

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

FRANCIELE WASEM

**A (RE)CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS TERRITORIAIS DOS INDÍGENAS PELO
VIÉS DOS NOVOS DIREITOS: Aportes do Direito Fraternal e do Pluralismo Jurídico**

São Leopoldo

2013

FRANCIELE WASEM

**A (RE)CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS TERRITORIAIS DOS INDÍGENAS PELO
VIÉS DOS NOVOS DIREITOS: Aportes do Direito Fraternal e do Pluralismo Jurídico**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito
Público, pelo Programa de Pós-Graduação em
Direito da Universidade do Vale do Rio dos
Sinos - UNISINOS

Área de concentração: Direito Público. Linha
de Pesquisa: Sociedade, Novos Direitos e
Transnacionalização

Orientadora: Dr^a Prof^a Sandra Regina Martini Vial

São Leopoldo

2013

S232a Wasem, Franciele

A (Re)Construção dos direitos territoriais dos indígenas pelo viés dos novos direitos: aportes do direito fraterno e do pluralismo jurídico / por Franciele Wasem. -- 2013.

206 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2013.

Orientadora: Dr^a Prof^a Sandra Regina Martini Vial.

1. Direito Territorial - Povo indígena. 2. Direito constitucional - Brasil - 1988. 3. Terra. 4. Território. 5. Direito fraterno. 6. Pluralismo jurídico I. Título. II. Vial, Sandra Regina Martini.

CDU 347.256 (=1.81-82)

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “A (RE)CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS TERRITORIAIS DOS INDÍGENAS PELO VIÉS DOS NOVOS DIREITOS: Aportes do Direito Fraternal e do Pluralismo Jurídico”, elaborada pela mestranda Franciele Wasem, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 22 de março de 2013.



Prof. Dr. Leonel Severo Rocha

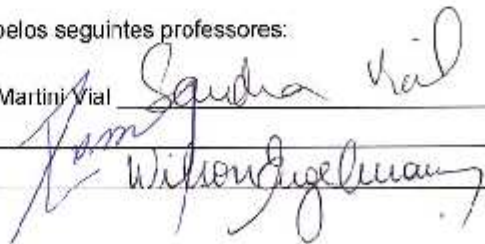
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Sandra Regina Martini Vial

Membro: Dr. Emilio Camacho

Membro: Dr. Wilson Engelmann



Dedico esta Dissertação aos meus pais, ao meu irmão e ao meu amor, Robson. Sei que sem o carinho e o apoio de vocês esta caminhada não teria sido possível, pois me faltaria fôlego para chegar até ao final. As palavras de incentivo de vocês, a confiança e a certeza de que tudo daria certo me motivaram muito. Muito obrigada por tudo.

AGRADECIMENTOS

Meus agradecimentos dirigem-se as pessoas e as instituições que me auxiliaram no decorrer do curso de Mestrado e na conquista de mais uma etapa na minha vida.

Meu agradecimento especial à Prof^a Dr^a Sandra Regina Martini Vial, que me acolheu de braços abertos e que se empenhou ao máximo para me auxiliar no desenvolvimento da pesquisa. Foi uma honra ter sido orientada por esta grande pesquisadora, cuja qual acompanho desde o início da graduação. Suas palavras no início do curso de Direito, em 2005, reverberaram no meu interior e me fizeram ter a certeza de que eu estava no caminho certo. Muito obrigada.

Agradeço ao Prof^o Wilson Engelmann, que, de forma afável e solícita, ensinou verdadeiramente o sentido da palavra Mestre, uma vez que com sua postura hígida, mas sempre acolhedora e compreensiva, demonstrou que a arte de ensinar transcende os métodos convencionais e as lições teóricas aprendidas nos bancos acadêmicos.

Agradeço, também, ao Prof^o Emilio Camacho, que tive a honra de conhecer e compartilhar ideias sobre as questões indígenas, objeto de estudo desta dissertação.

Meus agradecimentos também ao Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio, pela oportunidade de estar em contato com pesquisadores de alto nível e por poder conviver e estudar em uma instituição que oferece um ensino de excelência.

Agradeço ao Governo Brasileiro que, por intermédio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal Nível Superior (CAPES), concedeu-me bolsa de estudos no curso de Mestrado.

Agradeço também ao pessoal da Assembleia Legislativa que trata da questão indígena, especialmente à Sra. Anália; ao pessoal da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, especialmente o Dr. D'elia e a Dra. Maria Patrícia, que esclareceram muitas dúvidas quanto aos procedimentos de demarcações de terras no Estado; ao pessoal do CEPI, em especial ao colega Nuno, que possibilitou o acesso à biblioteca da instituição; e ao pessoal da Secretaria de Desenvolvimento Rural, Pesca e Cooperativismo do Rio Grande do Sul, em especial ao Sr. Ignácio Kunkel, que durante horas e horas se dispôs a explicar a luta indígena pela terra no Brasil e no Rio Grande do Sul e a sua participação ativa na defesa da causa indígena.

E, por fim, agradeço a todos que de alguma forma me apoiaram nesta caminhada: aos amigos, aos colegas e aos demais professores.

RESUMO

Esta dissertação aborda a (re)construção dos direitos territoriais indígenas no cenário jurídico brasileiro, partindo de fatos histórico-jurídicos da América Latina, que tornou-se o palco da colonização/conquista europeia a partir do final do século XV e início do século XVI. A chegada do europeu conquistador teve várias dimensões, mas nesta dissertação é analisada a expulsão dos povos indígenas dos seus territórios originais e a constituição da outra face da Modernidade, cuja qual fundamentou-se na colonização e conquista das terras e povos latino-americanos. A Modernidade subalternizou os povos nativos da América Latina, embora desde o início da colonização tenha havido a previsão nas legislações da colônia brasileira de que os indígenas eram os donos naturais de suas terras originais. Avanços e retrocessos marcaram a história legislativa e constitucional brasileira quanto à causa territorial, em essencial, a indígena. A mudança na relação do Estado brasileiro com os indígenas ocorreu de forma significativa na efetivação da proteção das terras nos anos 90, com o processo de democratização do Brasil. Assim, a presente dissertação preocupa-se em analisar a relação que os indígenas possuem com as suas terras tradicionais e a relevância que a proteção dos direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas apresenta para a preservação das suas culturas. Objetiva-se analisar em que medida o respeito aos direitos territoriais indígenas serve para a preservação das culturas e dos modos de vida destes povos. Esta análise transcende os limites da disciplina jurídica, recorrendo a outras áreas do conhecimento. Os diferentes caminhos percorridos pela pesquisa tiveram a preocupação de buscar elementos para a compreensão do que são os novos direitos territoriais indígenas no Brasil, quais as características destes direitos, como o ordenamento jurídico brasileiro reage diante destes direitos e qual a percepção dos povos indígenas quanto a este assunto. Neste cenário, a discussão sobre o direito, a terra e o território, tanto a partir do exemplo de etnias regionais (Guarani, Kaingang e Charrua) como de decisões internacionais de direitos humanos, foi fundamental para o desenvolvimento desta dissertação.

Palavras-Chave: Povos Indígenas. Constituição Federal Brasileira de 1988. Terra. Território. Direitos Territoriais.

ABSTRACT

This dissertation discusses the (re)construction of indigenous land rights in the Brazilian legal scenario, from historical and legal facts of Latin America, which became the stage of European colonization/conquest from the late fifteenth and early sixteenth century. The arrival of European conqueror had several dimensions, but in this dissertation analyzes the expulsion of indigenous peoples from their original territories and the establishment of the other face of Modernity, whose which was based on conquest and colonization of the lands and peoples of Latin America. The Modernity slaughtered the native peoples of Latin America, although since the beginning of colonization has been forecast by the laws of the Brazilian colony that the Indians were the natural owners of their homelands. Advances and setbacks marked the legislative and constitutional history as the Brazilian territorial question, in essence, the indigenous. The change in the relationship of the Brazilian state with the Indians occurred significantly through the effective protection of land in the 90s, with the democratization process of Brazil. Thus, this dissertation is concerned with analyzing the relationship that indigenous people have with their traditional lands and the relevance that the protection of the original rights to the lands traditionally occupied presents for the preservation of their cultures. The objective is to analyze the extent to which the respect for indigenous land rights serves to preserve the cultures and ways of life of these people. This analysis transcended the boundaries of legal discipline, using other areas of knowledge. The different paths taken by this research were concerned to seek elements for understanding which are new indigenous territorial rights in Brazil, which are the features these rights, such as the Brazilian legal system reacts to these rights and what is the perception of indigenous peoples as this matter. In this scenario, the discussion about the right, the land and the territory, both from the example of regional ethnic groups (Guarani, Kaingang and Charrua) as decisions of international human rights was essential to the development of this dissertation.

Keywords: Indigenous Peoples. Brazilian Constitution of 1988. Land. Territory. Territorial Rights.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
Art.	Artigo
CEPI	Conselho dos Povos Indígenas
CGDI	Coordenadoria Geral de Identificação e Delimitação
CIDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
DNIT	Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes
DPAQUI	Departamento de Pesca, Aquicultura, Quilombolas e Indígenas
EMATER	Associação Riograndense de Empreendimentos de Assistência Técnica e Extensão Rural
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
GT	Grupo de Trabalho
INCRA	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
Km	Quilômetro
MAIC	Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio
MST	Movimento dos Sem Terra
N.	Número
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
RS	Rio Grande do Sul
SDR	Secretaria de Desenvolvimento Rural, Pesca e Cooperativismo
SESAI	Secretaria Especial de Saúde Indígena
SPI	Serviço de Proteção aos Índios
SPILTN	Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais
TRF 4 ^a	Tribunal Regional Federal da 4 ^a Região
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ASPECTOS HISTÓRICO-JURÍDICOS SOBRE A CONDIÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS NA AMÉRICA LATINA E NO BRASIL: DO PERÍODO COLONIAL À ERA CONTEMPORÂNEA	15
2.1 Compreendendo o Processo de Colonização/Conquista na América Latina e no Brasil: a Outra Face da Modernidade.....	16
2.1.1 A Espoliação Indígena Durante o Processo Colonizatório na América Latina: a Discussão a Respeito dos Direitos dos Povos Ameríndios	18
2.1.2 O Surgimento da Primeira Identidade da Modernidade e do Conceito de Raça como Critério Fundamental de Discriminação.....	28
2.2 A Proteção das Identidades Culturais Indígenas no Brasil através do Reconhecimento da Posse da Terra: os Direitos Territoriais no Período Colonial até a Constituição Federal de 1988.....	37
2.2.1 Os Direitos Territoriais Indígenas no Período Colonial	38
2.2.2 Os Direitos Territoriais Indígenas no Período Imperial	45
2.2.3 Os Direitos Territoriais Indígenas no Período Republicano.....	52
2.2.4 Os Direitos Territoriais Indígenas na Constituição Federal Brasileira de 1988: Novas Bases Constitucionais	64
3 DIREITO, TERRA E TERRITÓRIO: DO CONCEITO DE <i>NOMOS</i> DA TERRA AOS DIREITOS HUMANOS.....	74
3.1 O Vínculo entre o Direito e a Terra: O Conceito de <i>Nomos</i> da Terra e a Posse Tradicional Indígena.....	75
3.2 Mito, Tradição e Costume: Implicações sobre o Direito e sobre a Concepção de Terra para as Culturas Indígenas	82
3.3 As Terras Tradicionalmente Ocupadas Enquanto Parte dos Territórios Indígenas: Compreendendo a Diferença Entre Terra e Território.....	89
3.3.1 Terra/Território para o Povo Guarani	98
3.3.2 Terra/Território para o Povo Kaingang	101
3.3.3 Terra/Território para o Povo Charrua.....	105
3.4 Os Direitos Humanos dos Povos Indígenas: Os Direitos Territoriais Indígenas	110
3.4.1 A Proteção dos Direitos Territoriais Indígenas no Plano Internacional e no Ordenamento Jurídico Brasileiro	111

3.4.2 Os Direitos Territoriais Indígenas e o Rompimento com a Visão Eurocêntrica	129
3.4.3 As Decisões da Corte Interamericana dos Direitos Humanos nos Casos Contenciosos Envolvendo as Terras Indígenas Tradicionais.....	136
4 DESAFIOS AOS DIREITOS TERRITORIAIS DOS INDÍGENAS NO BRASIL A PARTIR DO EXEMPLO DO RIO GRANDE DO SUL	152
4.1 A Situação Fundiária das Terras Indígenas dos Povos do Rio Grande do Sul: Só Terra Não Basta!.....	153
4.1.1 Aspectos relevantes sobre a situação das terras indígenas no RS e sobre as iniciativas do Governo do Estado	162
4.1.2 As reservas indígenas estaduais e a atuação do Governo do Estado do RS.....	167
4.2 A Judicialização das Terras Indígenas dos Povos do Rio Grande do Sul.....	170
4.2.1 A judicialização das terras Guarani.....	171
4.2.2 A judicialização das terras Kaingang	175
4.3 Terras Tradicionais e Diversidade Étnico-Cultural dos Povos Indígenas: Desafios ao Respeito à Diferença Cultural.....	181
4.3.1 A preocupação com o regresso dos indígenas às terras tradicionais	183
4.3.2 A mobilidade indígena e as demarcações das terras tradicionais.....	185
5 CONCLUSÃO.....	189
REFERÊNCIAS	194

1 INTRODUÇÃO

De Curumim Para Filho de Caraíba¹

Ulisses Tavares

Desde antes de eu nascer
 Do meu pai nascer
 De nascer o pai de meu pai
 E o pai do pai do pai
 de meu pai
 O Caraíba vem roubando
 A terra e a vida e a dignidade
 Dos índios.
 Tomara que o filho dele
 Aceite minha amizade
 E o filho do filho do filho
 Do filho do filho dele
 Tenha uma história melhor
 Para contar.
 Da paz mensageiros,
 Mais brancos ou índios,
 somos é brasileiros.

Terra, vida e dignidade! Estes elementos têm sido usurpados dos indígenas brasileiros há muito tempo – e, da mesma forma, de distintos povos nativos de outras regiões –, desde que houve o *descobrimento* da América e, com isso, teve início o processo de conquista, colonização e espoliação das terras e dos povos latino-americanos. Desde há muito, os indígenas foram espoliados das suas próprias terras e, os povos que conseguiram sobreviver a este evento, lutam para reivindicar o retorno aos seus territórios. Assim, esta dissertação vai se ocupar dos direitos territoriais dos povos indígenas sob a ótica da evolução, dos desafios e das perspectivas, mais precisamente, sob a ótica da (re)construção destes direitos pelo viés da leitura dos novos direitos no cenário jurídico brasileiro.

A terra tem sido objeto de lutas, guerras e disputas desde quando o homem deu-se conta de que poderia dela apropriar-se, delimitá-la e cercá-la conforme a sua vontade e para a proteção dos seus próprios interesses. Todavia, ao apropriar-se das terras do Novo Mundo, o colonizador arrogava-se no direito de delas expulsar qualquer indivíduo que nelas estivesse. Assim, de dono e senhor natural das terras que desde sempre ocupavam,

¹ TAVARES, Ulisses. **De Curumim para filho de Caraíba**. [S.l., 2003]. Disponível em: <http://www.casadacultura.org/Literatura/Poesia/g01/decurumim_ulissestavares.html>. Acesso em: 11 jan. 2012.

os indígenas passaram a ser vistos como empecilho ao desenvolvimento das colônias e, por isso, foram pouco a pouco sendo incorporados à civilização.

Nesta dissertação, demonstra-se como os habitantes dessa terra foram desapropriados dos seus legítimos e originários direitos – desterrados, despossuídos do direito da própria terra –, ou seja, deixaram de ser sujeitos originários de direito e passaram a ser sujeitos ocidentais de direito e, por isso, perderam qualquer direito. Mostra-se, assim, que da condição de donos da própria terra, aos indígenas foi reservada apenas a possibilidade de incorporação aos modos de vida europeu, na condição de ser subalternizado e, não mais de senhor.

Através da presente pesquisa transdisciplinar, que, ao transgredir as fronteiras de uma única disciplina – no caso, do direito –, busca subsídios em outras disciplinas, como por exemplo, na antropologia, na sociologia, na filosofia e na história, objetiva-se responder, ao final, a seguinte problemática: em que medida o ordenamento jurídico brasileiro reconhece que a garantia dos direitos indígenas à posse das suas terras tradicionais serve para a preservação das suas culturas e dos seus modos de *ser* e de *viver*? A resposta a este problema mostra-se complexa, uma vez que requer a análise de diversos fatores que envolvem a questão.

Por tratar-se de uma dissertação de viés jurídico, indubitavelmente, as contribuições transdisciplinares passam pelas lentes da disciplina do direito. Além dos aportes teóricos de diferentes juristas que tratam, em alguma medida, da questão indígena, a presente dissertação faz apropriações do Direito Fraternal, na tentativa de relacionar o problema do reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas a uma concepção de fraternidade e, também, busca aportes do Pluralismo Jurídico, quando por vezes, discute a necessidade de formas mais plurais de direito para a plena realização dos direitos territoriais reservados aos indígenas.

Ainda que desde a edição, em 1537, da Bula Papal *Sublimis Deus* pelo Papa Paulo III, tenha sido declarada definitivamente a humanidade dos índios e, portanto, posto fim à discussão sobre a capacidade dos indígenas, por muito tempo os indígenas não tiveram seus modos de vida respeitados. Durante séculos, mais precisamente a partir da conquista da América em meados do século XVI, ocorreu a desapropriação da terra dos indígenas, que, embora sujeitos de direitos no papel, permaneceram sem o reconhecimento jurídico de que a posse das suas terras tradicionais representava fator de vital importância para a sobrevivência das suas culturas.

Com a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, tal situação se modifica. A Constituição Federal opera uma ruptura com a ordem constitucional antecedente, que percebia o índio como um ser que sequioso de assimilação pela sociedade nacional civilizada, portanto, alguém que não precisaria ter respeitada a sua cultura diferenciada, uma vez que esta, aos poucos, se incorporaria ao modo de viver civilizado, pautado em uma perspectiva eurocêntrica.

A perspectiva eurocêntrica mencionada surge com a Modernidade, que, diferentemente daquele movimento retratado no seio da Europa, constituiu-se também nas raízes da América colonizada – pode-se dizer que este foi o primeiro momento da Modernidade. Logo, a Modernidade constituiu-se não apenas como um fenômeno europeu, mas originou-se, também, dos frutos produzidos pelas colônias americanas, que representaram a outra face do movimento moderno, que não costuma ser contado. Mas apesar da existência desta outra face da Modernidade, neste contexto de colonização e espoliação dos povos colonizados, o próprio conquistador europeu forjou o surgimento de uma visão eurocêntrica, que subalternizou os povos nativos com base na ideia de raças inferiores e superiores e elevou a Europa ao patamar de centro do mundo, estando o restante do mundo na sua periferia.

Pelo fato de a América Latina ter sido palco de diversas colonizações europeias – inclusive o Brasil – as legislações dos países que a integram são tributárias do legado jurídico deixado pelos europeus. Deste modo, a América Latina pode ser considerada, de certa forma, parte do mundo ocidental, justamente em virtude do processo de colonização europeu que ocorreu nestas terras. Assim, o mesmo eurocentrismo que engendrou o surgimento da ideia de raças e de seres superiores ou inferiores devido aos seus traços fenotípicos, também criou as leis do livre mercado (capitalismo), estimulou o surgimento da burguesia e apropriou-se de terras que eram consideradas *sem donos*, fazendo, assim, com que surgisse a propriedade privada, sendo que tais conceitos também tornaram-se parte da legislação brasileira.

Portanto, esta dissertação se propõe a revisar alguns conceitos integrantes do ordenamento jurídico brasileiro, como a noção de propriedade e de terra que subjazem às leis de cunho civil, indagando se estes conceitos servem para *todos da população* e, buscando compreender quem são os *outros* que não fazem parte do *todos* e de que forma estes *outros* percebem a questão da terra.

O presente trabalho, que cuida especificamente do estudo da causa territorial indígena, embora não desconheça a existência de outros grupos ou povos que também lutam pelo direito à terra no Brasil, como os quilombolas, os ribeirinhos, o Movimento dos Sem

Terra (MST), entre outros, atenta para a diferente visão que os indígenas possuem em relação à terra e ao território.

Assim, a dissertação está organizada e esquematizada em três capítulos. No primeiro capítulo do trabalho, aborda-se o processo de espoliação empreendido pelos conquistadores europeus, assim como, as consequências geradas por este processo especialmente sobre os povos indígenas que foram despossuídos de seus territórios. Num segundo momento, analisa-se o processo de conquista/exploração na América Latina e a constituição da outra face da Modernidade, que se embasou na exploração dos povos nativos. Após, a pesquisa restringe-se ao estudo do ordenamento jurídico brasileiro e da forma como os povos indígenas foram considerados em solo brasileiro desde o período colonial. A análise das legislações e das constituições é focada na evolução dos direitos territoriais indígenas e tem como divisor de águas a promulgação da Constituição Federal de 1988, que operou a ruptura com as perspectivas de integração e assimilação dos indígenas, prevendo o reconhecimento à diversidade étnica e cultural destes povos através do reconhecimento da sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e dos direitos originários sobre as suas terras tradicionais.

No segundo capítulo, aborda-se as diferentes características e perspectivas dos direitos territoriais indígenas, partindo-se do pressuposto de que a preservação das culturas indígenas associa-se à terra. Assim, analisa-se a relação que une o direito à terra, discutindo-se a ideia de *nomos* da terra e a sua vinculação à concepção de posse tradicional indígena. Após, aborda-se a forma como os indígenas compreendem a terra e o território sob um ponto de vista cosmológico, discutindo-se, a partir do exemplo dos povos Guarani, Kaingang e Charrua que habitam o Rio Grande do Sul, as diferenças entre a perspectiva indígena e a perspectiva civilizada, eurocêntrica. Ao final, os direitos territoriais indígenas são analisados a partir da abordagem dos direitos humanos – tanto no plano interno como no externo –, especialmente a partir das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O estudo dos direitos humanos dos povos indígenas referentes à preservação das suas terras e dos seus territórios almeja elucidar a fratura com a postura eurocêntrica, que, até os dias atuais, inferioriza estes povos.

No terceiro capítulo, é analisada a concretização ou não destes direitos territoriais. Com base em dados oficiais coletados a respeito dos povos Guarani, Kaingang e Charrua que habitam o Rio Grande do Sul, busca-se compreender a atual situação das terras indígenas do Brasil como um todo através de um quadro que contempla oitenta e três terras indígenas das

três etnias citadas. Este quadro fundamenta-se em dados oficiais divulgados pelo Ministério da Justiça, Fundação Nacional do Índio (FUNAI), Estado do Rio Grande do Sul, Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, Comissão Pró-Índio, Instituto Socioambiental (ISA) e Prefeitura de Porto Alegre. Após a apresentação deste quadro são analisados aspectos específicos sobre a questão territorial, tais como a precariedade das condições em que vivem as comunidades nas terras já demarcadas; a necessidade de políticas públicas voltadas ao atendimento destes povos; e a situação das reservas estaduais. Em seguida, analisa-se a questão da judicialização dos procedimentos demarcatórios de terras que ocorrem no Estado do Rio Grande do Sul, mostrando-se as incompreensões que permeiam este tema, sendo que, ao final, são abordados aspectos associados ao respeito à diversidade étnica e cultural dos povos indígenas.

No decorrer da pesquisa novos pontos foram surgindo, porém, houve a necessidade de concentrar-se no problema inicial de pesquisa, ou seja, em concentrar-se na análise de como os direitos originários dos povos indígenas vem sendo respeitados e ao mesmo tempo desrespeitados. O objetivo foi identificar a paradoxalidade presente em toda a evolução histórico-jurídica dos direitos territoriais indígenas, onde *ter direito* não significa necessariamente *ter direitos* efetivados.

Conforme salientado, a dissertação está dividida em três grandes partes, as quais apresentam subitens diferenciados segundo cada capítulo. Ao se tratar dos aspectos histórico-jurídicos da condição dos povos indígenas, atentou-se para a contextualização e apresentação do problema, logo, embora tenha sido abordado um período longo – são mais de quinhentos anos de história –, houve a preocupação em se apontar somente eventos relevantes para os capítulos seguintes. Portanto, sabe-se que o olhar sobre o tema desta pesquisa é um olhar focado em um aspecto, sendo que muitos outros poderiam ser observados.

Esta parte histórica permitiu que a pesquisa chegasse ao conceito de *nomos* da terra, o que, por sua vez, obrigou a retomada de alguns aspectos históricos outra vez, sem a preocupação de se repetir datas e fatos. E é exatamente este ir e vir que possibilita refletir sobre a (re)construção dos direitos territoriais indígenas no Brasil, que neste trabalho foram apresentados através de casos do Estado do Rio Grande do Sul, que não é reconhecido como um Estado onde a população indígena esteja fortemente presente, mas que apresenta problemas tão ou mais relevantes como os que ocorrem na Amazônia ou em outros Estados.

2 ASPECTOS HISTÓRICO-JURÍDICOS SOBRE A CONDIÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS NA AMÉRICA LATINA E NO BRASIL: DO PERÍODO COLONIAL À ERA CONTEMPORÂNEA

O final do século XV transformou o modo de ser e de viver dos indígenas que habitavam as terras da América Latina e do Brasil. Com o ingresso do homem branco nas terras ameríndias, os povos nativos defrontaram-se com uma realidade que desconheciam: a sagacidade dos europeus e a ânsia pela exploração dos recursos disponíveis nas terras além-mar não condiziam com os valores e com a forma de vida dos indígenas, que consideravam a terra como parte integrante das suas culturas e tradições. O processo de colonização e conquista da América Latina e do Brasil impingiu profundas marcas nos habitantes naturais destas terras, que, despojados de seus territórios, foram dominados, subalternizados e, aos poucos, tiveram desmanteladas as suas identidades culturais.

No entanto, desde o início, as ações dos colonizadores/conquistadores em relação aos indígenas contradiziam as leis criadas pelo governo colonial. No caso do Brasil colônia, as leis coloniais garantiam direitos aos indígenas, mas permaneciam no papel, pois aos índios não eram asseguradas as condições e os direitos previstos. Quanto aos direitos territoriais dos povos indígenas brasileiros, esta realidade era muito nítida. Aos indígenas brasileiros foram garantidos direitos originais sobre os seus territórios desde a colônia, contudo, os indígenas somente conseguiram conquistar efetivamente o direito de acessar e permanecer em seus territórios originais e neles desenvolver seus modos específicos de vida com o advento da Constituição Federal brasileira de 1988.

Assim, este capítulo apresentará a situação dos povos indígenas e as diferentes formas de expropriação (territorial, moral, imaterial) e exploração que eles sofreram, desde o início do processo civilizatório na América Latina e no Brasil até a promulgação da Constituição Federal brasileira de 1988, que foi um marco para os direitos territoriais indígenas, uma vez que, ao instaurar um processo de redemocratização, objetivou concretizar os direitos destes povos que, há muito, encontram-se desterrados de suas terras.

2.1 Compreendendo o Processo de Colonização/Conquista na América Latina e no Brasil: a Outra Face da Modernidade

Quero falar da descoberta que o *eu* faz do *outro*. O assunto é imenso. Mal acabamos de formulá-lo em linhas gerais já o vemos subdividir-se em categorias e direções múltiplas, infinitas. Podem-se descobrir os outros em si mesmo, e perceber que não se é uma substância homogênea, e radicalmente diferente de tudo o que não é si mesmo; eu é um outro. Mas cada um dos outros é um *eu* também, sujeito como eu. Somente meu ponto de vista, segundo o qual todos estão *lá* e eu estou só *aqui*, pode realmente separá-los e distingui-los de mim. Posso conceber os outros como uma abstração, como uma instância da configuração psíquica de todo indivíduo, como o Outro, outro ou outrem em relação a *mim*. Ou então como um grupo social concreto ao qual *nós* não pertencemos. [...] ² (grifo do autor).

O *outro* tem sido considerado, no decorrer da história, como o ser bárbaro e selvagem, sobretudo no período colonial ocorrido no século XVI nas terras além-mar, precisamente, nas Américas. Não obstante, em 1493 – um ano após o *descobrimento* da América –, Colombo tenha declarado que os índios fossem as pessoas mais generosas do mundo, fornecendo, assim, uma contribuição importante para o mito do *bom selvagem* (*bom sauvage*), na opinião do navegador, os índios também eram desprovidos de qualquer propriedade cultural. Deste modo, por caracterizarem-se – segundo o ponto de vista de Colombo – pela ausência de costumes, ritos e religião, os índios, culturalmente *virgens*, eram como que uma página em branco à espera da inscrição espanhola e cristã³.

Perrone-Moisés descreveu a política que os portugueses utilizavam para os *índios de paz*, *índios das aldeias* ou *índios amigos* através das seguintes palavras: “[...] devem ser ‘descidos’, isto é, trazidos de suas aldeias no interior (‘sertão’) para junto das povoações portuguesas; lá devem ser catequizados e civilizados, de modo a tornarem-se ‘vassalos úteis’ ”⁴. Estas palavras demonstram que, com o advento da colonização do Novo Mundo, juntamente com seus territórios, os indígenas perderam, também sua dignidade, pois não lhes foi mais permitido nem a escolha do culto ou da forma de organização social. De senhores de suas terras e possuidores de dignidade, os índios passaram à mera condição de vassalos *úteis*.

Assim inicia o *processo de colonização* (*e de conquista*) dos povos ameríndios, sendo que tal processo identifica-se, para os fins do presente trabalho, com a chegada do

² TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América**: a questão do outro. Trad. Beatriz Perrone-Moisés. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 3.

³ Ibid., p. 54 e 48-49.

⁴ PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índio escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, Manuela Carneiro de (Org.). **História dos índios no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 118.

européu, no ano de 1492, nas Américas e com as consequências deste evento que interferiu, de múltiplas formas destrutivas, no modo de ser e de viver dos povos indígenas, que eram nativos destas terras:

Esse conflito se dá em todos os níveis, predominantemente no biótico, como uma guerra bacteriológica travada pelas pestes que o branco trazia no corpo e eram mortais para as populações [indígenas] indenes. No ecológico, pela disputa do território, de suas matas e riquezas para outros usos. No econômico e social, pela escravização do índio, pela mercantilização das relações de produção, que articulou os novos mundos ao velho mundo europeu como provedores de gêneros exóticos, cativos e ouros⁵.

Embora considerados como *bons selvagens*, os índios eram considerados aos olhos dos conquistadores, como que desprovidos de cultura e de religião, portanto, de acordo com as opiniões dos colonizadores, tais seres rudes estavam sequiosos de catequese e de *cabresto*. Em razão desta obstinada missão *civilizatória* empreendida pelos conquistadores europeus, milhões de índios foram espoliados de suas terras ancestrais e tradicionais, sendo que aqueles que tentaram resistir a este fenômeno foram vítimas de um sangrento etnocídio, que foi um marco na história da humanidade. O obscuro processo colonial perpetrado pelos europeus configurou, portanto, a outra face da Modernidade que teve início nos idos do século XVI.

Neste trabalho, a Modernidade não é compreendida como um evento puramente eurocêntrico, provinciano e regional, que teria ocorrido somente na Europa, essencialmente no século XVIII e teria representado a emancipação da humanidade por um esforço da razão como processo crítico. Mas sim, entende-se que a *Modernidade* já teve início no final do século XV e início do século XVI, mais precisamente a partir do ano de 1492, quando, empiricamente, passa a existir uma História Mundial, sendo que, entre outros eventos, nesta época há “o descobrimento da América hispânica, [e] todo o planeta se torna o ‘lugar’ de ‘*uma só*’ *História Mundial*”⁶.

Portanto, nos termos desta dissertação, a Modernidade não é considerada um fenômeno produto apenas do Iluminismo europeu, da Reforma Protestante e da Revolução Francesa, mas, também, fruto do processo de colonização (também chamado de

⁵ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: evolução e o sentido do Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 30.

⁶ DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 58. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Dussel.rtf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

descobrimto ou de conquista) e exploração das terras e dos povos da América, que resultou no enriquecimento e no desenvolvimento dos Estados europeus.

Esta concepção de Modernidade não está negar a existência da *razão emancipatória*, mas está a

[...] desmascarar a existência de uma outra face desse processo de modernização, relacionada com o exercício em larga escala de um processo uma violência irracional nas colônias, não apenas física, mas cultural, que simplesmente nega a identidade do 'outro', seja através de uma postura assimilacionista, seja através da simples exclusão e eliminação⁷.

A violência do colonialismo e a negação do *outro*, portanto, são eventos encobertos no conceito de Modernidade. O indígena, que vivia em paz nas suas terras primordiais, foi tratado como prisioneiro em seu próprio território, ou seja, passou a ser visto como inimigo do homem branco a partir do início da colonização. E é diante deste contexto que os aportes da Metateoria⁸ do Direito Fraternal são utilizados nesta dissertação na tentativa de se buscar uma sociedade mais fraterna, que inclua o indígena na sociedade, ao invés de excluí-lo. Esta inclusão não pressupõe uma integração dos índios aos costumes e modos de vida da sociedade nacional, mas implica o respeito das suas próprias culturas, sendo que, como se verá, tal respeito requer, em especial, mas não tão-somente, o reconhecimento dos direitos originários dos indígenas sobre as suas terras originais.

2.1.1 A Espoliação Indígena Durante o Processo Colonizatório na América Latina: a Discussão a Respeito dos Direitos dos Povos Ameríndios

Não faz muito tempo a Terra tinha dois bilhões de habitantes, isto é, quinhentos milhões de homens e um bilhão e quinhentos milhões de indígenas. Os primeiros dispunham do Verbo, os outros pediam-no

⁷ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da “inferioridade” latino-americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 169.

⁸ Segundo Arnaud e outros, a metateoria se apresenta como uma pesquisa que tem por objeto as teorias jurídicas. Os principais problemas de que se ocupa a metateoria jurídica são: “a) o do caráter de ‘cientificidade’, que aparece frequentemente como problemática, das teorias jurídicas; b) o das relações entre as teorias jurídicas e as teorias que surgiram em outros campos do saber, notadamente nas ciências naturais, de um lado, e nas ciências humanas, de outro; c) o das características e da estrutura das teorias jurídicas”. Em outros termos, “a metateoria é um tipo de atividade que pesquisa (a pesquisa ‘metateórica’) os resultados dessa atividade (a ‘metateoria’)”. É uma “pesquisa que tem por objeto específico as teorias científicas (elas próprias consideradas também sob o ponto de vista da atividade e de seu produto) e que tem, como resultado, a produção de uma ‘teoria das teorias científicas’ [...]”. ARNAUD, André-Jean et al. **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Tradução de Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 493-494.

emprestado. Entre aqueles a estes, régulos vendidos, feudatários e uma falsa burguesia pré-fabricada serviam de intermediários⁹.

Com estas palavras, Sartre descortina o processo de espoliação que esteve presente durante o processo de colonização posto em prática nas Américas. O empreendimento colonizatório europeu, também chamado de *descobrimento*, representou um processo de *conquista*¹⁰, que suplantou diversas civilizações, relegando à condição de indigentes aqueles que sempre foram os proprietários originários destas terras americanas: os índios. Desde o advento do processo de colonização foram silenciadas as vozes dos indígenas, que desde os primórdios eram os donos das terras além-mar.

Segundo Dussel, para alguns estudiosos, como Hegel e Habermas, a América Latina estava fora da história mundial¹¹, além do que, o descobrimento da América não teria significado um determinante constitutivo da Modernidade. Dussel enfatiza que os fatos mostram o contrário, uma vez que a experiência do *descobrimento*, bem como da *conquista*, foi essencial na constituição do *ego* moderno¹².

Para Dussel, a América Latina, desde 1492 representa um momento constitutivo da Modernidade¹³; a América é a *outra cara (teixtli*, em asteca), ou seja, é a Alteridade essencial

⁹ SARTRE, Jean-Paul. Prefácio. In: FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968. p. 03-04.

¹⁰ Dussel explica que o termo “conquista” distingue-se em muitos aspectos do termo “descobrimento”, vejamos: “Por conquista entendemos agora uma relação não mais estética ou quase-científica da pessoa-natureza, como no ‘descobrimento’ de novos mundos. Agora a figura é prática, relação de pessoa-pessoa, política, militar; não de reconhecimento e inspeção [...] de novos territórios, mas da dominação das pessoas, dos povos, dos ‘índios’. [...] A ‘conquista’ é um processo militar, prático, violento que inclui dialeticamente o Outro como o ‘si-mesmo’. O Outro, em sua distinção, é negado como Outro e é sujeitado, subsumido, alienado a se incorporar à Totalidade dominadora como coisa, como instrumento, como oprimido, como ‘encomendado’, como ‘assalariado’ (nas futuras fazendas), ou como africano escravo (nos engenhos de açúcar ou outros produtos tropicais)”. DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro (A origem do “mito da Modernidade”): Conferências de Frankfurt**. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 42-44.

¹¹ *Ibid.*, p. 19.

¹² *Ibid.*, p. 23.

