



A (In)Justiça de Transição para os Povos Indígenas no Brasil

Transitional Injustice for Indigenous Peoples from Brazil

André Demetrio¹

¹Universidade Carlos III de Madri, Madri, Espanha. E-mail: demetrio@outlook.com.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0082-5147>.

Katya Kozicki²

²Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: katyakozicki@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2388-0499>.

Artigo recebido em 3/04/2017 e aceito em 25/07/2017.



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License



Resumo

O artigo tematiza reparações às violações de direitos humanos dos povos indígenas na ditadura brasileira, no período de 1946 a 1988, lapso temporal da Lei da Anistia (Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979) e utilizada pela Comissão Nacional da Verdade. Pretende-se responder à seguinte pergunta: no contexto da Justiça de Transição, quais mecanismos de reparação existem para os povos indígenas no Brasil? Neste paradoxo de (in)justiça de transição e medidas de reparação para esta minoria surgem questões relativas a quais medidas devem ser promovidas pelo Estado brasileiro, empresas privadas e/ou agentes militares. O objetivo desta pesquisa é traçar parâmetros adequados de reparação aos povos indígenas no Brasil, por meio do direito à verdade, à memória, à justiça e ao território. Os resultados alcançados indicam que os mecanismos reparatórios para os povos indígenas são frágeis, já que muitas limitações jurídicas têm sido criadas para impossibilitar a promoção de uma justiça de transição indígena e em busca do direito à memória, à justiça, à verdade, à reparação e ao território.

Palavras-chave: Justiça de transição; Povos indígenas; Ditadura.

Abstract

The study thematizes reparations to human rights violations of the indigenous peoples that occurred during the Brazilian dictatorship, from 1946 to 1988, a period of time covered by the Amnesty Law (Law number 6.683). It was intended to answer the following question: before the transitional justice, what reparation mechanisms exist for the indigenous peoples in Brazil? In this context of transitional (in) justice and reparation for this minority, questions arise as to what measures should be taken by the Brazilian State, private companies and / or military agents. The objective of this research is to draw adequate parameters of reparation to the indigenous peoples in Brazil, through the right to truth, to memory, to justice and to territory. The results indicate that reparatory mechanisms for indigenous peoples are fragile, since many legal limitations have been created to make it impossible to promote an indigenous transitional justice system and seek the right to memory, justice, truth, reparation and to territory.

Keywords: Transitional justice; Indigenous peoples; Dictatorship.



Introdução

*Valeu a pena? Valeu a pena gritar em várias línguas e conferências e entrevistas e paíse3,5s que a civilização às vezes é assassina? [...] Homens esquecidos do arco-e-flecha deixam-se consumir em nome da integração que desintegra a raiz do ser e do viver. [...] Noel, tu o disseste: A civilização que sacrifica povos e culturas antiquíssimas é uma farsa amoral. (ANDRADE, Carlos Drummond de., **Entre Noel e os Índios**, p. 94)*

Durante séculos, os povos indígenas foram aniquilados e forçados a se integrar com as sociedades latino-americanas. No Brasil, com a colonização dos portugueses, estes povos se viram obrigados a modificar suas tradições e culturas em nome do catolicismo imposto por Portugal.

Desse modo, com o aparecimento dos Estados-nacionais e a independência dos países latino-americanos, surgem novas legislações que tratam dos povos indígenas, mas que reiteram a necessidade de integração e do fim das práticas e das tradições socioculturais (MARÉS, 2001).

Com a ditadura brasileira iniciada em 1964, o período temporal é apenas um detalhe para esses povos. Como dito por Douglas, da etnia Krenak, a ditadura, para os índios foi a continuidade de algo que já existia (BRASIL-2, 2014) e, assim, não deve ser entendida como um marco para o início das violações de direitos humanos.

O fato é que a ditadura brasileira significou a morte de ao menos 8 mil indígenas (BRASIL-1, 2014) e o início da construção de empreendimentos que modificaram a vida desses povos, como a construção da Rodovia Transamazônica, a idealização da Hidrelétrica Belo Monte, a construção da Hidrelétrica Itaipu, da rodovia Perimetral Norte, o encarceramento e a utilização de mão-de-obra indígena e a venda de bens indígenas, como será observado no presente trabalho.

Nesse ínterim, surge a Justiça de Transição, teoria responsável pelo estudo das violações de direitos humanos ocorridas em períodos de conflitos armados e/ ou em ditaduras. A Justiça de Transição pretende articular os mecanismos que reparem todas as vítimas desse período por meio de quatro eixos fundamentais: o direito à memória, à verdade, à justiça e a não repetição dos fatos ocorridos do passado (SOARES, 2017).

O objetivo deste artigo é traçar parâmetros adequados de reparação aos povos indígenas no Brasil por meio de quatro eixos, o direito à memória, à verdade, à justiça e



ao território. Com o esboço de cumprir com o objetivo proposto, esta pesquisa se dividiu em três etapas, nas quais serão brevemente descritos. Na primeira parte, a meta foi de analisar brevemente documentos históricos que relatem as violações de direitos humanos aos povos indígenas na ditadura militar brasileira, de 1946 a 1988, período da Lei da Anistia (Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979) e utilizada pela Comissão Nacional da Verdade.

Na segunda etapa, estudou-se a inserção dos povos indígenas na justiça de transição, bem como os mecanismos de reparação. Como ponto de partida, examinou-se os critérios da justiça de transição aplicada aos indígenas, ou seja, uma justiça de transição embasada em uma determinada e casual justiça histórica, já que a ditadura brasileira não significou o início e muito menos o fim das violações de direitos humanos impostas a esses povos. Feito este introito, aduziu-se a análise dos direitos fundamentais dos povos indígenas no âmbito internacional e nacional, como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e o artigo 231 da Constituição Federal de 1988. Em seguida, demonstrou-se a indissociabilidade da condição étnica dos povos indígenas nos crimes da ditadura por meio dos conceitos de genocídio e de etnocídio. No ponto seguinte, elucidou-se a importância do território, que dá origem a todos os direitos de tradições culturais e identidade dos povos indígenas. A última etapa consistiu na busca de processos judiciais que tratem do instituto do marco temporal de ocupação.

O método científico utilizado foi predominantemente dedutivo. O método procedimental foi monográfico, com a análise teórica da justiça de transição para os povos indígenas no Brasil, vítimas da ditadura militar. Como técnicas de pesquisa, utilizou-se a bibliográfica, jurisprudencial e legislativa.

I. Povos indígenas e a ditadura brasileira

Sob o ápice da política desenvolvimentista, punitiva e da segurança nacional¹, a ditadura

¹ O artigo 3º da Lei de Segurança Nacional (Decreto-Lei nº 314, de 13 de março de 1967) estabelece que “a segurança nacional compreende, essencialmente, medidas destinadas à



brasileira ensinou a prática de repressão, tortura, cassação de direitos políticos, restrição de direitos fundamentais e, assim, criou um estado de exceção que resultou em inúmeras violações de direitos humanos. Hoje se descobre, de forma inequívoca, que os povos indígenas foram uma das maiores vítimas² deste período, tendo sido torturados, encarcerados em presídios (ou campos de concentração), e utilizados como mão-de-obra escrava³ (BRASIL-1, 2014).

Diversos empreendimentos realizados pela ditadura brasileira no período de 1964 a 1988 (tais como a Rodovia Transamazônica, Hidrelétrica Itaipu e etc.), têm seus efeitos sobre os povos indígenas percebidos até hoje. Neste sentido, a Rodovia Transamazônica (BR-230) significou a remoção forçada dos povos Jurunas de seus territórios, que ficavam às margens da estrada. A construção desta obra passaria por territórios indígenas, obrigando muitas etnias a se retirarem de seu *habitat* de forma coercitiva. Os estudos topográficos da época demonstraram que havia várias aldeias às margens da rodovia, mas, conforme depoimento do sertanista Afonso Alves da Cruz,

preservação da segurança externa e interna, inclusive a prevenção e repressão da guerra psicológica adversa e da guerra revolucionária ou subversiva”. Dando ensejo a este artigo, a doutrina de segurança nacional possibilitou a legitimação da violência aos povos indígenas. Desta forma, os índios eram vistos como inimigos internos da defesa nacional por serem influenciados por organizações comunistas e interesses internacionais. CARTA CAPITAL. **Violações Aos Direitos Dos Povos Indígenas.** Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/redemocratizacao-incompleta-perpetua-desigualdades-no-brasil-diz-relatorio-573.html/violacoes-aos-povos-indigenas.pdf-7733.html>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

² Neste sentido, cabe destacar que a utilização do termo “uma das maiores vítimas da ditadura” se justifica pelo número de índios mortos neste período, conforme dados do Relatório Figueiredo e da Comissão Nacional da Verdade. Assim, constata-se que no mínimo, 8 mil índios foram mortos na ditadura brasileira, significando que foram os povos que mais tiveram vidas ceifadas, cifra que pode significar um genocídio. (BRASIL-1. **Violação de Direitos Humanos dos Povos Indígenas.** Disponível em: < <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/Volume%20%20-%20Texto%205.pdf>> Acesso em: 1 abr. 2017.

³ Teólogo e filósofo Egydio Schwade, coordenador do Comitê Estadual de Direito à Verdade, à Memória e à Justiça do Amazonas afirma: “Não se deram conta do sofrimento dos indígenas, diz ativista sobre relatório da CNV. Ativista dos direitos indígenas e das populações em vulnerabilidade, fundador do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), Egydio, 79, considera os índios, os quilombolas e agricultores que resistiram e resistem aos projetos implantados na vigência do regime militar e mantidos até hoje como “perseguidos políticos” e pede vontade política para ouvi-los e desenvolver ações capazes de promover mudanças que cessem os males causados.” Instituto Humanas Unisinos. **“Não se deram conta do sofrimento dos indígenas” diz ativista sobre relatório da CNV.** Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/540422-nao-se-deram-conta-do-sofrimento-dos-indigenas-diz-ativista-sobre-relatorio-da-cnv>. Acesso em: 1 abr. 2017.



isso não foi motivo para o declínio do empreendimento (BRASIL-1, 2014). Assim, a Transamazônica expulsaria 29 etnias, incluindo onze comunidades isoladas e nove com “contato intermitente” (BRASIL-1, p. 209). Para realizar tal procedimento, a Funai firmou acordo com a Superintendência de Desenvolvimento da Amazônia (Sudam) para promover a pacificação de 30 etnias indígenas. Dessa forma, os povos indígenas foram removidos de suas terras⁴ (BRASIL-1, 2014).

A construção de presídios indígenas também se verifica por meio dos relatos do povo Krenak, no estado de Minas Gerais. Muitos povos indígenas dessa etnia eram encarcerados em um reformatório, localizado na cidade de Resplendor (MG). Ainda havia o presídio, que ficava no estado do Rio de Janeiro, na Ilha das Cobras. Em ambos os locais, os povos indígenas eram torturados e obrigados a trabalhar como escravos. No presídio cabiam 200 pessoas (BRASIL-2, 2014)⁵.

