: construindo uma nova história. São Paulo: Editora Salesiana, 2001.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

DUPRAT, Deborah (org.). Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais. Brasília: ESMPU, 2015; e ANAYA, S. James. **International Human Rights and Indigenous Peoples**. New York: Aspen Publishers, 2009.

FERES JÚNIOR, João. Comparando justificações das políticas de ação afirmativa: Estados Unidos e Brasil. **Estudos Afro-Asiáticos**, v. 29, n. 1-3, 2007, p. 63-84.

FLORES, Joaquín Herrera. **Direitos Humanos, Interculturalidade e Racionalidade de Resistência**. Tradução de Carol Proner. Disponível em: <<http://www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330/13921>>. Acesso em: 16 jul. 2018.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: Um breve manual de filosofia política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOMES, Daniela. O Direito Indígena ao solo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GROSSI, Paolo. A propriedade e as propriedades na oficina do historiador. In: _____. **História da propriedade e outros ensaios**. Tradução de Luiz Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Cf. HOLSTON, James. **Cidadania insurgente**: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil. Tradução de Claudio Carina. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. Kindle Edition.

KAYSER, Hartmut-Emanuel Kayser. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil**: Desenvolvimento histórico e estágio atual. Tradução de Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed, 2010.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994.

MAMANI, Fernando Huanacuni. **Vivir bien/buen vivir**: Filosofía, políticas, estrategias y experiencias. 6ª ed. La Paz: Instituto Internacional de Integración, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Bens públicos**: Função social e exploração econômica. O regime jurídico das utilidades públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, A. Gursen de. **O direito e o índio**. Belém: CEJUP, 1994.

MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?**. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, Justificando, 2017.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 3ª ed. rev. e ampl. Tradução de Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NEVES, Marcelo. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. **Revista de Informação Legislativa**, p. 321-330, Brasília a. 33 n. 132 out./dez. 1996.

NOZICK, Robert. **Anarchy, State and Utopia**. New York: Basic Books, 1974.

OLIVEIRA, João Pacheco de (org.). **Indigenismo e territorialização**: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Contracapa, 1998

OLIVEIRA, João Pacheco de (comp). **Hacia una antropología del indigenismo**: estudios críticos sobre los procesos de dominación y las perspectivas políticas actuales de los indígenas em Brasil. Rio de Janeiro/Lima: Contra Capa / Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, 2006.

_____. Terras indígenas. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza. **Antropologia e direito**. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2012.

_____. Uma etnologia dos “índios misturados”? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. In: _____. **O nascimento do Brasil e outros ensaios: “pacificação”, regime tutelar e formação de alteridades**. Rio de Janeiro: ContraCapa, 2016.

OLIVEIRA, Tomas Paoliello Pacheco de. **Revitalização étnica e dinâmica territorial**: alternativas contemporâneas à crise da economia sertaneja. Petrópolis: Contracapa, 2012.

PAUL, Ellen Frankel. Set-asides, reparations and compensatory justice. In: CHAPMAN, John (ed.). **Compensatory Justice**. New York: New York University Press, 1991.

PENTASSUGLIA, Gaetano. Towards a Jurisprudential Articulation of Indigenous Land Rights. **The European Journal of International Law**, Vol. 22, nº 1., Fev. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol IV. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIETRO, Maria Sílvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 15ª ed. São Paulo, Atlas, 2003.

QUIJANO, Aníbal. “Colonialidad del poder, eurocentrismo y America Latina”. In: LANDER, Edgardo (org.). **La colonialidad del saber**: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas. Buenos Aires: Clacso, 2000.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SAID, Edward. **Orientalismo**: o Oriente como invenção do ocidente. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia de Bolso, 2007. Kindle Edition.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. Epistemologías del Sur. **Revista Utopía y Praxis Latinoamericana**, Año 16, n. 54, jul/set, 2011, p. 17/39.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: Constituição, direitos fundamentais e proteção do meio ambiente. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017

SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Nota Técnica: **a PEC 215/00 e as Cláusulas Pétreas**. Disponível em: <<http://www.gta.org.br/wp-content/uploads/2013/09/2013-Nota-T%C3%A9cnica-do-MPF-sobre-a-PEC-215.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA, Marcelo José Lopes de. O território: sobre espaço e poder, autonomia e desenvolvimento. In: CASTRO, Iná Elias de; GOMES, Paulo César da Costa; CORRÊA, Roberto Lobato (org.). **Geografia**: conceitos e temas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

SUNSTEIN, Cass R. **A Constituição parcial**. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

TAPAJÓS, Ib Sales. “Direitos Indígenas no Baixo Tapajós, entre o Reconhecimento e a Negação: o caso da Terra Indígena Maró”. **Revista InSURgência**. Brasília, ano 1, v. 1, n.2, 2015.

TAYLOR, Charles. "The politics of recognition". In: TAYLOR, Charles; Gutmann, Amy (eds). **Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition**. Princeton, N.J., Princeton: University Press, 1994.

TORRES, Nelson Maldonado. Del mito de la democracia racial y el mestizaje a la descolonización del poder, del ser y del conocer. In: SAAVEDRA, José Luis. **Teorias y políticas de descolonización y decolonialidad**. Cochabamba: Verbo Divino, 2009.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os Direitos Originários dos Índios sobre as Terras que Ocupam e suas Consequências Jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A Desigualdade e a Subversão do Estado de Direito. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

WOLF, Eric R. **A Europa e os povos sem história**. Tradução de Carlos Eugênio Marcondes de Moura. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005

.....

Minibiografia do Autor - Julio José Araujo Junior

Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) (2018).
Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) (2005). Pós-graduando em Política e Sociedade pela UERJ. Procurador da República.

.....

Enviado em: 21 de julho de 2018.

Aprovado em: 23 de outubro de 2018.