¹³ Neste momento histórico houve outro evento importante que foi a assinatura do Tratado de Tordesilhas no dia 07 de Junho de 1494 na cidade de Tordesilhas, localizada na antiga região de Castela, pelos reis D. João II, rei de Portugal e D. Isabel e D. Fernando, reis de Castela, Leão e Aragão – que depois transformou-se em Espanha. O Tratado de Tordesilhas reviu a Bula Papal Inter Coetera, feita pelo Papa Alexandre VI, em 04 de Maio de 1493, na ocasião em “que serviu de árbitro e marcou a linha divisória que deveria ser respeitada pelos dois reinos”. Ver: **TRATADO DE TORDESILHAS. Ratificação do Tratado de Tordesilhas feito com D. João II, assinada por D. Isabel e D. Fernando, reis de Castela, Leão e Aragão, e por seu filho, o Príncipe D. João**. 02 jul. 1494. Localização: Arquivo Nacional Torre do Tombo. Disponível em: <<http://digitarq.dgarq.gov.pt/details?id=4186002>> Acesso em 03 de jan. 2013. No entanto, através da Bula Inter Coetera “à Portugal foi determinado como sendo suas, as terras encontradas até 100 léguas à oeste do Arquipélago de Cabo Verde, já para a Espanha, todas as terras que fossem descobertas fora desse limite, lhe pertenciam. Porém, um detalhe considerável veio a tona, a 100 léguas de Cabo Verde só havia o Oceano Atlântico. Claro que Portugal solicitou uma revisão para esse impasse onde foi negociado o Tratado de Tordesilhas, onde uma nova medida foi determinada, a 370 léguas das ilhas de Cabo Verde. O tratado de Tordesilhas vigorou por mais de dois séculos”. Ver: CALDEIRA, Carla. **Bula Inter Coetera**. Disponível em: <<http://www.historiabrasileira.com/brasil-pre-colonial/bula-inter-coetera/>>. Acesso em: 03 jan. 2012.

da Modernidade presente na historiografia mundial. Nesse sentido, Wallerstein explica que a história do sistema-mundo tem sido, em grande parte, a história da expansão dos povos e dos Estados europeus pelo resto do mundo. E essa expansão, na maior parte do mundo, envolveu conquista militar, exploração econômica e injustiças em massa, sendo que a linguagem para descrever essa atividade ora foi teleológica, ora derivou de uma perspectiva filosófica secular. Mas Wallerstein afirma que essa história do sistema-mundo moderno envolveu igualmente um constante debate intelectual sobre a moralidade do próprio sistema. E um dos primeiros debates ocorreu dentro do contexto da conquista espanhola de boa parte das Américas no século XVI, mais precisamente – como será analisado adiante –, com as contribuições de Frei Bartolomé de Las Casas¹⁴.

No cenário brasileiro, embora, até os dias de hoje, historiadores e cientistas não tenham alcançado a um consenso a respeito do tamanho da população indígena que habitava o território brasileiro antes de 1500, portanto, antes do processo colonizatório implementado pelos europeus, estima-se que muitos índios tenham sido dizimados com o advento da colonização/conquista europeia. As estimativas oscilam muito: de 1 milhão, como supunha o antropólogo Ribeiro, até 4 ou 5 milhões, como especularam recentemente outros especialistas. Contudo, todos concordam sobre o impacto causado pela chegada dos europeus. As graves epidemias que provocaram o fim de populações inteiras, os massacres cometidos, a invasão e a apropriação de terras, a escravização e o deslocamento de populações indígenas inteiras com a desorganização social e cultural que isso implicava foram frutos de um processo que só pode ser descrito pelo termo *conquista*, não por uma expressão neutra como *descobrimento*¹⁵.

Frente à colonização europeia e, sobretudo, após desiludirem-se com os primeiros contatos pacíficos com os europeus e perceberem que a submissão ao invasor representava sua desumanização, os índios brasileiros tentaram defender seu modo de ser e de viver até o limite possível. Nesse conflito, os índios acabaram sendo vencidos pelos inimigos colonizadores, que, embora estivessem em menor número, eram superiormente organizados e tecnologicamente mais avançados, uma vez que utilizavam-se de armas e munições, que os povos originais da América desconheciam¹⁶.

¹⁴ WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu: a retórica do poder**. Trad. Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 29-30.

¹⁵ FIGUEIREDO, Cláudio. **História e cultura dos povos indígenas no Brasil**. São Paulo: Balsa Planeta Internacional, 2009. p. 3.

¹⁶ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 49.

As barbáries cometidas aos povos indígenas brasileiros no período da colonização europeia, decorrentes da não aceitação da diversidade cultural, estendem-se até à contemporaneidade. Os colonizadores subjugarão os povos indígenas, relegando-os à condição de seres inferiores, portanto, não detentores de uma dignidade humana como os homens brancos *ocidentais*. As terras brasileiras, que antes da chegada dos europeus eram ocupadas por indígenas de diferentes etnias, que viviam de forma harmônica e mantinham relações de respeito e reciprocidade entre si e com a natureza, tornou-se palco da exploração e do genocídio praticados pelos colonizadores europeus, que dizimaram grande parte da população indígena¹⁷.

Com o intuito de suprir a falta de mão-de-obra, os europeus passaram a subjugar os índios, “[...] que eram apresados em violentos ataques às aldeias, e depois levados acorrentados como animais, para trabalhar nas plantações [...]”¹⁸. Os índios que resistiam eram mortos, sendo que muitos preferiam morrer, a viver na escravidão. Allgayer traduz em números o extermínio indígena ocorrido nas terras brasileiras, bem como, retrata a forçosa miscigenação dos povos indígenas com os povos provenientes da Europa:

[...] os índios brasileiros foram rapidamente dizimados. Calcula-se que havia na época da descoberta cerca de 4 milhões de índios. Em 1823 restava menos de 1 milhão. Os que escaparam, ou se miscigenaram, ou foram empurrados para o interior do país. A miscigenação se deveu à natureza da colonização portuguesa: comercial e masculina. Portugal, à época da conquista, tinha cerca de 1 milhão de habitantes, insuficientes para colonizar o vasto império que conquistara, sobretudo as partes menos habitadas, como o Brasil. Não havia mulheres para acompanhar os homens. Miscigenar era uma necessidade individual e política. A miscigenação se deu em parte por aceitação das mulheres indígenas, em parte pelo simples estupro¹⁹.

Com o aniquilamento das bases da vida e da organização social indígena, e com a negação de todos os seus valores, os seus princípios, o despojo, o cativo, muitíssimos índios deixavam-se morrer ao deitarem em suas redes. Os índios adoeciam e morriam de tanta tristeza, uma vez que estavam certos “[...] de que todo o futuro possível seria a negação mais horrível do passado, uma vida indigna de ser vivida por gente verdadeira”²⁰. Outros povos, que ainda tinham forças para fazer, fugiram mata adentro, “[...] horrorizados com o destino

¹⁷ LOPES, Aline Luciane; CORRÊA, Darcísio. O multiculturalismo e os direitos fundamentais dos povos indígenas: a luta pela igualdade no Brasil da intolerância. **Revista Ciências Jurídicas e Sociais da Unipar**, Umuarama, v. 11, n. 2, p. 472, jul./dez. 2008.

¹⁸ ALLGAYER, Eni. **Escravidão, negros e índios**: realidade, histórias e mitos. Porto Alegre: Rígel, 2005. p. 38.

¹⁹ *Ibid.*, p. 20-21.

²⁰ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: evolução e o sentido do Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 43.

que lhes era oferecido no convívio dos brancos, seja na cristandade missionária, seja na pecaminosidade colonial”²¹. Muitos dos índios fugidios, após o contato com o homem branco, levavam nos seus corpos contaminados as enfermidades que iriam dizimá-los e aos demais povos não civilizados que deles se aproximassem²².

Quanto à situação dos povos indígenas das Américas, estes, de um modo geral, possuíam uma enorme desvantagem na área dos conhecimentos tecnológicos perante o europeu conquistador. Não obstante os povos nativos terem erigido algumas sociedades de apurada organização econômica, cultural e política, como o caso das civilizações Astecas, Incas e Maias, entre outras, estes povos não apresentavam alguns aspectos civilizatórios que lhes teriam sido fundamentais na batalha contra as imposições dos conquistadores²³.

Até os dias de hoje, muitos questionamentos envolvem o fato de os núcleos mais organizados dos povos indígenas ameríndios terem sucumbido tão facilmente com a chegada do homem europeu, como o Império Asteca, subjugado totalmente em menos de dois anos de luta por Fernão Cortez, em 1521, e o Império Inca, derrotado em 1533 pela expedição de Francisco Pizarro. As explicações de matiz religioso, de que os conquistadores teriam sido confundidos com deuses não merecem prosperar, até mesmo porque, a julgar pelas crônicas e relatos de Bartolomé de Las Casas, os espanhóis e os portugueses, ao primeiro contato, deixavam claras as suas intenções que jamais poderiam ser confundidas com intenções divinas. Las Casas era enfático em seus relatos ao dizer que a única fé expressa dos conquistadores era a ganância, e seu único deus era o ouro²⁴.

Nesse mesmo sentido, na sua obra setecentista, o índio inca Felipe Guaman Poma de Ayala²⁵ descreveu que a estrutura de trabalho forçado, mal remunerado e degradante, que foi organizada nos primórdios da colonização ibérica na América para viabilizar a

²¹ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: evolução e o sentido do Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 43.

²² Ibid., p. 43.

²³ PIRES, Sérgio Luiz Fernandes. O aspecto jurídico da conquista da América pelos espanhóis e a inconformidade de Bartolomé de Las Casas. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Direito e justiça na América indígena**: da conquista à colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 58.

²⁴ Ibid., p. 58.

²⁵ “Felipe Guaman Poma de Ayala foi um índio inca que nasceu provavelmente entre os anos de 1530 e 1550 e que morreu depois do ano de 1615, fato que o tornou testemunha ocular dos primórdios da colonização peruana iniciada com a chegada dos europeus em 1532. [...] Ayala conta em detalhes como, após a chegada dos espanhóis, os andinos nativos passaram a ser explorados nas minas e nos campos ou se tornaram refugiados pobres nas cidades em que, se transformaram em vigaristas ou prostitutas”. BRAGATO, Fernanda Frizzo. A contribuição do pensamento de Felipe Guaman Poma de Ayala para repensar o discurso hegemônico dos direitos humanos. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglass (Org.). **A realização e a proteção internacional dos direitos humanos fundamentais**: desafios do século XXI. Joaçaba: Ed. UNOESC, 2011. p. 590-91.

exploração das minas de ouro e prata, foi, pouco a pouco, dizimando a população indígena e destruindo a sua organização social.

Poma de Ayala também não poupa críticas aos *encomenderos*, que recebiam concessões de índios frequentemente mais nobres que eles, apenas para lhes fazer mal. Acusa-os de exigir dinheiro dos pobres índios, de lhes infligir dor e de não rezar nem por eles, nem mesmo para Deus ou para o Papa. Ele critica, sobretudo, a falta de sentimento cristão e de obediência à coroa espanhola, razão por que contesta a sua legitimidade em relação à posse de bens e das novas terras. [...] após cada relato de atrocidade cometida contra os índios, Poma de Ayala repete, incessantemente, que ‘não há remédio’, demonstrando um certo pessimismo em relação ao destino do povo andino, que veio a se confirmar mais tarde²⁶. (grifo do autor).

Tanto os *encomenderos* como os demais atores da conquista das Américas – governadores, corregedores, padres ou proprietários de minas –, todos eram vistos por Ayala como a antítese do sentimento cristão. Deste modo, a sua crítica ao mau governo dos espanhóis estava fundamentalmente calcada na exploração anticristã dos bens e do trabalho dos índios pobres²⁷.

Ayala afirmava que os índios já eram cristãos antes mesmo da chegada dos espanhóis, na realidade, já o eram muito mais que estes, que, além de terem sido os causadores da sua derrocada moral, não consistiam em cristãos verdadeiros pela falta de consideração e escrúpulos contra os índios e pela sua veneração ao dinheiro, muito mais que a Deus²⁸.

Jamais foi encontrado nenhum destes governadores mais cristãos que tivesse favorecido os índios. Em vez disso, todos vêm para acrescentar mais encargos sobre os índios e a favor dos cidadãos, os ricos e os proprietários de minas. Nenhum deles parece ter escrito ou informado sobre o trabalho duro e as desventuras dos pobres índios. No entanto, os nobres (índios) estão levando vidas miseráveis, muitos índios estão morrendo neste reino e estão desaparecendo lentamente²⁹.

²⁶ BRAGATO, Fernanda Frizzo. A contribuição do pensamento de Felipe Guaman Poma de Ayala para repensar o discurso hegemônico dos direitos humanos. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglass (Org.). **A realização e a proteção internacional dos direitos humanos fundamentais: desafios do século XXI**. Joaçaba: Ed. UNOESC, 2011. p. 593.

²⁷ Ibid., p. 593.

²⁸ POMA DE AYALA, Felipe Guaman. **The first new chronicle and good government**. Translated by David Frye. Indianápolis: Cambridge: Hackett Publishing Company, 2006. p. 142.

²⁹ Ibid., p. 143.

Logo no início deste processo de colonização e dominação, o missionário, religioso, jurista e cronista Bartolomé de Las Casas³⁰ desempenhou um papel de destaque, sendo que suas teses serviram como marco histórico definitivo de uma nova visão a respeito da realidade indígena nas Américas. Embora Bartolomé de Las Casas tenha sido, a princípio, favorável ao sistema espanhol de *encomienda*, que dizia respeito à divisão (*repartimiento*) de ameríndios como trabalhadores forçados entre os conquistadores espanhóis que administravam propriedades agropecuárias ou mineiras, e dele tenha participado, no ano de 1514, o frei modificou a sua posição. No referido ano, Las Casas passou por um processo de “conversão” espiritual³¹ e abandonou o sistema de *encomienda*; e regressou à Espanha para dar início à grande obra de sua vida: denunciar e condenar as injustiças causadas pelo sistema contra os indígenas³². A posição de Las Casas coaduna-se com os aportes do Direito Fraternal. Embora Resta não tenha tratado da questão indígena, apropriações da metateoria do Direito Fraternal são possíveis especialmente porque “o direito fraternal coloca, pois, em evidência toda a determinação histórica do direito fechado na angústia dos confins estatais”³³.

A compatibilidade dos aportes do Direito Fraternal com a defesa da causa indígena promovida por Las Casas no século XVI é possível, pois ao questionar toda a determinação histórica do direito fechado, o Direito Fraternal pode ser pensado como que fundado nas ações de Las Casas, que, inconformado com as injustiças perpetradas contra os indígenas, decidiu opor-se ao direito existente naquela época e lutar pela humanidade dos índios.

As discussões em torno da capacidade dos indígenas foi tratada em Roma pelo Papa Paulo III, que editou a Bula Papal *Sublimis Deus*, em 1537, reconhecendo a humanidade dos índios:

³⁰ “Nascido em 1484, (Bartolomé de Las Casas) chegou às Américas em 1502 e ordenou-se em 1510; foi o primeiro padre a ser ordenado no Novo Continente”. WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu**: a retórica do poder. Trad. Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 31.

³¹ Pires explica o que consistiu este processo de “conversão” espiritual pelo qual passou Bartolomé de Las Casas, com as seguintes palavras: “Ela (a conversão espiritual) se deu em virtude de ter ouvido, no ano de 1511, a pregação do padre dominicano Antônio de Montesinos, que, em tom arrebatado, dizia aos ouvintes que todos estavam em pecado mortal pelos horríveis maltratos a que submetiam os habitantes do Novo Mundo”. PIRES, Sérgio Luiz Fernandes. O aspecto jurídico da conquista da América pelos espanhóis e a inconformidade de Bartolomé de Las Casas. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Direito e justiça na América indígena**: da conquista à colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 68.

³² WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu**: a retórica do poder. Trad. Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 31.

³³ RESTA, Eligio. **O direito fraternal**. Trad. e coord. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 13.

Os ditos índios e todos os demais povos que no futuro vierem ao conhecimento dos cristãos, embora vivam fora da fé de Cristo, não são nem deverão ser privados de liberdade e de propriedade de bens. Pelo contrário, podem livre e licitamente usar, possuir e gozar de tal liberdade e propriedade, e não poderão ser reduzidos à escravidão³⁴.

Embora o Papa Paulo III tenha declarado a humanidade e a capacidade dos índios na Bula *Sublimis Deus*. No dia a dia as injustiças continuavam a ser cometidas contra os indígenas e, assim, Las Casas permanecia a enfrentar diversos adversários em termos teológicos e intelectuais na defesa dos interesses indígenas. Um personagem-chave nesta empreitada foi Juan Ginés de Sepúlveda. Sepúlveda teve negado o direito de publicação de seu primeiro livro, mas insistiu. E no ano de 1550, o imperador Carlos V convocou um júri especial do Conselho das Índias para reunir-se em Valladolid³⁵ e orientá-lo a respeito do mérito da controvérsia entre Sepúlveda e Las Casas. O júri ouviu a ambos sucessivamente, no entanto, os documentos indicam que a Junta não chegou a um veredicto definitivo quanto à contenda. Mas está claro que os debates suscitaram algumas perguntas fundamentais com as quais o mundo ainda hoje se preocupa, como: quem tem o direito de intervir no modo de vida de uma população? E quando e como isso é possível? E se é que é possível tal intervenção?³⁶

Além disso, em que pese os debates de Valladolid não tenham culminado numa decisão formal em favor de uma das partes, tendo em vista que os prelados que os presidiram (no caso, Domingo de Soto, Melchor Cano e Bartolomeu de Carranza) julgaram-se inabilitados para proferir um veredicto definitivo, um grande jurista da época proferiu um importante parecer naquela ocasião. Francisco de Vitória, considerado o maior teólogo e jurista da Espanha naquela época, convidado a apresentar parecer sobre as discussões, pronunciou-se favoravelmente a Las Casas, passando a ser sua interpretação oficial da

³⁴ Bula *Sublimis Deus*, 1537, conforme LACERDA, Rosane Freire. **Diferença não é incapacidade**: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988. 2007. f. 21. (Dissertação de mestrado) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

³⁵ “Quanto a esses debates na corte jurídica de Valladolid, momento culminante da vida jurídica de Bartolomé de Las Casas, ocorridos nos anos de 1550 e 1551, tendo como oposição as teses de Juan Gines de Sepúlveda, pode-se afirmar que, se não foram, assim como a edição das Leis Novas em 1542, suficientes para resolver em favor dos índios a situação da conquista e colonização, serviram como marco histórico definitivo de uma visão jurídica nova a respeito da América espanhola”. PIRES, Sérgio Luiz Fernandes. O aspecto jurídico da conquista da América pelos espanhóis e a inconformidade de Bartolomé de Las Casas. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Direito e justiça na América indígena**: da conquista à colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 70.

³⁶ WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu**: a retórica do poder. Trad. Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 32-33.

Coroa Espanhola, muito embora estivesse longe de ser a interpretação efetivamente aplicada nas Américas³⁷.

Frei Francisco de Vitória, o jurista a quem Carlos V consultava, expôs com maior autoridade a soberania original dos povos indígenas da América sobre as suas terras. A antropóloga Carneiro mostra que Vitória já defendia a causa indígena antes deste pronunciamento nos debates de Valladolid:

Em suas duas *Relecciones*, que se intitulam ‘Dos índios recém-descobertos e dos títulos não legítimos, pelos quais os bárbaros do Novo Mundo puderam passar para o poder dos espanhóis’ e ‘Dos índios ou do direito de guerra dos espanhóis contra os bárbaros’, datadas provavelmente de 1539, Vitória contesta um a um os argumentos que negavam aos índios domínio e jurisdição original. Afirma assim que ‘a infidelidade (a heresia) ou qualquer outro pecado moral não impede que os bárbaros sejam verdadeiros donos e senhores, tanto pública quanto privadamente, e não podem os cristãos tomá-los seus bens por esse motivo’. Refuta também que se possa, a pretexto de ausência de razão ou demência, impedir os bárbaros de serem verdadeiros senhores: porque, escreve, evocando as instituições indígenas ‘em realidade não são dementes já que a seu modo têm uso da razão’^{38 39}. (grifo do autor).

Nos referidos debates, Sepúlveda apresentou quatro argumentos diferentes em defesa das políticas do governo espanhol em relação às *encomiendas*, quais sejam: a) os ameríndios eram bárbaros e incapazes de aprender qualquer coisa, por isso, deveriam ser governados por outros; b) os índios deveriam aceitar o jugo espanhol mesmo que não o quisessem; c) os espanhóis eram obrigados, pela lei divina e natural, a impedir o mal e as grandes calamidades que os índios infligiam; e, d) o domínio espanhol facilitaria a evangelização cristã⁴⁰.

Esses quatro argumentos têm sido utilizados até os dias de hoje para justificar todas as “intervenções” subsequentes dos “civilizados” do mundo moderno em zonas “não-civilizadas”⁴¹:

³⁷ PIRES, Sérgio Luiz Fernandes. O aspecto jurídico da conquista da América pelos espanhóis e a inconformidade de Bartolomé de Las Casas. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Direito e justiça na América indígena**: da conquista à colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 71.

³⁸ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 55-56.

³⁹ Na mesma época em que Francisco de Vitória escreve suas *Relecciones*, o papa, em 1537, pronuncia-se sobre a posse indígena na bula *Veritas ipsa* sustentando que: “Os índios e todas as demais nações que daqui por diante forem descobertas pelos cristãos, por mais que careçam do benefício da fé, não estão nem podem ser privados de sua liberdade e do domínio de seus bens; ao contrário, podem livre e licitamente usar, desfrutar e gozar desta liberdade e domínio...”. *Ibid.*, p. 57.

⁴⁰ WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu**: a retórica do poder. Trad. Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 33-34.

⁴¹ Um exemplo de intervenção dos Estados “civilizados” em zonas “não civilizadas” ocorreu na ação armada contra o Iraque (2003), promovida por uma coalizão de países, dentre os quais se destacaram os Estados Unidos e o Reino Unido, que apresentaram motivos escusos para a intervenção. De acordo com declarações dos Estados membros da coalizão, a autoridade para a ação armada de 2003 foi o resultado da combinação das resoluções 678 (1990), 687 (1991) e 1441 (2002) do Conselho de Segurança da ONU, em virtude da longa trajetória de violações, por parte do Iraque, de suas obrigações de acordo com os termos das pertinentes

a barbárie dos outros, o fim de práticas que violam os valores universais, a defesa de inocentes em meio aos cruéis e a possibilidade de disseminar valores universais. Indubitavelmente, essas intervenções apenas podem ser efetivadas quando se dispõe de poder político-militar para isso, como foi o caso na conquista espanhola e portuguesa de grande parte das Américas, no século XVI. Conquanto os argumentos tenham servido como forte estímulo moral aos conquistadores, estes também foram estimulados pelos benefícios materiais obtidos com a conquista. Assim, quem fizesse parte da comunidade conquistadora e quisesse refutar tais teses teria que travar uma batalha exaustiva. Foi essa a jornada que Las Casas enfrentou⁴².

Las Casas respondeu aos argumentos de Sepúlveda de diversas maneiras. Las Casas considerava a alegação da barbárie moral extremamente abstrata, uma vez que a mera apresentação de um comportamento bárbaro por um sujeito era insuficiente para a classificação de alguém como bárbaro, haja vista que se assim fosse, então, poderiam ser encontradas pessoas bárbaras em todas as partes do mundo. Outra questão também levantada pelo Frei foi referente à jurisdição. Las Casas argumentava que se a Igreja não tinha jurisdição nem sobre os não-cristãos que viviam nas terras cristãs (como era o caso dos judeus ou muçulmanos, que habitavam as terras cristãs e que não podiam ser punidos por seguir seus próprios preceitos religiosos), seria ainda menos sensato alegar que a Igreja teria jurisdição sobre os que nunca haviam ouvido falar de sua doutrina, no caso, os ameríndios⁴³.

Naquela época, porém, assim como hoje, Las Casas estava sujeito à acusação de que esse ponto de vista demonstrava indiferença pelo sofrimento de inocentes, vítimas de práticas contrárias à lei natural. Mas em relação a tal acusação, Las Casas objetava:

Embora admitamos que a Igreja tem obrigação de impedir a morte injusta de inocentes, é essencial que isso seja feito com moderação, havendo cuidado para que não se faça um mal maior a outros povos, o que seria um impedimento a sua salvação e tornaria infrutífera e incompreendida a paixão de Cristo⁴⁴.

Segundo Las Casas, os homens (índios) só poderiam ser levados a Cristo por livre vontade, nunca por coação, uma vez que era necessário o respeito ao livre arbítrio. Las Casas acreditava que a guerra não era um meio de preparar as almas para suprimir a idolatria. Ele

resoluções. Ver: WARBRICK, Colin; MCGOLDRICK, Dominic. The use of force against Iraq. *International and Comparative Law Quarterly: Current Developments*, [S.l.], v. 52, p. 811, July 2003.

⁴² WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu: a retórica do poder**. Trad. Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 35.

⁴³ Ibid., p. 35-37.

⁴⁴ Ibid., p. 37-38.

dizia: “O evangelho não é espalhado com lanças, mas sim com a palavra de Deus, com uma vida cristã e a ação da razão”⁴⁵.

Todavia, nem todo o processo de colonização constituiu-se de forma negativa para os povos nativos. As missões jesuíticas, que surgiram entre os séculos XVII e XVIII, na província de Guairá e estenderam-se pela bacia Platina (Paraguai, Argentina e Brasil), segundo Wolkmer “[...] alcançaram um extraordinário desenvolvimento em termos de bem-estar material, padrão moral e qualidade de vida, impedindo a exploração, a escravidão e o extermínio das populações indígenas”⁴⁶.

As missões jesuíticas estruturaram-se com a presença ativa e o papel defensor dos jesuítas, que protegeram as comunidades indígenas contra a exploração espanhola e contra as investidas dos bandeirantes luso-brasileiros, mas esse cenário teve fim com a assinatura do Tratado de Madrid⁴⁷. O Tratado de Limites – também chamado de Tratado de Madrid, por ter sido assinado em Madrid em 13 de janeiro de 1750 –, condenou a população dos Sete Povos das Missões, mais de trinta mil pessoas a abandonar, no prazo de um ano, suas terras e suas construções⁴⁸. A assinatura deste tratado culminou na Guerra Guaranítica, entre os anos de 1754 e 1756 e na conseqüente desintegração das Missões e expulsão dos indígenas desta região⁴⁹.

2.1.2 O Surgimento da Primeira Identidade da Modernidade e do Conceito de Raça como Critério Fundamental de Discriminação

Esse resgate histórico do empreendimento colonizatório operado na América Latina serve para identificar o modo como ocorreu a constituição da outra face da Modernidade, ou seja, a colonização. Nesse contexto de colonização e exploração, a América Latina representou a primeira identidade da Modernidade, tendo constituído, portanto, o primeiro espaço/tempo de um padrão de poder de vocação mundial⁵⁰. Conforme Quijano, a *América*

⁴⁵ WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu**: a retórica do poder. Trad. Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007. p. 39-40.

⁴⁶ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralidade jurídica na América luso-hispânica. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Direito e justiça na América indígena**: da conquista à colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 85.

⁴⁷ Ibid., p. 86.

⁴⁸ CHEUICHE, Aley. **Sepé Tiaraju**: romance dos sete povos das missões. 6. ed. Porto Alegre: AGE, 2004. p. 10.

⁴⁹ WOLKMER, op. cit. p. 86.

⁵⁰ QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 228. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Dussel.rtf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

Latina constituiu a *primeira identidade da Modernidade*⁵¹, pois a globalização existente na contemporaneidade surgiu, “[...] em primeiro lugar, da culminação de um processo que começou com a constituição da América e do capitalismo colonial/moderno e eurocentrado como um novo padrão de poder mundial”⁵².

Quanto à ideia de a América Latina ter constituído o primeiro espaço/tempo de um *padrão de poder de vocação mundial*, Quijano explica que esta ideia se relaciona aos conceitos, procesos e fenômenos que surgiram a partir da ocupação europeia nas terras americanas. Para o referido autor, a ideia de raça, em seu sentido moderno, não possui correspondente antes da conquista da América. Esta ideia de raça, que provavelmente se estruturou em alusão às diferenças fenotípicas entre conquistadores e conquistados, “[...] converteu-se no primeiro critério fundamental para a distribuição da população *mundial* nos níveis, lugares e papéis na estrutura de *poder* da nova sociedade [...]”, uma vez que “[...] os povos conquistados e dominados foram postos numa situação natural de inferioridade, e conseqüentemente também seus traços fenotípicos, bem como suas descobertas mentais e culturais”⁵³.

De outra parte, a identificação da América Latina com um *padrão de poder de vocação mundial* também vincula-se à ideia de que no proceso de formação histórica desta região, todas as formas de exploração do trabalho e de controle da produção e distribuição de produtos foram estruturadas a partir da lógica capital-salário e da relação com o mercado mundial. Neste novo *cenário mundial* a que foi exposta a mão-de-obra provenientes da América Latina:

Incluíram-se a escravidão, a servidão, a pequena produção mercantil, a reciprocidade e o salário. Em tal contexto, cada umas dessas formas de controle do trabalho não era uma mera extensão de seus antecedentes históricos. Todas eram histórica e sociologicamente novas. Em primeiro lugar, porque foram deliberadamente estabelecidas e organizadas para produzir mercadorias para o mercado mundial. Em segundo lugar, porque não existiam apenas de maneira simultânea no mesmo espaço/tempo, mas todas e cada uma articuladas com o capital e com seu mercado, e por esse meio entre si. Configuraram assim um novo padrão global de controle do trabalho, por sua vez um novo elemento fundamental de um novo padrão de

⁵¹ A outra identidade da Modernidade foi representada pela Europa, veja-se: “A posterior constituição da Europa como nova entidade depois da América e a expansão do colonialismo europeu ao resto do mundo conduziram à elaboração da perspectiva eurocêntrica do conhecimento e com ela à elaboração teórica da ideia de raça como naturalização dessas relações coloniais de dominação entre europeus e não-europeus”. QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 231. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Dussel.rtf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

⁵² Ibid., p. 227.

⁵³ Ibid., p. 231.

poder, do qual eram conjunta e individualmente dependentes histórico-estruturalmente⁵⁴.

O padrão de poder e de exploração foi consubstanciado, desde o início do processo de conquista da América, na Bula Papal *Inter Coetera*, outorgada pelo Papa Alexandre VI, em 4 de maio de 1493 – quase nas mesmas palavras da Bula *Romanus Potifex*, de 8 de janeiro de 1454, do papa Nicolau V –, que estabelecia que o Novo Mundo (a América) era legitimamente passível de posse por Espanha e Portugal, sendo que seus povos também eram passíveis de escravização por quem os subjugasse⁵⁵.

Nas palavras de Dussel, empiricamente, nunca houve História Mundial até 1492, uma vez que antes dessa data, os impérios ou sistemas culturais coexistiam entre si. Dussel explica que:

Apenas com a expansão portuguesa desde o século XV, que atinge o extremo oriente no século XVI, e com o descobrimento da América hispânica, todo o planeta se torna o ‘lugar’ de ‘*uma só*’ História Mundial (Magalhães-Elcano realiza a circunavegação da Terra em 1521)⁵⁶. (grifo do autor).

Conforme Dussel, a Espanha representou, portanto, a primeira nação *moderna*, e, por isso, foi a Espanha que abriu a primeira etapa *Moderna*: o mercantilismo mundial. A extração de minério das minas de prata de Potosi e Zacatecas (descobertas em 1545-1546) permitiram o acúmulo de riqueza monetária suficiente para a Coroa Espanhola vencer os turcos em Lepanto vinte e cinco anos depois de tal descoberta (1571). Assim, a *centralidade* da Europa Latina na História Mundial constituiu o *determinante fundamental da Modernidade*, sendo que os demais determinantes foram ocorrendo em torno dele (a subjetividade constituinte, a propriedade privada, a liberdade contratual, etc.) e representaram o resultado de um século e meio de *Modernidade*: logo, configuraram-se como efeito, e não como ponto de partida⁵⁷. Neste sentido, Dussel ainda explica que a América Latina representou a primeira “periferia” da Europa moderna⁵⁸, e desde sua

⁵⁴ QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 231. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Dussel.rtf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

⁵⁵ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 39-40.

⁵⁶ DUSSEL, Enrique. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 59. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Dussel.rtf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 59.

⁵⁸ Enrique Dussel afirma que: “A modernidade originou-se nas cidades europeias medievais, livres, centros de enorme criatividade. Mas ‘nasceu’ quando a Europa pôde se confrontar com o seu ‘Outro’ e controlá-lo,

“origem” sofreu um processo constitutivo de “modernização”⁵⁹.

Nesse período de colonização, a humanidade ingressava em outra instância de sua existência, “[...] na qual se extinguiram milhares de povos, com suas línguas e culturas próprias e singulares, para dar nascimento às macroetnias maiores e mais abrangentes que jamais se viu”⁶⁰. Ribeiro explica que a força motriz dessa expansão foi o processo civilizatório que deu origem à criação de Portugal e Espanha, como dois Estados nacionais, “[...] que acabavam de constituir-se, superando o fracionamento feudal que sucedera à decadência dos romanos [...]”, quanto ao nascimento destes dois Estados nacionais, Ribeiro ainda aduz que:

Não era assim, naturalmente, que eles se viam, os gestores dessa expansão. Eles se davam ao luxo de propor-se motivações mais nobres que as mercantis, definindo-se como os expansores da cristandade católica sobre os povos existentes e por existir no além-mar. Pretendiam refazer o orbe em missão salvadora, cumprindo a tarefa suprema do homem branco, para isso destinado por Deus: juntar todos os homens numa só cristandade, lamentavelmente dividida em duas caras, a católica e a protestante⁶¹.

A partir da conquista ibérica das terras americanas ocorreu, portanto “[...] a conformação colonial do mundo entre ocidental ou europeu (concebido como o *moderno*, ou *avançado*) e os Outros, o restante dos povos e culturas do planeta”, assim como também houve a inauguração de dois processos que conjugadamente delinearão o quadro histórico posterior: a *modernidade* e a *organização colonial do mundo*⁶². Neste cenário moderno de classificação do mundo entre ocidental ou europeu e os outros, ou entre os povos superiores e os inferiores podem ser utilizados os aportes do Direito Fraternal que, justamente denuncia que o mundo moderno “[...] se torna tanto o lugar da inclusão como da exclusão, e que, necessariamente, carrega consigo, como uma sombra extremamente inquietante, a definição do

vencê-lo, violentá-lo; quando pôde se definir como um ego descobridor, conquistador, colonizador da Alteridade constitutiva da própria Modernidade. De qualquer maneira, esse Outro não foi ‘descoberto’ como Outro, mas foi ‘en-coberto’ como o ‘si-mesmo’ que a Europa já era desde sempre. De maneira que em 1492 será o momento de ‘nascimento’ da Modernidade como conceito, o momento concreto da ‘origem’ de um ‘mito’ de violência sacrificial muito particular, e, ao mesmo tempo, um processo de ‘en-cobrimento’ do não-europeu”. DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro (A origem do “mito da Modernidade”)**: Conferências de Frankfurt. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 08.

⁵⁹ Ibid., p. 16.

⁶⁰ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 39.

⁶¹ Ibid., p. 39.

⁶² LANDER, Edgardo. Ciências sociais: saberes coloniais e eurocêntricos. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 27. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Dussel.rtf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

estranhamento e, conjuntamente, a tematização da inimizade⁶³. Diante da ideia de raça como elemento classificador da superioridade ou inferioridade de determinados povos, aqueles povos que não enquadraram-se nos traços fenotípicos estabelecidos pelos sujeitos que possuem traços de uma raça superior (como é o caso dos povos indígenas), tornam-se invisibilizados na sociedade, excluídos da sociedade, quem sabe, talvez, até inimigos da sociedade.

Assim, a convergência destes dois processos históricos: a modernidade e a colonização, ou vice-versa, culminou na produção do referido espaço/tempo, assim como no estabelecimento de dois eixos fundamentais do novo padrão de poder mundial. De uma parte, a codificação das diferenças entre conquistadores e conquistados na ideia de raça, que situava a uns em condição natural de inferioridade em relação a outros, isso tudo em razão de uma suposta distinta estrutura biológica⁶⁴. Essa ideia representou para os conquistadores o principal elemento constitutivo, fundacional, das relações de dominação que a conquista requeria. Consequentemente, nessas bases, ou seja, nesse novo padrão de poder mundial, foi classificada a população indígena da América Latina, e, mais tarde, as demais populações do mundo. Ademais, na constituição deste novo padrão de poder mundial houve a articulação de todas as formas históricas de controle e exploração do trabalho e de seus produtos, em torno do capital e do mercado mundial:

A ideia de raça, em seu sentido moderno, não tem história conhecida antes da América. Talvez se tenha originado como referência às diferenças fenotípicas entre conquistadores e conquistados, mas o que importa é que desde muito cedo foi construída como referência a supostas estruturas biológicas diferenciais entre esses grupos⁶⁵.