Assim, se observa a especificidade da perseguição, tortura e morte dos povos indígenas na ditadura brasileira. Cumpre dizer que principalmente por interesses econômicos e agrários, estes povos se viram ameaçados e expulsos de suas terras. Prova disso são os relatos encontrados no Relatório Final da CNV e do Relatório Figueiredo, que demonstram o interesse do Estado na utilização destes territórios para o agronegócio (BRASIL-1, 2014).

Cabe destacar que os povos indígenas não foram passivos aos crimes sofridos na ditadura militar brasileira. A ideia de que estes povos vivenciaram um vácuo político e que foram comunidades passivas “são alguns dos equívocos que ainda persistem na memória da ditadura, os quais é preciso enfrentar” (LIMA, PACHECO, p. 222).

Até a Constituição Federal de 1988, o Brasil adotou o regime integracionista dos povos indígenas, impossibilitando e negando o direito de existirem e viverem de forma

⁴ Cumpre destacar a fala de Antonio Cotrim em relação a esse assunto: “Vi no jornal que estavam abrindo a Transamazônica. Percebi que ninguém tinha falado da presença de índios no caminho. Um deputado da Paraíba perguntou para o Ministro Costa Cavalcanti e ele não sabia de nada. Me pediram um trabalho para informar que índios havia por lá. Quando entregamos o trabalho com informações sobre os índios, só então deram recursos para a FUNAI. O orçamento destinado à Operação Transamazônica era maior do que o da própria FUNAI inteira” (BRASIL- 2, p. 5).

⁵ Neste sentido, o índio Bonifácio Krenak diz à CNV: “Amarravam a gente no tronco, muito apertado. Quando eu caía no sorteio prá ir apanhar, passava uma erva no corpo, prá agüentar mais. Tinha outros que eles amarravam com corda de cabeça prá baixo. A gente acordava e via aquela pessoa morta que não agüentava ficar amarrada daquele jeito. (Prá não receber o castigo...) a gente tinha que fazer o serviço bem rápido” (BRASIL-2, p. 75).



coletiva. O *ser indígena* era visto como algo transitório, que seria superado e transformado pelo Estado (LIMA, PACHECO, 2017).

Os povos indígenas eram considerados integrados quando experimentassem todas as compulsões, conseguindo sobreviver e chegar “ao século XX ilhados em meio à população nacional, à cuja vida econômica se haviam incorporado como reserva de mão-de-obra ou como produtores especializados de certos artigos para o comércio” (RIBEIRO – B, p. 235).

A necessidade de o Estado “integrar” estes povos se verifica na legislação da época, como o Estatuto do Índio, que tinha

como eixo uma subcategorização dos “silvícolas” em “isolados”, em “contato intermitente”, “contato permanente” e “integrados”. Ela deixava em branco seu último e verdadeiro desiderato, a subcategoria *final* — o índio “assimilado”, o índio extinto como índio e virado “brasileiro”: caboclo, ribeirinho, seringueiro, camponês. Em suma, o *índio* virado *pobre* (CASTRO, 2017).

Desse modo, era necessário a integração dos povos indígenas para que este venha a se tornar um cidadão brasileiro (CLASTRES, 2017). Nesse sentido,

O primeiro proclama a hierarquia das culturas: há as que são inferiores e as que são superiores. Quanto ao segundo, ele afirma a superioridade absoluta da cultura ocidental. Portanto, esta só pode manter com as outras, e em particular com as culturas primitivas, uma relação de negação. Mas trata-se de uma negação positiva, no sentido de que ela quer suprimir o inferior enquanto inferior para içá-lo ao nível do superior. Suprime-se a indianidade do índio para fazer dele um cidadão brasileiro (CLASTRES, p. 57).

Ainda que na ditadura militar brasileira os povos indígenas não pudessem ser enquadrados como “comunistas”, “subversivos” ou “inimigos da pátria”, a CNV atesta que em determinadas situações estes povos eram considerados “rebeldes”, “empecilhos” e obstáculos” por se opuserem a política desenvolvimentista do Estado (LIMA, PACHECO, 2017).

Desse modo, os crimes vistos de forma rápida neste tópico possibilitaram a elucidação e ilustração do que aconteceu na ditadura militar brasileira com os povos indígenas. Assim, o próximo tópico tem como objetivo a análise do conceito de justiça de transição e sua concretização para a reparação aos povos indígenas.



II. A inserção dos povos indígenas na justiça de transição

Os povos indígenas não sofreram somente a marginalização, conforme estudado no tópico anterior, eles foram sistematicamente silenciados e excluídos da história dos países. Por isso, a maioria dos cidadãos não indígenas age com indiferença e incredulidade por não saber da história de exploração e de violações sofridas por esses povos (ICTJ, 2017).

O presente artigo não pretende desconstruir todo o respaldo teórico de Justiça de Transição, já que o direito à memória, à verdade e à justiça são fundamentais para que a sociedade brasileira consiga reparar e superar todo o legado de violência de direitos humanos e de autoritarismo. Mas, como se verá, é necessário incluir nos eixos fundamentais da justiça de transição o direito ao território e a necessidade da indissociabilidade da condição étnica dos povos indígenas nos crimes da ditadura, para não persistir a negligência que sempre ocorreu no campo teórico em relação a esses estudos.

Desse modo, pode-se definir justiça de transição “como o conjunto de abordagens, mecanismos (judiciais e não judiciais) e estratégias para enfrentar o legado de violência em massa do passado” (SOARES, 2017). Com efeito, a Justiça de Transição só tem latência quando agrega os eixos fundamentais que são o direito à memória, à verdade e à justiça, contribuindo para uma nova experiência política, jurídica e para o Estado democrático de Direito. Essas dimensões fazem parte da internacionalização dos direitos humanos, modificando os papéis do Estado e dos atores nacionais (SOARES, 2017).

Com efeito, a justiça de transição possui quatro parâmetros que agregam o direito à memória, à verdade, à justiça e à reparação. Dessa maneira, pretende-se estudar a inserção da justiça de transição indígena com os parâmetros reparatórios baseado em cinco eixos fundamentais para os povos indígenas: o direito à memória, à verdade, à justiça, à reparação e ao território.

Pode-se dizer também que sua definição está relacionada a violações de direitos humanos, pois investiga os abusos de direitos humanos cometidos no passado, as atrocidades em massa, ou outras formas de traumas sociais graves, como o genocídio ou guerra civil, com a finalidade de construir uma sociedade mais democrática, justa, ou



com paz no futuro (BICKFORD, 2017). Observa-se que essas violências de direitos humanos incluem genocídios, atrocidades contra qualquer população, grupo étnico ou minoria. Aliadas a essas ponderações, verifica-se que a justiça de transição pode ser realizada pelo âmbito judicial e/ ou administrativo (BICKFORD, 2015).

Entre as medidas de reparação possíveis aos povos indígenas, cita-se o pedido de desculpas pelo Estado (como ocorrido recentemente no Canadá⁶), a criação de uma comissão da verdade específica para as questões indígenas, uma data que lembre os fatos ocorridos, a criação de museus⁷, produção de materiais didáticos e audiovisuais⁸ para compartilhamento nas escolas, televisão e internet, implementação de ações para preservação da cultura dos povos indígenas, entrega de todos tipos de documentos da ditadura a este povos e a devolução de territórios retirados.

Disso surgem outras reflexões sobre a realização desta forma específica de justiça de transição que, por muitas vezes, pode significar um contexto de injustiças e paradoxos. Deste modo, algumas destas medidas muitas vezes não levam em consideração a opinião e o direito à autodeterminação destes, resultado da supremacia jurídica e política do Estado sobre estes grupos minoritários⁹ (JUNG, 2017).

O Governo brasileiro criou a Comissão Nacional da Verdade em 2011 a qual, por meio do seu relatório, publicado em 10 de dezembro de 2014, trouxe inúmeras recomendações as vítimas da ditadura. Especificamente em relação aos

⁶ Neste caso, cita-se o Canadá, que por meio do Primeiro Ministro, Justin Trudeau, pede reconciliação e perdão aos abusos cometidos contra os indígenas. THE GUARDIAN. **Justin Trudeau Pledges Reconciliation in Canada after Aboriginal Abuse**. Disponível em: <http://www.theguardian.com/world/2015/dec/15/justin-trudeau-pledges-reconciliation-canada-aboriginal-abuse>. Acesso em: 1 abr. 2017

⁷ Como exemplo, destaca-se a criação do museu virtual “Armazém da Memória”, idealizado por Marcelo Zelic. O Armazém da Memória publica inúmeros documentos sobre os povos indígenas na ditadura. Disponível em: <http://armazemmemoria.com.br>.

⁸ A produção do documentário “Guerra sem fim: resistência e luta do povo Krenak”, produzido pelo MPF, Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) e a produtora de vídeos Unnova expõe a história de luta e resistência da etnia Krenak na ditadura brasileira.

⁹ Cabe destacar que a escolha pela palavra minoria neste trabalho não está relacionada a definições estatísticas. “Neste sentido conceitual, cuja complexidade não temos espaço para desenvolver aqui, as minorias étnicas indígenas não são simplesmente subconjuntos ou subsistemas socioculturais “incluídos” na Maioria, cuja figura política por excelência é o Estado-nação soberano, mas coletividades em processo incessante de minoração, de variação contínua, processo propriamente intolerável pela máquina administrativa da Maioria (“quem é índio, afinal?”; “mas esses caras não são índios”; “agora todo mundo quer ser índio na Amazônia” etc.). (CASTRO, 2017).



povos indígenas, há treze sugestões, como um pedido de desculpas do Estado e a criação de uma comissão nacional específica (BRASIL-1, 2014).

Outra forma de reparação é a anistia, embora esta não deva ser compreendida como sinônimo de esquecimento. A anistia significa apagar penalmente as condenações impostas anteriormente ao ato ocorrido, e desta forma, pode-se dizer que a anistia significa esquecimento jurídico (BASTOS, 2009). No Brasil, o artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹⁰ trata da concessão de anistia aos que foram atingidos por motivações políticas por meio de atos do Estado. Regulamentando este artigo, a medida provisória nº 65 de 28 de agosto de 2002 diz que são considerados anistiados políticos os que foram por motivo exclusivamente político, no período de 18 de setembro de 1946 até 5 de outubro de 1988, punidos por transferência de residência diversa daquela que exerciam suas atividades profissionais.

Desta maneira, é possível estender aos indígenas o pedido de anistia, tendo em vista que muitos foram removidos de suas terras (a exemplo do povo Krenak, no estado de Minas Gerais). Entretanto, observa-se que embora estes possam ser incluídos por meio da legislação como anistiados, a Portaria nº 2.523/2008 do Ministério da Justiça impõe que o pedido deva ser feito de forma individual. Assim, demonstra-se dificuldade em reparar estes povos por meio desta Portaria, tendo em vista que as sociedades indígenas valorizam e se organizam de forma coletiva.