A constituição de relações sociais fundadas nessa ideia de raça engendrou o surgimento de identidades sociais historicamente novas na América Latina: *índios*, *negros* e *mestiços*, e redefiniu outras. Desse modo, léxicos como *espanhol* e *português*, e, posteriormente, *européu*, que até aquela época indicavam somente a procedência geográfica ou o país de origem de alguém, adquiriram também, em relação às novas identidades, uma conotação racial. E, tendo em vista que as relações sociais que se estavam estabelecendo eram relações de dominação, essas identidades foram vinculadas

⁶³ RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. Trad. e coord. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 25.

⁶⁴ QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 228. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Dussel.rtf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 228.

às hierarquias, lugares e papéis sociais relacionados, como constitutivas delas, e, por consequência, ao padrão de dominação que se infligia. Em outros termos, as ideias de raça e de identidade racial configuraram-se como instrumentos de classificação social básica da população⁶⁶.

Apropriações da metateoria do Direito Fraterno podem ser realizadas neste cenário, uma vez que o Direito Fraterno aponta que a estruturação de ideias de raça e de identidades raciais servem para o propósito de constituir relações de dominação e, conseqüentemente, de inferiorização de alguns povos em detrimento de outros, como é o caso dos indígenas, e, assim, servem, também, para a exclusão destes povos subalternizados, segundo Resta:

É a obsessão da diferença que compele os homens a elaborarem todas aquelas formas insistentes da identidade, que os induz a distanciar-se dos outros e que lhes sugerem o direito de manter longe de si tudo aquilo que se lhes avizinha.

[...] o indivíduo está nessa dimensão suspensa do defender-se e do atacar, do tomar e do reduzir as distâncias, do separar-se e do distanciar-se ou do avizinhar-se e do unir-se⁶⁷.

Os aportes do Direito Fraterno indicam que a preocupação com a preservação da diferença conduz à formação de insistentes identidades, que culminam no maior distanciamento uns dos outros, em outros termos, pode-se dizer que a constituição destas identidades engendra o maior afastamento dos povos e intensifica as distintas formas de dominação, submissão, exclusão, pois faz com que se torne cada vez mais inaceitável a ideia de que aquele que é diferente possa permanecer ao meu lado e conviver comigo.

Portanto, a ideia de identidade racial como mecanismo social de diferenciação da população, forjada como um dos eixos fundamentais do novo padrão de poder mundial, aumentou ainda mais as distâncias entre os povos, uma vez que, os colonizadores codificaram como *cor* os traços fenotípicos dos colonizados e os declararam como o atributo emblemático da categoria racial. Essa codificação foi inicialmente instituída, possivelmente, na área britânico-americana. No início, os negros eram a raça colonizada mais importante, uma vez

⁶⁶ QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 228-229. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Dussel.rtf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

⁶⁷ RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. Trad. e coord. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 29.

que os índios não formavam parte dessa sociedade colonial. Nesse contexto inicial de dominação, os dominantes passaram a chamar-se a si mesmos de *brancos*⁶⁸.

Na América Latina, a utilização da ideia de raça constituiu uma estratégia para outorgar legitimidade às relações de dominação atribuídas pela conquista. A posterior configuração mundial, que viu a Europa se tornar a nova identidade da Modernidade⁶⁹ – após a América Latina – e expandir o colonialismo europeu ao restante do planeta culminou na eclosão da perspectiva eurocêntrica (moderna/colonial) do conhecimento e com ela “[...] à elaboração teórica da ideia de raça como naturalização dessas relações coloniais de dominação entre europeus e não-europeus”^{70 71}.

O conceito de eurocentrismo trabalhado nesta dissertação baseia-se no pensamento de Dussel, que preceitua que:

O ‘eurocentrismo’ consiste exatamente em constituir como universalidade abstrata humana em geral momentos da particularidade europeia, a primeira particularidade de fato mundial (quer dizer, a primeira universalidade humana concreta). A cultura, a civilização, a filosofia, a subjetividade, etc., sem mais (humano-universal abstrata). Grande parte dos ganhos da modernidade não foram criatividade exclusiva do europeu, mas de uma contínua dialética de impacto e contra-impacto, efeito e contra-efeito, da Europa-centro e sua subjetividade moderna enquanto tal⁷².

Essa naturalização das relações coloniais de dominação entre europeus e não-europeus (ou superiores e inferiores) representou um novo mecanismo de legitimação das já antigas ideias e práticas de relações de superioridade/inferioridade entre dominantes e

⁶⁸ QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 229. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Dussel.rtf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

⁶⁹ Neste ponto enquadra-se muito bem o conceito de Modernidade que é pensado a partir, unicamente, do desenvolvimento do contexto social, político e jurídico europeu. Embora no presente trabalho acredite-se que a Modernidade não seja fruto apenas da Europa, reconhece-se que o pensamento moderno europeu repercutiu e tem repercutido nas diferentes civilizações, inclusive na América Latina e na sociedade brasileira. Veja-se: “‘modernidade’ refere-se a estilo, costume de vida ou organização social que emergiram na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência”. GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Ed. UNESP, 1991. p. 08.

⁷⁰ QUIJANO, op. cit., p. 229.

⁷¹ Coronil explica que: “À medida que a noção espanhola de ‘pureza de sangue’ deu lugar nas Américas a distinções entre raças superiores e inferiores, esta superioridade se plasmou em distinções biológicas que foram fundamentais para a autodefinição dos europeus e que continuam presentes nos racismos contemporâneos. CORONIL, Fernando. Natureza do pós-colonialismo: do eurocentrismo ao globocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 111. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Dussel.rtf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

⁷² DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. p. 69.

dominados. E, desde então, os povos conquistados e dominados foram colocados numa condição natural de inferioridade, e, por conseguinte, também seus traços fenotípicos, assim como suas descobertas mentais e culturais. Assim, a raça converteu-se no modo básico de classificação universal da população mundial, ou seja, a raça transformou-se no primeiro critério fundamental para a distribuição de poder nesta nova conjuntura social mundial⁷³.

Com o colonialismo na América Latina teve início, além da organização colonial do mundo, a construção colonial dos saberes, das linguagens, da memória e do imaginário. Pela primeira vez, “[...] se organiza a totalidade do espaço e do tempo, todas as culturas, povos e territórios do planeta, presentes e passados numa grande narrativa universal”, sendo que a Europa passa a ser considerada o centro geográfico e a culminação do movimento temporal. Nesse momento histórico ocorre a articulação das diferenças culturais em hierarquias cronológicas e a negação da simultaneidade (*negation of coevalness*). Por estar situada no “centro” do mundo, a Europa (Ocidente) – e o sujeito europeu – está em um lugar privilegiado, pois está no *lugar de enunciação* do discurso associado ao poder imperial, enquanto que o restante dos povos do planeta, os outros, os índios, etc., apenas sofrem os efeitos deste discurso⁷⁴. Nesse sentido, Lander ainda explica que:

Tal construção tem como pressuposição básica o caráter universal da experiência europeia. As obras de Locke e de Hegel – além de extraordinariamente influentes – são neste sentido paradigmáticas. Ao construir-se a noção de universalidade a partir da experiência particular (ou paroquial) da história europeia e realizar a leitura da totalidade do tempo e do espaço da experiência humana do ponto de vista dessa particularidade, institui-se uma universalidade radicalmente excludente⁷⁵.

Devido a esse caráter universal da experiência histórica europeia, as manifestações de saber e de conhecimento produzidas para a compreensão dessa sociedade se transformaram nas únicas formas válidas, objetivas e universais de conhecimento. Logo, as categorias e os conceitos – tais como, economia, Estado, sociedade civil, mercado, classes, etc. – se tornaram, além de categorias universais para a análise de qualquer realidade, proposições normativas

⁷³ QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 229. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Dussel.rtf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

⁷⁴ LANDER, Edgardo. Ciências sociais: saberes coloniais e eurocêtricos. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 27. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Dussel.rtf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 27.

que determinaram o *dever ser* e o *modo de vida* para todos os povos do planeta⁷⁶. Segundo Wolkmer, o fenômeno jurídico que floresce na cultura europeia ocidental e que se expande para outras regiões corresponde à visão de mundo predominante “[...] no âmbito da formação social burguesa, do modo de produção capitalista, da ideologia liberal-individualista e da centralização da política, através da figura de um Estado Nacional Soberano”⁷⁷.

Esse fenômeno ocorrido na moderna cultura europeia representa um construto *eurocêntrico*, que define a totalidade do tempo e do espaço para toda a humanidade a partir de sua própria experiência, inserindo como padrão de referência superior e universal a sua especificidade histórico-cultural. Tal construto eurocêntrico que, embora ditado por apenas uma cultura (a europeia), pretende-se universal, abomina a fraternidade entre os povos, pois desrespeita os modos de ser e de viver daqueles povos que não compartilham o modo de vida eurocêntrico. Por meio de apropriações do Direito Fraternal, cabe dizer que o direito enunciado pela cultura europeia veste-se com a máscara de um tirano, que tenta impor a sua vontade a qualquer custo sobre os súditos. Todavia, esta visão de mundo eurocêntrica desfaz a possibilidade de existir um Direito Fraternal, “[...] pelo qual a constituição entre iguais deve pressupor um ato originário de supressão do pai, a fim de que não existam mais tiranos [...]”⁷⁸.

Essa narrativa da modernidade, portanto, importa em um dispositivo de conhecimento *colonial* e *imperial*, que organiza essa totalidade de povos, tempo e espaço como parte integrante da organização colonial/imperial do mundo. Assim, a forma de organização e de ser da sociedade eurocêntrica converte-se – através deste dispositivo colonizador do conhecimento – no modo *normal* do ser humano e da sociedade. Por sua vez, as demais formas de ser, de saber e de organização da sociedade são julgadas não apenas como diferentes, mas como carentes, arcaicas, primitivas, tradicionais, pré-modernas; são consideradas como se estivessem num momento *anterior* do desenvolvimento histórico da humanidade, o que faz sobressair – no imaginário eurocêntrico – a sua inferioridade. Os únicos destinos possíveis para essas outras expressões culturais diferentes – *outras* sociedades – são a *aniquilação* ou a *civilização imposta*⁷⁹.

⁷⁶ LANDER, Edgardo. Ciências sociais: saberes coloniais e eurocêntricos. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 33. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Dussel.rtf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

⁷⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 26.

⁷⁸ RESTA, Eligio. **O direito fraternal**. Trad. e coord. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 36.

⁷⁹ LANDER, op. cit., p. 33.

2.2 A Proteção das Identidades Culturais Indígenas no Brasil através do Reconhecimento da Posse da Terra: os Direitos Territoriais no Período Colonial até a Constituição Federal de 1988

Os processos de conquista e de colonização ocorridos na América tiveram repercussões nas legislações das colônias e das posteriores nações que conquistaram a independência na região. A espoliação a que os índios foram submetidos, desde o início da colonização, culminou no desmantelamento de diversos grupos indígenas, que, sem terem mais para onde ir – uma vez que suas terras haviam sido tomadas pelo homem branco europeu – rendiam-se ao conquistador e incorporavam-se à sociedade, optavam pela morte solitária ou embrenhavam-se nas matas de forma fugidia para tentar organizar novas aldeias com alguns poucos membros. Além disso, a conformação moderna da ideia de raças e de identidades culturais, que identificava o europeu como o ser superior, detentor de inteligência e de traços fenotípicos melhores, também acarretou a progressiva supressão dos modos de vida das comunidades indígenas.

Neste cenário, o reconhecimento dos territórios indígenas tradicionais representa um importante mecanismo de defesa e de preservação das diferentes culturas indígenas e dos elos de fraternidade que há muito foram rompidos pela sociedade etnocêntrica. Para os propósitos do presente trabalho, a ideia de *eurocentrismo* pressupõe a universalização dos conceitos, dos modos de ser e de viver europeus ou ocidentais. Devido ao processo colonial europeu ocorrido na América Latina e devido à influência que este processo histórico teve na formulação das legislações das colônias aqui existentes, a América Latina – inclusive o Brasil – tende a ser considerada como parte das sociedades ocidentais. Nas palavras de Carozza: “[...] *Latin America, in that context, tends either to be lumped into other ‘Wester’ societies because of its colonial European history or else it is simply ignored*”⁸⁰.

Deste modo, embora a partir deste momento a pesquisa restringir-se-á à análise da condição dos direitos territoriais dos indígenas no Brasil, desde o período colonial até os dias contemporâneos, utilizar-se-á o termo etnocêntrico/eurocêntrico para se fazer referência às legislações e constituições brasileiras desde o tempo colonial até o período republicano e também para se explicar os avanços do ordenamento jurídico contemporâneo no tocante aos

⁸⁰ Tradução livre: “[...] América Latina, nesse contexto, tende a ser aglomerada em outras sociedades ‘ocidentais’ por causa da sua história colonial Europeia ou então ela é simplesmente ignorada”. CAROZZA, Paolo G. From conquest to Constitutions: Retrivieng a Latin American Tradition of the idea of human rights. *Human Rights. Quaterly*, [S.l.], n. 25, p. 282, 2003.

direitos territoriais indígenas, em especial, a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988. Por isso, far-se-á um histórico das legislações e constituições, uma vez que o intuito é demonstrar a paradoxalidade na evolução dos direitos territoriais indígenas, que é marcada por avanços e retrocessos constantes.

No Brasil, a despeito da violência da colonização dos povos indígenas, a preocupação com a garantia da posse da terra destes povos esteve presente desde o início das legislações da Coroa Portuguesa destinadas aos súditos residentes nas terras do *Novo Mundo*. O reconhecimento ao índio – primeiro e natural dono da terra – ao direito de posse da sua terra tinha o condão de assegurar-lhe direitos mínimos de sobrevivência. De acordo com os pressupostos do Direito Fraternal, o reconhecimento “[...] nada cria de novo, mas, com a precisão de um tabelião, limita-se a confirmar, tornando-a pública – no sentido de visível –, uma realidade já existente”⁸¹. E foi com o propósito de confirmar uma realidade já existente, no caso, a posse natural dos indígenas sobre as suas terras, que as legislações foram sendo formuladas desde os primeiros tempos da colonização das terras brasileiras.

Todavia, conforme analisar-se-á, no decorrer da história legislativa e constitucional da Colônia brasileira até a Emenda Constitucional de 1969 da República do Brasil – também conhecida por Constituição de 1969 –, pouco foi realizado para que este direito dos senhores naturais da terra fosse efetivamente garantido. Somente com o advento e a promulgação da Constituição Federal de 1988 que aos índios é assegurado amplo direito de reconhecimento e posse das suas terras tradicionais, que passam a ser consideradas essenciais à preservação e ao desenvolvimento das suas culturas, cultos e tradições.

2.2.1 Os Direitos Territoriais Indígenas no Período Colonial

O processo colonizatório resultou na escravização de muitos indígenas nas terras brasileiras, entretanto, na contramão das práticas atentatórias à dignidade dos índios, a Coroa Portuguesa, desde o início da colonização, promulgava leis que conformavam o respeito aos indígenas – embora isto apenas ocorresse no papel. A proibição do cativo dos índios foi objeto da lei promulgada em 20 de março de 1570 na cidade de Évora, em Portugal. Contudo, a própria lei que se arvorava na defesa dos direitos indígenas, apresentava um paradoxo, pois estabelecia a proibição do cativo dos índios, “[...] com *exceção* dos que fossem tomados

⁸¹ RESTA, Eligio. **O direito fraternal**. Trad. e coord. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 23.

em justa guerra, os *quaes* seriam *inscriptos* nos livros das Provedorias para se saber a todo tempo *quaes* eram os legitimamente *captivos*”⁸². (grifo nosso).

Um avanço em relação à liberdade dos índios aconteceu com a promulgação da lei de 30 de julho de 1609, que declarava que, em caso algum, seria permitido o cativo dos índios⁸³.

A primazia dos direitos dos índios sobre suas terras também já existia, desde o início do século XVII, nas leis portuguesas para o Brasil, contudo, o direito dos índios aos territórios que ocupavam tratava-se de um reconhecimento *de jure*, pois, na prática, os colonizadores utilizavam-se de muitas estratégias para contornar tal previsão jurídica⁸⁴.

As terras das aldeias são garantidas aos índios desde o início. A expressão ‘senhores das terras das aldeias, como o são na serra’, declaração dessa garantia, aparece pela primeira vez no Alvará de 26/7/1596 e será retomada nas Leis de 1609 e 1611. Várias provisões tratam da demarcação (presente desde o Alvará de 26/7/1596) e garantia de posse dessas terras (p. ex.: Provisão de 8/7/1604, Carta Régia de 17/1/1691, Diretório de 1757, pars. 19, 80)⁸⁵.

O Alvará Régio de 26 de julho de 1596 garantia, portanto, que as terras das aldeias eram dos índios, uma vez que estes eram os “[...] senhores das terras das aldeias, como o são na serra”. O disposto no Alvará de 1596 foi reproduzido nas Cartas Régias promulgadas por Filipe III, datadas de 30 de julho de 1609 e de 10 de setembro de 1611, estabeleciam “[...] o pleno domínio dos índios sobre seus territórios e sobre as terras que lhe são alocadas nos aldeamentos [...]”⁸⁶. Os aldeamentos, que ocorriam após os descimentos dos índios, buscavam incentivar o contato dos índios com os portugueses e, assim, facilitar tanto a incorporação do indígena à civilização colonial quanto a utilização de seus serviços pelos colonizadores⁸⁷.

Os descimentos foram incentivados ao longo de todo o processo de colonização e consistiam nos deslocamentos de povos indígenas inteiros para novas aldeias próximas às povoações coloniais portuguesas. Os descimentos resultavam da persuasão exercida por “tropas de descimentos” que tinham como líder ou acompanhante um missionário, que, sem violência, convenciam os índios de que era de seu interesse – por questão de proteção e bem-

⁸² MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil: seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912. p. 29.

⁸³ *Ibid.*, p. 29.

⁸⁴ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 58.

⁸⁵ PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índio escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **História dos índios no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 119.

⁸⁶ CUNHA, op. cit., p. 58.

⁸⁷ PERRONE-MOISÉS, op. cit., p. 118.

estar – deslocar-se de suas aldeias no interior (“sertão”) e aldear-se próximo aos portugueses⁸⁸.

Conforme a Carta Régia de 10 de setembro de 1611, tanto sobre as terras que os índios ocupavam no sertão, ou seja, seus territórios originais, primários, assim como em relação às fazendas nas quais se instalaram nas povoações portuguesas (os aldeamentos), sobre todas estas áreas os índios exerciam pleno domínio⁸⁹.

O Alvará de 1º de abril de 1680 também estabelecia que os índios tinham direitos originais sobre suas terras. Assim, pelo fato de serem os “primários e naturais senhores” de suas terras, não lhes podia ser cobrado quaisquer foros ou tributos sobre elas, bem como, as sesmarias concedidas pela Coroa Portuguesa aos colonizadores não poderiam afetar os seus direitos sobre as suas terras⁹⁰. O Álvaro Régio de 1º de abril de 1680, portanto, reconhecia expressamente que os indígenas foram “[...] os primeiros ocupantes e donos naturais destas terras [...]”⁹¹. Este reconhecimento instituído no Brasil desde o Alvará de 1680 ficou conhecido como indigenato, que consiste no

[...] direito indígena à terra [que] é reconhecido como direito especial, absolutamente distinto do direito de quaisquer outros cidadãos da sociedade brasileira. Não integra o sistema jurídico relativo aos direitos de posse e propriedade previstos pelo Código Civil brasileiro, mas constitui-se direito autônomo, especial e independente do sistema geral⁹².

No entanto, neste contexto de reconhecimento dos direitos dos índios sobre as suas terras originais, ocorreu a promulgação da Carta Régia de 9 de abril de 1655, que estabelecia que a guerra justa constituía um título legítimo para a escravização dos índios, assim, seriam considerados escravos os índios aprisionados em guerra defensiva. Em termos muito semelhantes, o Alvará de 28 de abril de 1688 para o Maranhão e Grão-Pará estabelecia que seriam considerados escravos aqueles índios feitos prisioneiros em guerra defensiva⁹³. O próprio Álvaro Régio de 1º de abril de 1680, que previa direitos territoriais aos índios, que eram considerados os primeiros habitantes destas terras e, portanto, donos naturais das terras

⁸⁸ PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índio escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, Manuela Carneiro de (Org.). **História dos índios no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 118.

⁸⁹ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 58.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 59.

⁹¹ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 9.

⁹² BARBOSA, Marco Antonio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001. p. 66.

⁹³ CUNHA, op. cit., p. 59-60.

que ocupavam, de forma paradoxal, estabelecia que os índios aprisionados em guerra seriam tratados como prisioneiros, da mesma forma como eram tratados aqueles que eram tomados em guerras da Europa⁹⁴. Ou seja, na mesma época em que se garantiam direitos (territoriais) aos indígenas, também lhes eram usurpados direitos (à liberdade, a não ser submetido à escravidão).

A Coroa Portuguesa, portanto, jamais negava autorização para as “guerras justas”, mediante as quais os colonos poderiam aprisionar e escravizar tantos índios bravos e hostis como os simplesmente arredios. Ribeiro explica que a Coroa “[...] quase sempre fez vista grossa à escravidão indígena, que desse modo se tornou inevitável, dado o caráter da própria empresa colonial, especialmente nas áreas pobres”⁹⁵. O antropólogo segue sua argumentação ao explicar que os colonos de São Paulo e de outras regiões, “[...] impedidos de comprar escravos negros, porque eram caros demais [...]”, necessitaram “[...] se servir dos silvícolas, ou de ter como seu principal negócio a preia e venda de índios para quem requeresse seu trabalho nas tarefas de subsistência, que por longo tempo estiveram a cargo deles”⁹⁶.

A escravização e a comercialização dos índios também foi objeto da Carta Régia de 20 de abril de 1708, que previa que os índios “[...] podiam ser vendidos em praça publica para *indemnização* das *despezas* que a Fazenda Real fizesse”⁹⁷. (grifo nosso). Desde o início, portanto, avanços e retrocessos marcaram a evolução dos direitos indígenas, pois ainda que considerados donos de seus territórios originais, sobre os quais não recairia foro, tributo ou cobrança de sesmaria, os indígenas careciam, na prática, de outros direitos, como à liberdade de circulação ou à igualdade entre os demais sujeitos – ainda que a Lei de Évora de 20 de março de 1570 já previsse a proibição do cativo dos indígenas.

Outro paradoxo quanto à legislação colonial referente aos direitos e garantias indígenas, apresentava-se na questão referente à administração das aldeias. Os jesuítas, inicialmente, foram encarregados não só pela catequese (“governo espiritual”) “[...] como também pela organização das aldeias e repartição dos trabalhadores indígenas pelos serviços, tanto da aldeia, quanto para moradores e para a Coroa (‘governo temporal’)”⁹⁸.

⁹⁴ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 61.

⁹⁵ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: evolução e o sentido do Brasil. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 53.

⁹⁶ Ibid., p. 53-54.

⁹⁷ MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil**: seus direitos individuais e políticos. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912. p. 29.

⁹⁸ PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índio escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, Manuela Carneiro de (Org.). **História dos índios no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 119.

A Carta Régia de 10 de setembro de 1611 mantinha a jurisdição espiritual dos jesuítas nas aldeias, mas previa que um morador da aldeia seria o “capitão de aldeia” e exerceria o governo temporal. Já a Carta Régia de 9 de abril de 1655 para o Estado do Maranhão, que, em que pese permitisse a escravização de índios, proibia a figura dos capitães nas aldeias e estabelecia que estas deviam ser governadas pelos jesuítas e pelos líderes indígenas, ou pelos “principais de sua nação”. A jurisdição temporal também ficaria a cargo dos “principais” das nações indígenas na Provisão de 17 de outubro de 1653 e na Lei de 12 de setembro de 1663, restando aos jesuítas apenas a administração espiritual. A Lei de 1755 posicionava-se no mesmo sentido⁹⁹.

Contudo, as Cartas Régias de 6 de dezembro de 1647 e 26 de agosto de 1680 para o estado do Brasil, a Carta Régia de 2 de setembro de 1684 para o estado do Maranhão e o Regimento das Missões de 1686, estabeleceram a necessidade de o governo temporal retornar à gestão dos missionários, uma vez que acreditava-se que a conversão, que era o objetivo principal do aldeamento, somente poderia ocorrer deste modo. Assim, o Diretório de 1757 e a Direção de 1759, ao considerarem os índios incapazes de se autogovernarem, instituíram, também, os diretores das povoações indígenas¹⁰⁰.

Mas nas Cartas Régias de 17 de janeiro de 1691 e de 13 de maio de 1691 foi proibida a administração secular. Deste momento em diante, portanto, alternavam-se “[...] administrações por particulares, por câmaras, por missionários, aldeias por missionários, aldeias da Coroa, aldeias de repartição [...]”, todavia, permaneciam inabaláveis os dois grandes motivos de toda a colonização, que, na prática, eram marcados pela contradição: “[...] a conversão e civilização dos índios e sua utilização como mão-de-obra essencial”¹⁰¹.

O que se verifica, portanto, é que, embora a legislação do início do período colonial – como as Cartas Régias de 1609 e de 1611 – tenha sido no sentido de proteção das terras indígenas, tal proteção passou ao largo da realidade dos povos colonizados, que, além de não terem assegurados direitos sobre suas terras, eram escravizados, não podendo nem sequer administrar as aldeias para as quais haviam sido descidos.

Assim, apesar da relevância do Álvaro Régio de 1º de Abril de 1680 para a questão da defesa dos direitos originais dos índios sobre as suas terras, os direitos territoriais indígenas passaram a receber maior atenção da Colônia apenas no princípio do século XVIII.

⁹⁹ PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índio escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, Manuela Carneiro de (Org.). **História dos índios no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 119-120.

¹⁰⁰ Ibid., p. 120.

¹⁰¹ Ibid., p. 119-120.

Pela Carta Régia de 3 de março de 1713, Dom João V mandou restituir aos índios todas as terras que lhes tinham sido usurpadas¹⁰². E em 9 de março de 1718, a Coroa previu expressamente, através da promulgação de mais uma Carta Régia, que os índios “[...] são livres, e *izentos* de minha jurisdição, que os não pode obrigar a *sahirem* das suas terras, para tomarem um modo de vida de que *elles* se não *agradão*”¹⁰³. (grifo nosso). Todavia, a espoliação das terras indígenas, tanto nos seus territórios originais/tradicionais, quanto nos aldeamentos para onde haviam sido *descidos* pelas tropas comandadas pelos missionários, persistia, tanto que:

[...] a 20 de dezembro de 1741, um Breve ‘Immensa Pastorum Principis’ do papa Bento XIV aos arcebispos e bispos do Brasil, renovando os famosos Breves de 1537 e de 1639, proibiu, sob pena de excomunhão – de que só se poderia ser absolvido pelo próprio papa – que se escravizassem os índios, se os despojassem de seus bens e propriedades e se os levassem para fora de suas terras¹⁰⁴.

Mas a lei pombalina de 6 de junho de 1755 e o Alvará de 1758, mandaram que fossem aplicados a todos os índios do Brasil, “[...] ‘em tudo e por tudo’, [...] ‘tanto a respeito das pessoas, como dos bens’, as leis publicadas a favor dos índios do Pará e do Maranhão”¹⁰⁵. Logo, a partir de 1755, mais precisamente a partir da promulgação da referida lei pombalina, foi assegurado aos índios o “[...] inteiro domínio e pacífica posse das terras [...] para gozarem delas per si e todos seus herdeiros”¹⁰⁶. Tal lei transcreveu literalmente o Alvará de 1º de abril de 1680¹⁰⁷ – reiterando, assim, a sua validade –, “[...] que expressamente reserva na concessão de sesmarias o direito anterior dos índios sobre suas terras, por serem ‘primários e naturais senhores delas’”¹⁰⁸.

O Art. 1º do Álvaro Régio de 1º de abril de 1680, reproduzido pela lei pombalina de 6 de junho de 1755 estabelecia, expressamente:

1º - Que os índios descidos do sertão sejam ‘senhores de suas fazendas, como o são no sertão, sem lhes poderem ser tomadas, nem sobre *ellas* se fazer moléstia’; 2º - Que ‘aos que descerem do sertão sejam designados lugares convenientes, para *nelles* lavrarem e cultivarem, sem que possam ser

¹⁰² MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil: seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912. p. 45.

¹⁰³ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 61.

¹⁰⁴ Ibid., p. 62.

¹⁰⁵ MENDES JÚNIOR, op.cit., p. 29.

¹⁰⁶ Ibid., p. 34-35.

¹⁰⁷ Ibid., p. 34-35.

¹⁰⁸ CUNHA, op. cit., p. 62.

mudados dos ditos lugares contra sua vontade'; 3º - Que esses índios 'nem serão obrigados a pagar *fôro* ou tributo das ditas terras, ainda que sejam de sesmarias, a *pessoas* particulares, porque na concessão de sesmarias se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero se entenda, ser reservado o prejuízo e direito dos índios, PRIMARIOS E NATURAES SENHORES DELLAS'. (grifo nosso).

O Alvará ou Diretório dos índios de 1758 também aplicava expressamente o Alvará de 1680 em relação às povoações (aldeamentos) indígenas, até mesmo quanto às vilas, nas quais também teria preferência o direito territorial dos índios sobre o direito dos colonizadores¹⁰⁹.

No entanto, com a revogação, em 1798, do Diretório Pombalino de 1755 que tratava dos direitos primários e originais dos índios sobre as suas terras, foi estabelecido um hiato na legislação indígena territorial, que só seria preenchido anos mais tarde¹¹⁰. Todavia, até mesmo Dom João VI, que foi o mais antiíndigena dos legisladores do período colonial, reconheceu os direitos territoriais indígenas ao declarar, na Carta Régia de 02 de dezembro de 1808, que eram devolutas as terras conquistadas por guerra justa aos índios: “[...] esta declaração implica o reconhecimento dos direitos anteriores dos índios sobre as suas terras, direitos agora ab-rogados para certos grupos apenas; e implica também a permanência de tais direitos para índios contra os quais não se declarou guerra justa”¹¹¹.

Essa declaração, constante na Carta Régia de dezembro de 1808, atentou, portanto, para a garantia da primazia e da inalienabilidade dos direitos indígenas sobre as terras dos aldeamentos, ou seja, as terras ocupadas pelos índios, mesmo que distantes de suas terras originais¹¹². A preocupação com os direitos dos índios sobre as suas terras originais parece ter sido o foco principal da legislação colonial, que em diversos textos legais – como o de 26 de março de 1819 e o de 8 de julho de 1819 –, estabeleceu que a demarcação de terras de novos aldeamentos indígenas deveria ocorrer “[...] nos lugares em que se *achão* arranchados, pela preferência que devem ter nas sobreditas terras (8.7.1819)”¹¹³. (grifo nosso).

¹⁰⁹ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 62.

¹¹⁰ CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **Legislação indigenista no século XIX**: uma compilação: 1808-1889. São Paulo: Edusp: Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1992. p. 09.

¹¹¹ CUNHA, Manuela Carneiro da. Política indigenista no século XIX. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 141.

¹¹² Ibid., p. 141.

¹¹³ CUNHA, op. cit., 1987. p. 62.

2.2.2 Os Direitos Territoriais Indígenas no Período Imperial

A independência do Brasil marcou um retrocesso no reconhecimento dos direitos indígenas no Brasil¹¹⁴. Mas a compreensão da legislação indigenista, promulgada no século XIX – durante o período imperial –, apresenta-se essencial para a compreensão, entre outros motivos, da formação da legislação indigenista atual¹¹⁵.

No século XIX, a “questão indígena” deixou de focar-se na questão de mão-de-obra, de escravização dos nativos para a construção e para a organização das vilas e converteu-se, basicamente, em uma questão de terras, ou seja, de conquista de espaço territorial. Cada vez mais se tentava controlar os índios ditos “bravios”, concentrando-os em aldeamentos e liberando as terras dos sertões¹¹⁶.

No período em que antecedeu a primeira Constituição brasileira, cinco projetos de deputados brasileiros foram submetidos às Cortes gerais portuguesas, que prepararam a Constituição Portuguesa de 1822. Nestes cinco projetos, os índios apenas foram mencionados no Título VI, Capítulo IV, quando os deputados recomendaram “[...] o apoio das Cortes do Governo a instituições caridosas entre as quais se incluem as que se dedicam à sua civilização”¹¹⁷.

No projeto da Constituinte brasileira de 1823, uma única vez houve a referência explícita aos índios no Art. 254 do Título XIII, que preceituava: “A Assembleia terá igualmente cuidado de *criar* Estabelecimentos para a *Cathechese* e civilização dos índios, emancipação lenta dos negros, e sua educação religiosa e industrial”¹¹⁸. (grifo nosso). No entanto, a Constituição brasileira imperial de 1824 não conteve qualquer referência aos índios¹¹⁹.

Porém, essa omissão não foi pacífica. O Diário da Constituinte noticiou uma discussão entre o deputado Montesuma e os deputados Moniz Tavares e José Bonifácio. Enquanto Montesuma alegava que, no sentido político, os índios não eram brasileiros, “Moniz Tavares defendia a proteção de todas as terras que ainda possuíam os índios e José Bonifácio

¹¹⁴ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 63.

¹¹⁵ CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **Legislação indigenista no século XIX**: uma compilação: 1808-1889. São Paulo: Edusp: Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1992. p. 03.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 04.

¹¹⁷ CUNHA, op. cit., p. 65.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 65.

¹¹⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 124.

conclamava a não mais esbulhar as terras que restaram aos índios”. Os deputados Carvalho e Mello e Souza França também se colocavam na posição de defesa dos direitos dos índios¹²⁰.

Mesmo diante do silêncio da Constituição Imperial de 1824, os discursos de Moniz Tavares e de José Bonifácio, ao reafirmarem a existência dos índios e de suas terras indígenas, demonstram que em tal período histórico não houve a extinção dos direitos dos indígenas sobre as suas terras¹²¹. Além disso, todas as proteções e garantias legais aos direitos indígenas, até a promulgação da Constituição Imperial, não podem ser interpretadas como revogadas pelo silêncio da Carta Constitucional¹²².

Foi somente a partir da de 1832, que o Império começou a legislar a respeito da possibilidade de transferência dos aldeamentos indígenas para novos lugares e sobre a venda, em hasta pública, das terras de tais aldeias. A partir daquele ano, até as vésperas da República, assistiu-se a uma disputa entre municípios, províncias e governo central (Império) pela propriedade do espólio das terras das aldeias extintas¹²³.

Ao serem constituídos os aldeamentos dos índios, tradicionalmente, cada aldeia recebia terras – sesmarias. Quanto às dimensões espaciais dos aldeamentos, “[...] no início do século XVIII, o alvará de 23/11/1700 havia mandado demarcar uma légua em quadra para cada aldeia [...]”, mas, já “[...] no século XIX, as dimensões das terras que se continua atribuindo às aldeias variam [...]”¹²⁴. No entanto, o mais importante a se referir é que estas terras recebidas para a formação do aldeamento eram suscetíveis a arrendamentos e a aforamentos. Embora, ainda em 1833, o produto dos arrendamentos fosse destinado à sobrevivência e ao bem-estar dos índios, com o tempo, os arrendatários e os foreiros começaram a solicitar Cartas de Sesmarias dentro das terras das aldeias indígenas¹²⁵.

Em 1834, com a promulgação do Ato Adicional, houve uma mudança na legislação do Império, no sentido de que as Assembleias Provinciais puderam, a partir de então, legislar, cumulativamente, com o Governo Geral e a Assembleia em relação às matérias indígenas.

¹²⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 124-125.

¹²¹ A antropóloga luso-brasileira Manuela Carneiro da Cunha explica que a questão dos direitos indígenas sobre suas terras permaneceu latente no início do século XIX, pois discutia-se se os índios tinham preferência, ou seja, tinham direitos originários sobre as terras em que estavam *arranchados*. Cunha traz à lembrança o pronunciamento da Câmara da vila de Barbacena, de 1827, sobre a consulta relativa às terras que mais conviriam para o aldeamento dos índios, ocasião em que foi declarado que a escolha das terras indígenas “deve ser a arbítrio e escolha dos mesmos índios: parece injustiça que ao dono da casa se determine lugar para sua estada”. CUNHA, Manuela Carneiro da. *Política Indigenista no Século XIX*. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 141.

¹²² SOUZA FILHO, op. cit., p. 125.

¹²³ CUNHA, op. cit., p. 144-145.

¹²⁴ Ibid., p. 144.

¹²⁵ Ibid., p. 145.

Desde a concessão dessa permissão às Assembleias Provinciais, os direitos dos indígenas foram cada vez mais sendo suprimidos, especialmente, ante a extinção sumária de aldeias que tornaram-se propriedades das Províncias^{126 127}. Ao seguir esta lógica de raciocínio, Cunha explica que:

Reconhecidas juridicamente, as terras indígenas sofreram um marcado processo de esbulho no século XIX, processo que se deu através de vários mecanismos. Houve casos de deslocamento e concentração de grupos indígenas, já que o Regulamento das Missões de 1845 (Decreto nº 426, de 24.7.1845) permitia remoção e reunião de aldeias com o assentimento, porém, dos índios (art. 1º, §§ 2º e 4º)¹²⁸.

O processo de esbulho e espoliação sofrido pelos índios no século XIX foi, portanto, corroborado pelo Decreto N. 426 de 24 de julho de 1845 (Regulamento das Missões), que tratou da possibilidade do arrendamento de terras das aldeias. O Regulamento das Missões, através do assentimento dos índios, permitia a remoção e a reunião de aldeias, assim como o deslocamento e a concentração dos grupos indígenas¹²⁹.

Alguns anos após a promulgação do Regulamento das Missões de 1845, a Lei N. 601, de 18 de setembro de 1850 – Lei de Terras – surgia no cenário legislativo imperial apresentando paradoxos: de um lado, apregoava a defesa e a proteção das terras originais e primárias dos indígenas; e de outro, prosseguia com o processo de esbulhos dos índios de suas próprias terras – a Lei de Terras começava por tratar da necessidade de aldeamento de “hordas selvagens” de índios, na maioria das vezes dentro do seu território original, mas em assentamentos mais reduzidos, diminuindo, assim, a ocupação de tal território¹³⁰. Além disso, nesse período também foi criada outra lei imperial que se desviava do respeito aos direitos dos índios, uma vez que permitia a expedição de instruções que consideravam como devolutas as terras dos aldeamentos que tivessem sido abandonados pelos indígenas.

¹²⁶ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 69.

¹²⁷ “A inovação é significativa. Até então, as províncias, através de seus Conselhos Gerais, propunham leis e decretos que teriam de ser sancionados pela Assembleia Geral Legislativa e pelo imperador. Com a descentralização de 1834, várias províncias passam imediatamente a tomar iniciativas antiíndigenas. No Ceará, a Assembleia provincial apressa-se em extinguir, em 1835, duas vilas de índios, seguidas de mais algumas em 1839. Em Goiás, o presidente da província organiza em 1835 e 1836 expedições ofensivas contra os índios Canoeiros e Xerente e os quilombos, oferecendo-lhes as alternativas seguintes: se aceitassem a paz, seriam expulsos de seus territórios e suas lavouras queimadas, para que não retornassem; seriam mortos e os prisioneiros escravos, caso não aceitassem”. CUNHA, Manuela Carneiro da. *Política Indigenista no Século XIX*. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 138.

¹²⁸ CUNHA, op. cit., p. 69.

¹²⁹ Ibid., p. 69.

¹³⁰ Ibid., p. 69-70.

Isso gerou novas práticas nocivas, pois que os presidentes de províncias passaram a simplesmente atestar que terras indígenas haviam sido abandonadas pelos índios, sem que isso necessariamente correspondesse à verdade dos fatos. Tudo isso para facilitar o processo de titulação das terras para terceiros, agravando o quadro de esbulho aos direitos dos índios¹³¹.

A Lei de Terras também estabeleceu a transformação das sesmarias – que eram doações de terras realizadas pela Coroa Portuguesa aos novos colonos nas terras além-mar – em propriedades plenas, reconhecendo, deste modo, o patrimônio privado de quem havia adquirido glebas de terras através deste procedimento (as sesmarias). Do mesmo modo, em que pese não fosse atribuído o título de propriedade privada, a Lei de Terras estabeleceu a reserva de determinadas terras para a colonização dos indígenas, bem como para outros usos públicos. Em outros termos, tal “reserva” representava a reafirmação do *indigenato*, – que foi criado em 1680, com o alvará de 1º de abril – que assegurava, quando das concessões de terras, que sempre seria reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores dela¹³².

Mendes Júnior explica que: “*Prohibidas* as concessões de sesmarias, *veiu* a Lei N. 601 de 18 de setembro de 1850 regular as terras possuídas, as terras devolutas e as terras reservadas”¹³³ (grifo nosso). Os indígenas não se submetiam a estes atos para o processo de legitimação e registro das terras. Em outras palavras, as terras dos indígenas “[...] lhes pertenciam em virtude do direito à reserva, fundado no Alvará de 1 de Abril de 1680, que não foi revogado, direito esse que jamais poderá ser confundido com uma posse sujeita à legitimação e registro”¹³⁴.

Se o Álvaro Régio de 1680 – que não havia sido revogado – estabelecia que os índios eram os donos das terras originais, então, nem as áreas territoriais que não haviam sido dadas através de sesmarias e nem as perdidas por guerra justa poderiam enquadrar-se no conceito de terras devolutas. Portanto, “[...] achavam-se elas no domínio particular dos índios, por título congênito, independente de legitimação”¹³⁵. Consequentemente, sobre elas não poderia incidir o preceito do Art. 5º da lei 601, que previa:

¹³¹ ARAÚJO, Ana Valéria. Terras Indígenas no Brasil: retrospectiva, avanços e desafios do processo de reconhecimento. In: RICARDO, Fany (Org.). **Terras indígenas & unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p. 27.

¹³² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 125-126.

¹³³ MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil: seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912. p. 56.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 57.

¹³⁵ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 12.

Serão legitimadas as posses mansas e pacíficas, adquiridas por ocupação primária, ou havidas do primeiro *occupante* que se acharem cultivadas, ou com princípio de cultura e morada habitual do respectivo posseiro ou de quem o represente, guardadas [...] ¹³⁶.(grifo nosso).

Torna-se evidente que, conforme a Lei de Terras, as terras dos índios não podiam enquadrar-se no instituto das terras devolutas, uma vez que o título dos indígenas constituía – e constitui – um título originário, decorrente do mero fato de serem índios: “[...] esse título do indigenato, o mais fundamental de todos, não exigia legitimação. As terras dos índios, contrariamente a todas as outras, não necessitaram, portanto, ao ser promulgada a Lei de Terras, de nenhuma legitimação”¹³⁷.

Dallari explica que as terras indígenas não podem ser consideradas devolutas, uma vez que, exceto em casos excepcionais, os povos indígenas jamais abandonaram as suas terras, em outros termos, os índios não abriram mão – espontaneamente – da posse das suas terras, logo, não se pode considerar que as terras indígenas sejam terras sem dono, haja vista “[...] que sempre foram [terras] ocupadas por índios ou das quais estes foram expulsos pela força [...]”¹³⁸ (grifo nosso).

Tanto o *indigenato*, como o *colonato*, representam formas preliminares de interação com o solo, com a propriedade. Logo, estas manifestações preliminares diferem-se da ideia de *ocupação*. Enquanto o *indigenato* é um título *congênito*, a *ocupação* representa um título *adquirido*. Conseqüentemente, “[...] o *indigenato* não é um *facto* dependente de legitimação, ao passo que a *ocupação*, como *facto* posterior, depende de requisitos que a legitimem”¹³⁹. (grifo nosso).

Em qualquer hipótese, suas terras (dos índios) lhes pertenciam em virtude do direito à reserva, fundado no Alvará de 1º de Abril de 1680, que não foi revogado. [...] As terras de índios, congenitamente apropriadas não podem ser consideradas nem como *res nullius*, nem como *res derelictae*; não se concebe que os índios tivessem adquirido, por simples ocupação, aquilo que lhes é congênito e primário. [...] terras do indigenato, sendo terras congenitamente possuídas, não são devolutas, isto é são originalmente

¹³⁶ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas conseqüências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 12-13.

¹³⁷ CUNHA, Manuela Carneiro da. Política indigenista no século XIX. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 141-142.

¹³⁸ DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos sobre terras indígenas. In: DALLARI, Dalmo de Abreu; CUNHA, Manuela Carneiro da; VIDAL, Lux. **A questão da terra**. São Paulo: Global, 1981. p. 45. (Cadernos da Comissão Pró-Índio, n. 2).

¹³⁹ MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil: seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912. p. 58.

reservadas, na forma do Alvará de 1º de Abril de 1680, e por dedução da própria Lei de 1850 e do art. 24, §1º, do Decreto de 1854¹⁴⁰. (grifo do autor).

Segundo Mendes Júnior, as terras dos índios não podem ser consideradas nem *res nullius* (coisa sem dono) e nem *res derelictae* (coisa abandonada), uma vez que foram congenitamente apropriadas por eles. Da mesma sorte, por lhes serem *congênicas* e *primárias*, não é possível que as terras dos índios sejam concebidas como que adquiridas por *simples ocupação*, logo, quanto aos índios, “[...] não há mais simples posse, há um título *immediato* de domínio; não há, portanto, posse a legitimar, há domínio a reconhecer e direito originário e preliminarmente reservado”¹⁴¹. Conforme os aportes do Direito Fraternal, Resta explica que o reconhecimento nada cria de novo (ou seja, não há nada a legitimar em se tratando do reconhecimento das terras indígenas), mas apenas confirma uma realidade que já existia (que é o caso do reconhecimento do direito originário dos indígenas sobre as terras que habitavam)¹⁴².

Situação oposta ocorre com o instituto da *ocupação*, que “[...] é uma *apprehensio rei nullius* ou *rei derelictae*”, em outras tintas, como um título de aquisição, portanto, a *ocupação* apenas pode incidir sobre coisas que jamais tiveram dono, ou que foram abandonadas/deixadas por seu antigo dono¹⁴³.

As questões referentes ao *indigenato* e aos primeiros ocupantes das terras, foi melhor tratada no Art. 24 do Decreto N. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, que previu que: “Estão sujeitas à legitimação: § 1º. As posses que se acharem em poder do primeiro ocupante, não tendo outro título senão a sua ocupação”. Esse dispositivo legal, portanto, reconheceu a existência do “[...] *primeiro ocupante que tem título distinto da sua ocupação*”. Mendes Júnior indaga quem pode ser esse primeiro ocupante, com título distinto da sua ocupação, senão o próprio indígena, “[...] *aquelle que tem por título o indigenato*, isto é, a *posse aborígine?*”¹⁴⁴. (grifo nosso).

O Art. 59 do mesmo Decreto N. 1.318 preconizava que:

As posses originariamente adquiridas por *ocupação*, que não estão sujeitas à legitimação por se acharem atualmente no domínio particular, podem ser contudo legitimadas, se os proprietários pretenderem obter título de sua

¹⁴⁰ MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil**: seus direitos individuais e políticos. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912. p. 58.

¹⁴¹ Ibid., p. 59-60.

¹⁴² RESTA, Eligio. **O direito fraternal**. Trad. e coord. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 23.

¹⁴³ MENDES JÚNIOR, op. cit., p. 59-60.

¹⁴⁴ Ibid., p. 59.

posseção, passado pela repartição Geral das Terras Públicas¹⁴⁵. (grifo nosso).

Este Decreto expressamente determinava que os índios possuíam o domínio de suas terras por título legítimo – *indigenato* –, que era – e permanece sendo – um instituto diferente do direito adquirido, uma vez que congênito, primeiro. Dessa forma, as posses indígenas não eram passíveis de legitimação¹⁴⁶.

Mas de outra parte, a Lei de Terras de 1850 e o Decreto N. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, que a regulamentou, também apresentaram outra faceta, pois inauguraram uma política agressiva no tocante às terras das aldeias indígenas. Isto quer dizer que a prática dos direitos territoriais dos indígenas na época do Império no Brasil não correspondeu exatamente com o que a teoria previu. Cerca de um mês após a promulgação da Lei de Terras, o Império decidiu incorporar aos Próprios Nacionais “[...] as terras de aldeias de índios que vivessem ‘dispersos e confundidos na massa da população civilizada’”¹⁴⁷. Em outros termos:

[...] após ter durante um século favorecido o estabelecimento de estranhos junto ou mesmo dentro das terras das aldeias, o governo usa o duplo critério de existência de população não indígena e de uma aparente assimilação para despojar as aldeias de suas terras. Este segundo critério é, aliás, uma novidade que terá vida longa; não se trata, com efeito, simplesmente de aldeias abandonadas mas também do modo de vida dos índios que lá habitam, o que fica patente por exemplo nos avisos 21, de 16/1/1851, e 67, de 21/4/1857. É uma primeira versão dos critérios de identidade étnica do século XX¹⁴⁸.

Através desta decisão do Império, o que se pretendeu foi negar a existência de índios identificáveis nas aldeias, com o objetivo de extinguir os aldeamentos indígenas e promover o apoderamento das suas terras. Por mais de trinta anos arrastaram-se os conflitos envolvendo a disputa pelas terras das aldeias indígenas extintas. Pelo rigor do Art. 75 do Decreto N. 1.318, de 30 de janeiro de 1854, que regulamentou a Lei de Terras de 1850 e do Art. 1º, parágrafo 15 do Regulamento das Missões de 1845, *essas terras dos aldeamentos extintos deveriam ser*

¹⁴⁵ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 13.

¹⁴⁶ Ibid., p. 13.

¹⁴⁷ CUNHA, Manuela Carneiro da. Política indigenista no século XIX. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 144-145.

¹⁴⁸ Ibid., p. 145.

dadas em plena propriedade aos índios, contudo, tal entendimento foi esquecido nas décadas posteriores, e aos índios, quando muito, foram concedidos pequenos lotes de terras¹⁴⁹.

A discussão em torno dos direitos sobre as terras das aldeias extintas deixou de focar-se nos direitos dos índios e passou a preocupar-se com as disputas por direitos dos municípios, províncias e Império. Através da edição do Aviso 160 de 21 de julho de 1856 e do Aviso 131 de 7 de dezembro de 1858, predominou o entendimento de que as terras dos aldeamentos extintos constituíam terras devolutas do Império. Contudo, a partir de 1875, com a promulgação do Decreto 2.672 de 20 de outubro de 1875, as Câmaras Municipais passaram a poder vender aos foreiros as áreas das aldeias extintas, e a poder utilizá-las para o estabelecimento de vilas, povoações, ou mesmo logradouros públicos¹⁵⁰.

No ano de 1887, com a promulgação da Lei 3.348 de 20 de outubro de 1887, mais precisamente, com o Art. 8º, parágrafo 3 da referida Lei, as Províncias começaram a ter o domínio sobre as terras dos aldeamentos que foram extintos e as Câmaras Municipais passaram a ter o direito de aforar tais terras¹⁵¹.

2.2.3 Os Direitos Territoriais Indígenas no Período Republicano

O poder imperial foi destituído em 15 de novembro de 1889, quando foi proclamada a República dos Estados Unidos do Brasil. No período anterior à República, quase que a totalidade das terras estavam vinculadas à estrutura do poder central, uma vez que as províncias não detinham qualquer autonomia. Em razão disso, a primeira Constituição da República do Brasil, datada de 1891, dispôs, no seu Art. 64, que transferia aos estados as terras devolutas localizadas em seus territórios¹⁵².

¹⁴⁹ CUNHA, Manuela Carneiro da. Política indigenista no século XIX. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 145-146.

¹⁵⁰ Ibid., p. 146.

¹⁵¹ Cunha explicita de forma clara e sucinta o transparente processo de espoliação sofrido pelos indígenas em suas terras originais, veja-se: “[...] começa-se por concentrar em aldeamentos as chamadas ‘hordas selvagens’, liberando-se vastas áreas, sobre as quais seus títulos eram incontestes, e trocando-as por limitadas terras de aldeias; ao mesmo tempo, encoraja-se o estabelecimento de estranhos em sua vizinhança; concedem-se terras inalienáveis às aldeias, mas aforam-se áreas dentro delas para o seu sustento; deportam-se aldeias e concentram-se grupos distintos; a seguir, extinguem-se aldeias a pretexto de que os índios se acham ‘confundidos com a massa da população’; ignora-se o dispositivo de lei que atribui aos índios a propriedade da terra das aldeias extintas e concedem-se-lhes apenas lotes dentro delas; revertem-se as áreas restantes ao Império e depois às províncias, que as repassam aos municípios para que vendam aos foreiros ou as utilizem para a criação de novos centros de população”. Ibid., p. 146.

¹⁵² ARAÚJO, Ana Valéria. Terras Indígenas no Brasil: retrospectiva, avanços e desafios do processo de reconhecimento. In: RICARDO, Fany (Org.). **Terras indígenas & unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p. 27.

A concessão se dava a partir de um regulamento elaborado para incorporar as terras devolutas ao patrimônio estadual, que exigia uma série de providências que certamente não foram realizadas devido à sua complexidade para as condições da época – como medições e vistorias in loco. Tais providências, se tivessem sido implementadas, teriam constatado a presença de inúmeras comunidades indígenas e provavelmente evitado os conflitos surgidos a partir daí¹⁵³.

Assim, com a proclamação da República no Brasil, a Constituição de 1891 corroborou o estado de coisas em relação às terras indígenas, atribuindo aos Estados as terras das aldeias extintas que estavam sob o domínio das províncias – mas apenas as terras das aldeias extintas foram consideradas devolutas, as terras das aldeias em geral não enquadraram-se nesta espécie¹⁵⁴.

A partir da proclamação da República, todas as Constituições reconheceram aos índios a posse originária dos seus territórios, ressalvada a Constituição de 1891, que foi omissa quanto à matéria¹⁵⁵. Na realidade, o Art. 1º da Constituição de 1891 instituiu nova polêmica no tocante à questão do direito indígena sobre as terras que ocupam. A disposição textual do referido artigo estabelecia que:

Art. 1º - A República dos Estados Unidos do Brasil é constituída pela livre federação dos povos circunscritos dentro dos limites do extinto Império do Brasil. Compõe-se de duas sortes de estados federados, cujas autonomias são igualmente reconhecidas e respeitadas segundo as fórmulas convenientes a cada casa, a saber:

I – Os Estados Ocidentais Brasileiros sistematicamente confederados e que provêm da fusão do elemento europeu com o elemento africano e o americano aborígene.

II – Os Estados Americanos Brasileiros empiricamente confederados, constituídos pelas ordas fetichistas esparsas pelo território de toda a República. A federação deles limita-se à manutenção das relações amistosas hoje reconhecidas como um dever entre nações distintas e simpáticas, por um lado; e, por outro lado, em garantir-lhes a proteção do Governo Federal contra qualquer violência, quer em suas pessoas, quer em seus territórios. Estes não poderão jamais ser atravessados sem o seu prévio consentimento pacificamente solicitado e só pacificamente obtido. (atualizei ortograficamente)¹⁵⁶.

¹⁵³ ARAÚJO, Ana Valéria. Terras Indígenas no Brasil: retrospectiva, avanços e desafios do processo de reconhecimento. In: RICARDO, Fany (Org.). **Terras indígenas & unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p. 27.

¹⁵⁴ CUNHA, Manuela Carneiro da. Política indigenista no século XIX. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 146.

¹⁵⁵ LEITÃO, Raimundo Sergio Barros. Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento de terra indígena - a declaração em juízo. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 66.

¹⁵⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 126-127.

Conforme o primeiro dispositivo da Carta Constitucional, por serem consideradas nações, os territórios dos povos indígenas não estariam sujeitos à jurisdição brasileira¹⁵⁷. A hipótese é que, por serem considerados territórios, as áreas ocupadas pelos indígenas passariam a “[...] existir como uma reprodução do Estado-central, caracterizando-se como uma maquete de Estado e como tal os instrumentos jurídicos que lhes davam sustentação apoiavam-se em institutos jurídicos pensados a partir da experiência federativa”¹⁵⁸.

Assim, sob o marco da Constituição de 1891, as terras indígenas seriam tratadas como território e não como terras apropriáveis de maneira privada, logo, não haveria vigência do direito de propriedade – conforme previsto na legislação brasileira – sobre aquelas terras, por consequência, os títulos dos indígenas seriam exatamente os mesmos títulos que qualquer nação ocidental poderia invocar para justificar a posse dos territórios que ocupava¹⁵⁹.

A primeira Constituição republicana, portanto, colocou os índios na invisibilidade, o que acarretou grande confusão teórica quanto a questão das terras indígenas, assim como das terras devolutas para os Estados. Entretanto, em que pese o silêncio, a instituição jurídica do indigenato – “reserva” – foi recepcionada pela nova ordem constitucional¹⁶⁰.

Importa referir que a Constituição de 1891 desencadeou uma desordem, que perdurou durante algum tempo, pois se acreditou que as terras indígenas haviam sido transferidas, como um todo, ao domínio dos Estados. Cunha explica que:

Na realidade, o que passou aos Estados foram as terras devolutas (artigo 64 da Constituição de 1891), entre as quais [...] se contavam, desde 1887, as terras dos aldeamentos extintos. Mas nem as terras dos aldeamentos não extintos, nem as terras imemoriais indígenas podiam ser consideradas devolutas [...]¹⁶¹.

O Decreto N. 734, de 5 de janeiro de 1900, do Estado de São Paulo, tornou mais clara esta questão atinente às terras indígenas, uma vez que este Decreto distinguiu “[...] as terras dos aldeamentos extintos – que são devolutas e pertencem ao Estado pelo artigo 64 da Constituição de 1891 – das terras dos aldeamentos de índios, que são reservadas das terras

¹⁵⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 127.

¹⁵⁸ SOUZA, Carmo Antonio de et al. **Território federal no direito brasileiro: estudo comparativo dos Projeto de Lei 008/1947 e Decreto-Lei 411/1969**. p. 02. Disponível em: <<http://www3.ufpa.br/naea/siteNaea35/anais/html/geraCapa/FINAL/GT9-261-1208-20081125194314.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2013.

¹⁵⁹ SOUZA FILHO, op. cit., p. 127.

¹⁶⁰ Ibid., p. 127.

¹⁶¹ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 74.

devolutas, como já mandava a Lei de Terras”¹⁶². Assim, apesar do silêncio da Constituição de 1891, não se operou o rompimento com a tradição do reconhecimento dos direitos indígenas as suas terras. O que ocorreu foi um processo de espoliação dos índios das suas terras tradicionais – como aconteceu no início do processo colonizatório na América –, através da extinção dos aldeamentos indígenas de forma fraudulenta e abusiva, na maioria das vezes.

Mendes Júnior comenta que, com o advento da Constituição de 1891, ao domínio dos Estados passaram as terras devolutas, no entanto, as terras do indigenato, por serem *congenitamente* terras possuídas, não se enquadravam na categoria jurídica das terras devolutas, haja vista que eram “[...] originariamente reservadas, na *fórmula* do Alvará de 1º de Abril de 1680 e do art. 24 § 1º do Decr. de 1854”¹⁶³. (grifo nosso).

Apesar da invisibilidade da questão territorial indígena na ordem constitucional de 1891, mesmo durante a vigência da Constituição de 1891, o Estado Nacional, formalmente separado das ordens eclesiásticas, começou a promover ações em relação aos povos indígenas, especialmente mediante a criação do chamado Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais – SPILTN –, “[...] primeiro aparelho do poder governamentalizado instituído para gerir a relação entre os povos indígenas, distintos grupos sociais e demais aparelhos de poder [...]”¹⁶⁴.

O Decreto 8.072, de 20 de junho de 1910, criou o SPILTN, que era presidido pelo General Cândido Mariano Rondon e que

[...] surgia vinculado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio – MAIC. Tinha como finalidades, previstas no Regulamento anexo ao Decreto de sua criação, a prestação de assistência aos índios que vivessem ‘aldeados, reunidos em tribos, em estado nômade ou promiscuamente com civilizados’¹⁶⁵.

O movimento que conduziu ao estabelecimento de um órgão oficial destinado a gerir os problemas dos indígenas teve início com a divulgação de notícias de chacinas e apelos por providências do Estado, que, com o tempo, aumentaram e, aos poucos, contribuíram para o surgimento de associações com a finalidade de proteger os índios. As conferências do General

¹⁶² CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 75.

¹⁶³ MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil**: seus direitos individuais e políticos. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912. p. 62.

¹⁶⁴ LIMA, Antônio Carlos de Souza. O governo dos índios sob a gestão do SPI. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 155.

¹⁶⁵ LACERDA, Rosane Freire. **Diferença não é incapacidade**: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988. 2007. f. 70. (Dissertação de mestrado) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

Rondon que, de volta das suas expedições entre as comunidades indígenas, mostrava à população brasileira que os índios estavam sequiosos da intervenção “salvadora” do Governo, também contribuíram para que a ideia de proteção aos direitos indígenas virasse-se pauta nacional¹⁶⁶.

No Art. 2º, parágrafo 2º do Regulamento do SPILTN¹⁶⁷, criado através do Decreto 8.072, de 20 de junho de 1910, estava definido que a assistência aos índios devia “[...] garantir a efetividade da posse dos territórios ocupados por índios e, conjuntamente, do que neles se contiver, entrando em acordo com os governos locais, sempre que for necessário”¹⁶⁸. O parágrafo 3º do mesmo Art. 2º previa, também, a necessidade de colocar em prática medidas eficazes para evitar que a população “civilizada” invadisse as terras dos indígenas¹⁶⁹.

O Decreto 8.072 de 1910 ainda estabeleceu um capítulo referente ao procedimento de regularização das terras ocupadas pelos indígenas, embora, neste momento da história legislativa, ainda não se soubesse exatamente a que se referia este direito – o indigenato –, uma vez que este instituto jurídico ainda não havia sido traduzido para a ordem constitucional brasileira. Em 1911, o Decreto 9.214, de 15 de dezembro, criou um novo regulamento do SPILTN, que corroborava a proteção das terras indígenas e mantinha a ideia da assistência aos índios¹⁷⁰.

O Decreto 9.214 alinhavou as linhas mestras da política indigenista brasileira e instituiu, na forma de princípio de lei, “*o respeito às tribos indígenas como povos que tinham*

¹⁶⁶ RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1986. p. 129.

¹⁶⁷ O SPILTN foi a primeira agência *leiga* do Estado brasileiro a gerenciar povos indígenas. “O Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN) foi criado a partir das redes sociais que ligavam os integrantes do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio (MAIC), do Apostolado Positivista e do Museu Nacional. Desde sua criação, em 1906, o MAIC previa na sua estrutura a instituição de um “serviço para catequese e civilização dos índios” (Souza Lima, 1997:86). A partir do trabalho nas Comissões de Linhas Telegráficas em Mato Grosso, Cândido Rondon e outros militares positivistas de sua equipe vinham integrando redes de relações políticas regionais e nacionais (Bigio, 2003) vinculadas a instituições civis e a aparelhos governamentais sediados na Capital Federal. Os positivistas ortodoxos, envolvidos nos debates públicos sobre as várias frentes de institucionalização da República, participaram ativamente da polêmica relativa à capacidade (ou não) de evolução dos povos indígenas que, a partir de 1908, fundamentou a discussão dos projetos indigenistas no Brasil”. OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. **A presença indígena na formação do Brasil**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 112. (Vias dos saberes, n. 2).

¹⁶⁸ Ibid., p. 119.

¹⁶⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 127.

¹⁷⁰ Ibid., p. 127-128.

o direito de ser eles próprios, de professar suas crenças, de viver segundo o único modo que sabiam fazê-lo: aquele que aprenderam de seus antepassados [...] ¹⁷¹ (grifo do autor).

Outro princípio fundamental em relação aos indígenas era o da *proteção ao índio em seu próprio território*. Ribeiro anota que, através deste princípio:

Punha-se cobro à velha prática dos descimentos, que desde os tempos coloniais vinham deslocando tribos de seu *habitat* para a vida famélica dos vilarejos civilizados. Esta técnica de ‘civilização do índio’ fora utilizada, desde sempre, como a principal arma do arsenal de desorganização da vida tribal. Uma vez fora do ambiente em que se tinha criado e onde era eficiente seu equipamento de luta pela subsistência, o índio dificilmente poderia manter a vida comunal e só lhe restava fugir ou submeter-se aos seus dominadores¹⁷². (grifo do autor).

Deste modo, tendo em vista que a primeira Constituição republicana foi omissa a respeito das terras dos índios, bem como transferiu para os governos estaduais o controle e as decisões sobre as terras devolutas, era por meio da concessão estadual de terras devolutas que os inspetores do SPILTN buscavam assegurar as posses aos índios. Acontece que “[...] nem mesmo a demarcação dos terrenos por iniciativa dos agentes federais, como estabelecia o Decreto 8.072 (artigos 4º, 5º e 6º), era consensual, pois os governos dos estados exigiam que ocorresse a tramitação pelos Institutos de terras estaduais”¹⁷³.

Diversas propostas de criação de terras indígenas foram negadas pelos governos estaduais durante a existência do SPI, em virtude de que estes “[...] tinham um amplo poder de transferência e negociação de terras [...]”¹⁷⁴. Na realidade, a SPI buscava antecipar-se e resguardar direitos que só começaram a ser formalizados na Constituição de 1934.

A questão das terras dos índios nos Regulamentos de 1910 e 1911 abrangia o Capítulo I (Da proteção aos índios), o Capítulo II (Das terras ocupadas por índios) e o Capítulo V (Das povoações indígenas) do Título I. No Decreto nº 5.484, de 27 de junho de 1928, o Título II envolvia dois capítulos sobre as terras do patrimônio nacional e as terras pertencentes aos estados. O art. 10º determinava que cabia ao Governo Federal promover a cessão gratuita para o domínio da União das terras devolutas pertencentes aos Estados, que se acharem ocupadas pelos índios, bem como a das terras

¹⁷¹ RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1986. p. 138.

¹⁷² *Ibid.*, p. 139.

¹⁷³ OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. **A presença indígena na formação do Brasil**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 119-120. (Vias dos saberes, n. 2).

¹⁷⁴ BASTOS, Aurélio Wander. As terras indígenas no direito constitucional e na jurisprudência brasileira. In: SANTOS, Sílvio Coelho dos (Org.). **Sociedades indígenas e o direito: uma questão de direitos humanos**. Florianópolis: Ed. UFSC/CNPq, 1985. p. 88.

das extintas aldeias, que foram transferidas às antigas Províncias pela lei de 20 de outubro de 1887¹⁷⁵.

Não obstante as constantes transformações legislativas que buscavam assegurar mais direitos aos índios brasileiros, os Estados sempre dificultaram a cessão de terras devolutas para o domínio da União. O Art. 10º do Decreto nº 5.484, de 27 de junho de 1928, buscava, através da atuação do Governo Federal, promover a cessão – por parte dos Estados – em favor da União das terras devolutas ocupadas pelos indígenas, assim como das terras dos extintos aldeamentos indígenas, a fim de que fossem resguardados os direitos territoriais indígenas, no entanto, tal dispositivo legal dificilmente era cumprido. Além do Decreto 5.484 ter tratado das terras dos índios como terras públicas do patrimônio nacional, este Decreto mantinha a ideia de que existiam “[...] terras indígenas congenitamente possuídas e terras concedidas pelo Governo [...]”^{176 177}.

As terras indígenas, portanto, foram apreciadas como indígenas e respeitadas – ao menos formalmente – como áreas indisponíveis para a Colônia, o Império ou a República desde o século XVII. Mas apenas a partir da Constituição de 1934 que as terras indígenas começaram a ser constitucionalmente protegidas¹⁷⁸.

O debate teórico-jurídico havido entre os Legisladores Constituintes a respeito da posse indígena permeou a discussão da Constituinte de 1934, sendo que a maioria dos deputados constituintes apoiou a introdução de garantias aos primitivos donos das terras brasileiras, como foi o caso de Álvaro Maia, que defendeu a constitucionalização de direitos reconhecidos desde o Império à República. Assim, aceito o argumento de constitucionalização dos direitos territoriais indígenas, ficou consubstanciado no Art. 129 da Constituição de 1934, que: “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado, aliená-las”¹⁷⁹.

¹⁷⁵ OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. **A presença indígena na formação do Brasil**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 120. (Vias dos saberes, n. 2).

¹⁷⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 128.

¹⁷⁷ A administração da vida indígena impôs uma definição legal (jurídica) de índio, formalizada no Código Civil de 1916 e no Decreto nº 5.484, de 1928. Os indígenas passaram a ser tutelados do Estado brasileiro, um direito especial implicando um aparelho administrativo único, mediando as relações índios-Estado-sociedade nacional. “As terras ocupadas por indígenas, bem como o seu próprio ritmo de vida, as formas admitidas de sociabilidade, os mecanismos de representação política e as suas relações com os não-índios passam a ser administradas por funcionários estatais; estabelece-se um regime tutelar do que resulta o reconhecimento pelos próprios sujeitos de uma ‘indianidade’ genérica, condição que passam a partilhar com outros índios, igualmente objeto da mesma relação tutelar”. OLIVEIRA, op. cit., p. 114.

¹⁷⁸ SOUZA FILHO, op. cit., p. 134.

¹⁷⁹ Ibid., p. 128.

Logo, desde 1934, a terra indígena, por ter sido incorporada ao ordenamento constitucional brasileiro, passou a ser considerada uma categoria jurídica “[...] *sui generis*, já que a garantia da posse indígena e não sua propriedade determina o conteúdo da terra, sendo oponível a qualquer ato ou negócio sobre ela, inclusive de propriedade”, dessa forma, “o velho indigenato ganhava, finalmente, ares de direito constitucional”¹⁸⁰.

A base sobre a qual se alicerçava o dispositivo constitucional que tratava da posse indígena era, assim, o reconhecimento dos direitos originais que os índios possuíam sobre suas terras, na condição de *seus primitivos donos*. Pontes de Miranda comenta este Art. 129 da Carta Constitucional nos seguintes termos:

No art. 129, [...] respeita-se a ‘posse’ do silvícola, posse a que ainda se exige a localização permanente. O juiz que conhecer de alguma questão de terras deve aplicar o art. 129, desde que os pressupostos estejam provados pelo silvícola, ou conste dos autos, ainda que alguma das partes ou terceiro exiba título de domínio. Desde que há a posse e a localização permanente, a terra é do nativo, porque assim o quis a Constituição, e qualquer alienação de terras por parte de silvícolas ou em que se achem, permanentemente localizados e com posse, os silvícolas, é nula. Aquelas mesmas que forem em virtude do art. 129 reconhecidas como de posse de tais gentes não podem ser alienadas. Os juízes não podem expedir mandados contra silvícolas que tenham posse e nas terras, de que se trata, se localizaram com permanência. A proibição de alienação tem como consequência: *a*) a nulidade absoluta de qualquer *acto* de disposição, incluídos os que só se referem a elementos do direito de propriedade ou da posse (usufruto, garantia real, locação); *b*) não há prescrição contra o silvícola ainda que trintenali; *c*) as sentenças que adjudiquem tais terras a outrem são susceptíveis de rescisão, por infringirem texto constitucional¹⁸¹. (grifo nosso).

A modificação introduzida na Constituição de 1934 pela da Emenda N. 1.417, que, alterando o Art. 5º, inciso XIX, alínea *m*, passou a prever a competência privativa da União para legislar sobre questões indígenas representou outra questão importante para a proteção dos direitos indígenas naquela época^{182 183}. Esta alteração no rol de competências privativas da União foi motivada pelo fato de que o ideal incorporativista, assimilacionista dos indígenas à

¹⁸⁰ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 128.

¹⁸¹ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1937. t. 2, p. 348-349.

¹⁸² CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 85-86.

¹⁸³ “Não teve a mesma sorte a Emenda n. 1.273, de Moraes Leme, que, reconhecendo a personalidade jurídica das comunidades indígenas, teria sido da maior importância: ‘São reconhecidas as comunidades de indígenas e a lei declarará os direitos que lhes pertencem’”. *Ibid.*, p. 87.

sociedade nacional passava a integrar o próprio projeto constitucional formulado naquele momento para o país¹⁸⁴.

O paradigma incorporativista constitucionalmente introduzido pela Carta Política de 1934 tem seus primeiros reflexos normativos no novo Regulamento do Serviço de Proteção do Índio – SPI, aprovado pelo Decreto nº 736, de 6 de abril de 1936. Ali era colocada, entre as finalidades do órgão, a de executar ‘medidas e ensinamentos para a nacionalização dos silvícolas, com o objetivo de sua incorporação à sociedade brasileira’ (art. 1º)¹⁸⁵.

Quanto à Constituição de 1937 – a Constituição da ditadura do Estado Novo, outorgada pelo Presidente Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937 –, houve a conservação do reconhecimento dos direitos indígenas às terras. Barbosa considera que tanto a Constituição de 1937, em seu Art. 154¹⁸⁶, quanto a Constituição de 1946, em seu Art. 216¹⁸⁷, trataram o tema das terras indígenas da mesma maneira que havia sido tratado pela Constituição de 1934. Pontes de Miranda acresce aos comentários que já havia tecido sobre o dispositivo constitucional 154 da Carta Constitucional de 1934 os seus comentários sobre o Art. 216 da Constituição de 1946:

A Constituição fala de ‘condição de não a transferirem’. Entenda-se: sendo, porém, inalienáveis por ato ‘inter-vivos’ tais terras. ‘Condição’ esta, aí, em sentido não técnico. A posse dos silvícolas é transmissível hereditariamente segundo a regra jurídica do direito das coisas, entre os membros da tribo, se de tribo ainda se trata. A propriedade coletiva é respeitada, e não se considera transferência a substituição automática dos membros da comunidade¹⁸⁸.