Com a posse dessas informações, pode-se afirmar que a justiça de transição indígena deve ser o centro das reivindicações de direitos fundamentais para esses povos, pois, sem levar em consideração o direito ao território, não há possibilidade de uma justiça histórica, reparadora e de transição.

¹⁰ Art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: É concedida anistia aos que, no período de 18 de setembro de 1946 até a data da promulgação da Constituição, foram atingidos, em decorrência de motivação exclusivamente política, por atos de exceção, institucionais ou complementares, aos que foram abrangidos pelo Decreto Legislativo nº 18, de 15 de dezembro de 1961, e aos atingidos pelo Decreto-Lei nº 864, de 12 de setembro de 1969, asseguradas as promoções, na inatividade, ao cargo, emprego, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade previstos nas leis e regulamentos vigentes, respeitadas as características e peculiaridades das carreiras dos servidores públicos civis e militares e observados os respectivos regimes jurídicos.



III. Direitos indígenas no âmbito internacional e nacional

Como explicado anteriormente, a justiça de transição indígena deve fincar suas bases no reconhecimento do direito à terra e na caracterização dos crimes ocorridos na ditadura de forma indissociável de sua categoria étnica. Contudo, cabe destacar que os direitos fundamentais previstos em documentos internacionais e nacionais também fazem parte do bojo de uma justiça de transição indígena.

Como é logicamente perceptível, todos esses direitos abrem um leque de possibilidades para interpretações e inovações na defesa dos direitos indígenas (ICJT, 2017). Denota-se que as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos corroboram ainda mais para uma aplicabilidade desses direitos pelos Estados nacionais.

Essa base, imprescindível para fornecer o apoio a justiça de transição indígena, será a abordagem deste tópico. Nesse sentido, pretende-se examinar o campo teórico dos direitos indígenas, como o direito à autodeterminação, a demarcação de territórios, o respeito às práticas culturais e a interpretação expedida pelos tribunais internacionais em relação a esses direitos.

Neste aspecto, o extermínio de etnias, culturas, conhecimentos e valores no século XX remeteu à necessidade da proteção dos direitos das minorias e dos povos indígenas por meio de convenções no direito internacional. Assim, surge a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade e em específico aos povos indígenas, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Como tutela aos indígenas, o documento mais importante e atualizado com caráter vinculante para os povos indígenas é a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (ISA, 2016). As primeiras garantias previstas nesse documento é o direito à terra, previsto no artigo 13, o qual estabelece que o território se relaciona com a identidade do índio:

Artigo 13: Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa



relação. 2. A utilização do termo "terras" nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma (OIT, 1989).

Com efeito, a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas vem ao encontro da Convenção 169, garantindo ainda mais direitos a esses povos, como a preservação das práticas socioculturais, religiosas e territoriais, direitos também encontrados na Constituição Federal. Além disso, os Estados devem promover medidas de reparação, incluindo a restituição, o respeito aos bens culturais, intelectuais e religiosos que tenham sido violados sem consentimento. Neste sentido,

Artigo 11: (...) **Os Estados proporcionarão reparação** por meio de mecanismos eficazes, que poderão incluir a restituição, estabelecidos conjuntamente com os povos indígenas, em relação aos bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais de que tenham sido privados sem o seu consentimento livre, prévio e informado, ou em violação às suas leis, tradições e costumes (ONU, 2007) [grifo nosso].

Reitera-se que a Declaração dos Povos Indígenas é um documento grande e complexo, com um preâmbulo e 46 artigos. A Declaração reconhece uma ampla gama de direitos humanos básicos e liberdades fundamentais dos povos indígenas e aborda temas tão diversos como o direito coletivo inalienável dos povos indígenas à propriedade, uso e controle de suas terras, territórios e recursos naturais; seu direito de manter e desenvolver práticas culturais e religiosas; seu direito de estabelecer e controlar suas práticas educacionais; seus direitos à medicina tradicional e aos conhecimentos culturais e tradicionais⁶⁴ (PULITANO, 2012).

Por sua vez, no âmbito nacional, a Constituição Federal de 1988 traz inúmeras garantias aos povos indígenas. Por meio de lutas de movimentos indígenas, a CF trouxe direitos antes inexistentes no contexto de direitos culturais materiais e imateriais (COLAÇO, 2003). Entretanto tem-se verificado que o Poder Judiciário, o Executivo e o Legislativo coagem para limitar esses direitos, contribuindo para uma injustiça de transição.

No preâmbulo da CF, verifica-se que um dos pilares da República Federativa do Brasil é o direito à diferença, e principalmente, ao pluralismo. Desse modo, a Constituição Federal brasileira, ao reconhecer o direito às tradições culturais, religiosas,



cosmológicas e a ocupação tradicional de suas terras, quebrou um paradigma e influenciou outras constituições latino-americanas (MARÉS, 2001).

Do mesmo modo, todos os direitos relacionados aos povos indígenas na Constituição permeiam o multiculturalismo, a pluriethnicidade, o olhar humanista, a valoração de bens materiais e imateriais e a preservação da biodiversidade (SANTILLI, 2005).

Tanto é assim que Ela Wiecko Volkmer de Castilho (1993, p. 98) destaca que “meio ambiente e cultura têm uma interface jurídica muito mais ampla e rica, que se insere na temática dos direitos humanos”. Aos povos indígenas, a Constituição garante um capítulo específico que reconhece sua organização social, costumes, crenças, religião, tradições e direitos originários das terras que tradicionalmente habitam (SANTILLI, 2005).

O artigo 232 da Constituição Federal reconhece “aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (BRASIL, 1988). Esse trecho também expressa que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”. Pode-se dizer que os povos indígenas podem ingressar com ações sem a necessidade de serem representados por organizações indígenas, como a Funai (SANTILLI, 2005).

Assim, pode-se dizer que a justiça de transição indigenista considera todos os direitos aqui citados como fundamentais para a reparação dos povos indígenas e todas as violações de direitos humanos citadas no capítulo anterior se envolvem nos direitos fundamentais humanos no âmbito das Convenções e da Constituição Federal.

IV. Genocídio e etnocídio

Indiscutivelmente, o fim da ditadura não significou o término das sistemáticas violências contra os povos indígenas, considerando que a democracia não resultou em rupturas das ações estatais a esses povos. Outro fator que merece destaque, é a não condenação pelos crimes praticados na ditadura, já que “a Justiça brasileira não tocou na



impunidade dos crimes contra a humanidade praticados contra os índios brasileiros” (FERNANDES, 2017).

Nesse sentido, cabe destacar a indissociabilidade da condição étnica desses povos nos crimes da ditadura para tipificá-los como genocídio e a necessidade de se garantir o direito à terra. Por isso a importância de se analisar criticamente os documentos históricos, como no primeiro capítulo, para que agora se possa, por meio da teoria, instrumentalizar juridicamente as possibilidades cabíveis para a condenação do Estado brasileiro e agentes privados, promovendo desse modo, o eixo do direito à justiça.

De qualquer modo, cabe aqui pontuar que os povos indígenas não foram vítimas de crimes somente no Brasil, mas também em outros contextos históricos e políticos na Guatemala, no Peru e no Canadá (ICTJ, 2017). No Brasil, como se destacou na primeira etapa desta pesquisa, ao menos oito mil indígenas foram mortos na ditadura brasileira (BRASIL-1, 2014).

E assim, historicamente, sabe-se que esses povos foram massacrados por motivos mesquinhos e interesses puramente econômicos (CARNEIRO DA CUNHA, 1998). No contexto latino-americano, é importante dizer que o continente não foi descoberto, mas invadido. Devido a isso, pode-se afirmar que “a ignorância e o desprezo pela cultura indígena” (RIBEIRO, p. 48) tornaram os europeus incapazes de compreender a importância cultural e funcional desses povos (RIBEIRO, 1996). A política de extermínio dos povos indígenas “oscilava entre segregacionista, integracionista e preservacionista” (NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, 2017). Tanto que por muito tempo se questionava se os índios tinham alma. Isso porque:

Do ponto de vista jurídico, essa era uma operação que, no contexto de uma ordem político-jurídica moldada por postulados de Direito Natural, exigia uma outra operação, de natureza filosófica: a legitimidade da conquista exigia o reconhecimento de que os índios também fossem portadores de uma natureza humana (NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, 2017).

7

E desse modo, os indígenas foram considerados incivilizados e necessitavam de ser catequizados para serem humanos (CARNEIRO DA CUNHA, 2012). Todo esse histórico demonstra que a justiça de transição para os povos indígenas necessita de uma justiça histórica, tendo em vista os séculos de genocídio contra esses povos.



O crime de genocídio se torna o ator principal no contexto de ditaduras latino-americanas, dada a quantidade de indígenas mortos. Com isso, surge a possibilidade de se criarem iniciativas para identificar violações de direitos e discutir o porquê de os povos indígenas continuarem a sofrer nos dias atuais (ICTJ, 2017).

Nesse sentido, no âmbito do continente latino-americano, as principais situações emblemáticas envolvendo esses povos são os conflitos armados, que resultam em sofrimento e mortes em massa. Na Guatemala, o general Efraín Ríos Montt é acusado de genocídio contra os povos indígenas em 1982 (ICTJ, 2017). Apesar de ainda continuar impune, nas decisões mais recentes, a justiça guatemalteca determinou que Efraín venha a ser processado pelo crime de genocídio.

Em relação ao Brasil, apesar de o crime de genocídio ter sido promulgado em 1956, pela Lei nº 2889 de 1º de outubro, já houve uma condenação pelo Tribunal Bertrand Russell¹¹, em 1980, embora o Estado se esquive da decisão para não a cumprir (FERNANDES, 2017).

Observa-se que o conceito e a caracterização no âmbito penal do crime de genocídio, pode, por muitas vezes, remeter a contextos eurocêntricos e na sistemática negação (FLAUZINA, 2014) da possibilidade de existirem vítimas não europeias. Entretanto, como destacado nos tópicos anteriores, cabe ressaltar a importância de que a justiça de transição seja histórica para os indígenas, já que até hoje não houve reconhecimento de genocídio pelas brutalidades ocorridas contra eles.

Em termos teóricos, a palavra genocídio foi criada pelo advogado e judeu polonês Raphael Lemkin, para invocar a memória e os crimes do Holocausto na Segunda Guerra Mundial (FEIERSTEIN, 2017). Em seu livro, *"Axis Rule in Occupied Europe"*, Lemkin analisou o sistema nazista na Europa e seus crimes contra o povo judeu. Nas palavras do autor:

Novas concepções exigem novos termos. Por "genocídio" queremos dizer a destruição de uma nação ou de um grupo étnico. Esta nova palavra, inventada pelo autor para denotar uma prática antiga em seu

¹¹ Tribunal Russel II foi criado pelo Bertrand Russel e Jean-Paul Sartre. Tinha como objetivo julgar os crimes de genocídio no mundo. O Brasil, foi apresentado em Roma em 1974 pelas violações de direitos humanos ocorridas na ditadura brasileira. (BRASIL. **Violação dos direitos humanos - Tribunal Russell II**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014).



desenvolvimento moderno, é feita a partir da antiga palavra grega *genos* (raça, tribo) e *cide* latino (matança), correspondendo assim em sua formação a palavras como tiranicida, homicida, infanticídio, etc.¹². (LEMKIN, p. 79).

Nota-se que a utilização do termo “genocídio”, por Lemkin, era para referir-se à matança de uma coletividade de pessoas pertencentes a uma mesma etnia e, no caso da Segunda Guerra Mundial, os judeus. Sua fundamentação levava em consideração o contexto histórico e político vivido na Europa, Lemkin considera que:

O genocídio tem duas fases: uma, destruição do padrão nacional do grupo oprimido; A outra, a imposição do padrão nacional do opressor. Esta imposição, por sua vez, pode ser feita sobre a população oprimida que é permitida permanecer ou somente no território, após a remoção da população e a colonização pelos próprios cidadãos do opressor (LEMKIN, p. 79).

Dentro dessas limitações para a definição de “genocídio”, somam-se interesses políticos e econômicos, como os do Estados Unidos e os da União Soviética, que queriam garantir que suas condutas não fossem tipificadas como crime de genocídio. Também estava em discussão a inclusão do “genocídio cultural. E, em comparação com o documento final da convenção, foi excluída também a proteção de grupos políticos e sociais (FLAUZINA, 2014).

Nesse sentido, a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, em 1952, define que genocídio é “crime do direito dos povos”, “cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso” (ONU, 1951). No Brasil, a convenção foi ratificada por meio da Lei nº 2.889, de 01 de outubro de 1956, definindo genocídio como:

a) Assassinato de membros do grupo; b) Atentado grave à integridade física e mental de membros do grupo; c) Submissão deliberada do grupo a condições de existência que acarretarão a sua destruição física, total ou parcial; d) Medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;

¹² No original: No original: “ New conceptions require new terms. By "genocide" we mean the destruction of a nation or of an ethnic group. This new word, coined by the author to denote an old practice in its modern development, is made from the ancient Greek word *genos* (race, tribe) and the Latin *cide* (killing), thus corresponding in its formation to such words as tyrannicide, homicide, infanticide etc. (LEMKIN, p. 79)



e) Transferência forçada das crianças do grupo para outro grupo (BRASIL, 1956).

Desse modo, surgem alguns questionamentos relativos ao crime de genocídio. Por que os povos indígenas foram e continuam a ser silenciados nesse processo de serem sujeitos de direitos? Por que a Justiça de Transição demorou tanto para expor as massivas violências contra esses povos?

Nota-se que esse conjunto teórico e jurídico a respeito do crime de genocídio contra os povos indígenas foram silenciados por séculos. Nessa perspectiva, por meio da ação e da omissão do Estado brasileiro, inúmeros documentos internacionais e a própria Constituição Federal (inclusive da época dos tais acontecimentos) foram violados. Aliás, ao se tratar de indígenas hoje, no Brasil, o único documento jurídico de tutela específico que se tem é o Estatuto do Índio, criado em 1973, época da ditadura, o que por si só já representa o quão desamparado estão.

Nos documentos da CNV, observa-se a instrumentalização da política de extermínio desses povos na ditadura militar. Como exemplo, a etnia Cintas-largas, que foi morta com pistolas, granadas, e a etnia Canela, morta por fazendeiros (BRASIL-1, 2014).

Constata-se em todos esses crimes a indissociabilidade da condição étnica desses povos e a incitação direta por parte do Estado para a retirada de índios de seus territórios, o que resultou na destruição física total ou parcial dessas etnias (CALHEIROS, 2015).

O efeito maior que se pode concluir é que todos os crimes citados no primeiro tópico são puníveis, já que tanto pessoas físicas ou jurídicas podem ser autores desses delitos, conforme o artigo 4º da Lei nº 2.889 (MPF, 2017).

Com efeito, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, adotada pela resolução 2391 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 26 de novembro de 1968, trata como imprescritível, independente da data que tenham sido cometidos, os crimes contra a humanidade, ocorridos em tempos de guerra ou de paz¹³ (ONU, 1968).

¹³ O Brasil não é signatário dessa convenção, entretanto ratificou o Estatuto da Corte Internacional da Justiça da Carta das Nações Unidas que estabelece o costume internacional e os



Outra legislação que merece ser novamente destacada é a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, trazendo no artigo 7º que “os povos indígenas têm o direito coletivo de viver em liberdade, paz e segurança, como povos distintos, e não serão submetidos a qualquer ato de genocídio” (ONU, 2008). Já o artigo 8º, diz que os índios têm o direito de não sofrer assimilação forçada ou destruição de seus costumes e cultura (ONU, 2008).

Vale também evidenciar a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada no período de 13 a 15 de junho de 2016, que garante no artigo XI aos índios o direito de não ser objeto de qualquer forma de genocídio ou de extermínio (OEA, 2016). Oportuno também mencionar as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos que, como discutido no atual capítulo, têm tratado dos massacres e crimes de genocídio contra os povos indígenas. Em especial, o caso Plán Sánchez, que constata a criação de uma política de genocídio pela Guatemala. Ao cogitar que a Corte não teria jurisdição para julgar casos envolvendo uma legislação de 1948 (Convenção para a Prevenção e Sanção do Crime de Genocídio), a colenda câmara decidiu que o Estado é responsável pelas violações de direitos protegidas em documentos internacionais na qual a Guatemala faça parte (CORTE IDH, 2017).

No Brasil, como já afirmado, o Estado brasileiro, por meio de ação e de omissão, provocou o esbulho territorial, a aniquilação por meio de epidemias, a utilização de trabalho escravo e tantos outros crimes já citados. Por isso, “é fundamental que se ressalte que o Estado pode ser responsabilizado mesmo pelos casos em que o ato não foi perpetrado pela ação direta de seus agentes. E para tanto sequer precisaríamos recorrer ao entendimento do direito internacional [...]” (CALHEIROS, 2015).

No âmbito internacional, o Brasil foi condenado uma única vez pelos crimes de genocídio contra os povos indígenas durante o Regime Militar, em 1980, no Tribunal Bertrand Russell¹⁴ (hoje chamado de Tribunal dos Povos) (FERNANDES, 2015), mas no

princípios gerais como direitos reconhecidos e fontes do direito pelas nações civilizadas (MPF, 2017). Assim, “a observância dos princípios humanitários do direito internacional é obrigação *erga omnes*”. (MPF, 2017).

¹⁴ Neste sentido, o “Tribunal Bertrand Russell (hoje, Tribunal dos Povos) era uma corte internacional, de caráter não governamental, criada, a partir do propósito do filósofo que lhe emprestou o nome, para julgar crimes dos Estados contra os direitos humanos. Ele não tinha



aspecto nacional não há sequer uma decisão que trate do genocídio.

Avançando nesse aspecto do crime de genocídio, é necessário discorrer sobre o etnocídio. E, embora sejam parecidos, seus significados são diferentes. A definição de etnocídio surgiu na obra do antropólogo francês Robert Jaulin,

onde o autor oferece um testemunho etnográfico detalhado do processo de destruição da cultura e da sociedade dos Bari, um povo ameríndio habitante da fronteira venezuelano-colombiana, levado a cabo pela ação convergente de missões religiosas, órgãos estatais (Forças Armadas), corporações petrolíferas, e pelas invasões de seu território por membros das sociedades envolvidas (CASTRO, 2017).

Desse modo, Jaulin compreendia que o etnocídio era caracterizado pelos fins¹⁵, ou seja, pela morte do estilo de vida, seja ele as técnicas de subsistência, a língua, a vivência em comunidade, as tradições e outros congêneres mais de povos distintos (CASTRO, 2017).

O etnocídio trata-se de uma “política de assimilação forçada” (CALHEIROS, 2015). De todo modo, pode-se afirmar que o conceito de etnocídio se aproxima do de genocídio cultural, defendido por Lemkin, já estudado no atual tópico. Avançando nesse aspecto,

pode-se considerar como “ação etnocida”, no que concerne às minorias

poderes oficiais sobre os Estados, mas era dono de legitimidade política e ética. Sua primeira edição, em 1967, julgou os crimes dos EUA na guerra do Vietnã” (SÃO PAULO, 2017).

¹⁵ Nesse aspecto, Eduardo Viveiro de Castro faz uma crítica a esse conceito: “Entendo, entretanto, que a distinção de Jaulin entre “meios” e “fins” é especiosa, pois deixa aberta a possibilidade de algo como um “etnocídio culposos” antes que “doloso”; em outras palavras, sugere que ações etnocidas possam ser cometidas como “resultado não intencional” ou “dano colateral” de decisões, projetos e iniciativas de governo cujo objetivo precípua não é a extinção sociocultural e desfiguração étnica de uma coletividade, mas antes a realização de “projetos de desenvolvimento” (grandes obras de infraestrutura como barragens, estradas, plantas industriais, extração mineral e petrolífera) que visariam ostensivamente beneficiar toda uma população nacional. Visto, porém, que as instâncias de planejamento e decisão dos Estados que sancionam e implementam tais projetos têm o dever incontornável de estarem amplamente informadas sobre os impactos locais de suas intervenções sobre o ambiente em que vivem as populações atingidas, o etnocídio é frequentemente uma consequência concreta e efetiva, a despeito das intenções proclamadas do agente etnocida, e torna-se assim algo tacitamente admitido, quando não estimulado indireta e maliciosamente (o que configura dolo) por supostas ações de “mitigação” e “compensação” que, via de regra, tornam-se mais um instrumento eficaz dentro do processo de destruição cultural, em total contradição com seu propósito declarado de proteção dos modos de vida “impactados” (CASTRO, 2017).



étnicas indígenas situadas em território nacional, toda decisão política tomada à revelia das instâncias de formação de consenso próprias das coletividades afetadas por tal decisão, a qual acarrete mediata ou imediatamente a destruição do modo de vida das coletividades, ou constitua grave ameaça (ação com potencial etnocida) à continuidade desse modo de vida (CASTRO, 2017).⁷

Ao contrário do crime de genocídio, que é previsto no ordenamento jurídico nacional e no internacional, o etnocídio só possui tipificação antropológica, isto é, “todo projeto, programação e ação do governo ou de organização civil” que violem os direitos positivados na Constituição Federal, em especial os do capítulo VIII e do caput do artigo 231 (CASTRO, 2017).

Sob essa perspectiva, num sentido mais amplo, pode-se configurar como crime no sentido moral toda ação que resulte na violação de algum direito da Declaração da ONU sobre o Direito dos Povos Indígenas e em especial os artigos 8º e 10º. E ainda a Convenção 169, da OIT, ratificada também pelo Brasil (CASTRO, 2017).

Nessa linha, a dificuldade para a tutela do crime de etnocídio ocorre pela falta de consenso em relação à palavra *ethnos*, que pode significar “grupo étnico” ou “etnia”. Em relação ao Brasil, é indissociável que a minoria étnica sejam os indígenas. De todo modo, é necessária a distinção entre minoria étnica, grupo étnico e indígena (CASTRO, 2017).