A questão da transmissibilidade hereditária das terras indígenas e da impossibilidade de transferência destas terras para terceiros vincula-se à ideia de que a proteção das terras indígenas não constitui “[...] *uma proteção transitória*, apenas assegurada aos índios

¹⁸⁴ LACERDA, Rosane Freire. **Diferença não é incapacidade**: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988. 2007. f. 75-76. (Dissertação de mestrado) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

¹⁸⁵ Ibid., p. 76.

¹⁸⁶ “Constituição de 1937. Art. 154 – Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizadas em caráter permanente, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”. LEITÃO, Raimundo Sergio Barros. Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento de terra indígena – a declaração em juízo. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 66.

¹⁸⁷ “Constituição de 1946. Art. 216 – Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem”. Ibid., p. 66.

¹⁸⁸ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1946. t. 4, p. 217-218.

enquanto o exigisse seu estado de vulnerabilidade”, na realidade, os direitos territoriais indígenas estão fundamentados no fato de que os índios são os primeiros donos destas terras¹⁸⁹.

A partir do ano de 1964, o Brasil mergulha em um período de governos militares que perdura até 1985, com o final do mandato do ex-presidente João Batista Figueiredo. Durante os governos militares são elaboradas, no plano político e legal, “[...] uma série de medidas importantes para a questão indígena, apesar da forma distorcida com que foram aplicadas [...]”¹⁹⁰.

A Constituição de 1967, em seu Art. 186, previu que: “É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes”¹⁹¹.

Segundo Vial, para que o princípio constitucional insculpido no Art. 186 da Constituição de 1967 fosse posto em prática, em 05 de dezembro de 1967, o governo brasileiro criou a FUNAI – Fundação Nacional do Índio:

Para implementar esse princípio constitucional o governo brasileiro cria a FUNAI – Fundação Nacional do Índio, através da Lei 5.371, de 05 de dezembro de 1967. Este órgão vem substituir o antigo Serviço de Proteção ao índio, criado em 1910. Foi concentrada na FUNAI todas as obrigações de proteção e promoção das populações indígenas que conseguiram sobreviver. Cabe a FUNAI, inspirada nos ideais e princípios do Marechal Cândido Rondon, defender os interesses dos indígenas, suas terras, suas riquezas, o equilíbrio tribal, entre outros objetivos¹⁹².

A FUNAI não será objeto de maiores explicações neste momento, pois será melhor analisada no terceiro capítulo desta dissertação. Nesta etapa do trabalho, cabe apenas referir que, com a promulgação da Lei N. 5.371, as questões envolvendo os interesses dos povos indígenas, como por exemplo, os procedimentos demarcatórios de terras indígenas, passaram a ser de competência da FUNAI.

Retornando à cronologia das Constituições republicanas. Ainda em relação à Constituição de 1967, os militares fizeram incluir entre os bens da União as “[...] terras

¹⁸⁹ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 93.

¹⁹⁰ ARAÚJO, Ana Valéria. Terras Indígenas no Brasil: retrospectiva, avanços e desafios do processo de reconhecimento. In: RICARDO, Fany (Org.). **Terras indígenas & unidades de conservação da natureza**: o desafio das sobreposições. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p. 28.

¹⁹¹ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 66.

¹⁹² VIAL, Sandra Regina Martini. **Propriedade da terra**: análise sociojurídica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 232.

ocupadas pelos silvícolas [...]” através da Emenda 826¹⁹³, que alterou o Art. 14 do texto constitucional. Em relação à inclusão das terras indígenas no rol dos bens que constituem o patrimônio da União, Souza Filho explica que:

Era o que faltava para completar a ideia jurídica das terras indígenas: propriedade pública, da União, posse permanente, intransferível e intocável dos índios, no plural. Estava remarcado, feito e reconceitualizado o direito originário dos povos indígenas sobre as terras que possuíam¹⁹⁴.

Através da modificação do Art. 14 da Constituição de 1967, portanto, a União passou a não poder alienar parte de seus bens, mais precisamente, foi impedida de alienar as terras dos índios, mesmo que obedecendo ao procedimento da venda dos bens públicos dominicais. Por uma razão simples a União não pôde mais promover a alienação das terras indígenas, pois “[...] as normas que regulam a alienação dos bens públicos, apesar de o patrimônio indígena ser um bem público, não lhes podem ser aplicadas [...]”¹⁹⁵. Isso ocorre, uma vez que “[...] foi a própria Constituição que destinou as terras indígenas, seu patrimônio, à posse permanente pelos índios. A afetação é constitucional. Logo, só por emenda constitucional pode ser desconstituída”¹⁹⁶.

A atribuição das terras indígenas à União, realizada pela Constituição de 24 de janeiro de 1967, representou, deste modo, uma medida adicional de proteção aos indígenas, tendo em

¹⁹³ Cunha explica que da justificação da Emenda 826 constavam algumas as seguintes considerações:

“1. A exclusão, do Projeto de Constituição ora em estudo, do art. 216, que assegura aos índios a posse das terras que ocupam sem todavia, poder aliená-las, disposição essa já existente nas Constituições de 1934 e 1937, vem abalar ainda mais a segurança indígena.

2. Não foi tampouco incluído, no Projeto de Constituição, o artigo elaborado pelo Conselho Nacional de Proteção aos índios, no intuito de aprimorar o art. 216, que vinha sendo frequentemente burlado.

4. O que é certo é que a eliminação do art. 216 ensejará o recrudescimento imediato e violento do movimento esbulhador contra o Patrimônio Indígena, levado a efeito pelas correntes pioneiras de penetração, ávidas de ganho e inescrupulosas, que campeiam no interior do país.

5. A repressão desse esbulho será tanto mais dificultada e financeiramente onerosa quanto mais distantes ou dispersos os centros administrativos estaduais, cuja ação jurídica deverá ser requerida em cada caso de esbulho. [...]

8. A medida proposta através dessa emenda terá a vantagem de assegurar, pelas autoridades federais competentes, a proteção efetiva dessas terras, ampliando ao mesmo tempo a área efetiva de atuação do Governo Federal nas diferentes unidades federadas. [...]

9. Se a Constituição considera como de propriedade da União as riquezas do subsolo e as regiões particulares dotadas pela natureza, para feito da proteção de sua flora e fauna, com muito maior razão terá de ceder a sua proteção às áreas ocupadas pelos índios, que têm neles a sua condição única de sobrevivência” conforme CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 96.

¹⁹⁴ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 129.

¹⁹⁵ TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 37.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 37.

vista que visou impedir que os Estados desfizessem-se de tais áreas, alienando-as aos demais cidadãos brasileiros em prejuízo dos povos indígenas¹⁹⁷.

Com a Emenda Constitucional de 1969 – também conhecida como Constituição de 1969, pois alterou profundamente a Constituição de 1967 a ponto de ser considerada uma nova Constituição – a propriedade das terras indígenas permaneceu sob o domínio da União, a quem coube legislar sobre a matéria indígena. A questão indígena, no Texto Constitucional de 1969 esteve presente nos artigos 4º, 8º e 198¹⁹⁸.

Art. 4º - Incluem-se entre os bens da União: iv – as terras ocupadas pelos silvícolas.

Art. 8º - Compete à União: XVIII – Legislar sobre: o) nacionalidade, cidadania e naturalização; incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes. § 1º. Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objetivo o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas. § 2º. A nulidade e extinção de que trata o Parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio¹⁹⁹.

Ainda durante os governos militares, no ano de 1973 foi sancionada a Lei N. 6.001, de 19 de dezembro, o Estatuto do Índio, que, entre outras funções, passou a regular a situação jurídica das terras das comunidades indígenas. Ao tratar das questões indígenas, o Estatuto do índio deu prosseguimento à “[...] ideologia civilizatória e integracionista da legislação do SPI, adotando também o arcabouço jurídico tutelar e classificatório que identificava a situação dos índios no país [...]”^{200 201}.

¹⁹⁷ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 94.

¹⁹⁸ Em que pese o art. 198 tenha protegido o usufruto exclusivo, por parte dos índios, dos recursos naturais das suas terras e tenha preceituado que ficavam declarados nulos e extintos os efeitos jurídicos de quaisquer atos que tivessem por objetivo “o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas”, em 1983, o Presidente Figueiredo assinou o Decreto nº 88.985/83, que permitia a mineração em terras indígenas. A assinatura do Decreto 88.985/83 gerou diversas discussões em diferentes sentidos. Alguns quiseram descaracterizar os sujeitos de direitos que tinham suas terras asseguradas no texto da Constituição, haja vista que a Constituição de 1969 utilizava o termo “silvícola”, o que poderia não ser sinônimo de “índio” – argumento sem fundamento, pois o Estatuto do Índio equiparou os termos. Outros, como o Ministro Vítor Nunes Leal, arguiram que o que estava em debate não era uma questão de direito patrimonial, “mas também um problema de ordem cultural, no sentido antropológico, porque essas terras são o habitat dos remanescentes das populações indígenas no país”, uma vez que a permanência desses povos na posse de tais terras representava “condição de vida e de sobrevivência desses grupos, já tão dizimados pelo tratamento recebido dos civilizados e pelo abandono em que ficaram”. *Ibid.*, p. 98.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 98.

²⁰⁰ OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. **A presença indígena na formação do Brasil**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 131-132. (Vias dos saberes, n. 2).

Em capítulo intitulado *Das Terras dos índios*, o Estatuto do índio tratou, em vinte e um artigos, do regime jurídico das terras indígenas. O Estatuto dividiu as terras indígenas em três categorias: as terras ocupadas ou habitadas pelos “silvícolas”, as reservadas e as terras de domínio das comunidades ou de “silvícolas”. Todas essas terras são protegidas pela Lei 6.001, devendo ser demarcadas e destinadas ao uso e a posse direta dos índios – sendo que em todas estas terras são permitidas as atividades de caça, pesca, extração e coleta de frutos²⁰².

A primeira categoria das terras indígenas referente às ocupadas ou habitadas pelos índios, nada mais representa do que as terras congenitamente ocupadas, portanto, as terras desde sempre ocupadas pelos habitantes originários. Esta categoria de “terras ocupadas” foi recepcionada pela Constituição Federal Brasileira de 1988, que passou a nomeá-las como “terras tradicionalmente ocupadas”. Deste modo, “[...] é por estas novas lentes ou cores que veio estabelecer a Constituição de 1988 que deve ser interpretado o Estatuto do Índio”²⁰³.

2.2.4 Os Direitos Territoriais Indígenas na Constituição Federal Brasileira de 1988: Novas Bases Constitucionais

Embora no decorrer da história legislativa brasileira tenham sido promulgadas leis e constituições que abarcaram direitos referentes à proteção das terras indígenas, antes da Constituição Federal de 1988, houve a demarcação de uma quantidade muito reduzida de “terras ocupadas”, insuficiente para avaliar a sobrevivência mínima das comunidades indígenas, o que torna o texto constitucional de 1988 uma espécie de marco “divisor de águas” nesta questão²⁰⁴.

²⁰¹ Quanto à criação do Estatuto do Índio, Liebgott explica: “Em 1973, depois de inúmeras denúncias sobre violações dos direitos humanos praticados contra povos e comunidades indígenas, vítimas do que era denominada na época de ‘milagre brasileiro’ o governo foi obrigado a ceder as pressões em favor dos direitos indígenas. Em dezembro daquele ano o governo militar sancionou a lei 6001, denominada de Estatuto do Índio. Com esta lei os povos indígenas ganharam novo ânimo para lutar pela recuperação, reconhecimento e demarcação de seus territórios. O estatuto fixou prazo de cinco anos para que todas as terras fossem demarcadas, portanto, no ano de 1978. Ao invés da demarcação o governo da época anunciou que a política de emancipação das comunidades indígenas seria intensificada e que, portanto, estas não necessitariam de territórios. LIEBGOTT, Roberto Antonio. Os direitos indígenas na Constituição Federal do Brasil. In: RIO GRANDE DO SUL. Assembleia legislativa. **Coletivos Guarani no Rio Grande do Sul: territorialidade, interetnicidade, sobreposições e direitos específicos**. Porto Alegre: Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, 2012. p. 12.

²⁰² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 129.

²⁰³ Ibid., p. 129.

²⁰⁴ LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 106. (Vias dos saberes, n. 1).

Um longo processo de lutas políticas, que reivindicavam uma maior proteção dos cidadãos frente ao poder do Estado, precedeu à promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988. Após a instalação da Assembleia Constituinte, em 1º de março de 1987, ficou a cargo da *Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias* a questão relacionada aos povos indígenas. Em 22 de abril de 1987, entidades preocupadas com a causa indígena (Conselho Indigenista Missionário, Associação Brasileira de Antropologia, Centro Ecumênico de Documentação e Informação, União das Nações Indígenas e Centro de Trabalho Indigenista/Ministério da Reforma Agrária e Desenvolvimento) apresentaram à Subcomissão específica uma proposta que substituiu a perspectiva de incorporação das comunidades indígenas à comunhão nacional pela perspectiva do reconhecimento dos direitos originários destas comunidades sobre as suas terras ocupadas, bem como do direito a:

sua organização social, usos, costumes, línguas e tradições (art. 1º, *caput*), cabendo à União a proteção ‘às terras, às instituições, às pessoas, aos bens, à saúde e à educação dos índios’ (par. Único). Previa também a legitimidade processual ativa dos índios, suas comunidades e organizações (art. 3º), a responsabilidade do Ministério Público na defesa judicial e extrajudicial de sua pessoa e patrimônio material e imaterial (§§ 2º e 3º), e a intervenção obrigatória do órgão para validade dos contratos que pudessem resultar prejuízo aos direitos indígenas (§ 4º)²⁰⁵.

A Subcomissão específica ouviu em audiência pública, no dia 29 de abril de 1987, cinco representantes das entidades vinculadas à causa indígena, que defendiam, em uníssono, a necessidade de substituição da perspectiva de incorporação dos povos indígenas à ordem nacional, “pelo reconhecimento das suas identidades étnicas próprias e respeito e proteção à sua alteridade”²⁰⁶.

A redação final do *Anteprojeto da Subcomissão das Populações Indígenas*, que foi enviado à Comissão da Ordem Social, buscou assegurar a preservação da identidade étnica e cultural dos povos indígenas. As propostas do referido *Anteprojeto da Subcomissão das Populações Indígenas* permaneceram na *redação final do Anteprojeto da Comissão da Ordem Social*, que foi apresentado à Comissão de Sistematização, em 15 de junho de 1987. Quase um mês após, em 12 de julho, foram concluídas as votações e ficava pronto o Projeto de

²⁰⁵ LACERDA, Rosane Freire. **Diferença não é incapacidade**: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988. 2007. f. 144. (Dissertação de mestrado) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

²⁰⁶ Ibid. p. 144.

Constituição da Comissão de Sistematização, que foi enviado para o primeiro turno de votações no plenário, praticamente nos mesmos termos que o Anteprojeto da Comissão da Ordem Social²⁰⁷.

Após o envio do Projeto de Constituição da Comissão de Sistematização para a votação no plenário sucederam-se muitos acontecimentos que quase fizeram com que a proposta de uma Constituição mais plural e multicultural não se concretizasse. Contudo, devido à luta política e a constante reivindicação das entidades envolvidas com a causa indígena – e com as causas das demais minorias – a Carta Magna de 1988 previu o reconhecimento constitucional das demandas diferenciadas das comunidades indígenas²⁰⁸.

Mas além do envolvimento das entidades identificadas com a causa indígena, o novo ordenamento constitucional foi fruto da mobilização coletiva e da articulação das próprias lideranças indígenas que, na reivindicação pelo reconhecimento pleno de sua autodeterminação coletiva – enquanto grupos com direitos diferenciados, em razão da diversidade cultural – lutaram pelo estabelecimento do reconhecimento dos direitos originários sobre as terras tradicionais dos seus povos na nova Carta Constitucional²⁰⁹.

A nova ordem constitucional, portanto, consistiu em um avanço significativo em relação à ordem constitucional anterior, regida pela Constituição Federal de 1967 – e pela Emenda Constitucional de 1969 – assim como, em relação a todos os ordenamentos constitucionais antecedentes à Constituição Cidadã, que representou não apenas um marco para os direitos indígenas, mas um marco para a cidadania de toda a sociedade brasileira. Quanto à questão indígena, houve o movimento de diversas entidades e instituições que batalharam para a promulgação de direitos constitucionais indígenas que efetivamente buscassem o reconhecimento e o respeito da alteridade destes povos.

Entre os avanços da Constituição Federal de 1988 está o estabelecimento de um sistema de normas que passou a oferecer proteção jurídica satisfatória aos índios, mais especificamente, um Capítulo inteiro denominado *Dos índios* foi elaborado pelos Legisladores Constituintes para *dar voz* àqueles que, há muito, não eram ouvidos.

²⁰⁷ LACERDA, Rosane Freire. **Diferença não é incapacidade**: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988. 2007. f. 149-150.. (Dissertação de mestrado) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

²⁰⁸ SOUZA, José Otávio Catafesto. Um salto do passado para o futuro: as comunidades indígenas e os direitos originários no Rio Grande do Sul. In: SILVA, Gilberto Ferreira da; PENNA, Rejane; CARNEIRO, Luiz Carlos da Cunha (Org.). **RS índio**: cartografias sobre a produção do conhecimento. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009. p. 272.

²⁰⁹ Ibid., p. 272.

Os pontos centrais que passam a ser expressos no texto constitucional então promulgado, e que refletem grande parte das reivindicações indígenas na ANC [Assembleia Nacional Constituinte] localizam-se: (a) na questão do reconhecimento do direito dos povos indígenas de continuidade enquanto identidades próprias, específicas e diferenciadas entre si e em relação à sociedade envolvente; e (b) no oferecimento das garantias necessárias à efetivação concreta de tal possibilidade, sobretudo e principalmente a proteção aos seus espaços territoriais²¹⁰.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 estabeleceu, portanto, proteção jurídica aos índios ao prever direitos que buscaram assegurar a integridade cultural destes povos, especialmente, através da garantia da posse das suas terras tradicionais. As referências constitucionais aos povos indígenas apresentaram-se organizadas em dezoito dispositivos – nove esparsos e os demais contidos em um capítulo específico – dos quais destacam-se, no tocante à proteção das terras tradicionais indígenas, os artigos 231 e 232, que constituem o Capítulo VII, *Dos índios*, dentro do Título VIII, *Da ordem social*. Além disso, a Constituição, no Art. 20, inciso XI, estabeleceu que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União, sendo que o Art. 231 estabeleceu os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, prevendo que compete à União a demarcação e a proteção destas terras tradicionais e dos bens nelas contidos – como será analisado no terceiro capítulo do trabalho, a FUNAI é o órgão federal responsável pelo procedimento demarcatório das terras indígenas²¹¹.

O conceito de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios está consubstanciado no parágrafo 1º do Art. 231 do texto constitucional, que expressamente preceitua que:

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.²¹²

Essa normatização específica sobre os direitos de cidadania dos povos indígenas no Brasil coadunou-se com os valores ético-políticos estabelecidos no Preâmbulo da Constituição de 1988, que instituiu o Estado brasileiro como “um Estado Democrático”, que

²¹⁰ LACERDA, Rosane Freire. **Diferença não é incapacidade**: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988. 2007. f. 184. (Dissertação de mestrado) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

²¹¹ Art. 231, 232 e 20, inciso XI. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompiled.htm>. Acesso em: 11 ago. 2012.

²¹² Art. 232, § 1º. Ibid.

destina-se a assegurar os “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”²¹³. A preocupação com a fraternidade encontra-se no bojo da Carta Magna do ordenamento jurídico brasileiro e juntamente com ela está a preocupação com o pluralismo e com a superação dos preconceitos na sociedade brasileira.

A preocupação com a proteção da diversidade cultural surgiu, também, no Art. 3º do texto constitucional, que tratou dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro, sendo que entre tais objetivos foi prevista a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação²¹⁴.

O Diploma Constitucional de 1988, portanto, também assegurou o direito dos índios à diferença, fundamentado na existência de diferenças culturais, deste modo, a carta constitucional rompeu com o paradigma da integração e da assimilação, até então vigente na ordem jurídica nacional, e estabeleceu uma nova forma de pensar a relação do Estado com os indígenas, que passaram a ter assegurado o direito de permanecerem como tal, se assim o desejassem, devendo o Estado garantir-lhes as condições para que isso acontecesse²¹⁵.

Segundo Lacerda, diferentemente das Constituições anteriores que estabeleciam expressamente o objetivo de “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional” (Constituição de 1934, artigo 5º, XIX, Constituição de 1946, artigo XV, “r”, Constituição de 1967, artigo 8º, XVII, “o”, e Emenda Constitucional Nº 1/1969I), a Constituição Federal de 1988 rompeu com os ideais de incorporação dos indígenas:

Agora a Carta Política de 1988 não só não mais fala de ‘silvícolas’, mas de ‘índios’, ‘populações indígenas’ e ‘comunidades indígenas’. Também não mais aponta para qualquer objetivo incorporativista. Em seu lugar reconhece expressamente a existência dos grupos indígenas e seus membros enquanto portadores de identidades étnico-culturais específicas, garantindo-lhes o direito de continuar a sê-lo, eliminando, portanto, o caráter transitório que antes possuíam através da perspectiva incorporativista²¹⁶.

²¹³ Preâmbulo. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 ago. 2012.

²¹⁴ Art. 3º. Ibid.

²¹⁵ ARAÚJO, Ana Valéria (Org.). **Povos indígenas e a lei dos “brancos”**: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 45. (Via dos Saberes, n. 3).

²¹⁶ LACERDA, Rosane Freire. **Diferença não é incapacidade**: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988. 2007. f. 185. (Dissertação de mestrado) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

Quanto à evolução legislativa e constitucional dos direitos indígenas no cenário jurídico brasileiro e quanto ao rompimento operado pela Constituição Federal de 1988, Silva Filho menciona que:

O que se pode perceber com clareza em todo esse itinerário, aqui brevemente percorrido [até a promulgação da Constituição Federal de 1988], é que os indígenas, ao longo das sucessivas leis brasileiras e das políticas públicas delineadas e colocadas em prática, foram sempre considerados de um modo assimilador, que desfaz de sua alteridade, levando-a em consideração apenas para demarcar a sua inferioridade. Tal atitude pode ser explicada por todo um desenvolvimento cultural e histórico de caráter uniformizante e etnocêntrico que perfaz a civilização ocidental. No que toca ao Direito, fruto sem dúvida deste mesmo desenvolvimento, tal atitude é visível no predomínio das categorias jurídicas universalizantes, abstratas e unificadoras, que padecem de uma grande dificuldade em lidar com a pluralidade e a diferença²¹⁷.

O núcleo do rompimento do legislador constituinte com os paradigmas de integração e de incorporação²¹⁸ à comunhão nacional parece estar contido no *caput* do Art. 231 da Constituição Federal, que substitui tais paradigmas pelo respeito à diversidade étnica e plural dos povos indígenas no país²¹⁹.

Através da previsão constitucional do respeito à organização social, aos costumes, às línguas, às crenças, às tradições, e aos direitos originários sobre as terras indígenas²²⁰, o Constituinte brasileiro parece ter-se voltado à construção de um Direito Fraternal na sociedade brasileira. O Direito Fraternal representa um direito inclusivo, que busca permitir o “[...] acesso universalmente compartilhado [...]” a direitos fundamentais, logo, por tratarem-se os direitos indígenas (às terras, à organização social, aos costumes, às línguas, às crenças e às tradições) de direitos que caracterizam-se como fundamentais para a preservação da

²¹⁷ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A repersonalização do direito civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. Congresso Nacional do CONPEDI, 16., Belo Horizonte, 2007. **Anais eletrônicos...** Belo Horizonte: CONPEDI, 2007. p. 2779. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose_carlos_moreira_da_silva_filho.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012.

²¹⁸ Quanto ao rompimento com os antigos paradigmas ou, em outros termos, quanto à transição de um paradigma em crise para um novo, Kuhn explica que: “A transição de um paradigma em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência [...] é uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações”. KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001. p. 116.

²¹⁹ LACERDA, Rosane Freire. **Diferença não é incapacidade**: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988. 2007. f. 185. (Dissertação de mestrado) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

²²⁰ Art. 231, *caput*. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 ago. 2012.

diversidade étnica e plural destes povos, é possível que a disposição do Art. 231 do texto constitucional seja pensada a partir dos aportes do Direito Fraternal²²¹.

Portanto, ao reconhecer direitos coletivos e permanentes aos povos indígenas, a Constituição criou as bases “[...] para o estabelecimento de direito de uma sociedade pluriétnica e multicultural, em que povos continuem a existir como povos que são, independente do grau de contato ou de interação que exerçam com os demais setores da sociedade que os envolve”²²².

Essas novas bases constitucionais lançadas pelo texto constitucional de 1988 podem também ser analisadas a partir das premissas do pluralismo jurídico, que, como um marco de alteridade, repensa a dominação da modernidade burguês-capitalista e sua racionalidade eurocêntrica não mais como projetos de totalidade acabados e uniformes, “[...] mas como constelação que vai se refazendo e que engloba a proliferação de espaços públicos, caracterizados pela coexistência das diferenças, bem como a diversidade de sistemas jurídicos”²²³.

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, deste modo, os novos fundamentos dos direitos indígenas e atuou, também, como uma espécie de guia para a efetivação destes direitos, instituindo diretrizes para a sua implantação²²⁴. No tocante ao direito dos indígenas ao reconhecimento das suas terras tradicionais, diferentemente das leis e constituições anteriores, a Constituição Federal, ao tratar da proteção das terras tradicionais (ou originárias, congênicas, ocupadas, entre outros conceitos), buscou não apenas assegurar um espaço físico para que os índios pudessem assentar suas moradas, suas habitações. Com o advento da Constituição de 1988 e com a previsão constitucional expressa no sentido de que “[...] são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam [...]” (art. 231)²²⁵, se pretendeu resgatar a dívida histórica que a sociedade brasileira possui com seus povos nativos, assim como, se pretendeu garantir a sobrevivência cultural destes povos, especialmente através do reconhecimento e da consequente demarcação e proteção das suas terras originárias.

²²¹ RESTA, Eligio. **O direito fraternal**. Trad. e coord. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 135.

²²² ARAÚJO, Ana Valéria (Org.). **Povos indígenas e a lei dos “brancos”**: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 45. (Via dos Saberes, n. 3).

²²³ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 168.

²²⁴ ARAÚJO, op. cit., p. 45-46.

²²⁵ Art. 231. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 ago. 2012.

Logo, parece que a proteção das terras tradicionais indígenas afigura-se como o direito que, em certa medida, abarca o respeito a todos os demais direitos indígenas, uma vez que se aos índios for assegurado o seu local originário para viver e expressar-se livremente, conseqüentemente, será preservada a sua herança cultural, os seus costumes, as suas línguas maternas, entre outros elementos.

Todavia, embora a Constituição tenha sido um marco positivo na defesa dos direitos indígenas, muitas dificuldades ainda persistem no que diz respeito à compreensão e, por consequência, à efetivação destes direitos. Quanto à questão territorial indígena, a ausência de compreensão de que as diferentes culturas indígenas possuem distintas concepções de terra e território engendra pareceres e decisões uniformizantes, que, na realidade, desconsideram a diversidade cultural e, assim, obstam a garantia dos direitos constitucionais aos indígenas.

Ainda que autores afirmem (Silva, Lobo) que o termo *terras tradicionalmente ocupadas* não refere-se a um espaço físico pensando sob os moldes de uma propriedade privada, mas sim ao modo tradicional como as diferentes etnias se relacionam com a terra, “[...] já que há comunidades [indígenas] mais estáveis, outras menos estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam”²²⁶, assim como expliquem que a ocupação tradicional “[...] não é a forma de ocupação tal como a conhecemos [...] e sim aquela realizada de acordo com a necessidades e tradições socioculturais de cada sociedade tribal”, não é assim que este termo é considerado na prática.

A compreensão dos direitos territoriais indígenas é permeada por diversos obstáculos. Em que pese o respeito à diversidade étnico-cultural estar claramente definido no texto constitucional, o que se depreende da leitura do *caput* do Art. 231, esta não parece ser a mesma posição da Portaria 14 do Ministério da Justiça, de 09 de janeiro de 1996, que requer a observância de todos os elementos previstos no parágrafo 1º do Art. 231 da Constituição para a configuração de uma terra indígena²²⁷. Nas considerações iniciais da aludida portaria está consubstanciado que um regular procedimento demarcatório requer a confecção de um relatório circunstanciado que indique “[...] com

²²⁶ SILVA, José Afonso da. Terras Tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 47.

²²⁷ Esta portaria trata das regras para a elaboração do relatório circunstanciado de identificação e delimitação de terras indígenas, que constitui a primeira etapa de um procedimento demarcatório realizado pela FUNAI. BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria nº 14, de 09 de janeiro de 1996**. Estabelece regras sobre a elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas a que se refere o parágrafo 6º do artigo 2º, do Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.unai.gov.br/quem/legislacao/pdf/Portaria_MJ_n14_de_09_01_1996.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2013.

clareza e nitidez, as quatro situações previstas no parágrafo 1º do art. 231 da Constituição, que consubstanciam, em conjunto e sem exclusão, o conceito de ‘terras tradicionalmente habitadas pelos índios’ [...]”.

Ocorre que os requisitos estabelecidos no texto constitucional para o reconhecimento das terras tradicionais nem sempre se coadunam com a perspectiva indígena dos territórios indígenas, ou seja, com as dimensões físicas e temporais que tais territórios possuem para estes povos. Assim, em diversos procedimentos demarcatórios de terras indígenas, os moldes constitucionais a respeito das terras tradicionais ficam muito aquém da concepção territorial indígena – não assegurando, portanto, qualquer direito aos índios (informação verbal)²²⁸.

Outra dificuldade no enfrentamento na questão das terras indígenas, que pode ser citada como exemplo, refere-se à mobilidade de alguns povos indígenas, que, por serem migrantes, não permanecem por muito tempo nas terras demarcadas como tradicionais. O que não se compreende é que para muitos povos indígenas, como é o caso do Guarani e do Kaingang – que serão objeto de estudo no segundo capítulo deste trabalho –, a permanência na terra obedece a ciclos, que necessitam ser respeitados. Assim, a constante movimentação dos Guarani e dos Kaingang pelas terras tradicionais faz parte da circulação destes povos pelas diferentes regiões que compõem seus territórios e faz parte do seus modos de ser e de viver. Logo, a dificuldade de compreensão desta característica territorial destas etnias gera discursos no sentido de que tais povos não precisam ter terras demarcadas, pois as abandonam periodicamente (informação verbal)²²⁹.

Estes exemplos de obstáculos à efetivação dos direitos territoriais indígenas demonstram que, apesar dos importantes avanços que a Constituição Federal de 1988 trouxe para a defesa da causa indígena no ordenamento jurídico brasileiro, persistem empecilhos no caminho.

A análise a ser realizada no próximo capítulo dessa dissertação buscará estudar as características dos direitos territoriais indígenas e os elementos que os compõem. Assim, no capítulo seguinte, os direitos territoriais indígenas serão analisados a partir de diferentes perspectivas. Inicialmente, ao se tratar da posse indígena como um *nomos* da terra, portanto, como um título constitutivo, relacionar-se-á tal título com as Cartas Régias

²²⁸ Informação obtida em entrevista com o Senhor Ignácio Kunkel, da Secretaria de Desenvolvimento Rural, Pesca e Cooperativismo do Estado do Rio Grande do Sul (SDR/RS), Porto Alegre, RS, no dia 18 de dezembro de 2012.

²²⁹ Ibid.

e as demais leis e Constituições que – desde o período colonial – trataram da questão da posse original dos indígenas sobre suas terras como um título congênito. Após, serão estudadas as relações entre o direito, as tradições e os mitos indígenas. Neste contexto, transgredindo as fronteiras do direito, buscar-se-á aportes na antropologia para a compreensão da forma como os indígenas compreendem a questão da terra e do território – aqui, tratar-se-á da cosmovisão indígena de terra e de território a partir de exemplos de alguns dos povos indígenas que habitam, hoje, o Rio Grande do Sul. Ao final deste capítulo, os direitos territoriais indígenas serão analisados sob o enfoque dos direitos humanos, especialmente no plano internacional. Serão trazidos e estudados os documentos internacionais de proteção aos direitos humanos dos povos indígenas, que serão relacionados com o ordenamento jurídico brasileiro. Finalmente, serão trazidas decisões proferidas no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos relacionadas com a questão territorial indígena.

3 DIREITO, TERRA E TERRITÓRIO: DO CONCEITO DE *NOMOS* DA TERRA AOS DIREITOS HUMANOS

O breve estudo histórico-jurídico apresentado no primeiro capítulo dessa dissertação demonstra as etapas de tentativa de recuperação daquilo que para os índios representa a base dos seus demais direitos: o direito ao reconhecimento das suas terras tradicionais. Como se verificou, o respeito à diversidade étnica e cultural indígena requer o respeito e o reconhecimento dos direitos originários dos indígenas sobre as suas terras tradicionais. Portanto, a condição de preservação das culturas indígenas está ligada à terra e à forte relação que as une à terra. Assim, neste capítulo pretende-se tratar de alguns dos elementos que caracterizam e compõem os direitos territoriais indígenas, procedendo-se a uma pesquisa transdisciplinar mais esmiuçada do tema. A partir da perspectiva de *nomos* da terra pretende-se demonstrar o vínculo que liga o direito à terra. A análise da questão do *nomos* – juntamente com a posse tradicional indígena – é realizada com o escopo de demonstrar que a posse dos indígenas – reconhecida desde a época colonial no Brasil através dos direitos congênitos e/ou originários destes povos sobre as terras que ocupavam – importa em um ato constitutivo de tomada da terra, ou seja, importa em um *nomos*.

Procede-se, após, à análise dos direitos territoriais indígenas previstos na Constituição Federal de 1988, partindo-se do estudo das relações entre mito, tradição e costume e das implicações de tais ideias sobre o direito e sobre o conceito de terra para as culturas indígenas que, na realidade, representa apenas parte dos territórios indígenas. As diferenças entre terra e território serão analisadas a fim de se demonstrar que os territórios indígenas representam muito mais do que o mero instituto da terra pensado sob a ótica da propriedade privada, moldada em um pensamento eurocentrado. Neste ponto, a perspectiva de terra ou território indígena será elucidada por meio dos exemplos dos povos Guarani, Kaingang e Charrua.

Por último, aborda-se a temática dos direitos humanos dos povos indígenas, tanto no plano internacional, como no nacional, buscando-se mostrar que os direitos territoriais indígenas representam o rompimento com a visão eurocêntrica, que subalterniza e invisibiliza os indígenas desde a era colonial, estando presente em pensamentos, práticas e ações até a atualidade. O rompimento com esta visão é verificada nas decisões da Corte Interamericana dos Direitos Humanos envolvendo as terras indígenas tradicionais que, reconhecendo a perspectiva diferenciada que os indígenas possuem em relação à terra, profere sentenças que buscam assegurar de forma mais efetiva os direitos destes povos. Toda esta caminhada pelas diferentes abordagens dos direitos territoriais indígenas é perpassada, ou melhor, guiada, pelo Direito

Fraterno. Conforme Vial: “A fraternidade, que foi esquecida, retorna hoje com seu significado originário de compartilhar; de pacto entre iguais, de identidade comum, de mediação, é um direito jurado conjuntamente, é um direito livre de obsessão de uma identidade legitimadora”²³⁰.

3.1 O Vínculo entre o Direito e a Terra: O Conceito de *Nomos* da Terra e a Posse Tradicional Indígena

O Álvaro Régio de 1º de abril de 1680, que tratava do instituto do *indigenato*, reconhecia aos índios o direito as terras que tradicionalmente ocupavam, em razão de serem eles “[...] os primários e naturais senhores delas”²³¹. O *indigenato* – assim como ocorre com o contemporâneo conceito de “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” – identificava-se com a ideia de *nomos* da terra, uma vez que representava uma forma preliminar de interação com o solo, que resultava em um título *congênito*, e, não, *adquirido*; do mesmo modo, não representava um fato que necessitasse de legitimação²³².

A terra une-se ao direito de maneira tríplice, conforme leciona Carl Schmitt: em primeiro lugar, os frutos da terra representam o prêmio do trabalho de cultivo; em segundo lugar, este solo lavrado e trabalhado apresenta linhas fixas, limites demarcados; e em terceiro plano, os limites e as demarcações da terra revelam a ordenação e o assentamento da convivência humana:

En primer lugar, la tierra fértil contiene en sí misma, en el seno de su fertilidad, una medida interna, pues el esfuerzo y el trabajo, la siembra y el cultivo que el hombre aplica a la tierra fértil son recompensados con justicia por ésta mediante el crecimiento y la cosecha. Todo campesino conoce la medida interna de esta justicia. En segundo lugar, el suelo labrado y trabajado por el hombre muestra líneas fijas que hacen visibles determinadas divisiones, líneas que están surcadas y grabadas por los límites de los campos, praderas y bosques. En la diversidad de las vegas y campos [...] se evidencian las medidas y reglas del cultivo según las cuales se desarrolla el trabajo del hombre en la tierra. En tercer lugar, la tierra lleva sobre su superficie firme vallados y cercados [...]. En ellos se revela la ordenación y el asentamiento de la convivencia humana. [...] los tipos de propiedad y de vecindad, pero también las formas de poder y de dominio se hacen aquí públicamente visibles²³³.