Grupo étnico ou etnia é um conjunto de pessoas que compartilham as mesmas histórias, memórias, valores, tradições culturais, território e um sentimento de solidariedade perante os outros (CASTRO, 2017).

A situação dos povos indígenas no Brasil é enquadrada como minoria, seja no aspecto cultural, no social e no político. Nesse caso, o fato de serem categorizados como minorias não afeta dados estatísticos ou numéricos, em que pese sua população seja pequena no Brasil. Há outras populações que são minorias, mas com alta população, como os negros e as mulheres (CASTRO, 2017).

Assim, pode-se dizer que “minorias e maioria não se opõem de uma maneira apenas quantitativa. Maioria implica uma constante, algo como um metro-padrão que lhe serve de instrumento avaliador” (CASTRO, 2017). No Brasil, esse padrão seria o homem branco, católico, macho e heterossexual (CASTRO, 2017).

Desse modo, observa-se que tanto o genocídio como o etnocídio foram



promovidos pelo Estado brasileiro, seja por meio de ação ou de omissão, por isso o Estado brasileiro deve ser responsabilizado, ainda que seja somente pelo crime de genocídio, já que não há previsão legal para o crime de etnocídio.

Por fim, como sabido, ao menos 8 mil indígenas morreram na ditadura brasileira e assim mais do que urge o tempo para que sejam criados mecanismos reparatórios em benefício dos índios pelo Estado brasileiro, seja pelo Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário. E ainda, “é fundamental que se ressalte que o Estado pode ser responsabilizado mesmo pelos casos onde o ato não foi perpetrado pela ação direta de seus agentes” (CALHEIROS, 2017).

V. Território e marco temporal

Somadas às formas de reparação já citadas neste artigo, surge a necessidade de se analisar a importância do território para os povos indígenas. Neste aspecto, quando se discute território há uma aproximação com a antropologia jurídica e a utilização de instrumentos reparatórios coletivos. Isso porque existe uma estreita relação do território e os índios, as quais passam por valores cosmológicos, espirituais e religiosos (GAVILAN, 2016). Desse modo,

[...] Deve-se buscar na cosmologia indígena e nos princípios coletivos da comunidade, na lei comum e a oralidade dos povos indígenas. O direito indígena deriva da crença de que as normas jurídicas não são apenas parte da razão humana, mas também por razões cosmológicas. O homem não está sozinho na Natureza, por isso não pode ser o legislador onipotente, enquanto há outras energias, forças e motivos da natureza, como a terra, os rios, as montanhas, as árvores, as pedras, a lua, o mar, o sol e outros que também expressam as regras da convivência humana (GAVILAN, 2016).

Assim, observa-se que os povos indígenas e a natureza fazem parte de um todo, em que o território é o próprio ser indígena. Compreender o sentido cultural e antropológico do valor do território para os povos indígenas significa dizer que a justiça de transição pode desconstruir toda a sua visão individual, eurocêntrica, base dos direitos humanos ocidentais. Pode-se afirmar que há inúmeras perspectivas de



mecanismos reparatórios para os povos indígenas e a demarcação de terras pode ser uma delas.

Nessa dimensão, o Relatório Anual, de 2014, da ONU, a respeito Direitos dos Povos Indígenas especifica:

Talvez a manifestação mais clara de que ainda é necessário reparação para os povos indígenas é a falta de acesso a suas terras tradicionais e de permanência nelas. Em respeito ao artigo 28 da Declaração que estabelece que os povos indígenas têm direito a reparação, pelos meios que garantam a restituição, e quando não possível, uma indenização justa e equitativa pelas terras e territórios. Os recursos que tradicionalmente foram confiscados, tomados, ocupados dos índios, foram utilizados sem seu consentimento livre, prévio e violado o direito a informação "e que esta compensação" consistam em terras, territórios e recursos de igual qualidade, extensão e uma condição jurídica para uma indenização justa. Apesar de ter havido avanços nos últimos anos na restituição de terras a favor dos povos indígenas e da proteção de suas bases territoriais, existe ainda muitos índios que não tiveram seus territórios restituídos. Por óbvio, que existem várias formas na qual as restituições de terra que podem ser realizadas, como por exemplo, os decretos executivos, decisões judiciais ou acordos extrajudiciais¹⁶ (ONU, 2014).

A tutela ao território indígena é antiga e existe desde o período colonial. Inúmeros alvarás, cartas régias e outras autorizações do regime monárquico português previam a posse indígena. Como exemplo, pode-se citar a Carta Régia, de 30/07/1611¹⁷,

¹⁶ Original: 31. Tal vez la manifestación más clara de que aún se necesita reparación para los pueblos indígenas de todo el mundo es su persistente falta de acceso a sus tierras tradicionales y de seguridad en su tenencia. Al respecto, en el artículo 28 de la Declaración se establece que "los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado" y que esta compensación "consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada". Aunque sin duda ha habido avances en los últimos decenios en la restitución de tierras a los pueblos indígenas y en la protección de sus bases territoriales existentes, aún queda mucho por hacer en casi todas partes. Por supuesto, hay varias maneras en que las restituciones de tierras pueden efectuarse y se han efectuado, como los decretos ejecutivos, las decisiones judiciales o los acuerdos negociados, aunque pueden surgir complicaciones, sobre todo cuando compiten intereses privados opuestos de terceros involucrados (ONU, 2014).

¹⁷ "E os ditos Gentios [indígenas] serão senhores de suas fazendas nas povoações, assim como o são na Serra, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhes fazer molestia, ou injustiça alguma; nem poderão ser mudados contra suas vontades das Capitanias e logares, que lhes forem ordenados, salvo quando elles livremente o quizerem fazer" (BRASIL, 1611).



o Alvará de 1º de abril de 1680¹⁸ e a Lei de 06/06/1775¹⁹. Esta última reconhecia o direito dos índios, como primários e naturais, às terras por eles ocupadas (SILVA et al., 2016).

A primeira proteção constitucional do indígena foi a Constituição Federal de 1934, sob Regime de Getúlio Vargas (SILVA, 2016). O artigo 129 expressava que deve ser respeitada “a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”.

Com o Golpe Militar de 1964, a Constituição de 1967 adicionou novos direitos aos povos indígenas, como o usufruto de recursos naturais (SILVA, 2016). Entretanto, com o Plano Nacional de Integração, na década de 70, o que se observou na prática foi a invasão dos territórios e a expulsão dos índios.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 tenta modificar todo esse histórico de matança indígena, trazendo novos direitos como a proteção de seus territórios, de suas culturas e de seus costumes, expressos em inúmeros artigos e, em especial, o artigo 231. O parágrafo segundo especifica que “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes” (BRASIL, 1988). O artigo 21 diz que os territórios indígenas são patrimônio da União e, dessa forma, inalienáveis e indisponíveis (BRASIL, 1988).

Entretanto nas recentes decisões judiciais tem-se observado a inépcia da falta de respeito para com documentos nacionais e internacionais que tratem da proteção de territórios desses povos (SILVA, 2016). E em especial com o caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol dos Macuxi, Wapixana, Ingariko, Patamona e Taurepang de Roraima (2009); o STF colocou empecilhos para a demarcação do território, como o marco temporal e as dezenove condicionantes (SILVA, 2016).

¹⁸ “Eu o Príncipe, como regente e governador dos Reinos de Portugal e Algarves. Faço saber aos que este meu Alvará virem que pello muito que convem ao serviço de Deos e meu aplicar todos os meios mais efficaes para conversão do gentio do Maranhão, e por justos respeitos que a isso me movem e que moverão aos Senhores Reis meus predecessores a empregarem nesta ocupação aos religiosos da Companhia” (BRASIL, 1680).

¹⁹ “No preâmbulo da Lei de 6 de Junho de 1755, El-Rei D. José I, ouvido voto unanime de seu Conselho e outros ministros, affirma que a causa da dispersão dos índios <<constituiu e consiste ainda em se não haverem sustentado efficaemente os ditos índios na liberdade, que a seu favor foi ‘declarada pelos Summos Pontifices e Senhores Reis meus Predecessores’ (MENDES, p. 33) A lei também trazia anexo de outras legislações que garantiam a liberdade para uso do território.



No caso citado, o Ministro Carlos Britto trouxe quatro fundamentos para a caracterização de um território indígena, sendo: a) o marco da tradicionalidade da ocupação; b) o marco temporal da ocupação; c) o marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional; e o d) marco do princípio da proporcionalidade (PEGORARI, 2017).

A primeira tese estabelece que “as comunidades indígenas devem demonstrar o caráter de perdurabilidade de sua relação com a terra, em sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica, com o uso da terra para o exercício das tradições, costumes e subsistência (PEGORARI, p. 248). O critério estabelecido nesta tese vai em consonância ao artigo 231, parágrafo 1º da Constituição Federal, que estabelece como requisito para o reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas por indígenas

[...] as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (BRASIL, 1988).

A segunda tese, que é a do marco temporal da ocupação, trata da necessidade de que as comunidades indígenas deveriam estar nesses territórios no dia da promulgação da Constituição Federal (5 out de 1988), conforme decisão,

O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. [grifo nosso] 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios (Petição no 3388 de Roraima – Supremo Tribunal Federal).

Em relação ao marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional, há uma valorização do parâmetro da ancestralidade e da “utilidade prática a que deve servir a terra tradicionalmente ocupada (PEGORARI, p. 248). Por fim, no que se refere ao marco do princípio da proporcionalidade, deve-se



atentar a este princípio no âmbito dos direitos indígenas, garantindo um caráter extensivo (PEGORARI, 2017).

Neste sentido, observa-se que o STF adotou a tese do marco temporal da ocupação, já que determinou que para critérios de demarcação de terras indígenas, estes povos deveriam estar ocupando-as no dia da promulgação da Constituição (SILVA, 2017).

Ou seja, o STF cria limitadores à justiça de transição indígena, ao passo que a maioria das etnias teve que sair de seus territórios de forma coercitiva. Em virtude disso, é possível afirmar que:

Ignora-se que desde a Constituição de 1934 e em todas as que seguiram, os direitos dos índios à posse permanente de suas terras estava assegurada. E ignora-se uma história de violência e de esbulho. A Constituição de 1988 inaugurou entre os índios guarani espoliados a esperança de que agora se encontravam em um “tempo do direito” (CARNEIRO DA CUNHA, 2017).

Levando em consideração todas as investigações realizadas pela CNV, o marco temporal e o instituto do esbulho renitente colocam como inatingíveis todas as treze recomendações da Comissão. Dentre essas recomendações, há a da demarcação e a da reparação desses territórios, tendo em vista que muitas etnias se viram obrigadas a se retirar em decorrência de grandes empreendimentos (SILVA et al., 2016).

É importante reiterar que os povos indígenas ocupavam tradicionalmente²⁰ os territórios antes da existência do reconhecimento constitucional, isto porque, nessa época, não havia tutela. E, dessa forma, pode-se afirmar que devem ser considerados direitos naturais, já que somente a partir da Constituição Federal de 1934 é que houve a tutela de seus territórios (SILVA et al., 2016).

Nessa dimensão, é importante discutir a posse indígena, que difere da do direito civil. Para isso, João Mendes Júnior, docente da Universidade de São Paulo (USP), foi o “primeiro jurista brasileiro a estudar uma justificação dos direitos territoriais dos índios,

²⁰ Nessa perspectiva, “no cerne dessa discussão, importante frisar que o sentido da expressão “tradicionalmente ocupam” (Art. 231) e “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” (Art. 20, XI) dá conteúdo à existência do grupo étnico. O legislador constituinte ao dispor os verbos no presente não se referiu à data da promulgação da Constituição, mas sim à existência contemporânea dos povos indígenas (SILVA, p. 18 – 19).



procurando localizá-los dentro da ordem jurídica que vigia no Brasil” (LIMA; RESENDE, 2016), chamado de teoria do indigenato (LIMA; RESENDE, 2016).

A teoria consiste na ideia de que o índio possui a sedum positivo, consistindo em fundamento para se ter a posse, teoria clássica do direito romano. Entretanto o índio, além dessa posse (*jus possessionis*), também possui o *jus possidendi*, tendo em vista que é reconhecida preliminarmente a legitimação dessa posse desde o Alvará de 1º de Abril de 1680, considerando-a como direito congênito (MENDES, 1912). E, ao indígena, “é que melhor se aplica o texto do jurisconsulto Paulo: - *quia naturaliter tenetur ab eo qui insistit*” (MENDES, p. 59).

Dessa forma,

A *ocupação*, como título de aquisição, só pode ter por objecto as cousas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono. A ocupação é uma *apprehensio rei nullis ou rei derelictae*. [...] Ora, as terras de índios, congenitamente apropriadas, não podem ser consideradas nem como *res nullius*, nem como *res derelictae*; por outra, não se concebe que os índios tivessem adquirido por simples ocupação, aquilo que lhes é congênito e primário, de sorte que, relativamente aos índios estabelecidos, não há uma simples posse, ha um título imediato de domínio, não há portanto posse a legitimar, ha o domínio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado [grifo nosso] (MENDES, p. 59)

Ou seja, é necessário traçar uma diferenciação para a caracterização de posse de terras entre indígenas e o direito civil clássico, isso porque, como dito, a posse do índio é um direito congênito⁷⁸. Pode-se dizer que o direito dos índios que ocupam as terras é um direito natural, e que não é necessário que uma legislação legitime essa posse. Este direito foi incorporado nos primeiros Alvarás e é previsto na atual Constituição (LIMA, RESENDE, 2016).

Nessa dimensão, pode-se dizer que a posse do território indígena não é igual à regulada pelo direito civil e inclusive a regulada pelo direito agrário. Isso porque não há necessariamente uma relação de posse com morada habitual, trabalho e produção, e por isso se diz “posse indígena” para se referir a esses povos (LIMA, RESENDE, 2016).

Toda essa mudança trouxe limitação aos direitos indígenas e, por consequência, ao direito de reparação, de memória, de verdade e de justiça. E, por consequente, o marco temporal refletiu em outras decisões no STF, como na Terra Indígena Guyraroká, no Estado do Mato Grosso do Sul.



Assim, sem o direito ao território, não há do que se falar numa perspectiva de agente do direito à memória, à verdade e à justiça no Brasil. Além disso, há um imenso risco de etnias desaparecerem, já que o valor do território para o índio é diferente do que existe para as sociedades não indígenas, como estudado nesse tópico.

Deste modo, o próximo tópico pretende analisar a jurisprudência do STF no que se refere ao instituto marco temporal, mecanismo que limita o acesso aos territórios indígenas invadidos pelo regime militar. Sem o direito ao território, não há possibilidade da realização de uma justiça de transição indígena.

VI. O Supremo Tribunal Federal e o marco temporal

Inicia-se aqui a última etapa desta pesquisa, que tem por finalidade a busca jurisprudencial no Supremo Tribunal Federal que trate do instituto do marco temporal. O âmbito de aplicabilidade desse tema é bastante extenso, por isso optou-se pelo estudo das demandas judiciais e pedidos de anistia conduzidos pelo MPF, por meio do Grupo de Trabalho “Violações dos Direitos dos Povos Indígenas e Regime Militar”.

Deste modo, examinado as decisões do STF em relação a interpretação do marco temporal, se observa dois momentos distintos. O primeiro ciclo constituiu na garantia de direitos indigenistas e principalmente do direito ao território, para depois em um segundo momento (pós década de 90), a criação de limites jurídicos para configurar a posse desses territórios.

Assim, “era de se esperar que o Poder Judiciário fizesse alguma forma de mediação entre “lei” e a “realidade normativa” (NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, 2017) considerando às sistemáticas violações de direitos humanos por meio de ação e de omissão do Estado brasileiro (NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, 2017) na ditadura brasileira. Entretanto, o que a jurisprudência tem demonstrado é o contrário, concedendo anistia a torturadores e a legitimação dos crimes ocorridos nessa época.

Nesse sentido em 1969, o Superior Tribunal de Justiça julgou a favor da etnia Kadiweus, garantindo-os o direito ao território. Embora, a decisão judicial não tenha acabado com o conflito socioambiental, visto que fazendeiros continuaram a invadir estes territórios, destaca-se que foi uma importante decisão sobre direitos indigenistas



(NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, 2017).

Desse modo, essas decisões que possibilitaram a garantia do direito ao território “se mantêm nos anos 80, nos 90, já sob a égide da Constituição” (MAGALHÃES, 2017). Nesse sentido, o voto do Ministro Francisco Rezek em 1993, sobre os povos Krenak e Pojixá merece destaque,

As provas falam do pungente drama por que passaram e estão passando os índios KRENAK e POJIXÁ, em razão da desenfreada ambição de homens “civilizados” que, protegidos e com a participação do Governo de Minas Gerais, teimam em tomar-lhe as terras e, conseqüentemente, a esperança, a saúde, o alimento, a água, a vida. (BRASIL – D, 1993).

Portanto, a arguição defendida pelo Estado de Minas Gerais de que o povo Krenak tinha abandonado seu território foi refutada pelo relator e os demais ministros do STF, posto que essas etnias foram brutalmente transferidas no período de 1950 a 1970. Convém destacar que o STF considerou nulo todos “os títulos de propriedade conferidos aos réus pelo Estado de Minas Gerais” (NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, 2017). Ainda, “o caso dos Krenak, aos quais se fez justiça na referida decisão, foi lembrado no Relatório da CNV” (NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, 2017), como estudado no primeiro capítulo e que será discutido no tópico a seguir.

Em especial esse julgamento se sobressai por ser uma decisão histórica relacionada a direitos indigenistas, uma vez que o STF acolheu a tese do procurador da República sobre a constitucionalidade da posse de terras indígenas, dado que esses povos foram expulsos de seus territórios de forma arbitrária (NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, 2017).

Entretanto anos depois, com a decisão do “Recurso Extraordinário nº 219983-3/98, o STF decidiu questão semelhante de forma completamente diversa” (NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, 2017). Nesse momento, observa-se o início do segundo ciclo de interpretação no STF, criando limitações jurídicas para a caracterização da posse indígena. Assim, pela primeira vez, o STF institui o marco temporal como requisito básico de reconhecimento do direito ao território para os povos indígenas (NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, 2017). Convém destacar o voto do relator Ministro Marco Aurélio:

Conclui-se, assim, que a regra definidora do domínio dos incisos I e XI do artigo



20 da Constituição de 1988, considerada a regência sequencial da matéria sob o prisma constitucional, não alberga situações como a dos autos, em que, em tempos memoráveis, as terras foram ocupadas por indígenas. Conclusão diversa implicaria, por exemplo, asseverar que a totalidade do Rio de Janeiro consubstancia terras da União, o que seria um verdadeiro despropósito (BRASIL – E, 1998).

Com isso, o STF rompeu com os direitos originários dessa etnia e de todos os povos indígenas no Brasil, como também concedeu anistia a todos os crimes ocorridos no período da ditadura militar brasileira.. Nesse sentido,

O aberrante etnocentrismo dessa tese, que viola os direitos originários e os direitos culturais internacionalmente reconhecidos, pressupõe que os índios: a) tinham amplo acesso à Justiça, o que, em termos sociológicos, é absurdo: continua havendo profunda disparidade entre os conflitos nas florestas e os conflitos nas cidades; b) poderiam livremente propor ações no próprio nome, o que supõe um profundo desconhecimento do direito positivo da época, tendo em vista a tutela prevista pelo Estatuto do Índio; c) preferiam usar os mecanismos oficiais do Estado brasileiro para resolução de conflitos, quando, em razão de sua própria identidade cultural, tinham mecanismos próprios e, pelo seu saber histórico, tinham toda a razão para não confiar nos mecanismos oficiais, inclusive no Judiciário brasileiro, cuja jurisprudência é historicamente etnocêntrica; d) a exigência de que ainda estivessem resistindo fisicamente em 1988 ignora completamente a relação de forças no campo brasileiro e dos massacres cometidos contra os povos indígenas (FERNANDES, 2017).

Assim é possível observar que a partir do marco temporal da Constituição Federal de 1988 (NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, 2017), o STF rompeu com todos os direitos e parâmetros da justiça de transição indígena. Dessa maneira, pode-se dizer que

o STF rompeu tanto com sua própria tradição como com aquela do constitucionalismo brasileiro, respeitada a série das constituições brasileiras de 1934 até nossos dias, incluindo aquelas autoritárias, que reconheciam os direitos dos índios às terras em que habitavam (NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, 2017).

De natureza igual, o STF em 2010 emitiu a Súmula 650/2010 considerando que “os incisos I e XI do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”. Desse modo,

Exclui-se a possibilidade de que os povos exterminados ou



expropriados durante a ditadura militar possam recuperar seu direito originário às terras em que viviam até serem expulsos e perseguidos pelo regime [...]. Esse impedimento vai, portanto, de encontro aos direitos inerentes de uma Justiça de Transição, como o direito à memória e a verdade, mas também o de reparação e responsabilização (NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, 2017).

Do exposto, observa-se que o STF está legitimando os crimes da ditadura e consequentemente, impossibilitando a promoção de uma justiça de transição indígena. Outra dificuldade existente na promoção de reparação a esses povos é a constatação de que nunca um indígena esteve na composição do Supremo Tribunal (FERNANDES, 2017). No que concerne a decisão em 1998, surge um limitador do direito à terra, já que não se leva em consideração razões históricas, tal como a retirada forçada desses povos de seus territórios. Desse modo,

Se o Judiciário brasileiro, em pleno século XXI, realiza essa radical negação de direitos humanos dos povos indígenas, tanto no plano do direito material quanto no do processual, retirando-lhe direitos sem mesmo ouvi-los judicialmente, o que deve pensar da esdrúxula exigência, não prevista na Constituição, de que os povos indígenas estivessem discutindo judicialmente seus direitos em outubro de 1988 para que possam ter a demarcação das terras que foram expulsos, seja por ação ou omissão do Estado brasileiro? (FERNANDES, 2017).