²³⁰ VIAL, Sandra Regina Maritini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. **Contribuciones desde Coatepec**, Toluca, México, n. 12, p. 123, enero/jun. 2007.

²³¹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 125.

²³² MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brazil**: seus direitos individuais e políticos. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912. p. 58.

²³³ SCHMITT, Carl. **El nomos de la tierra**: en el derecho de gentes del “jus publicum europaeum”. Traduzido por Dora Schilling Thon. Buenos Aires: Struhart & Cía, 2005. p. 21.

Schmitt explica que a história de todo povo e de toda comunidade se inicia com o ato constitutivo de uma tomada de terra, sendo que isto também é válido quanto ao começo de qualquer época histórica, pois “[...] la ocupación de la tierra precede no sólo lógicamente, sino también históricamente a la ordenación que luego le seguirá”²³⁴. A tomada da terra, portanto, contém em si a ordem inicial do espaço, a origem de toda ordenação concreta posterior e de todo direito posterior. A partir da tomada da terra surgem todas as relações posteriores de posse e de propriedade – como, por exemplo, a ideia jurídica de propriedade comunitária ou individual. Nesse contexto, Schmitt trata do conceito de *nomos* da terra, que importa no:

[...] acto fundamental divisor del espacio, esencial para cada época histórica; se trata de la coincidencia, estructuralmente determinante, de la ordenación y el asentamiento en la convivencia de los pueblos sobre el planeta que entretanto ha sido medido científicamente. Este es el sentido en el que se habla aquí del *nomos* de la tierra; [...] ²³⁵. (grifo do autor).

No entanto, nem todas as ocupações de terra representam um *nomos*, “[...] pero, por el contrario, el *nomos* siempre comprende en nuestro sentido un emplazamiento y una ordenación relativa al suelo. [...]”, assim, toda a mudança territorial está vinculada a uma tomada de terra, contudo, nem todas as formas de tomadas de terra, ou seja, nem todas as modificações de fronteiras e nem todas as novas fundações de colônias representam, por si só, um ato que constitui um novo *nomos*²³⁶.

Esta contraposição pode ser compreendida através da análise da questão territorial indígena. A posse dos indígenas sobre suas terras tradicionais diz respeito a algo que é constitutivo, enquanto que a posse dos colonizadores europeus, que no final do século XV e início do século XVI lançaram-se à conquista das Américas, representa algo constituído. Schmitt explica que os juristas do direito positivo, ou seja, do direito constituído e estabelecido, em todas as épocas têm se preocupado em focar unicamente a ordenação existente, ou melhor, somente o aquilo que está firmemente ordenado, o que já está constituído, e, sobretudo, preocupam-se em focar unicamente o sistema de uma determinada legalidade estatal. Assim, preferem rechaçar, por não considerá-la jurídica, a questão dos atos que constituem uma ordenação – como é o caso da posse indígena, que representa um *nomos* da terra²³⁷.

²³⁴ SCHMITT, Carl. **El nomos de la tierra**: en el derecho de gentes del “jus publicum europaeum”. Traduzido por Dora Schilling Thon. Buenos Aires: Struhart & Cía, 2005. p. 28.

²³⁵ Ibid., p. 62.

²³⁶ Ibid., p. 62-64.

²³⁷ Ibid., p. 65.

O ordenamento jurídico brasileiro reconhece o direito original dos indígenas sobre suas terras tradicionais, portanto, considera jurídica a primeira forma de ordenação do solo brasileiro, que representa um ato constitutivo, logo, um *nomos* da terra. O Art. 231 da Constituição Federal chancela a ideia de que os indígenas são os donos naturais das terras que desde sempre ocuparam. Esta noção jurídica de que os índios possuem direito congênito sobre suas terras, portanto, título constitutivo, já existia, em certa medida, desde o Alvará Régio de 26 de julho de 1596 que preceituava que os índios eram os senhores das serras (suas terras originais), assim como das aldeias (locais que os índios passaram a habitar após a ocupação do homem europeu e que se situavam próximos à civilização)²³⁸. Todavia, este reconhecimento restou expressamente estabelecido somente em 1º de abril de 1680, no Art. 4º do Álvaro Régio, que fora editado em tal data e que continha a seguinte previsão:

[...] E para que os ditos Gentios [os índios], que assim descerem, e os mais, que há de presente, melhor se **conservem** nas **Aldeias**: hey por bem que **senhores** de suas **fazendas**, como o são no **Sertão**, **sem lhe poderem ser tomadas**, **nem** sobre ellas se lhe **fazer moléstia**. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinará aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e **não** poderão ser **mudados** dos ditos **lugares contra** sua **vontade**, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dados em Sesmarias a pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser **reservado** o prejuízo, e **direito** os **Índios, primários e naturais senhores** delas²³⁹. (grifo do autor).

O direito à posse das terras originais, assegurado de forma expressa aos indígenas brasileiros desde o Alvará de 1680, se vê, portanto, refletido no conceito de *nomos* da terra, uma vez que tal direito indígena importa em um direito originário, congênito, logo, em um direito constitutivo, conforme a concepção de Schmitt.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o reconhecimento deste ato constitutivo de ordenação territorial indígena, que é o direito originário dos povos indígenas sobre suas terras tradicionais, está ao lado da garantia de outros direitos indígenas, como ao reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições destes povos. Logo, parece que o Art. 231 da Constituição Federal, ao prever o respeito à diversidade étnico-cultural indígena, está a assegurar a proteção das terras dos povos indígenas segundo a

²³⁸ PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índio escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, Manuela Carneiro de (Org.). **História dos índios no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 119.

²³⁹ CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987. p. 59.

cosmovisão de terra que estes povos possuem. Para os propósitos do presente trabalho, a cosmovisão indígena de terra pode ser compreendida da seguinte forma:

Para os povos indígenas, a terra é fonte e mãe da vida, o espaço vital, a garantia de sua existência e reprodução enquanto povos, enquanto coletividades específicas e diferenciadas. Não é possível imaginar um povo indígena sem terra. Por isso, a defesa do território equivale à defesa da própria existência física e cultural, material e espiritual. O que acontece com a terra acontece com os filhos da terra.

A terra não é, como na mentalidade capitalista, apenas fator econômico-produtivo ou bem comercial, de propriedade individual, que pode ser adquirido, transferido ou alienado segundo as leis do mercado.

‘Na cosmovisão indígena, não é a terra que pertence ao homem. É o homem que pertence à terra. A relação com a terra é mística e espiritual, construída através dos séculos, de geração em geração. Nada se faz à terra sem lhe pedir licença’.²⁴⁰

Deste modo, a posse que os indígenas exercem sobre suas terras originais relaciona-se essencialmente com a cosmovisão indígena que se diferencia da “mentalidade capitalista” fruto de uma postura eurocêntrica, ocidental. Contudo, parece que apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 esta relação cosmológica que os indígenas possuem com a terra passou a ser protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro. As legislações e as constituições anteriores à Constituição de 1988 reconheciam que os indígenas eram os senhores naturais da terra – portanto, reconheciam que a ordenação territorial indígena constituía um título constitutivo, ou seja, um *nomos* da terra –, contudo, não asseguravam esta relação cosmológica que os indígenas sempre possuíram com as suas terras – esta questão será estudada de forma mais detalhada no decurso deste capítulo, quando serão analisadas as concepções indígenas de terra e de território.

Para a melhor compreensão do conceito de *nomos*, Schmitt explica que este conceito procede da palavra *nemein*, que significa tanto *dividir* como também *alimentar*. Logo, o autor explica que *nomos* revela a ordenação política e social de um povo, a primeira medição e partição dos campos de pastoreio, ou seja, a tomada da terra e a ordenação concreta que é inerente a ela e se deriva dela. Portanto, o conceito de *nomos*, por relacionar-se a um ato constitutivo de ordenação do espaço, sempre estabelece uma vinculação com um acontecimento histórico neste contexto jurídico-histórico²⁴¹.

²⁴⁰ CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO – CIMI. CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB. A justiça do homem branco não é cega. **Sem Fronteiras**, Taboão da Serra, n. 239, p. 13, abr. 1996.

²⁴¹ SCHMITT, Carl. **El nomos de la tierra**: en el derecho de gentes del “jus publicum europaeum”. Traduzido por Dora Schilling Thon. Buenos Aires: Struhart & Cía, 2005. p. 52-53.

Schmitt traz mais uma questão importante referente ao conceito de *nomos* da terra, que é o fato de a própria palavra *nomos*, etimologicamente, expressar um cercado, um limite:

Todo *nomos* es lo que es dentro de su valla. *Nomos* significa hogar, comarca, campo de pastoreo; la palabra *nemus*, de idéntica raíz, puede tener un significado relacionado con el culto: pinar, bosque, monte.

‘En el principio está la valla. De modo profundo y determinante, la valla el cercado, la frontera entretejen el mundo formado por los hombres. Es el cercado el que crea el lugar sagrado, separándolo de lo corriente, sometiéndolo a una ley propia, entregándolo a lo divino’. El cerco protector, la valla formada por seres humanos, el cerco de hombres es una forma primitiva de la convivencia en el culto y de la convivencia jurídica y política²⁴². (grifo do autor).

A relação dos indígenas com os seus territórios tradicionais identifica-se com esta questão do *nomos*, uma vez que, ao estabelecerem os limites dos seus territórios, tendo em vista a questão da tradicionalidade de tais locais, os índios estabelecem os limites deste espaço, que abriga diferentes formas de manifestações sociais, sejam políticas, jurídicas, religiosas, míticas, culturais, entre outras. Todavia, esta perspectiva indígena em relação à terra, ou seja, essa visão da terra como *nomos* sofreu diversas rupturas e perturbações imediatamente após o *descobrimento* das Américas.

A descoberta do ‘novo mundo’, inicialmente, era representada somente pelos ocidentais, como conquista e ocupação, são ideias da Europa dos séculos XV e XVI, assim como era presente, neste período, o sentimento de barbárie, traduzido em ‘colonização e civilização’. Esta barbárie confronta-se diretamente com a perspectiva selvagem (mas muito desenvolvida) dos indígenas. Para estes, a ocupação dos ocidentais significou: fratura violenta e barbárie do mito da unidade, do mito da própria origem e do retorno a esta origem, isto é, a terra é a vida e a morte. Esta fratura é violenta e destrutiva em um modo que não pode ser representado, senão através da perspectiva dos próprios indígenas. Para eles, a ocupação ocidental significou destruição da origem e violência do fim, catástrofe do mito, ‘morte na vida’, destruição de cada possível representação. Para os indígenas, a ‘conquista’ fez a terra tornar-se: ‘terra de luta pela terra’.²⁴³ (grifo nosso).

Após o *descobrimento* do Novo Mundo, teve início a luta em torno da tomada da terra e da tomada do mar neste novo mundo. A partição e a divisão da terra, e o conseqüente traçado de linhas demarcatórias em toda a terra forma os primeiros esforços para o estabelecimento de medidas e de limitações de uma ordenação global do espaço. Estas linhas

²⁴² SCHMITT, Carl. **El nomos de la tierra**: en el derecho de gentes del “jus publicum europaeum”. Traduzido por Dora Schilling Thon. Buenos Aires: Struhart & Cía, 2005. p. 57.

²⁴³ VIAL, Sandra Regina Martini. **Propriedade da terra**: análise sociojurídica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 41.

traçadas na terra pelo direito europeu, desde a época dos séculos XVI até ao XX, consideravam as nações cristianas da Europa como criadoras e portadoras de uma ordenação que era válida para toda a Terra²⁴⁴. Neste contexto, Schmitt explica que:

‘Europeo’ designaba entonces el *status* normal, que también reclamaba ser normativo para la parte no europea de la tierra. El término civilización era equivalente a civilización europea. En este sentido, Europa aún seguía siendo el centro de la tierra²⁴⁵. (grifo do autor).

Na visão dos europeus, portanto, a América – o Mundo Novo – representava uma terra da liberdade, ou seja, um espaço para a tomada livre do solo sob a égide do direito “antigo”²⁴⁶. Deste modo, para os europeus somente existia em solo americano o direito que os conquistadores europeus levaram e transmitiram, seja através de sua missão cristiana, seja através da aplicação de uma jurisdição e administração ordenadas no sentido europeu. A consequência desta delimitação de espaços *livres* reconhecidas pelos governos cristãos foi uma alteração geral de todos os princípios tradicionais espirituais e morais existentes nas terras ameríndias. Assim, as terras que eram originariamente ocupadas pelos indígenas foram cedendo espaço à ocupação europeia, que gradativamente expulsava os nativos dos seus meios naturais.

Todavia, apesar da ocupação europeia nas Américas, que teve início no período colonial e subsiste até a contemporaneidade, os povos indígenas – habitantes originários destas terras – permanecem com os seus princípios tradicionais espirituais e morais, ou seja, permanecem com suas próprias cosmovisões, como é o caso da cosmovisão em relação à terra.

O direito à terra constitui, para os indígenas, uma reivindicação fundamental, pois através deste direito compreende-se a possibilidade de um espaço de vida e de liberdade para estes povos, assim como a possibilidade de recuperação e preservação das suas culturas específicas²⁴⁷. Mas a perspectiva indígena de terra vai muito além do conceito de propriedade privada estabelecido no direito brasileiro, que foi formulado nos moldes europeus (eurocêntricos ou ocidentais), uma vez que, conforme Wolkmer, a formação da cultura jurídica dos países latino-americanos ocorreu sob os auspícios do ideário liberal-

²⁴⁴ SCHMITT, Carl. **El nomos de la tierra**: en el derecho de gentes del “jus publicum europaeum”. Traduzido por Dora Schilling Thon. Buenos Aires: Struhart & Cía, 2005. p. 67-68.

²⁴⁵ Ibid., p. 68.

²⁴⁶ Ibid., p. 77.

²⁴⁷ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 119.

individualista, fruto da herança dos colonizadores europeus, logo, esta lógica de propriedade não se coaduna com a lógica de posse indígena, que além do proeminente aspecto comunal, relaciona-se diretamente com os mitos e as tradições indígenas²⁴⁸. Segundo Wolkmer:

Não é por demais relevante lembrar que, na América Latina, tanto a cultura jurídica imposta pelas metrópoles ao longo do período colonial, quanto as instituições jurídicas formadas após o processo de independência (tribunais, codificações e constituições) derivam da tradição legal europeia, representada, no âmbito privado, pelas fontes clássicas dos Direitos romano, germânico e canônico. Igualmente, na formação da cultura jurídica e do processo de constitucionalização latino-americanos pós-independência, há de se ter em conta a herança das cartas políticas burguesas e dos princípios iluministas inerentes às declarações de direitos, bem como provenientes agora da nova modernidade capitalista, de livre mercado, pautada na tolerância e no perfil liberal-individualista²⁴⁹.

Para Barbosa, a posse indígena revela-se “[...] pelo seu caráter eminentemente comunitário, como base territorial de um povo, [...] indivisível, inusucapível, não voltada necessariamente para a produção de bens de comércio e diretamente ligada ao sistema de crenças e conhecimentos do povo que a possui”²⁵⁰. Ademais, a posse indígena, por ser “[...] originária, congênita e explicada na literatura jurídica brasileira através do instituto do indigenato [...]”²⁵¹, não assemelha-se em nada às demais propriedades do direito brasileiro, que representam ocupações adquiridas e, não, congênicas.

José Afonso da Silva, quando da análise da Constituição Federal de 1969 (ou Emenda Constitucional de 1969), já afirmava que o instituto das terras indígenas não se regia pelas regras de cunho civil e individualista, logo, Silva corrobora o entendimento dos autores supracitados ao explicar:

[...] que a relação entre os indígenas e suas terras não se rege pelas normas de direito civil. Sua posse extrapola da órbita puramente privada, porque não é nem nunca foi uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de seu ‘habitat’, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana. Esse tipo de relação não pode encontrar agasalho nas limitações individualistas do direito privado, daí a importância do texto constitucional em exame [Constituição Federal brasileira de 1969], porque nele se consagra

²⁴⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 9., 2010, Curitiba. **10 anos da Academia Brasileira de Direito Constitucional: contributo ao constitucionalismo**. Curitiba: ABDConst, 2010. p. 145-146. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

²⁴⁹ Ibid., p. 146.

²⁵⁰ BARBOSA, Marco Antonio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001. p. 77.

²⁵¹ Ibid., p. 77.

a ideia de permanência essencial à relação do indígena com as terras que habita²⁵².

O contemporâneo conceito de posse tradicional indígena que representa um *nomos* da terra – por constituir-se como a primeira ordenação territorial do solo –, envolve, portanto, muito mais elementos do que a ideia de terra, posse ou propriedade representa para o homem civilizado. Para os indígenas, a terra não se resume às fronteiras estabelecidas pelo homem branco, que vê na propriedade civil a base de estruturação de toda a sociedade, pois, para os índios, a terra relaciona-se, especialmente, com suas cosmovisões diferenciadas de mundo, que muito mais do que dizerem respeito a um bem material, referem-se a uma dimensão espiritual, mítica, tradicional e essencial à preservação sadia das suas culturas.

3.2 Mito, Tradição e Costume: Implicações sobre o Direito e sobre a Concepção de Terra para as Culturas Indígenas

A terra é denominada como a mãe do direito, segundo Carl Schmitt, sendo que esta concepção identifica-se com o modo de ser e de viver indígena, como é o caso, por exemplo, do povo Guarani que, conforme os seus mitos de origem da Terra – e de todos os demais seres vivos – acredita que os primeiros Guarani saíram do seio da Terra (ou seja, do seio da *mãe* Terra), em razão de o planeta Terra ser visto, por eles, como um ser vivo, assim como os homens²⁵³. Nesse sentido, Vial explica que:

As representações da terra como mãe são frequentes em populações que viviam da agricultura, ou dos povos primitivos os quais acreditavam na terra como uma ‘deusa’, é deusa porque é mãe, é deusa porque fornece os meios para a sobrevivência, é deusa porque, na hora da morte, também está presente²⁵⁴.

Essa intrínseca relação entre os homens e a natureza, conforme Vial, é constatada, especialmente, nos contextos sociais e políticos dos povos indígenas, nos quais, a figura da “Grande Mãe” terra confere sentido à vida diária, “[...] porque está presente na

²⁵² SILVA, José Afonso da. Auto-aplicabilidade do artigo 198 da Constituição Federal. **Boletim da Comissão Pró-Índio de São Paulo**, São Paulo, ano 1, n. 3, p. 3, 1984.

²⁵³ MADEIRA, Rosemary Modernel. Ser Guarani, ser ambiente. In: SILVA, Gilberto Ferreira da; PENNA, Rejane; CARNEIRO, Luiz Carlos da Cunha (Org.). **RS índio: cartografias sobre a produção do conhecimento**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009. p. 216.

²⁵⁴ VIAL, Sandra Regina Martini. **Propriedade da terra: análise sociojurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 35.

religiosidade, nos costumes e na própria estrutura social [...]”²⁵⁵. Logo, esta perspectiva diferenciada que os indígenas comungam em relação à terra – permeada por mitos e tradições – vincula-se, de um modo ou de outro, à relação entre terra e direito referida por Schmitt.

O direito assinalado por Schmitt, que é perpassado pela preocupação com o cultivo da terra, representa todo o direito existente para os indígenas, pois para os índios não há direito, não há vida, longe das suas terras. A visão cosmológica que os povos indígenas possuem em relação à terra considera-a como parte integrante de sua organização social, cultural, religiosa e jurídica.

Na realidade, para toda a população, a terra tem um significado de sobrevivência (vida) e morte, ou seja, a terra representa a sobrevivência de todos os seres²⁵⁶, no entanto, o homem ocidental mercantilizou este significado, “[...] ainda mais a partir da noção jurídica ocidental de uma titularidade abstrata da propriedade que corresponde a um igualmente abstrato sujeito de direito”²⁵⁷. A partir desta mercantilização e consequente titularidade abstrata da propriedade, a cosmovisão indígena em relação à terra passou, cada vez mais, a ser enxergada como algo que necessitasse ser superado pelos padrões do homem ocidental, até que, com o advento da Constituição Federal de 1988 houve o rompimento com tal postura integracionista e paternalista.

Para a melhor compreensão desta cosmovisão indígena, assim como da visão mitológica que os índios compartilham no tocante ao seu envolvimento com a terra, Eliade explica que para alguns povos, como é o caso dos indígenas, os mitos fornecem “[...] os modelos para a conduta humana, conferindo, por isso mesmo, significação e valor à existência [...]”²⁵⁸. Eliade ainda afirma que: “Compreender a estrutura e a função dos mitos nas sociedades tradicionais não significa apenas elucidar uma etapa na história do pensamento humano, mas também compreender melhor uma categoria dos nossos contemporâneos”²⁵⁹. Contudo, embora o mito forneça o sentido da existência de alguns povos, este conceito é incompreendido na sociedade civilizada, sendo que, ao longo da História, o mito foi sendo relegado a um plano inferior:

²⁵⁵ VIAL, Sandra Regina Martini. **Propriedade da terra**: análise sociojurídica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 35-36.

²⁵⁶ Ibid., p. 38.

²⁵⁷ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O direito dos índios às suas terras tradicionais. **Constituição & Democracia**, Brasília, DF, n. 12, p. 7, abr. 2007. Disponível em: <http://www.anpr.org.br/files/CeD_n12_publica.pdf>. Acesso em: 03 out. 2012.

²⁵⁸ ELIADE, Mircea. **Mito e realidade**. Tradução Polla Civelli. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 08.

²⁵⁹ Ibid., p. 08.

Todos sabem que, desde os tempos de Xenófanes (cerca de 565-470) – que foi o primeiro a criticar e rejeitar as expressões ‘mitológicas’ da divindade utilizadas por Homero e Hesíodo – os gregos foram despojando progressivamente o *mythos* de todo valor religioso e metafísico. Em contraposição ao *logos*, assim como, posteriormente, à *historia*, o *mythos* acabou por denotar tudo ‘o que não pode existir realmente’. O judeu-cristianismo, por sua vez, relegou para o campo da ‘falsidade’ ou ‘ilusão’ tudo o que não fosse justificado ou validado por um dos dois Testamentos²⁶⁰. (grifo do autor).

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Mèlich, que refere – no Prólogo da obra gadameriana *Mito y razón* – que o positivismo lançou o mito no “caixão” da falsidade e da especulação. Contudo, Mèlich prossegue ao dizer que: “[...] el mito tiene su propia riqueza y credibilidad. Es una tarea propiamente filosófica hacer justicia a esta dimensión de lo mítico y de lo ritual. Se trata, en definitiva, de comprender la palabra, el lenguaje, en toda su complejidad”²⁶¹. Por sua vez, Gadamer afirma que o pensamento moderno apresenta esta tensão entre dois pólos supostamente distintos: o mito e a razão. Segundo Gadamer:

El mito está concebido en este contexto como el concepto opuesto a la explicación racional del mundo. La imagen científica del mundo se comprende a sí misma como la disolución de la imagen mítica del mundo. Ahora bien, para el pensamiento científico es mitológico todo lo que no se puede verificar mediante experiencia metódica. De manera que la progresiva racionalización también deja a toda religión a merced de la crítica. [...] pero la validez de este esquema es cuestionable²⁶².

Com o intuito de “desmistificar” o conceito de mito, Gadamer explica que o mito não designa outra coisa a não ser uma “ata notarial”: “El mito es lo dicho, la leyenda, pero de modo que lo dicho en esa leyenda no admite ninguna otra posibilidad de ser experimentado que justo la del recibir lo dicho”²⁶³. Portanto, este conceito formal, que identifica o mito com uma ata notarial, somente pode existir graças aos testemunhos oculares e à tradição, não podendo ser posto à disposição por meio da ciência.

Segundo Gadamer, a crítica ao mito feita pelo cristianismo no pensamento moderno elevou à verdade a ideia de que a imagem mítica do mundo era contrária à imagem científica do mundo:

²⁶⁰ ELIADE, Mircea. **Mito e realidade**. Tradução Polla Civelli. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007. p. 08.

²⁶¹ MÈLICH, Joan-Carles. Prólogo. In: GADAMER, Hans-Georg. **Mito y razón**. Traducción de José Francisco Zúñiga García. 1. ed. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997. p. 10.

²⁶² GADAMER, Hans-Georg. **Mito y razón**. Traducción de José Francisco Zúñiga García. 1. ed. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997. p. 14.

²⁶³ Ibid., p. 18.

En cuanto que la imagen científica del mundo se caracteriza por hacer del mundo algo calculable y dominable mediante el saber, cualquier reconocimiento de poderes indisponibles e indomeñables que limitan y dominan nuestra conciencia es considerado, en esas circunstancias, como mitología²⁶⁴.

No entanto, o autor desconstrói esta oposição entre *mythos* e *logos* ao sustentar que esta exigência da razão, que considera que o mundo é algo calculável e dominável mediante o saber, é impossível de ser cumprida, uma vez que o mito e a razão têm uma história comum que decorre segundo as mesmas leis, ou seja, não é que a razão haja desencantado ao mito e que a razão haja ocupado o seu lugar, uma vez que há uma dependência efetiva da razão do poder econômico, social, estatal, deste modo, a ideia de uma razão absoluta é uma ilusão. Gadamer prossegue ao dizer que a razão está sempre referida a algo que não pertence a ela mesma e, também, a razão é sempre a interpretação de uma fé, logo, “todo el saber que la vida histórica tiene de si misma surge de la vida que tiene fé em si misma, cuya realización es ese saber”²⁶⁵. E ainda:

Naturalmente, hay que reconocer la verdad de los modos de conocimiento que se encuentran fuera de la ciencia para percibir en el mito una verdad propia. [...] el mundo de los dioses míticos, en cuanto que éstos son manifestaciones mundanas, representa los grandes poderes espirituales y morales de la vida²⁶⁶.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, ao se arvorar na defesa da diversidade étnico-cultural dos povos indígenas, consubstanciou o respeito às diversas tradições culturais e, conseqüentemente, à própria ideia de *mythos*, tendo em vista que os mitos perpassam as tradições e as culturas indígenas e integram a visão cosmológica que os indígenas possuem em relação as suas terras tradicionais.

As tradições e os mitos indígenas nada mais representam do que a força que a história dos índios, ou seja, a força do seu passado exerce sobre os seus modos de vida presentes e futuros. Nesse sentido, Ost afirma que “[...] a tradição é uma anterioridade que constitui autoridade [...]”²⁶⁷. Deste modo, a autoridade da tradição é constituída pelo contínuo aprendizado das gerações anteriores, prontas a servir de fonte de ensinamento e aconselhamento para a solução de casos no presente. Logo, a tradição pode ser

²⁶⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Mito y razón**. Traducción de José Francisco Zúñiga García. 1. ed. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997. p. 18.

²⁶⁵ Ibid., p. 19-21.

²⁶⁶ Ibid., p. 21.

²⁶⁷ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 64.

caracterizada por dois aspectos: a continuidade e a conformidade, visto que, de uma parte, há ligação a uma determinada fonte de anterioridade e, de outra parte, existe alinhamento num determinado foco de autoridade.

A tradição diz respeito à preservação das culturas indígenas, mas, também, à evolução do próprio Direito. Ost explica que “o enigma e a força da tradição é renovar sempre o fio da continuidade, ao mesmo tempo em que incorpora a inovação e a reinterpretação que o presente exige: a herança é incessantemente modificada e, contudo, é da mesma herança que se trata”²⁶⁸. Em outras palavras, há a necessidade de valorização dos legados oriundos da tradição – dos legados do passado –, mas sempre com abertura suficiente para as modificações operadas pelos movimentos do presente, assim, no centro de uma temporalidade que almeja “ligar o passado”, encontra-se a tradição, que se constitui como

[...] esse elo lançado entre as épocas, essa continuidade viva da transmissão de crenças e de práticas. Mais ainda do que qualquer outra disciplina, o direito é tradição: ele constitui-se por sedimentações sucessivas de soluções, e as próprias novidades que ele produz derivam de forma genealógica de argumentos de razões dignos de crédito num ou noutro momento do passado²⁶⁹.

Da mesma forma que o respeito à tradição mostra-se importante para o desenvolvimento e aprimoramento do Direito e para a aplicação das normas jurídicas, assim as tradições também se revestem de especial relevância para a preservação das culturas e dos diferentes *modos de ser e modos de vida* indígenas. Através da preservação das suas tradições, os povos indígenas garantem uma vida íntegra, que é *vivida* de acordo com os ensinamentos do passado que são transmitidos por seus ancestrais. Nesse processo de sedimentação de eventos do passado e de preservação das distintas identidades culturais indígenas, “[...] o território [que] é o habitat onde viveram e vivem os [seus] antepassados [...] está ligado às suas manifestações culturais e às tradições, às relações familiares e sociais”²⁷⁰.

Portanto, nesse processo de aprendizado com os acontecimentos do passado, situa-se a matéria referente à tradição indígena, mais precisamente, a questão referente à relação que os indígenas brasileiros mantêm com suas terras tradicionais. A variedade ecológica muito rica e diversa do território nacional brasileiro propiciou o florescimento de variados fatores

²⁶⁸ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 67.

²⁶⁹ Ibid., p. 63-64.

²⁷⁰ LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 101. (Vias dos saberes, n 1.).

geográficos que deram “[...] origem a uma diversidade de tipos ecológicos, microclimas e distintos tipos de solos”²⁷¹, o que, indubitavelmente, favoreceu a constituição e o desenvolvimento das identidades tradicionais dos povos indígenas brasileiros durante milhares de anos.

Sua mentalidade ecológico-cultural foi se desenvolvendo no processo de sua atividade vital, na relação equilibrada entre cultura tradicional e ecossistemas naturais. Os conhecimentos empíricos espontâneos foram se constituindo em normas de comportamento para o usufruto racional da natureza, para a sua manutenção e reprodução.

[...] Os povos indígenas têm conservado a visão comunitária e sagrada da natureza. Por isso, as montanhas, os lagos, os rios, as pedras, as florestas, os animais e as árvores têm um alto significado. Os acidentes geográficos e os fenômenos naturais são personificados e foram criadas em torno dessas narrativas orais e escritas ²⁷².

Tendo em vista que para os indígenas o sentido e a delimitação do território advêm das tradições, das crenças e dos costumes destes povos, não partindo, portanto, este sentido, da decisão de um soberano, pelo contrário, por ser “[...] fundamentalmente um acordo estabelecido entre partes iguais, [...] um pacto a partir de regras mínimas de convivência”²⁷³, é possível pensar os direitos territoriais indígenas a partir dos aportes do Direito Fraternal. Por meio de apropriações da metateoria do Direito Fraternal, o que se pretende demonstrar é que a cosmovisão que os indígenas possuem em relação aos seus territórios e, assim, a delimitação de tais espaços provêm de aspectos jurídicos e políticos discutidos e analisados no seio da comunidade indígena, logo, representa “[...] um direito jurado conjuntamente entre irmãos, no sentido da palavra latina *frater*”²⁷⁴, como preconiza o Direito Fraternal.

Segundo Liebgott, para os indígenas, o território compõe uma parte fundamental da vida destes povos, pois o território importa o ambiente em que se proliferam as diversas formas de vida e, também, no qual são preservadas as tradições. Embora os territórios, em termos espaciais, representem, no mais das vezes, espaços situados em determinado local geográfico – o que nem sempre ocorre, pois, por exemplo, os Guarani são povos migrantes, ou seja, em determinados períodos de tempo deslocam-se em busca de novo território,

²⁷¹ LUCIANO, Gerssem dos Santos. **O índio brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 100. (Vias dos saberes, n 1.).

²⁷² Ibid., p. 100-101.

²⁷³ VIAL, Sandra Regina Maritini. Direito fraternal na sociedade cosmopolita. **Contribuciones desde Coatepec**, Toluca, México, n. 12, p. 127, enero/jun. 2007.

²⁷⁴ Ibid., p. 127.

migram “em busca da terra sem mal”²⁷⁵ –, os índios aprendem com suas tradições, e, ao *ouvirem a voz* da tradição, buscam subsídios para traçarem novos caminhos.

A *escuta* da tradição não é algo estático. Quando os índios *ouvem a voz* da tradição, não o fazem de maneira meramente reprodutiva, mas sim, produtiva, pois nunca repetem o que foi *ouvido*, uma vez que as tradições vão se transformando de acordo com o estado de consciência do *intérprete* índio. Segundo Ost, a força da tradição consiste em renovar a linha da continuidade, com abertura para a inovação e a reinterpretação que o presente requer²⁷⁶. Ou seja, há um caráter criativo do processo de inserção da tradição, logo, a valorização dos legados da tradição requer “abertura suficiente para receber as adaptações produzidas pelos movimentos do presente”²⁷⁷.

Ao tratar da importância da tradição – assim como, das transformações das tradições que ocorrem no transcorrer da história – no contexto da valorização indígena das suas terras tradicionais, Duprat explica que:

[...] a definição de terras tradicionalmente ocupadas requer uma compreensão narrativa das vidas desses povos. A tradição que emerge dessa narrativa não é mera repetição de algo passado, não é mera remissão ao contexto da existência que a originou, mas a experiência histórica de sua reafirmação e transformação. Daí que a definição do que sejam terras tradicionalmente ocupadas, por cada grupo, passa por um estudo antropológico que, para além da história, revele a tradição que é permanentemente ritualizada e que dessa forma se faz presente na memória coletiva²⁷⁸.

Os índios fazem essa constante reafirmação e transformação das suas tradições, pois eles aprendem com o passado e, por isso, não repetem erros no presente e no futuro, do mesmo modo que mantêm aquelas tradições que consideram sadias. O culto à família e aos antepassados e o respeito à natureza são características das tradições dos povos indígenas. Nessa mesma esteira estão as ideias de Ost que afirma que “[...] o essencial na tradição é,

²⁷⁵ LIEBGOTT, Roberto Antonio. Os Guarani e a luta pela terra. In: RIO GRANDE DO SUL. Assembleia legislativa. **Coletivos Guarani no Rio Grande do Sul: territorialidade, interetnicidade, sobreposições e direitos específicos**. Porto Alegre: Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, 2012. p. 8.

²⁷⁶ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 67.

²⁷⁷ ENGELMANN, Wilson. Da fundamentação à proteção dos direitos humanos: a tradição e a linguagem como condição de possibilidade para a sua perspectiva universal e multicultural. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em direito da Unisinos: mestrado e doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 74.

²⁷⁸ DUPRAT, Deborah. Demarcação de terras indígenas: o papel do judiciário. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. **Povos indígenas no Brasil 2001/2005**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006. p. 175.

pois, a autoridade reconhecida ao passado para regular, ainda hoje, as questões do presente [...]”²⁷⁹. Engelmann corrobora o pensamento de Ost com os seguintes termos:

O ato de ligar o passado encontra-se circunscrito a essa particularidade: a memória da tradição exerce uma autoridade sobre o presente, na medida em que vem ao nosso encontro, como um modo de compreender a realidade atual. Aí a sua autoridade. Trata-se de uma autoridade consolidada pelo tempo e não artificialmente imposta pela vontade individual de um governante²⁸⁰.

Essa afirmação parece ter ainda mais força no contexto cultural indígena, no qual o modo de ser e de viver indígena – que envolve os costumes, os mitos, a visão diferenciada (cosmológica) que os índios possuem em relação ao seu território, à sua terra, aos seus antepassados, à sua casa (*tekoa*), aos seus familiares e à natureza – representa algo válido a partir da autoridade da herança histórica da tradição. Gadamer afirma que “os costumes são adotados livremente, mas não são criados nem fundados em sua validade por um livre discernimento. E é isso, precisamente, que denomina-se tradição: ter validade sem precisar de fundamentação”²⁸¹. E mais uma vez, as palavras do mestre alemão, que são direcionadas ao Direito e às regras jurídicas, compatibilizam-se inteiramente com a ideia das tradições indígenas, pois os índios não buscam uma fundamentação, ou seja, eles não buscam uma razão para os seus costumes quando agem em respeito as suas tradições. Eles fazem determinados rituais e cultos e honram suas tradições e costumes, pois acreditam na força da tradição. Assim, a validade dos seus ritos e costumes advém da herança histórica e das tradições antepassadas que são por eles respeitadas.

3.3 As Terras Tradicionalmente Ocupadas Enquanto Parte dos Territórios Indígenas: Compreendendo a Diferença Entre Terra e Território

Por não se tratar apenas de um espaço físico limitado pelo solo, a terra ocupada pelos indígenas adquire a configuração de território, ou seja, de espaço essencial para a conservação de “[...] demais elementos necessários à manutenção e evolução de suas culturas, tais como a água, o subsolo, sua fauna e flora e demais riquezas hídricas e

²⁷⁹ OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 65.