Verifica-se que as condicionantes do caso “Terra Indígena Raposa do Sol”, como estudado no segundo capítulo, têm sido utilizadas em outras decisões envolvendo a posse de territórios indígenas, tal como na Terra Indígena Guyraroká (RMS 29087 DF) e na Terra Indígena Limão Verde (ARE 803.462-AgR/MS), ambas no Estado do Mato Grosso do Sul (FERNANDES, 2017). Tratando-se dessa percepção jurisprudencial, “o aberrante etnocentrismo dessa tese” (FERNANDES, 2017) elucida que o Poder Judiciário vai de encontro aos direitos humanos e indigenistas.

Convém destacar que não há ações judiciais tipificando a conduta do Estado brasileiro como crime de genocídio, exceto a proferida pelo Tribunal Bertrand Russell, em 1980 (FERNANDES, 2017), discutida no tópico anterior. Ainda, o Relatório da CNV não cita esse crime na “seção conceitual sobre graves violações de direitos humanos” (FERNANDES, p. 01).

De todo modo, a tabela a seguir saliente os principais processos judiciais e pedidos de anistia política envolvendo povos indígenas e principalmente os que tratem



do instituto do marco temporal:

Tabela 1 – Principais processos judiciais envolvendo povos indígenas e parâmetros reparatórios da justiça de transição (1979 a 2015)²¹

Ação:	Ministro Relator ou juiz:	Data:	Observação:
ACO 323-7 MG (STF)	Francisco Rezek	08/09/1994	Decisão histórica que concede o direito ao território a etnia Krenak.
RE 219.983-3 SP (STF)	Marco Aurélio	09/12/1998	Institui o marco temporal para a posse das terras indígenas, refutando a teoria do <i>indigenato</i> , proposta por João Mendes.
Petição Inicial 3.388- 4 - Roraima (STF)	Carlos Britto	01/07/2010	Caso da Terra Indígena Raposa do Sol. Estabeleceu como marco temporal dos indígenas a promulgação da CF de 1988, ou seja, os índios deveriam estar no território no dia 5 de outubro de 1988.
ACP – Processo nº 0000243-88.2014.4.01.3200 (1ª Vara Federal do TRF da 1ª Região (AM))	Juíza Maria Pinto Fraxe	15/01/2014 (em andamento)	Caso sobre os povos Tenharim e Jihai, vítimas da Rodovia Transamazônica. Liminar deferida em partes. A juíza acolheu o pedido de medidas para proteger os locais sagrados e médicos no posto de saúde.
RMS 29087 DF (STF)	Ricardo Lewandowski	16/09/2014	Recurso para demarcação de terra da etnia Guarani Kaiowá,

²¹ Tabelada adaptada do site do MPF. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/biblioteca/docs/docs_memoria/pesquisa_feitos.pdf> Acesso em: 2 fev. 2017.



			no estado do MS. Decisão invoca o marco temporal de ocupação, que é a promulgação da CF de 1988.
Pedido de anistia política	Ministério da Justiça/ Comissão da Anistia	19/09/2014	Caso que considerou como anistiado político os indígenas Aikewara, moradores da Aldeia Sororró, na Terra Indígena Aikewara.
ARE 803.462- AgR/MS	Teori Zavascki	12/02/2015	Decisão sobre o Território Indígena "Limão Verde". Como já nas decisões anteriores, "estabeleceu como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena, a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988" (STF, 2015).
Pedido de anistia política		24/03/2015 (em andamento)	Pedido de anistia política ao povo Krenak pelas violações de direitos humanos na ditadura militar.
ACP - Processo nº 644839520154013800 (JF MG)	Juíza Anna Cristina Rocha Gonçalves	14/12/2015 (em andamento)	Caso envolvendo o povo Krenak e as violações de direitos humanos na ditadura militar. Primeira ação envolvendo indígenas e J.T. que tem como réu uma pessoa física, o militar Manoel dos Santos Pinheiro [grifo nosso]. Liminar deferida parcialmente em dezembro de 2016: - promover consulta livre a etnia Krenak; a) traduzir a CF na língua nativa desse povo; b) entregar a esse povo



			todos os documentos governamentais que os tratem; c) publicação Nacional sobre violações de direitos humanos dos povos indígenas na ditadura militar, e em especial, relacionadas ao Reformatório Krenak.
--	--	--	---

Desse modo, observa-se que o Supremo Tribunal Federal optou pela tese do marco temporal da ocupação, restringindo os povos indígenas do acesso às suas terras. Como visto neste trabalho, muitas etnias foram brutalmente assassinadas e expulsas de seus territórios, o que impossibilitou que estes povos estivessem em seus territórios no dia da promulgação da Constituição Federal. Ademais, para os povos indígenas, pouco importa a data da promulgação de um documento jurídico, o que estes buscam é a possibilidade de que o Estado reconheça de que estes territórios são seus, para que assim, possam continuar sobrevivendo, seja no aspecto biológico, cultural ou social.

Considerações finais

Constata-se que os povos indígenas no Brasil desde épocas coloniais a democráticas vivem subalternos, às margens de políticas públicas e sociais. Prova disso era o desrespeito e a intolerância em relação à cultura indígena por parte dos colonizadores que, no século XVI, levantaram à dúvida a respeito de os indígenas terem alma ou não. Nesse sentido, a tese defendida por John Major, considerava os povos indígenas como escravos por natureza. O problema só foi solucionado com a bula do Papa Paulo III, ao afirmar que os índios possuíam almas. No decorrer desse processo de silenciamento que se iniciou com a invasão do continente americano, às violações de direitos humanos não foram restritos por períodos históricos ou contextos políticos, dado por exemplo, que a ditadura militar para os povos indígenas foi a continuidade de algo que já existia (BRASIL-2, 2014) e, assim, não deve ser entendida como um marco para o início das violações de direitos humanos.



Com efeito, a ditadura militar brasileira significou o início da construção de empreendimentos que modificaram a vida desses povos, como a construção da Rodovia Transamazônica que violou direitos das etnias Tenharim, Jiahui, Arara e Prakanã, da Rodovia Perimetral Norte, trazendo consequências socioculturais na vida da comunidade dos Yanomami; o encarceramento e a utilização de mão-de-obra indígena do povo Krenak; o massacre dos Cintas-Larga desencadeado por conflitos territoriais, inclusive utilizando-se de armamento pesado como pistolas calibre 45, metralhadoras e granadas de mão; a expulsão da etnia Kadiueus de seu território e a coerção para a prática de prostituição; o extermínio de 36% da população das etnias que vivem no Rio Xingu, a proliferação de epidemias (influenza, malária e pneumonia) na etnia Carajás; a desnutrição de crianças e falta de assistência social ao povo Kanayurá; a construção de presídios sem as devidas instalações sanitárias e humanitárias para torturar a comunidade Kaingang e muitos outros casos de violações de direitos humanos não citadas na dissertação por limitações metodológicas. Todos esses exemplos tentaram ilustrar que a ditadura militar brasileira significou a morte de ao menos 8 mil indígenas (BRASIL-1, 2014).

Nesse ínterim, surge a justiça de transição, estudo que tem por finalidade a promoção de mecanismos judiciais e não judiciais que reparem vítimas de períodos ditatoriais e/ ou de conflitos armados. Sua latência ocorre por meio de três eixos: o direito à memória; à verdade e à justiça, possibilitando que não haja mais repetição dos fatos passados. Como visto, a aplicabilidade desse tipo de justiça provocou a modificação da relação entre Estados e atores nacionais. O produto dessa teoria pode ser percebido por meio da criação da Comissão Nacional da Verdade; a fundação de museus virtuais (como o Armazém da Memória); a produção de documentários (tal como o “Povo Krenak: guerra sem fim”) e a divulgação de documentos secretos da ditadura militar (como o Relatório Figueiredo).

Quando a justiça de transição é levada para o campo dos povos indígenas, observa-se dificuldades para responder às violações de direitos humanos, dado que essas vítimas não encontram pouso nas agendas de direito à memória, à verdade e à justiça. Frente a esta provocação, a pesquisa não tencionou desconstruir todo o respaldo teórico existente, considerando que os eixos aqui citados são fundamentais para a reparação de todas às vítimas da ditadura militar, inclusive os povos indígenas. Com o



fito de estruturar a possibilidade de inserção desses povos na justiça de transição, optou-se por incluir a necessidade de reconhecimento do direito ao território e a indissociabilidade da condição étnica desses povos nos crimes ocorridos na ditadura.

Assim, estudou-se que o reconhecimento do direito ao território é parâmetro fundamental para a justiça de transição indígena, dado que a terra carrega significados cosmológicos e hereditários a esses povos. Reitera-se que não se vale da teoria da substituição da terra por outra similar, já que esses povos se entreveem como integrantes desse território, juntamente com a Natureza. Ora, nesse sentido, cabe a provocação no aspecto da diferenciação entre reparação e recomposição, que na perspectiva de justiça de transição não devem ser entendidas como iguais. Enquanto aquela significa reconstruir, voltar ao estado anterior, esta significa substituir por algo similar. Neste sentido, considerando a importância do território ao indígena, não se deve utilizar a recomposição do território, mas a reparação, que possibilita a restituição da terra em que esses povos viveram antes da retirada forçada.

Enfatiza-se a necessidade para que a justiça de transição indígena considere que todas as violações de direitos humanos expostas no primeiro capítulo, sejam indissociáveis da conjuntura étnica desses povos, tipificando tais condutas como crime de genocídio, previsto na lei nº 2.889 de 1956. Esta perspectiva possibilita que o Estado brasileiro e agentes militares possam ser condenados pelo: assassinato de membros de determinados grupo; atentado grave à integridade física e mental de membros do grupo; submissão deliberada do grupo a condições de existência que acarretarão a sua destruição física, total ou parcial; medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; transferência forçada das crianças do grupo para outro grupo (BRASIL, 1956). Comando que, antropologicamente, pode-se caracterizar estes crimes como etnocídio, por se tratar de ação que acarretou mediata ou imediatamente a destruição do modo de vida das coletividades, ou constitua grave ameaça (ação com potencial etnocida) à continuidade desse modo de vida (CASTRO, 2017).

Detendo-se a estes aspectos pontuais para a realização de uma justiça de transição indígena, percebe-se também impedimentos para a anistia política a esses povos, dado que a Portaria nº 2.523/2008 do Ministério da Justiça estabelece que o pedido de anistia deve ser realizado de forma individual, contrariando a forma de organização das sociedades indígenas, que se estruturam de forma coletiva. Da mesma



forma, merece destaque as dificuldades para reparação aos povos indígenas por meio do direito ao consentimento prévio, conforme previsto na Convenção 169 da OIT, visto muitas etnias não querem ser reparadas pelas violações de direitos ocorridas na ditadura.

Diante do exposto, destaca-se que sem o cumprimento de ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, criam-se circunstâncias de injustiça de transição. Ainda, percebe-se que os mecanismos reparatórios existentes no ordenamento jurídico brasileiro para os povos indígenas são frágeis, já que muitas limitações jurídicas e políticas têm sido criadas para impossibilitar a promoção de uma justiça de transição indígena e em busca do direito à memória, à justiça, à verdade, à reparação e ao território.

Referências bibliográficas

BICKFORD, Louis. Transitional Justice. In: HORVITZ, Leslie Alan; CATHERWOOD, Christopher. **Macmillan encyclopedia of genocide and crimes against humanity**. New York: Facts on file, 2004, v.2. p. 1045-1047. Disponível em: <<http://circulodeestudios.org/wp-content/uploads/2013/08/080409160306.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL, República Federativa do. **Constituição Federal**, 1988.

_____. **Violação dos direitos humanos - Tribunal Russell II**. João Pessoa: Editora da UFPB, 2014

_____. **Emenda Constitucional no 1, de 17 de outubro de 1969**, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. **Comissão da Anistia**. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/anistia>> Acesso em: 2 jan. 2017.

_____. **Lei nº 10.559, de 13/11/2002**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10559.htm>. Acesso em: 10 jan. 2017.

_____. **Portaria nº 2.523/2008**. Disponível em: <



http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20100714-01.pdf> Acesso em: 21 jul. 2016.

_____. **Lei no 2.889, de 1o de outubro de 1956.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L2889.htm> Acesso em: 25 dez. 2016.

_____. **Atos das disposições constitucionais transitórias (1988).** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#adct Acesso em: 12 set. 2016.

BRASIL-1, **Violação de Direitos Humanos dos Povos Indígenas**, 2014. Disponível em: <<http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/Volume%202%20-%20Texto%205.pdf>> Acesso em: 15 nov. 2016.

BRASIL-2, **Depoimentos do Capítulo Indígena**, 2014.

CARTA CAPITAL. **Violações Aos Direitos Dos Povos Indígenas.** Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/redemocratizacao-incompleta-perpetua-desigualdades-no-brasil-diz-relatorio-573.html/violacoes-aos-povos-indigenas.pdf-7733.html>>. Acesso em: 1 abr. 2017.

CALLEJO, Eduardo González. **El deber de memoria y la justicia transicional em perspectiva histórica.** Disponível em: <<http://www.bideo.info/buesa/imagenes/DEBER%20DE%20MEMORIA.pdf>> Acesso em 29 jan. 2017.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **História dos índios no Brasil.** São Paulo: Companhia Das Letras, 1998.

_____. **O STF e os índios.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/opiniao/196246-o-stf-e-os-indios.shtml>> Acesso em: 21 jan. 2017.

_____. **Índios no Brasil: História, Direitos e Cidadania.** São Paulo: Claro Enigma, 2012.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. A Preservação do meio ambiente e da cultura na legislação brasileira. **Revista da Procuradoria-Geral da República**, n.4, p.98-103, 1993. (PGR)

CASTRO, Eduardo Viveiros de. **Sobre a noção de etnocídio, com especial atenção ao caso brasileiro.** Disponível em: <https://www.academia.edu/25782893/Sobre_a_noção_de_etnoc%C3%ADdio_com_esp>



ecial_atenção_ao_caso_brasileiro> Acesso em: 29 jan. 2017.

CIDH. **Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala**, Sentença. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_105_esp.pdf> Acesso em: 23 jul. 2017.

CLASTRES, Pierre. Do etnocídio. In: **Arqueologia da violência**. São Paulo, Cosac Naify, 2004, p. 57.

FERNANDES, Paduá. **As terras indígenas e a (in)justiça de transição**: o Supremo Tribunal Federal e a legitimação dos crimes da ditadura militar. Disponível em: <<https://ipdms.files.wordpress.com/2016/09/anais-2015-finalizado.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2017.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. As Fronteiras Raciais do Genocídio, Rio de Janeiro, **Revista Direito UnB**, jan. – jun. 2014, v. 01, n.01

FIGUEIREDO, Jader de. Relatório Figueiredo. **Relatório Figueiredo**, 1967. Disponível em: <<http://armazemmemoria.com.br/tag/relatorio-figueiredo/>> Acesso em: 15 nov. 2016.

GAVILAN, Victor M. **El derecho internacional y los pueblos indígenas**. Disponível em: <<http://www.mapuche.info/mapuint/pueblos030217.html>> Acesso em: 20 dez. 2016.

ICTJ. **La justicia transicional y la lucha por los derechos indígenas: entrevista a Eduardo González**. Disponível em: <<https://www.ictj.org/es/news/la-justicia-transicional-y-la-lucha-por-los-derechos-indigenas-entrevista-eduardo-gonzalez>> Acesso em: 29 jan. 2017.

IHU, Instituto Humanitas Unisinos. **Indígenas Aikewara na Comissão da Anistia. Perdão e reparação**. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/535443-indigenas-aikewara-na-comissao-da-anistia-perdao-e-reparacao>> Acesso em: 2 fev. 2017.

ISA, Instituto Socioambiental. **Convenção OIT sobre Povos Indígenas e Tribais em países independentes no. 169**. Disponível em: <<https://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/internacional/convencao-oit-sobre-povos-indigenas-e-tribais-em-paises-independentes-n%20-169>>. Acesso em: 1 jan. 2017

_____. **Estatuto do Índio**. Disponível em: <<https://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/estatuto-do-Indio/introducao>>. Acesso em: 29 jan. 2017.



_____. **Povo Krenak.** Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/povo/krenak/257>. Acesso em: 10 fev. 2017.

JUNG, Courtney. **Transitional Justice for Indigenous People in a Non-transitional Society.** International Center for Transitional Justice. Disponível em: <https://www.ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Identities-NonTransitionalSocieties-ResearchBrief-2009-English.pdf>. Acesso em: 1 abr. 2017.

LEMKIN, Raphael. **Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation - Analysis of Government - Proposals for Redress.** Washington, D.C, Carnegie Endowment for International Peace, 1944

LIMA, Edilene Coffaci de; PACHECO, Rafael. Povos Indígenas e Justiça de Transição: reflexões a partir do caso Xetá. **Revista Aracê – Direitos Humanos em Revista**, v. 4, p. 219 – p. 241.

MENDES, João Mendes. **Os indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**, 1912. Disponível em: <http://ia600304.us.archive.org/33/items/OsIndigenasDoBrasilSeusDireitosIndividuaisEPoliticos/joaomendesjuniorindios.pdf> Acesso em: 10 jan. 2017.

MPF. **Crimes contra a humanidade cometidos no Brasil durante o regime militar (1964 a 1985).** dever estatal de apurar os fatos e responsabilizar os autores. Disponível em: <http://www.prsp.mpf.br/prdc/area-de-atuacao/direitos-humanos/ditadura/Representacao%20-%20Homicidio%20-%20Vladimir%20Herzog.pdf> Acesso em: 23 jul. 2017.

NEUENSCHWANDER MAGALHÃES, Juliana. **A “exclusão da inclusão” dos índios na ditadura e a “inclusão da exclusão” dos índios no Brasil, hoje.** Disponível em: <http://sociologyoflaw2015.com.br/Prof.-Juliana-Magalhães.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.

OIT. **Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm Acesso em: 23 jul 2017.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, 2007. Disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf. Acesso em: 2 jan. 2017.

_____. **Resolução nº 95 da Assembleia Geral das Nações Unidas do dia 11 de dezembro de 1946.** Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.br/institucional/eventos->



institucionais/enpdcs/xiv_enpdcs/apresentacoes-e-relatorios/crimes_contra_humanidade_brasil_regime_militar_MPF>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, 2007. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 2 jan. 2017.

_____. **The Concept of Indigenous Peoples**. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/workshop_data_background.doc> Acesso em: 20 jan. 2017

_____. **Resolution 96 (I)**. Disponível em: < <https://documents-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/NR0/033/47/IMG/NR003347.pdf?OpenElement>> Acesso em: 29 jan. 2017.

PEGORARI, Bruno. A tese do “marco temporal da ocupação” como interpretação restrita do direito à terra dos povos indígenas no Brasil: um olhar sob a perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Aracê – Direitos Humanos em Revista**, v. 4, p. 242 – 262.

PULITANO, Elvira. **Indigenous rights in the Age of the UN Declaration**. Nova Iorque, Cambridge University Press, 2012.

_____. **O povo brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RIBEIRO, Darcy - B. **Os índios e a civilização**: a integração das populações indígenas no Brasil moderno. 7 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Petrópolis, 2005.

SANTILLI, Marcio. **Os brasileiros e os índios**. São Paulo: SENAC-SP, 2001.

SILVA, Liana Amin Lima da. Justiça de transição aos avá guarani: a necessária política de reparações e restituição de terras pelas violações cometidas durante a ditadura militar. In: **Os Avá-guarani no oeste do Paraná**: (re) existência em Tekoha Guasu Guavira. Letra da Lei, 2016, p. 322 - 361.

SILVA, Liana Amin Lima da; MARÉS, Carlos Frederico. Marco Temporal como retrocesso dos direitos territoriais originários indígenas e quilombolas. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MARÉS, Carlos Frederico; TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega. **Os**



direitos territoriais quilombolas. Goiânia: PUC Goiás, 2017.

SILVA, José Afonso da; CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel Rodrigues; CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA; INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL; ÍNDIO É NÓS; CENTRO DE ESTUDOS AMERÍNDIOS. **Parecer Caso Raposa Serra do Sol.** Disponível em: <https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/parecer_prof._jose_afonso_ultima_versao.pdf> Acesso em: 26 jan. 2016.

SOARES, Inês Virgínia Prado. **Dicionário de Direitos Humanos:** Justiça de transição. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Justiça+de+transição> Acesso em: 29 jan. 2017.

_____. Desafios ao lidar com o legado da ditadura brasileira: e se usássemos os instrumentos protetivos dos bens culturais? **Revista Custos Legis**, v. 4, p. 1, 2013.

SOARES, Inês Virgínia Prado; FECHER, Viviane. Legado de violência da ditadura militar brasileira: riqueza cultural? In: MEYER, Emilio Peluso Neder. **Justiça de transição em perspectiva transnacional.** Belo Horizonte: Centro de Estudos sobre Justiça de Transição da UFMG, Secretaria da Rede Latino Americana de Justiça de Transição e Initia Via, 2017.

SOUZA FILHO, C. F. Marés de. **O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito.** 1 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2001. p.107.

Sobre os autores

André Demetrio

Doutorando em Direito pela Universidade Carlos III de Madri, Espanha. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). E-mail: demetrio@outlook.com

Katya Kozicki

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) e Universidade Federal do Paraná (UFPR). É professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e professora associada da Universidade Federal do Paraná, programas de graduação e pós-graduação em Direito. É pesquisadora (bolsista de produtividade em pesquisa) do CNPq, nível 2. Presidente da Comissão de Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná. E-mail: katyakozicki@gmail.com

Os autores contribuíram igualmente para a redação do artigo.