²⁸⁰ ENGELMANN, Wilson. Da fundamentação à proteção dos direitos humanos: a tradição e a linguagem como condição de possibilidade para a sua perspectiva universal e multicultural. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado: São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 74.

²⁸¹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2011. p. 372.

minerais” que, se violados, acarretam o prejuízo das “atividades econômicas e culturais dos naturais e primários senhores da terra”²⁸².

A posse, o usufruto e o controle efetivo das terras pelos índios são considerados condição *sine qua non* para a sobrevivência dos povos indígenas, em razão disso, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE acredita que o acesso à terra, por meio da demarcação das terras tradicionais indígenas, representa a condição principal da política brasileira referente à causa indígena. Conforme o “Censo Demográfico 2010: Características gerais dos indígenas: resultados do universo”:

A garantia do acesso à terra constitui, atualmente, um elemento central da política indigenista do Estado brasileiro. O processo de demarcação é o meio administrativo para explicitar os limites do território tradicionalmente ocupado pelos povos indígenas²⁸³.

A compreensão antropológica de territorialidade, que é concebida de diferentes modos pelos distintos grupos indígenas, diz respeito a uma abordagem que propicia a recuperação e a valorização da história da ocupação de uma terra por determinado povo indígena, da mesma forma que possibilita a melhor compreensão dos elementos culturais que fazem parte das experiências de ocupação e gestão territorial indígenas²⁸⁴.

Enquanto o conceito de terra remete à ideia de um processo político-jurídico conduzido sob a égide do Estado, que conforma a delimitação de fronteiras e o estabelecimento de propriedades privadas, com limites estanques, a noção de território refere-se “[...] à construção e à vivência, culturalmente variável, da relação entre uma sociedade específica e sua base territorial”²⁸⁵, e é essa ideia de território que conduz a luta dos povos indígenas pelos seus direitos territoriais.

Deste modo, a terra pode ser definida como “[...] o espaço geográfico que compõe o território, onde este é entendido como um espaço do cosmos, mais abrangente e completo”²⁸⁶, que “[...] não tem nada a ver com soberania política, jurídica e militar sobre um espaço

²⁸² LOBO, Luiz Felipe Bruno. **Direito indigenista brasileiro**: subsídios à sua doutrina. São Paulo: LTr, 1996. p. 45.

²⁸³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Censo Demográfico 2010**: características gerais do indígenas: resultado do universo. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_dos_Indigenas/pdf/Publicacao_completa.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2012.

²⁸⁴ GALLOIS, Dominique Tilkin. Terras ocupadas? Territórios? Territorialidades? In: RICARDO, Fany (Org.). **Terras indígenas & unidades de conservação da natureza**: o desafio das sobreposições. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p. 37.

²⁸⁵ Ibid., p. 39.

²⁸⁶ LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 101. (Vias dos saberes, n 1.).

territorial, como existe em um Estado soberano. Tem a ver com um espaço sacionatural necessário para se viver individual e coletivamente”²⁸⁷.

Para os índios, portanto, o território diz respeito ao “[...] conjunto de seres, espíritos, bens, valores, conhecimentos, tradições que garantem a possibilidade e o sentido da vida individual e coletiva”, dito de outra forma, “o território indígena é sempre a referência à ancestralidade e a toda a formação cósmica do universo e da humanidade”²⁸⁸.

Logo, o conceito constitucional de terra indígena é um dos elementos constitutivos do território, mas não é seu equivalente. Essa não-equivalência demonstra a importante contribuição que a antropologia pode fornecer ao Direito, especialmente, alertando ao Direito sobre as diferentes concepções de mundo (cosmovisões, cosmologias ou sociocosmovisões) que as distintas comunidades indígenas possuem, o que requer, necessariamente, a não-uniformidade no tratamento das terras indígenas²⁸⁹. Nesse contexto, devido ao caráter inclusivo e transdisciplinar do Direito Fraternal, parece adequado que os direitos territoriais indígenas sejam pensados a partir dos aportes desta metateoria, uma vez que estes direitos não podem ser pensados estritamente a partir das lentes jurídicas. Ao tratar das contribuições dos aportes do Direito Fraternal, que busca na transdisciplinaridade a solução dos fenômenos sociojurídicos, Vial aduz que: “Estudar o direito a partir de uma visão transdisciplinar implica em construir um novo referencial para a própria ciência do direito, o qual deve se fundamentar em outras áreas de estudos que estão intrinsecamente ligadas ‘com’ e ‘nos’ fenômenos sociojurídicos”²⁹⁰.

Por tratar a Constituição Federal, apenas do conceito de terras indígenas, silenciando quanto à ideia de território, os índios lutam pelo reconhecimento e demarcação de suas terras tradicionais que, de certa forma, abrange um pouco a ideia de proteção dos territórios indígenas, uma vez que o texto constitucional trata do reconhecimento aos índios dos “direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” e também menciona que tal ocupação tradicional deve considerar “os usos, costumes e tradições”²⁹¹ de cada povo, portanto, deve considerar a diversidade étnico-cultural dos diferentes povos indígenas.

²⁸⁷ LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 103. (Vias dos saberes, n 1.).

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 101.

²⁸⁹ GALLOIS, Dominique Tilkin. Terras ocupadas? Territórios? Territorialidades? In: RICARDO, Fany (Org.). **Terras indígenas & unidades de conservação da natureza**: o desafio das sobreposições. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p. 40.

²⁹⁰ VIAL, Sandra Regina Maritini. Direito fraternal na sociedade cosmopolita. **Contribuciones desde Coatepec**, Toluca, México, n. 12, p. 127, enero/jun. 2007. p. 133.

²⁹¹ Art. 231. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 ago. 2012.

O que se verifica é que há intersecções entre a disposição constitucional referente à terra e a compreensão antropológica de território (em razão disso, os termos terra e território serão utilizados indistintamente no desenvolvimento deste trabalho), contudo, os índios percebem os lugares em que vivem (terra/território) a partir de uma cosmovisão diferenciada²⁹². Para os indígenas, terra/território não representa apenas um local para habitar como representa para o homem europeu/ocidental, mas, sim, compreende um ambiente multidimensional, no qual são concebidos os diferentes *modos de ser e de vida* indígenas.

Os índios possuem uma visão integrada com o meio ambiente, uma vez que eles se consideram parte integrante do meio ambiente natural em que vivem. Esta especial relação dos povos indígenas com suas terras foi reconhecida no relatório *Direitos dos Povos Indígenas e Tribais sobre suas Terras Ancestrais e Recursos Naturais: Normas e Jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos* da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, que observou que: ao se assegurar o direito ao reconhecimento e à demarcação das terras indígenas tradicionais possibilita-se a garantia de outros direitos básicos, configurando-se, tal direito, um dos direitos humanos de maior importância para os povos indígenas²⁹³.

Através da luta pela demarcação das suas terras tradicionais os povos e as organizações indígenas se unificam, se articulam e se mobilizam em torno de uma

²⁹² Heurich explica a cosmovisão diferenciada dos indígenas nos seguintes termos: “As cosmologias indígenas enfatizam que muitos animais, plantas e minerais possuem capacidade de expressar-se da mesma forma que os humanos. Animais e plantas, assim, são pessoas: sujeitos dotados de intencionalidade, sendo capazes de agir e comportar-se conscientemente. Podemos perceber como essa forma de conceitualizar a humanidade é bem diferente da maneira como costumamos pensá-la. No pensamento de matriz ocidental, ocorre que a noção de humanidade é sempre definida em relação à de animalidade: diz-se que há uma diferença grande entre humanos e animais, pois humanos possuem cultura. Por outro lado, também falamos que os humanos são somente uma espécie pertencente ao reino animal: concebemos que há uma natureza biológica que nos aproxima dos animais. No fundo, no fundo, somos também animais. Convivemos, assim, com um certo paradoxo. [...] Não é o corpo que distingue humanos de animais, mas a capacidade intelectual, racional, e linguística. Somos seres com espírito. [...] As cosmologias ameríndias (indígenas), por sua vez, procedem a uma inversão desse esquema. O que é compartilhado por humanos, animais e plantas é justamente a capacidade cultural, isto é, uma capacidade de agir e pensar tal como os humanos o fazem. A condição de pessoa é uma capacidade que não é exclusiva dos humanos, sendo que a forma corporal não exclui alguns animais e plantas de tal condição. Assim, nas cosmologias indígenas, animais e plantas se veem como ‘gente’, isto é, como concebemos que humanos normalmente se veem. Vendo a si próprios como ‘gente’, tais plantas e animais percebem objetos e seres de forma distinta daquela percebida por outras perspectivas: o que para nós é plumagem, para o jacu é adorno cultural, enfeite; sangue derramado é cerveja para os urubus; lamaçais são casas cerimoniais para os porcos-do-mato. HEURICH, Guilherme Orlandini. O primado da relação: aliança, diferença e movimento nas perspectivas indígenas. In: NÚCLEO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA OS POVOS INDÍGENAS. **Povos indígenas na Bacia Hidrográfica do Lago Guaíba, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil**. Porto Alegre: Prefeitura Municipal, 2008. p. 80-81.

²⁹³ RELATÓRIO reafirma necessidade da soberania dos povos indígenas em seus territórios. **Informativo Jurídico da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão (índios e minorias)**, Brasília, DF, 1. ed., p. 29, fev. 2011. Disponível em: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/informativo_juridico/docs_informativo_juridico/informe_03_03_2011>. Acesso em: 12 jan. 2012.

bandeira de luta comum que é a defesa de seus territórios²⁹⁴. A terra, portanto, se configura como um fator fundamental de resistência dos povos indígenas.

José Afonso da Silva afirma que “[...] a questão da terra transforma-se no ponto central dos direitos constitucionais dos índios”, uma vez que para os indígenas a terra possui “[...] um valor de sobrevivência física e cultural [...]”, logo, “[...] não se ampararão seus direitos se não se lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras por eles tradicionalmente ocupadas”²⁹⁵.

Em termos de espacialidade e territorialidade, embora no texto constitucional de 1988 tenha sido estabelecido preceito que preveja o reconhecimento das *terras tradicionalmente ocupadas pelos índios*, persiste clara imposição dos padrões da sociedade nacional “civilizada” – provenientes da perspectiva eurocêntrica, que remetem a relações de dominação e exploração e não comporta o respeito à perspectiva diferenciada – em prejuízo das formas indígenas, uma vez que é construída uma noção de “território tradicional” à imagem dos demais espaços territoriais, com fronteiras, centros e periferias²⁹⁶. No entanto, os povos indígenas não conseguem ter garantidas as suas formas de manifestações culturais nestes espaços compartimentados, até mesmo porque, estes espaços “oficiais” buscam muito mais garantir uma certa “indigenicidade” destes povos, ao invés de permitir o pleno desenvolvimento dos seus modos de vida:

Na lei, o usufruto exclusivo dos índios aos recursos naturais de suas terras está perfeitamente assegurado. Na prática, os territórios indígenas são tomados como bens públicos e notoriamente objeto de invasões, usurpações e outros tipos de abuso²⁹⁷.

A cosmovisão que os indígenas possuem em relação à terra que habitam constitui um contraponto notório às concepções de propriedade privada, às formas geopolíticas

²⁹⁴ LUCIANO, Gersém dos Santos. **O índio brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 101. (Vias dos saberes, n. 1).

²⁹⁵ SILVA, José Afonso da. **Comentários contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 869.

²⁹⁶ PRADELLA, Luiz Gustavo Souza; SALDANHA, José Rodrigo. A presença kaingang no Morro do Osso entre diferentes perspectivas sócio-discursivas. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 66-67, jun./dez. 2008. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/2658/4581>>. Acesso em: 22 dez. 2011.

²⁹⁷ RAMOS, Alcida Rita. **Os direitos do índio no Brasil**: na encruzilhada da cidadania. Brasília: UnB, 1991. p. 05. (Antropologia, n. 116).

centralizadas, em outros termos, confronta o cerne da organização político-espacial dos modelos nacionais eurocentrados²⁹⁸.

Essa visão eurocêntrica de propriedade pretende-se hegemônica e única lógica aceitável, e sob este enfoque, a territorialidade pode ser segmentada a ponto de conformar as paisagens a uma essencialidade estática. O que se reflete “[...] na criação e manipulação de espaços fixos, com limites claramente definidos, para além dos próprios processos históricos factuais e para além de outras concepções das paisagens”²⁹⁹, perspectiva que se contrapõe à percepção indígena a respeito da territorialidade.

Ou seja, embora a sociedade brasileira tenha como marco constitucional, uma Constituição que, em seu Preâmbulo, afirme o compromisso com a fraternidade e com a pluralidade, portanto, o texto constitucional apresenta-se aberto a um Direito e a uma sociedade fraterna e plural, o indígena – o Outro – e suas especificidades culturais, muitas vezes, são esquecidas. Talvez através dos aportes do Direito Fraternal um cenário político mais amplo seja possível. Um cenário no qual se poderá ouvir as diferentes vozes e opiniões – especialmente as indígenas – e, independentemente de delimitações políticas ou geográficas, mas com base na fraternidade, se poderá tentar conciliar e alcançar a melhor medida para se proteger, efetivamente, os direitos destes povos³⁰⁰.

Este pensamento eurocentrado também busca fundamentar noções rígidas de “territórios de origem” indígenas, geralmente distantes dos lugares efetivamente tradicionais. É como se as identidades indígenas tivessem sido elaboradas e reelaboradas em espaços confinados aos quais devem se limitar, tal qual a imagem de um Estado nacional; e não num espaço tradicional, sacro e comunitário através do qual no mais das vezes, estes grupos concebem sua existência.

Questiona-se, portanto, na alteridade indígena, elementos ‘inquestionáveis’ de sua própria identidade: como se os ancestrais europeus do que hoje chamamos ‘brasileiros’, com suas lógicas de propriedade privada, fronteira rígida e organização estatal fossem ‘naturais’ ou ‘milenarios’ nas terras baixas da América do Sul³⁰¹.

²⁹⁸ PRADELLA, Luiz Gustavo Souza; SALDANHA, José Rodrigo. A presença kaingang no Morro do Osso entre diferentes perspectivas sócio-discursivas. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 67, jun./dez. 2008. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/2658/4581>>. Acesso em: 22 dez. 2011.

²⁹⁹ Ibid., p. 71.

³⁰⁰ VIAL, Sandra Regina Maritini. Direito fraternal na sociedade cosmopolita. **Contribuciones desde Coatepec**, Toluca, México, n. 12, p. 127, enero/jun. 2007.

³⁰¹ PRADELLA; SALDANHA, op.cit., p. 73.

Deste modo, tratar os índios como cidadão e sujeitos de direito que são, detentores de dignidade, implica a abertura as suas reivindicações, que, na maioria das vezes, confrontam-se com os interesses privados estabelecidos em detrimento aos seus direitos originários³⁰². Jane Beltrão *et al* explica que:

O direito à identidade indígena se converte no reconhecimento do pertencimento de indivíduos a povos etnicamente diferenciados e o respeito à autonomia e autodeterminação de suas instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, representando a concretização do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, bem como dos princípios da igualdade e liberdade, traduzindo a identidade indígena num autêntico direito fundamental no contexto da ordem constitucional brasileira³⁰³.

Assim, o reconhecimento das *terras tradicionalmente ocupadas pelos índios* requer o respeito à diversidade étnico-cultural dos indígenas e a correta compreensão da tradicionalidade e da cosmovisão que os povos indígenas possuem em relação as suas terras, pois é desta maneira que será viável a preservação das identidades culturais destes povos. Em outras tintas, o direito à terra está na essência dos direitos dos povos indígenas, uma vez que “[...] da sua garantia dependem todos os demais direitos e a própria continuidade e reprodução cultural desses povos”, sendo que, é em torno da aplicação deste direito que ocorrem os maiores conflitos e é nesse cenário que surgem preconceitos que procuram deslegitimar e desqualificar os índios e as suas identidades culturais:

Sob o mote de que ‘há muita terra para pouco índio’, interesses contrariados com a demarcação das terras indígenas no país procuram apresentar os índios como privilegiados em relação aos demais setores da sociedade brasileira, o que se traduz numa imensa pressão sobre o governo para que não se demarquem ou se demarquem em menor extensão as terras às quais determinado povo tem direito³⁰⁴.

O argumento de que “há muita terra para pouco índio” denota preconceito e má fé em relação à diversidade cultural, não tendo qualquer amparo em fatos concretos, bastando que se verifique, para tanto, que na maior parte do país os povos indígenas

³⁰² SOUZA, José Otávio Catafesto de. Mobilização indígena, direitos originários e cidadania tutelada no sul do país depois 1988. In: FONSECA, Claudia; TERTO JR, Veriano; ALVES, Caleb Farias (Org.). **Antropologia, diversidade e direitos humanos: diálogos interdisciplinares**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004. p. 187.

³⁰³ BELTRÃO, Jane Felipe; OLIVEIRA, Assis; OLIVEIRA, Leon. Outras faces do ser indígena: entre pertencimentos e exclusões. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 12, jun./dez. 2009. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/EspaçoAmeríndio/article/view/10777>>. Acesso em: 27 dez. 2011.

³⁰⁴ ARAÚJO, Ana Valéria (Org.). **Povos indígenas e a lei dos “brancos”**: o direito à diferença Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 49. (Via dos saberes, n. 3).

vivem em áreas bastante pequenas, as quais não lhes garantem as condições mínimas para uma existência digna^{305 306}.

Os reiterados discursos “oficiais” (eurocentrados) proferidos a respeito dos povos indígenas se caracterizam pela negação velada das diferentes formas de *ser* e de *viver* dos indígenas. Na época colonial, o que era objeto de questionamento era a completude dos indígenas enquanto seres humanos. Na contemporaneidade, a estas populações estão vetadas, por decreto e desconhecimento, algumas de suas mais caras concepções, como a concepção cosmológica de território indígena, de cunho comunitário³⁰⁷.

Para muitos brasileiros é pela ausência que se define o indígena. Sem fé, sem lei e sem rei: aquilo que no século XVI se dizia dos índios, com pouquíssimas transformações é ainda um discurso amplamente vigente também nas instituições eurocentradas dos nossos dias. A partir dessa perspectiva tudo aquilo que não possa ser identificado através da comparação às formas euroreferenciadas – conceber a política, organizar o espaço e pensar o corpo – não existe. Nesse sentido o ‘índio’ é como uma criança, alguém ‘a ser ensinado’. Suas formas particulares de política, espacialidade, corporalidade e religiosidade são ignoradas, deixadas de lado em nome do ‘certo’, dos padrões que o indígena ‘evoluído’ e ‘instruído’ deve assimilar. Este não é o único modo pelo qual os povos ameríndios em situação de contato são tratados pelo discurso neocolonialista. Outra forma contemporânea de se referir aos indígenas consiste em um exame constante de sua ‘indigenidade’. Seus difusores se colocam numa posição de examinadores cuja meta geralmente é avaliar o grau de ‘pureza’, de ‘degradação’ ou ‘perda’ da ‘cultura indígena’. Esta avaliação se dá, não pelos padrões e valores dos grupos étnicos em questão, mas a partir de uma comparação com o padrão de ‘índio puro’, pleno de ‘exoticidade’ em relação aos padrões ocidentais, ‘harmonioso’ na sua relação com o ‘ambiente natural’, ‘ingênuo’ e ‘primitivo’ no que se refere aos saberes técnicos e políticos, exigidos insistentemente pela imaginação dos ocidentais³⁰⁸.

A expressão *índio* tem sido utilizado, historicamente, para traduzir concepções desvirtuadas, na maioria das vezes românticas sobre um suposto *bom selvagem*, como se os

³⁰⁵ ARAÚJO, Ana Valéria (Org.). **Povos indígenas e a lei dos “brancos”**: o direito à diferença Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 49. (Via dos saberes, n. 3).

³⁰⁶ “Exceção se faz no caso da Amazônia, onde nos últimos anos foi possível reconhecer aos índios o direito a áreas de maior extensão, com fundamento exatamente no conceito constitucional de terras indígenas. Mesmo nestes casos, é preciso que se diga que em muitas regiões da Amazônia os índios são a maior parte da população, sendo certo que as extensões das suas terras ainda estão abaixo dos índices de concentração fundiária na mão de particulares. Não bastasse isso, muitas dessas terras, ainda que extensas, enfrentam graves problemas de invasão por madeireiros, garimpeiros e fazendeiros, sendo o Estado bastante lento e pouco eficiente em adotar providências para garantir a plena posse dos índios sobre seus territórios”. Ibid., p. 49.

³⁰⁷ PRADELLA, Luiz Gustavo Souza; SALDANHA, José Rodrigo. A presença kaingang no Morro do Osso entre diferentes perspectivas sócio-discursivas. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 63-64, jun./dez. 2008. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/2658/4581>>. Acesso em: 22 dez. 2011.

³⁰⁸ Ibid., p. 64-65.

indígenas fossem cópias fiéis daquilo que Adão e Eva foram no paraíso judaico-cristão antes do pecado original³⁰⁹. No entanto, desconsidera-se o crescente aumento dos povos indígenas no Brasil, fator que demonstra que estes povos se reconhecem como possuidores de identidades culturais diferentes das do homem civilizado, mesmo diante das inúmeras agressões e desrespeitos que têm sofrido.

O crescente protagonismo indígena, que está impulsionando a sociedade brasileira na direção do resgate de erros do passado, permite que seja lançado um novo olhar sobre a questão das terras indígenas tradicionais, bem como, que seja reconhecida a sua importância para a preservação dos costumes e tradições indígenas e dos recursos naturais e da biodiversidade^{310 311}.

O reconhecimento dos direitos territoriais originários dos indígenas e a demarcação de suas terras tradicionais representam não apenas a preservação das identidades étnico-culturais indígenas tradicionais, mas, também, a preservação da sociedade brasileira como um todo. Nesta quadra da história, os direitos humanos efetivamente serão respeitados no Brasil se a sociedade brasileira despir-se de seus preconceitos e passar a considerar a visão diferenciada que os índios mantêm com as suas terras como algo positivo. Durante centenas – ou até milhares – de anos os índios mantiveram relações sadias e sustentáveis com a natureza, tanto que na época do *descobrimento* das Américas, as terras brasileiras eram muito mais ricas em recursos naturais do que o são nos dias de hoje. Com o decorrer do tempo e com o avanço do processo civilizatório, o homem *civilizado* parece cada vez mais distante de qualquer relação sustentável com o ambiente natural em que está inserido, logo, parece que a sociedade brasileira tem muito a aprender com os índios.

A efetiva proteção dos povos indígenas e das suas identidades étnico-culturais requer, portanto, a preservação das terras indígenas. Todavia, a preservação das terras indígenas apenas é plausível mediante a compreensão do que os diferentes povos indígenas compreendem por terra e território. Assim, a pesquisa que segue, que não pretende ser exaustiva e, tampouco, estruturada em termos estritamente antropológicos, uma vez que é

³⁰⁹ SOUZA, José Otávio Catafesto de. Mobilização indígena, direitos originários e cidadania tutelada no sul do país depois 1988. In: FONSECA, Claudia; TERTO JR, Veriano; ALVES, Caleb Farias (Org.). **Antropologia, diversidade e direitos humanos: diálogos interdisciplinares**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004. p. 190.

³¹⁰ ARAÚJO, Ana Valéria (Org.). **Povos indígenas e a lei dos “brancos”**: o direito à diferença Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 55. (Via dos saberes, n. 3).

³¹¹ Outra questão pertinente diz respeito à maior preservação das áreas florestais que estão sob o domínio indígena. Imagens de satélite demonstram que, na atualidade, as áreas de florestas mais preservadas na Amazônia estão dentro dos limites das terras indígenas tradicionais, em razão da relação harmoniosa que esses povos mantiveram – e continuam a manter – com o seu ambiente ao longo dos tempos. *Ibid.*, p. 55.

realizada a partir da lente de um pesquisador formado nos moldes do conhecimento jurídico, busca compreender as concepções de terra e de território dos povos indígenas que tradicionalmente ocupam as terras localizadas no Estado do Rio Grande do Sul. Com viés transdisciplinar, uma vez que realizada com base em conhecimentos advindos da antropologia, a análise da terra a partir das perspectivas cosmológicas dos povos do Rio Grande do Sul almeja encontrar contribuições para o desvelamento da questão territorial indígena no cenário jurídico brasileiro como um todo.

3.3.1 Terra/Território para o Povo Guarani

Os povos indígenas de uma extensa área territorial que intermediava as colônias ibéricas na América do Sul meridional sentiram a ferocidade da conquista espanhola da bacia do Prata e da busca incansável de cativos pelos portugueses das capitanias do Sul. Ainda que o processo de penetração colonial, em suas diversas facetas, tenha afetado direta ou indiretamente a demografia, a distribuição territorial e a organização política de todos os povos da região, os povos Guarani foram atingidos de modo particular, tendo em vista que estes povos sofreram profundas transformações resultantes de práticas e políticas impingidas pelos principais agentes da expansão colonial europeia³¹².

Contudo, em contrapartida, entre os povos indígenas da América que entraram em contato com os europeus desde os primórdios da colonização, os Guarani representam um exemplo dos que conseguiram sobreviver até a contemporaneidade, mantendo importantes aspectos de sua cultura e organização social³¹³. Longe de serem as inertes vítimas descritas habitualmente nos livros de história, os Guarani desenvolveram táticas próprias que tinham em vista não apenas a mera sobrevivência mas, também, a constante recriação de sua identidade e de seu *modo de ser*, diante das condições progressivamente precárias³¹⁴.

Esta etnia indígena, que teve grupos inteiros dizimados, permanece a sofrer, na atualidade, devido à dificuldade de regresso aos seus territórios originais e, por via de consequência, devido à dificuldade de concretização de seus direitos mais básicos. Não obstante, os Guarani compõem uma das sociedades indígenas brasileiras mais numerosas.

³¹² MONTEIRO, John Manuel. Os Guarani e a história do Brasil meridional: séculos XVI-XVII. In: CUNHA, Manuela Carneiro de (Org.). **História dos índios no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 475.

³¹³ LITAIFF, Aldo. “Sem tekoa não há teko – sem terra não há cultura”: estudo e desenvolvimento autosustentável de comunidades indígenas guarani. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 115-116, jun./dez. 2008. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/6001>>. Acesso em: 22 dez. 2011.

³¹⁴ MONTEIRO, op. cit. p. 475.

Atualmente, há quatro grupos Guarani que vivem na América do Sul: “Chiriguanos na Bolívia (60.000), Kayowa (40.000), Chiripa ou Nhandeva (30.000) e Mbya (30.000), no Paraguai, Argentina, Uruguai e no Brasil, distribuídos no centro-oeste, sul e sudeste”³¹⁵.

No Brasil, muitos indígenas Guarani – dos grupos Mbya e Chiripa – habitam, no litoral sul e no sudeste brasileiro, o território onde viveram os Carijó-Guarani, seus ancestrais, até seu desaparecimento no século XVII³¹⁶. Estes lugares são considerados pontos de referência histórica e mitológica para os povos Guarani, uma vez que abrigaram os seus ancestrais. Estes lugares (áreas no litoral sul e no sudeste brasileiro) são importantes espaços históricos e mitológicos para os índios Guarani, tendo em vista que eles ainda conservam seus “nomes guarani”, topônimos que se referem à cosmologia e à descrição geográfica destes locais. Deste modo, estes índios permanecem fiéis ao seu território de origem, buscando se estabelecer nos mesmos *amba*, ou seja, nos mesmos lugares ou espaços, que, segundo eles, foram criados e destinados por “*Nhanderu Tenondegua*” – o Deus supremo – para serem ocupados pelos Guarani³¹⁷.

Por considerar sagrados aqueles territórios já ocupados por seus ancestrais, as comunidades Guarani que habitam as terras do Estado do Rio Grande do Sul – bem como todas as demais regiões da América do Sul – caminham em busca de suas terras e se negam a aceitar a demarcação, por parte do governo, de terras consideradas *tradicionais* pela legislação, sem que em tal espaço existam evidências de uma remota ocupação Guarani.

Os Mbya (um grupo Guarani) seguem então esses caminhos por onde passaram os seus ancestrais, viajando por eles, observando os lugares familiares, procurando fixar-se nas proximidades. Então, aqueles que seguem os princípios de teko se dedicando a exercícios espirituais com o objetivo de ‘se encantar’ podem atingir a Terra sem Mal³¹⁸.

³¹⁵ LITAIFF, Aldo. “Sem tekoa não há teko – sem terra não há cultura”: estudo e desenvolvimento autosustentável de comunidades indígenas guarani. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 115-116, jun./dez. 2008. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/6001>>. Acesso em: 22 dez. 2011.p. 115-116.

³¹⁶ Liebgott diz que “os Guarani ocupam tradicionalmente as terras que abrangem partes do Rio Grande do Sul (Missões, Pampa, Planalto, Litoral), Santa Catarina, Paraná, São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Mato Grosso do Sul e regiões da Argentina, Paraguai, Bolívia e Uruguai”. LIEBGOTT, Roberto Antonio. Os Guarani e a luta pela terra. In: RIO GRANDE DO SUL. Assembleia legislativa. **Coletivos Guarani no Rio Grande do Sul: territorialidade, interetnicidade, sobreposições e direitos específicos**. Porto Alegre: Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, 2012. p. 05.

³¹⁷ LITAIFF, op. cit. p. 116.

³¹⁸ LITAIFF, Aldo. O “kesuita” guarani: mitologia e territorialidade. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 153, jun./dez. 2009. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/11707>>. Acesso em: 19 dez. 2011. “Com vocês, *Jurua*, é sempre assim! É por isso que não dizemos nada a ninguém! Vocês sempre duvidam do que não vem de vocês mesmos e perguntam, ‘vocês já viram isso ou aquilo?’, é sempre assim, então o índio deve explicar tudo, dizer que ele não viu, mas que seu avô, seu pai, sua mãe já viram, mas não ele. Aqui têm muitos velhos que já viram então todo mundo acredita no *Nhanderu Mirim*, por que eu

Interessante observar que a questão territorial para os Guarani não é uma questão estanque, na qual os índios se conformarão com a delimitação de fronteiras precisas e duradouras, uma vez que, os Guarani são povos que estão constantemente *em busca da terra sem mal*. Assim, o que, hoje, pode ser considerada como uma terra sem mal, daqui há alguns meses ou anos pode não ser mais, daí a necessidade de os Guarani rumarem em direção a uma outra terra e, por sua vez, o Governo, demarcá-la como uma terra de ocupação tradicional indígena (informação verbal)³¹⁹.

Para os povos indígenas Guarani, portanto, a terra é um valor central, uma vez que constitui um elemento de manifestação da ancestralidade e da tradicionalidade da sua cultura. A possibilidade de manifestar o modo de ser (*teko, reko*) do povo Guarani está diretamente relacionada à possibilidade deste povo desenvolver-se em um território tradicional. Além disso, o pertencimento do povo Guarani a um território constitui elemento educativo, uma vez que há um interesse manifesto por parte dos adultos em que as crianças conheçam diversos aspectos do território e das tradições do seu povo³²⁰.

A questão da territorialidade do povo Guarani também não diz respeito somente a questões de aproveitamento econômico do território como acontece com outros grupos que subsistem da caça e da coleta, mas está relacionada, especialmente, a interesses religiosos: à busca da “terra sem mal”³²¹. Para os povos Guarani, a “terra sem mal” é um “[...] lugar privilegiado, indestrutível, em que a terra produz por si mesma os seus frutos e não há morte”³²².

Contudo, desde o início do processo colonizatório na América Latina e no Brasil, os povos indígenas têm sido espoliados de suas terras e as políticas públicas brasileiras de demarcação das terras tradicionais, que buscam recuperar estas áreas e garantir a sobrevivências destes povos, não compreendem a lógica da territorialidade indígena. No caso do povo Guarani, ao se realizar os estudos de uma terra e a confecção de um

duvidaria?! Mas vocês não acreditam então eu penso e pergunto: ‘e vocês? Vocês já viram Jesus, vocês já o viram ressuscitar? Nunca! Mas vocês acreditam nele mesmo assim’. Vocês não acreditam nos índios porque não vivem como nós, não pensam como nós! (Entrevista com Luis Euzébio Karai, dezembro de 1990). O Kesuita e as suas ações podem ser vistos aqui como “proposições axiomáticas não demonstráveis”, similares ao “sintético a priori kantiano”. Como assinalam os próprios Mbya “mesmo que quase ninguém tenha visto, todos acreditam no ‘Nhanderu Mirim’”. Ibid., p. 154-155.

³¹⁹ Informação obtida em entrevista com o Senhor Ignácio Kunkel, da Secretaria de Desenvolvimento Rural, Pesca e Cooperativismo do Estado do Rio Grande do Sul (SDR/RS), Porto Alegre, RS, no dia 18 de dezembro de 2012.

³²⁰ ENRIZ, Noelia. Perspectivas infantiles sobre la territorialidad. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 49, jun./dez. 2009. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/EspaçoAmeríndio/article/view/10883>>. Acesso em: 19 dez. 2011.

³²¹ Ibid., p. 44.

³²² CLASTRES, Hélène. **Terra sem mal**. Tradução Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Brasiliense, 1978. p. 30.

Relatório Circunstanciado que indique os limites geográficos e territoriais desta área, é necessário ter presente o quão ineficaz pode ser a demarcação de terras que não considere as condições particulares desta etnia quanto à percepção da área tradicional, uma vez que as especificidades da terra a ser demarcada como território Guarani configuram a possibilidade ou não de organização social-política deste povo.

Na medida em que o território indígena é pensado como o lugar onde o grupo se estabelece e o local em que desenvolve, de forma comunitária, as suas atividades, costumes, crenças e tradições, parece pouco provável que o povo Guarani aceite a demarcação de terras que não lhes sejam tradicionais, assim como a demarcação de áreas segmentadas, lotes individuais, uma vez que estes espaços não apresentam qualquer valor para preservação das suas culturas³²³.

3.3.2 Terra/Território para o Povo Kaingang

O povo indígena Kaingang habita, atualmente, os quatro estados brasileiros localizados mais ao sul: São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul. Este povo reside especialmente em “[...] áreas de floresta com pinheiros e de campos do Planalto Sul-Brasileiro, mas, também, nas regiões contíguas ao Planalto ou, mesmo, dentro dos espaços metropolitanos de grandes cidades”³²⁴.

O povo Kaingang também possui uma cosmovisão diferenciada das formas de organização social e de religiosidade eurocêntricas, que estão presentes no modo de organização da sociedade brasileira. A concepção de terra, território e natureza para os Kaingang possui uma especial relação com o modo de vida e de organização social deste povo:

Os Kaingang entram no morro para ‘segurar o mato’ na iminência de sua destruição. O mato é por excelência o espaço das plantas e dos animais, assim como dos cursos d’água e das formações rochosas, e todos estes elementos são entidades antropomorfizadas, podem ser identificadas, são vistas como membros de ‘comunidades’, sustentam relações de parentesco,

³²³ ENRIZ, Noelia. Perspectivas infantiles sobre la territorialidad. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 49-50, jun./dez. 2009. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/10883>>. Acesso em: 19 dez. 2011.

³²⁴ SILVA, Sergio Baptista da. Sociocosmologias indígenas no espaço metropolitano de Porto Alegre. In: GEHLEN, Ivaldo; SILVA, Marta Borba; SANTOS, Simone Ritta dos (Org.). **Diversidade e proteção social: estudos quanti-qualitativos das populações de Porto Alegre: afro-brasileiros; crianças, adolescentes e adultos em situação de rua; coletivos indígenas; remanescentes de quilombos**. Porto Alegre: Century, 2008. p. 94.

são definidas enquanto pertencentes às metades – kamé ou kajrú – nas quais o cosmos encontra-se dividido³²⁵.

Devido a esta estreita relação com a natureza, os nomes dos índios Kaingang se relacionam diretamente a estes elementos, de forma que homens, mulheres, animais, plantas e rochas podem ser considerados *irmãos de metade*, de substância e origens comuns. Tendo em vista que todos são “habitantes da mata”, cada um – conforme a sua respectiva metade – complementa e é complementado pelos da metade contrária³²⁶. Para a cosmologia Kaingang, a sociedade e a natureza não são mundos estanques, dissociados, em verdade, para estes povos, há apenas uma diferença de grau entre os homens, as plantas e os animais³²⁷.

A perspectiva Kaingang acerca do espaço territorial é constituída pelos *outros* que habitam seu cosmos. Essa noção de territorialidade indígena se distingue em muito daquela noção contida nos moldes da sociedade nacional brasileira, que é tributária de uma visão eurocêntrica de mundo, que engendra uma visão compartimentada e individualizada do acesso à terra – propriedade privada –, ponto de vista inaceitável a partir da perspectiva indígena. Neste contexto, Duprat afirma que existe uma diferença substancial entre a propriedade privada, compartimentada, “[...] – espaço excludente e marcado pela nota da individualidade – e o território indígena – espaço de acolhimento, em que o indivíduo encontra-se referido aos que o cercam”³²⁸.

A partir da cosmovisão do povo Kaingang, a terra também se vincula à preservação do espaço que serviu de habitação para os seus ancestrais. Esta noção, que se apresenta absolutamente diferenciada da visão que se embasa no modo de ser eurocêntrico, conforma o que deveria ser compreendido e reconhecido, no ordenamento jurídico brasileiro, como terra tradicionalmente ocupada pelo povo Kaingang. Isso pode ser visto, apenas a título de exemplo, no caso judicial do *Morro do Osso*, que envolve uma comunidade Kaingang que passou a habitar a região do Morro do Osso na cidade de Porto Alegre/RS.

³²⁵ PRADELLA, Luiz Gustavo Souza; SALDANHA, José Rodrigo. A presença kaingang no Morro do Osso entre diferentes perspectivas sócio-discursivas. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 68, jun./dez. 2008. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/EspaçoAmeríndio/article/view/2658/4581>>. Acesso em: 22 dez. 2011.

³²⁶ *Ibid.*, p. 68.

³²⁷ SILVA, Sergio Baptista da. Sociocosmologias indígenas no espaço metropolitano de Porto Alegre. In: GEHLEN, Ivaldo; SILVA, Marta Borba; SANTOS, Simone Ritta dos (Org.). **Diversidade e proteção social: estudos quanti-qualitativos das Populações de Porto Alegre: afro-brasileiros; crianças, adolescentes e adultos em situação de rua; coletivos indígenas; remanescentes de quilombos**. Porto Alegre: Century, 2008. p. 96.

³²⁸ DUPRAT, Deborah. **Terras indígenas e o judiciário**. Brasília, DF, [2011?]. p. 02. Disponível em: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/terras_indigenas_e_o_judiciario.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2011. Texto postado no site da Procuradoria Geral da República.

Situado na Zona Sul de Porto Alegre, próximo às margens do rio Guaíba, o Morro do Osso é reconhecido, historicamente, por ter abrigado, num tempo imemorial, um cemitério indígena. Em junho de 1994, a Prefeitura Municipal de Porto Alegre criou o *Parque Natural do Morro do Osso*, com um total de 110 hectares. Anos mais tarde, no ano de 2003, antes do estabelecimento dos Kaingang no Morro do Osso, o Núcleo de Antropologia das Sociedades Indígenas e Tradicionais (NIT) foi contatado pela direção do Parque Municipal do Morro do Osso devido a uma preocupação em tentar localizar o cemitério indígena ali existente³²⁹.

Alguns meses depois, na primeira semana de abril de 2004, um grupo Kaingang proveniente da Emã Fág Nhin (conhecida entre os brancos como ‘Aldeia da Lomba do Pinheiro’), bem como de algumas vilas da cidade de Porto Alegre, estabeleceram um wãre às margens do caminho principal do parque, próximo à sede deste, aos pés de uma Acácia Negra. Em sua maior parte, aqueles kaingang provenientes da ‘Aldeia Kaingang da Lomba do Pinheiro’ eram membros de uma facção que há muito vinha rompendo com outras lideranças daquela aldeia e com os seus buscavam outros espaços onde pudessem viver segundo seus referenciais.

No dia dezessete do mesmo mês, os Kaingang estabelecidos no Morro do Osso foram surpreendidos por uma intervenção orquestrada pela Prefeitura de Porto Alegre, e conduzida por alguns funcionários municipais com o apoio de soldados da Brigada Militar Estadual que, deslocando um caminhão e duas viaturas para o local, tinham o intuito de removê-los dali³³⁰.

As duas principais razões que determinaram o estabelecimento dos indígenas no Morro do Osso fundamentavam-se em questões concernentes ao passado³³¹ e ao presente, expressas pelo sentimento de sacralidade da referida área e pelos seus elementos no cotidiano e história dos Kaingang de tal comunidade³³².

O Morro do Osso trata-se de um local xamânico-cosmológico Kaingang, que relaciona-se fortemente às concepções religiosas da comunidade que habita aquela região.

³²⁹ PRADELLA, Luiz Gustavo Souza; SALDANHA, José Rodrigo. A presença kaingang no Morro do Osso entre diferentes perspectivas sócio-discursivas. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 54-55, jun./dez. 2008. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/2658/4581>>. Acesso em: 22 dez. 2011.

³³⁰ Ibid., p. 56.

³³¹ Quanto à importância do Morro do Osso para os Kaingang, Silva e outros explicam que: “Os deslocamentos *kaingang* para a Bacia do Lago Guaíba parecem ser muito recuados no tempo. Aldeias atuais localizadas nas regiões hidrográficas Taquari-Antas, Caí e Sinos (como, por exemplo, as aldeias de Estrela e de São Leopoldo) indicam o desbordar desde o Planalto de populações kaingang rumo ao sul e ao litoral. No passado pré-histórico, muitos assentamentos dos seus antepassados estão presentes nas regiões citadas. Muitos documentos históricos do final do século XIX e início do século XX atestam sua presença inegável na Bacia do Lago Guaíba”. SILVA, Sergio Baptista da et al. Coletivos indígenas em Porto Alegre e regiões limítrofes. In: GEHLEN, Ivaldo; SILVA, Marta Borba; SANTOS, Simone Ritta dos (Org.). **Diversidade e proteção social: estudos quantitativos das Populações de Porto Alegre: afro-brasileiros; crianças, adolescentes e adultos em situação de rua; coletivos indígenas; remanescentes de quilombos**. Porto Alegre: Century, 2008. p. 123.

³³² PRADELLA; SALDANHA, op. cit., p. 59.

Os Kaingang da Aldeia do Morro do Osso descobriram que aquele local era importante para a reconstrução cosmológica (ou sociocosmológica) da identidade cultural da sua comunidade, pois o xamã (*kujà*) teve sucessivos contatos com seu guia espiritual (*iangrë*), que lhe indicava um local de antiga moradia Kaingang – mais precisamente um morro em Porto Alegre – que abrigava um cemitério, onde se encontravam os restos mortais de muitos guerreiros e guerreiras Kaingang, sacrificados em virtude de uma guerra, cujos rituais funerários tradicionais não puderam ser efetuados naquela época³³³.

Deste modo, os índios Kaingang reconheciam o antigo cemitério existente no morro como de sua ancestralidade. E, inclusive, antes de se estabelecerem no morro, a própria Prefeitura de Porto Alegre noticiava em seu *website* na Internet a existência de um cemitério indígena no Morro do Osso no tópico sobre informações turísticas. Essas informações eram veiculadas em razão do fato de o próprio morro ter recebido seu nome devido a relatos de que era comum no século XVIII e XIX serem localizados ossos indígenas naquela região, como registrado nas crônicas do escritor e jornalista José Antônio do Vale Caldre e Fião do século XIX³³⁴.

Logo, no entendimento das lideranças religiosas Kaingang (*kujã*) havia a necessidade da realização de um *Kikikóia* – ritual de encaminhamento dos mortos das duas metades cosmológicas –, bem como havia a necessidade de devolução dos respectivos nomes aos indígenas vivos³³⁵.

A Aldeia Morro do Osso, portanto, possui para seus moradores *kaingang* um valor inscrito na sua memória social e uma dimensão simbólica, relacionada a suas concepções cosmológicas, cujos contornos culturais e sociocosmológicos são imprescindíveis para a reconstrução e manutenção de suas singularidades. Trata-se de um local único, um território de memória, cosmológico e de sustentabilidade, onde é possível reproduzir seu modo de vida ancestral³³⁶. (grifo do autor).

A manutenção da Aldeia do Morro do Osso proporciona aos índios Kaingang, portanto, uma dimensão simbólica de tradicionalidade, vinculada a esta percepção cosmológica de terra e território, que percebe estes – terra e território e os aspectos naturais

³³³ SILVA, Sergio Baptista da et al. Coletivos indígenas em Porto Alegre e regiões limítrofes. In: GEHLEN, Ivaldo; SILVA, Marta Borba; SANTOS, Simone Ritta dos (Org.). **Diversidade e proteção social: estudos quantitativos das Populações de Porto Alegre: afro-brasileiros; crianças, adolescentes e adultos em situação de rua; coletivos indígenas; remanescentes de quilombos.** Porto Alegre: Century, 2008. p. 124.

³³⁴ PRADELLA, Luiz Gustavo Souza; SALDANHA, José Rodrigo. A presença kaingang no Morro do Osso entre diferentes perspectivas sócio-discursivas. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 59, jun./dez. 2008. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/2658/4581>>. Acesso em: 22 dez. 2011.

³³⁵ Ibid., p. 59.

³³⁶ SILVA, op. cit., p. 124.

contidos nestes ambientes –, como elementos necessariamente vinculados aos sujeitos da comunidade, ou seja, vinculados aos índios, seus *irmãos de metade*. Mas, além disso, a preservação desta tradicionalidade é viável em razão de o território do Morro do Osso proporcionar condições de produção num horizonte ecológico-cultural, isto quer dizer que, além de o local oferecer fibras vegetais para a confecção do artesanato desta comunidade, também possibilita o acesso a ervas e plantas medicinais, “[...] empregadas em banhos e chás, que fortalecem seus corpos, tendo em vista a presença de seus antepassados, enterrados no cemitério da aldeia”³³⁷.

O caso judicial do Morro do Osso ainda não foi resolvido. Mas o que se verifica, até o momento atual, é que a ideia de espaço territorial indígena passa ao largo das mentes daqueles incumbidos de resolver tal lide. Embora o Grupo de Estudos Indígenas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com sua equipe de antropólogos especializados, tenha feito estudo antropológico no qual foi atestado a tradicionalidade das terras Kaingang do Morro do Osso, mesmo assim, em sede de liminar procedeu-se à retirada dos índios que estavam no Morro para outras localidades.

Portanto, a perspectiva cosmológica indígena de terra, que compreende a terra como um ser pertencente à própria comunidade indígena, é incompreendida – ou até mesmo desconsiderada – pelos aplicadores do direito, em total desrespeito ao próprio texto constitucional, que assevera o respeito aos direitos humanos, à diversidade étnico-cultural dos indígenas, o direito dos indígenas ao reconhecimento de suas terras e estipula, até mesmo, prazo para a demarcação das terras indígenas tradicionais – prazo que não vem sendo cumprido há décadas.

3.3.3 Terra/Território para o Povo Charrua

Por volta de 1516, com a primeira incursão dos conquistadores, têm-se notícias de que os Charrua viviam sobre ambas as margens do Rio Uruguai³³⁸. Com a intensificação do processo de colonização, os Charrua, que no início dos contatos com o homem branco

³³⁷ SILVA, Sergio Baptista da et al. Coletivos indígenas em Porto Alegre e regiões limítrofes. In: GEHLEN, Ivaldo; SILVA, Marta Borba; SANTOS, Simone Ritta dos (Org.). **Diversidade e proteção social**: estudos quantitativos das Populações de Porto Alegre: afro-brasileiros; crianças, adolescentes e adultos em situação de rua; coletivos indígenas; remanescentes de quilombos. Porto Alegre: Century, 2008. p. 124.

³³⁸ BECKER, Ítala Irene Basile. **Os índios Charrua e Minuano na antiga banda oriental do Uruguai**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2002. p. 56.

contavam com uma população em torno de 1.100 integrantes às margens do Rio Uruguai, ingressam em um contínuo processo de desaparecimento³³⁹.

O povo Charrua, que sobrevivia especialmente da caça e da coleta, caracterizava-se pelo migração estacional. Devido à migração, as habitações destes indígenas – chamadas de toldos – eram muito práticas e feitas, por exemplo, com esteira de junco, o que facilitava a montagem e a desmontagem. Os Charrua reuniam seus toldos em toldoarias – aglomerados de toldos –, portanto, estes índios possuíam uma perspectiva coletiva do usufruto do espaço comunal³⁴⁰. Becker explica que os Charrua reuniam-se em toldoarias comunitárias, pois “[...] toldos dispersos não seriam absolutamente práticos, porque muitos trabalhos eram coletivos”³⁴¹. Quanto os aspectos tradicionais e religiosos dos Charrua, a aludida autora aduz que “as toldoarias provavelmente se repetem no mesmo lugar anos a fio, porque se criaram aí cemitérios que parecem duradouros”³⁴², em outros termos, os Charrua buscavam organizar as suas toldoarias nos mesmos lugares em que enterravam os seus mortos, como uma forma de cultivar o respeito e o culto à ancestralidade.

Diferentemente de outros povos indígenas que rapidamente foram “[...] aldeados ou entregues aos colonos brancos sob a forma de ‘encomienda’”, desde o início da colonização, os Charrua persistiram na periferia da civilização durante três séculos, ao final dos quais foram absorvidos pelos colonizadores/conquistadores³⁴³.

Durante os [primeiros] dois séculos, os Charrua e Minuano foram solicitados cada vez mais tanto pelos espanhóis como pelos portugueses para as mais diferentes formas de trabalho; dentre elas podemos destacar as lides com o gado. Dessa forma os índios conseguiam manter uma certa estabilidade e independência garantidas e negociadas por seus líderes, os caciques, que cada vez mais ganhavam em representatividade frente ao branco. [...]. Essa incorporação ou integração do índio em termos de colônia é periférica, assistemática e dispensável. O próprio índio não consegue desenvolver uma economia nos moldes usados pelo branco. Ele faz uma exploração pela apreensão do gado em pequeno volume e sem continuidade, enquanto o colonizador se transforma de predador de gado em grande escala, num criador

³³⁹ BECKER, Ítala Irene Basile. **Os índios Charrua e Minuano na antiga banda oriental do Uruguai**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2002. p. 239.

³⁴⁰ Becker explica que a única forma de propriedade privada verificada entre os Charrua seria no momento do enterro de um corpo, pois o morto era enterrado juntamente com seus pertences pessoais, veja-se: “[...] durante os primeiros contatos foi localizado pelos cronistas um cemitério nas proximidades de Maldonado (Uruguai); eram 30 os corpos ali enterrados em covas separadas e junto às mesmas estavam todos os pertences individuais, única forma de propriedade privada. BECKER, Ítala Basile. *O que sobrou dos índios pré-históricos do Rio Grande do Sul. Arqueologia do Rio Grande do Sul*, São Leopoldo, n. 5, 2. ed. p. 143, 2006.

³⁴¹ BECKER, op. cit., p. 239.

³⁴² Ibid., p. 240.

³⁴³ Ibid., p. 239.

estável de grande proporção e rentabilidade, que vai dispensando o trabalho índio mas que necessita cada vez mais do espaço por ele ocupado³⁴⁴.

Devido a este processo de incorporação progressiva do índio Charrua ao modo de vida do colonizador/conquistador, foi se estabelecendo uma dependência cada vez maior do índio em relação ao homem europeu, o que resultou no desgaste deste povo indígena tanto sob o prisma cultural como demográfico.

No final do século XVIII e nas primeiras décadas do século XIX, os colonizadores espanhóis e portugueses ocuparam em definitivo o território indígena, provocando a expulsão da população indígena para o interior, em espaços bem reduzidos, de modo que os Charrua não possuíam mais condições “[...] de uma exploração preadora, possível apenas no gado das estâncias”, além disso, por não terem desenvolvido nenhum sistema econômico produtivo e não estarem dispostos a acatar o modo de vida dos brancos, pouco lhes sobrou³⁴⁵.

Espoliados de seu território e sem possibilidade de caça, aos Charrua restava a possibilidade de engajar-se com o homem branco. No entanto, as oportunidades de emprego eram escassas, “[...] resumindo-se no mercado clandestino de couros, no engajamento nos conflitos de fronteira e lutas de independência. Sobravam-lhes também raras possibilidades de trabalhar como peões de estância, fato que não agradava aos caciques”³⁴⁶, sendo que esta opção de emprego era transitória, pois, uma vez estabelecida a independência política e não sendo mais necessária a mão-de-obra do índio, os Charrua – e também os Minuano – começaram a ser encaçados pelas forças governamentais para as quais trabalharam e doaram suas vidas. Becker diz que o fim da história dos índios Charrua – e também dos Minuano – resume-se a dois combates de extermínio ocorridos nos anos de 1831 e 1832, feitos à traição:

Referimo-nos aos combates de Salsipuedes e Mataojos quando os dois grupos foram praticamente destruídos em campo. Os homens presos, maiores de 12 anos, ou foram sacrificados ou levados para Montevideu e postos à disposição de companhias nacionais de navegação mercante. As mulheres, crianças e velhos, todos prisioneiros, foram levados para a Capital e distribuídos em público entre os moradores da cidade de acordo com determinados pré-requisitos. [...].

No Rio Grande do Sul provavelmente existam descendentes dos últimos 20 Charrua que, em 1834, transpõem o Rio Quaraí assim como dos Minuano,

³⁴⁴ BECKER, Ítala Basile. O que sobrou dos índios pré-históricos do Rio Grande do Sul. **Arqueologia do Rio Grande do Sul**, São Leopoldo, n. 5, 2. ed. p. 137, 2006.

³⁴⁵ Ibid., p. 137.

³⁴⁶ Ibid., p. 137.

com um mesmo grau de parentesco, localizados na Estância do Rincão Bonito, Santana do Livramento, conforme informação oral³⁴⁷.

Descendentes dos Charrua vivem, hoje, em uma área de terra de nove hectares cedida pela prefeitura de Porto Alegre, no bairro Lomba do Pinheiro, a Aldeia Polidoro. Esta comunidade Charrua procura resgatar o modo de ser deste povo indígena refazendo os rituais dos ancestrais, “[...] como o *Ketame* (Dança da Lua), que celebra o nascimento das crianças”³⁴⁸. Nesta área, atualmente habitada pelos Charrua, há fonte de água, e uma pequena área de mata e de árvores frutíferas, o que proporciona condições de vida ou de sobrevivência mais adequadas para esta comunidade que, antes, vivia em uma pequena área de terra no Morro da Cruz (durante cerca de quarenta anos), andava longos percursos para obter água e sobrevivia de “[...] empregos provisórios, reciclagem do lixo e venda de artesanato”³⁴⁹.

Mas, cumpre referir que, embora não haja a necessidade de reconhecimento oficial/formal de um povo indígena, sendo necessária somente a auto-afirmação étnica do próprio povo indígena – conforme disposições da Convenção Nº 169 da OIT, que serão analisadas ainda neste capítulo e também no próximo – apenas em 2007 houve o reconhecimento pela FUNAI destes descendentes do povo Charrua, sendo que tal reconhecimento ocorreu após um forte processo de mobilização da comunidade ao longo dos últimos anos³⁵⁰.

O elemento de tradicionalidade nas terras destinadas – na Lomba do Pinheiro – à morada desta comunidade Charrua diz respeito à necessidade de reprodução física e as atividades produtivas do grupo indígena que, na situação em que se encontrava anteriormente, estava fadado ao extermínio, devido às condições degradantes de sobrevivência no Morro da Cruz.

Este grupo Charrua, liderado por *Akuabê* “(Flor da Manhã) – cacica do povo charrua do Rio Grande do Sul –”³⁵¹, que, atualmente, ocupa a área destinada pela municipalidade de Porto Alegre na aldeia Polidoro (Lomba do Pinheiro), sofreu um constante processo de invisibilidade e de preconceitos durante o período em que esteve no Morro da Cruz. Por isso, atualmente, a comunidade indígena da Lomba do Pinheiro, que está em processo de

³⁴⁷ BECKER, Ítala Basile. O que sobrou dos índios pré-históricos do Rio Grande do Sul. **Arqueologia do Rio Grande do Sul**, São Leopoldo, n. 5, 2. ed. p. 137-138, 2006.

³⁴⁸ RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. **Relatório Azul**. Porto Alegre, 2011. p. 289.

³⁴⁹ Ibid., p. 289.

³⁵⁰ Ibid., p. 289.

³⁵¹ SILVA, Sergio Baptista da. Categorias sócio-cosmológico-identitárias indígenas recentes e processos de consolidação de novos sujeitos coletivos de direito: os *Charrua* e os *Xokleng* no Rio Grande do Sul. In: NÚCLEO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA OS POVOS INDÍGENAS. **Povos indígenas na Bacia Hidrográfica do Lago Guaíba, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil**. Porto Alegre: Prefeitura Municipal, 2008. p. 27.

construção cultural, pretende afirmar e reafirmar “sua singularidade étnica e cultural” através de diferentes manifestações³⁵².

Silva explica que o grupo possui uma concepção de cosmos própria, pautada em um “potente sistema xamânico-cosmológico”, que apenas pesquisas futuras poderão compreender melhor. Mas a título de exemplo, o autor descreve a concepção nativa charrua de *ki*, que constitui a essência/interioridade de todos, sejam humanos ou não-humanos, e as ações e reações que uns seres promovem em relação aos outros. Nas palavras de Silva:

Este pensamento ameríndio opera com categorias ontológicas de aperfeiçoamento dos corpos e das pessoas, que aponta para sua constituição através da incorporação de uma série de propriedades imateriais provenientes de seres extra-humanos (animais, plantas, divindades, etc.), que são predados simbolicamente. Todos os seres oriundos dos vários domínios deste cosmos, portanto, possuem atributos humanos e agência (interioridades compartilhadas, diferindo nos seus corpos/roupagens (múltiplas exterioridades ou multinaturalismo)³⁵³.

Ao utilizarem, por exemplo, substâncias ou elementos oriundos do domínio da natureza – como animais, plantas e minerais – na confecção de adornos ou indumentárias, ou seja, através de técnicas corporais – que são, também, técnicas sociais, os Charrua de Polidoro “[...] trazem para seus corpos propriedades imateriais e agências destes seres extra-humanos”. Em outros termos, por exemplo, em um ritual xamânico – guiado por um xamã –, o *ki* das “árvores fortes” ou da “terra mãe”, interfere no *ki* da pessoa que está participando do ritual, fortalecendo-o, e ao mesmo tempo, afastando dele outros *ki* não benéficos e, assim, construindo o corpo e a pessoa charrua.

Logo, o cosmos dos Charrua é constituído por “fronteiras porosas”, que são intercambiáveis, nas quais é permitida a circulação de *ki* (alteridades) constantemente e nas quais todos os seres, tanto os humanos como os não-humanos, são vistos como “[...] dotados de pontos de vista, de atributos humanos e de agência, numa constante lógica de ação e contra-ação uns em relação aos outros”³⁵⁴. Este reconhecimento da alteridade, ou seja, este enxergar o outro como um outro igual, portador de “atributos humanos” e de

³⁵² SILVA, Sergio Baptista da. Categorias sócio-cosmológico-identitárias indígenas recentes e processos de consolidação de novos sujeitos coletivos de direito: os *Charrua* e os *Xokleng* no Rio Grande do Sul. In: NÚCLEO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA OS POVOS INDÍGENAS. **Povos indígenas na Bacia Hidrográfica do Lago Guaíba, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil**. Porto Alegre: Prefeitura Municipal, 2008. p. 28-29.

³⁵³ Ibid., p. 28-29.

³⁵⁴ Ibid., p. 30.

“agência”, de “*ki*, essência/interioridade” pode ser relacionado, com as devidas ressalvas, aos aportes do Direito Fraternal.

Segundo Resta, “a verdadeira mudança na ‘consciência’ da pertença comum é devida, por conseguinte, ao reconhecimento que altera cada consciência precedente e constitui mundos”³⁵⁵ e é exatamente isso o que acontece em um ritual xamânico em que ocorre o intercâmbio dos *ki* – embora o autor italiano não tenha se referido à questão indígena na sua obra. Por exemplo, em um ritual que envolve um ser humano e uma pintura feita com uma raiz de “árvore forte”, há o reconhecimento da existência do *ki* humano e do *ki* não-humano. Deste modo, através da realização do ritual, ocorre a alteração da “consciência precedente” – no caso do *ki* do ser humano, que teve afastado de si as “feras” –, assim como, a constituição de mundos, pois o *ki* da natureza foi predado pelo homem – através da tinta extraída da raiz forte – e houve a criação de uma nova realidade, na qual o homem teve afastado de si outros *ki* não benéficos.

Além disso, a perspectiva intercambiável, que é mantida pelos Charrua com os integrantes do grupo e com as diferentes manifestações da natureza, abarca, consequentemente, o profundo respeito e consideração com a terra. Até mesmo porque, é a terra, e somente ela, que viabiliza a formação e o desenvolvimento dos demais elementos da natureza, como os animais, as plantas, os minerais e demais elementos.

3.4 Os Direitos Humanos dos Povos Indígenas: Os Direitos Territoriais Indígenas

A cosmovisão indígena de terra e território, muito além de uma concepção de matriz individualista, diz respeito a direitos de cunho social, cultural e coletivo. Portanto, é através deste enfoque que os direitos humanos dos povos indígenas precisam ser pensados, especialmente, seus direitos de cunho territorial.

Por conformar a terra, muito mais do que um local com limites e fronteiras, mas um local que comporta a convivência e a preservação de mitos, tradições e costumes, que envolvem toda uma coletividade, não é possível que os direitos territoriais, sob a perspectiva indígena, restrinjam-se a uma análise eurocêntrica. A perspectiva eurocêntrica, que pretende se arvorar como horizonte único, não se coaduna com os direitos humanos dos povos indígenas.

³⁵⁵ RESTA, Eligio. **O direito fraternal**. Trad. e coord. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 23.

Resta explica o paradoxo dos “direitos humanos” ao afirmar que: “[...] esses podem ser levados a sério somente com a condição de que se esvazie a humanidade de qualquer sentido teológico e se perceba que tudo depende daquilo que nós queremos que sejam a humanidade e os nossos direitos”³⁵⁶. Ou seja, se efetivamente pretende-se garantir direitos humanos aos povos indígenas, necessário faz-se esvaziar o sentido teológico da humanidade, especialmente o sentido eurocêntrico da humanidade, para, depois, se começar a pensar com as lentes dos indígenas. Como se disse anteriormente, em momento algum é esquecido o fim jurídico do presente trabalho, o que se cuida, aqui, é de se transgredir as fronteiras do direito para, ao se buscar aportes na antropologia e em demais áreas do conhecimento, compreender melhor no que consistem os direitos territoriais indígenas e de que forma os direitos humanos indígenas podem ser efetivamente protegidos.

A análise, que segue, da proteção dos direitos territoriais indígenas no âmbito internacional e no ordenamento jurídico brasileiro, busca demonstrar que a questão indígena rompe com posturas de integração e de assimilação, requerendo, de outra sorte, a abertura dos Estados no plano internacional e no plano interno às necessidades que estes povos apresentam. Como se verá, de diferentes maneiras organismos internacionais, assim como documentos (declarações, pactos, convenções, etc.) internacionais abrem-se para o progressivo respeito à diversidade cultural e, por consequência, para o respeito aos direitos territoriais dos povos indígenas. O Brasil também caminha na mesma direção que o direito internacional humanitário.

A Corte Interamericana também tem desempenhado um importante papel na proteção dos direitos territoriais dos povos indígenas e, com sua jurisprudência, tem indicado o caminho para a tomada de decisão – nas questões envolvendo o reconhecimento das terras indígenas – dos Estados que aceitaram a sua jurisdição, inclusive para o Brasil.

3.4.1 A Proteção dos Direitos Territoriais Indígenas no Plano Internacional e no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A Organização das Nações Unidas – ONU tem se arvorado na defesa dos direitos indígenas desde o início do século XX. A defesa e a proteção dos direitos indígenas estão ao

³⁵⁶ RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. Trad. e coord. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 82.

encargo da Organização Internacional do Trabalho – OIT, que, criada em 1919, é a mais antiga das instituições da ONU a tratar da matéria indígena.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) desde seus primórdios, já tinha, entre suas principais preocupações, a situação das chamadas ‘populações indígenas’ que representavam parte da força de trabalho nos domínios coloniais.

Em 1921, deu início a uma série de estudos sobre as condições de trabalho dessas populações e, em 1926, instituiu uma Comissão de Peritos em Trabalho Indígena para dar continuidade aos estudos já iniciados e fazer recomendações com vista à adoção de normas internacionais na matéria³⁵⁷.

Portanto, imbuída da preocupação com os indígenas, a OIT, desde a sua criação, tem considerado, entre as suas principais preocupações, as condições de sobrevivência das chamadas *populações indígenas* que representavam parte da força de trabalho nos domínios coloniais.

Com vistas a assegurar a preservação e a sobrevivência dos sistemas de vida dos povos indígenas e tribais, a OIT adotou, em 1957, a Convenção N. 107 que tratava especificamente dos povos indígenas e tribais, sobretudo de seus direitos à terra e de suas condições de trabalho, saúde e educação³⁵⁸. A Parte III – intitulada “TERRAS” – da referida Convenção destinava-se exclusivamente à questão da terra, que no Art. 11 já tratava do direito à propriedade indígena coletiva ou individual. Os demais direitos estabeleciam outras disposições, igualmente relevantes, a respeito da terra indígena, como é o caso do Art. 12:

Artigo 11

O direito de propriedade, coletivo ou individual, será reconhecido aos membros das populações interessadas sobre as terras que ocupem tradicionalmente.

Artigo 12

1. As populações interessadas não deverão ser deslocadas de seus territórios habituais sem seu livre consentimento, a não ser de conformidade com a legislação nacional, por motivos que visem à segurança nacional, no interesse do desenvolvimento econômico do país ou no interesse da saúde de tais populações.

2. Quando, em tais casos, se impuser um deslocamento a título excepcional, os interessados receberão terras de qualidade ao menos igual à das que ocupavam anteriormente e que lhes permitam satisfazer suas necessidades atuais e assegurar seu desenvolvimento futuro. Quando houver possibilidade de encontrar outra ocupação ou os interessados preferirem receber uma

³⁵⁷ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. Escritório Brasil. **Convenção n° 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT sobre povos indígenas tribais**. Brasília, DF, 2011. p. 07. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/convencao%20169%20portugues_web_292.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2012.

³⁵⁸ Ibid., p. 05-06.

indenização em espécie ou em dinheiro, serão assim indenizados com as devidas garantias.

3. As pessoas assim deslocadas deverão ser integralmente indenizadas por toda perda ou dano por elas sofrido em consequência de tal deslocamento³⁵⁹. (grifo do autor).

No entanto, apesar dos progressos referentes à proteção dos direitos territoriais indígenas, devido ao contexto histórico e político que existia na época da adoção da Convenção 107, considerava-se que “[...] a melhoria das condições de vida e de trabalho dos povos indígenas exigia sua *integração completa na sociedade dominante* sem qualquer distinção relativamente aos outros cidadãos”³⁶⁰. (grifo nosso). Logo, ao pugnar pela participação plena dos indígenas na sociedade e na economia nacional, a referida Convenção conduzia, inexoravelmente, ao desaparecimento dos povos indígenas enquanto grupos diferenciados³⁶¹.

Sua abordagem, portanto, pode ser definida como paternalista, etnocêntrica, evolucionista e em desacordo com as mais recentes pesquisas antropológicas porque ela considera como atrasados os beneficiários de sua proteção que devem ser ajudados para evoluir até o ponto em que, devido a tal ajuda e evolução, devem deixar de existir enquanto grupo específico [...]³⁶².

No ordenamento jurídico brasileiro, a Convenção 107 sobre populações indígenas e tribais foi promulgada pelo Decreto N. 58.824, de 14 de julho de 1966, ou seja, somente nove anos após a adoção da Convenção no plano internacional.

Sensível às críticas às tendências integracionistas e paternalistas contidas no texto da Convenção 107 da OIT, que buscava integrar os povos e as culturas indígenas aos costumes *eurocentrados*, desrespeitando a integridade das suas culturas, em 1989, a OIT adotou a Convenção N. 169 (que reviu a Convenção N. 107), na 76ª Conferência Internacional do Trabalho³⁶³.

³⁵⁹ Art. 11, 12 e 13. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. **Convenção nº 107 da OIT concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes**. 1957. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/legislacao/legislacao-docs/convencoes-internacionais/conv_intern_02.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2012.

³⁶⁰ BARBOSA, Marco Antonio. **Autodeterminação**: direito à diferença. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001. p. 225.

³⁶¹ Ibid., p. 225.

³⁶² Ibid., p. 225.

³⁶³ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. Escritório Brasil. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT sobre povos indígenas tribais**. Brasília, DF, 2011. p. 07. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/convencao%20169%20portugues_web_292.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2012.

A Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes [...] é o primeiro e único instrumento internacional vinculante que trata especificamente dos direitos dos povos indígenas e tribais.

A Convenção aplica-se aos povos, em países independentes, considerados indígenas pelo fato de seus habitantes descenderem de povos da mesma região geográfica que pertenciam ao país na época da conquista ou no período da colonização, e de conservarem suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas. Aplica-se também aos povos tribais cujas condições sociais, culturais e econômicas distinguem-nos de outros segmentos da população nacional³⁶⁴.

Por tratar-se do primeiro instrumento internacional vinculante a tratar especificamente dos direitos dos povos indígenas – e dos povos tribais – a Convenção N. 169 da OIT destaca-se como um dos instrumentos mais relevantes na defesa dos direitos humanos dos povos indígenas no plano internacional. O significativo avanço trazido pela Convenção é explicado por Mackay, nas seguintes palavras:

[...] la ratificación del convenio nº 169 sería un paso adelante hacia la protección de sus derechos [indígenas], puesto que las leyes nacionales están actualmente por debajo de los estándares, sin poseer mecanismos reales de exigibilidad, y son hasta hostiles³⁶⁵.

No mesmo sentido que Mackay, Lacerda trata da importância da Convenção N. 169 da OIT no tocante à defesa dos direitos indígenas, relacionando o instrumento internacional com a Constituição Federal de 1988:

Adotada pela Conferência Internacional do Trabalho de 1989, oito meses após a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, a Convenção 169 da OIT evidencia, em seu conteúdo de ruptura com o paradigma integracionista que guiou a Convenção 107, uma estreita sintonia com o texto constitucional brasileiro em matéria de direitos indígenas. Ou seja, tanto a Carta Constitucional brasileira de 1988 quanto a Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais refletem as fortes influências de discussão, bem como as contribuições cada vez mais qualificadas dos diversos atores indigenistas envolvidos no assessoramento às discussões relativas à temática³⁶⁶.

³⁶⁴ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. Escritório Brasil. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT sobre povos indígenas tribais**. Brasília, DF, 2011. p. 10. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/convencao%20169%20portugues_web_292.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2012.

³⁶⁵ MACKAY, Fergus. **Los derechos de los pueblos indígenas em el sistema internacional**: una fuente instrumental para las organizaciones indígenas. Lima: Asociación Pro Derechos Humanos – Aprodeh: Federación Internacional de Derechos Humanos – Fidh, 1999. p. 147.

³⁶⁶ LACERDA, Rosane Freire. **Diferença não é incapacidade**: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988. 2007. f. 202-203. (Dissertação de mestrado) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

A Convenção 169 rompeu, portanto, com a perspectiva de integração ínsita à Convenção 107 “[...] *para preconizar a manutenção e o desenvolvimento dos povos indígenas como coletividades distintas dentro do mesmo quadro dos Estados, nos quais vivem hoje*”³⁶⁷ (grifo nosso). Deste modo, a Convenção 169, que foi promulgada integralmente no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto 5.051/04, ultrapassou os pontos mais criticados da Convenção 107, assim como o fez a Constituição Federal brasileira de 1988.

Na parte introdutória do texto da Convenção 169, está claramente estabelecida a preocupação com a preservação das diferentes culturas, afastando, assim, a ideia de assimilação dos diferentes grupos pelas sociedades nacionais, uma vez que – ao inovar em relação à Convenção 107 – o texto reforça que, tanto os grupos indígenas como os tribais, devem ser considerados povos e não populações. Conforme previsto na Convenção, o termo “populações” denota transitoriedade e contingencialidade, enquanto que o termo “povos” diz respeito à ideia de “[...] segmentos nacionais com identidade e organização próprias, cosmovisão específica e especial relação com a terra que habitam”³⁶⁸.

Assim, ao considerar os indígenas como povos, a Convenção também demonstra especial atenção à relação que os povos indígenas (e os tribais) possuem com a terra ou com o território que ocupam:

A Convenção dispensa especial atenção à relação dos povos indígenas e tribais com a terra ou território que ocupam ou utilizam de alguma forma, principalmente aos aspectos coletivos dessa relação. É nesse enfoque que a Convenção reconhece a esses povos o direito de posse e de propriedade e preceitua medidas a serem tomadas para a salvaguarda desses direitos, mesmo no caso de terras ocupadas não exclusivamente em determinados casos, por eles, mas às quais tradicionalmente tenham tido acesso para suas atividades e subsistência³⁶⁹.

A Convenção N. 169 reconhece aos povos indígenas (e tribais) o direito de posse e de propriedade e estabelece quais procedimentos devem ser tomados para a salvaguarda desses direitos na PARTE II:

³⁶⁷ BARBOSA, Marco Antonio. **Autodeterminação**: direito à diferença. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001. p. 227.

³⁶⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. Escritório Brasil. **Convenção n° 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT sobre povos indígenas tribais**. Brasília, DF, 2011. p. 11. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/convencao%20169%20portugues_web_292.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2012.

³⁶⁹ Ibid., p. 12.

PARTE II - TERRA

ARTIGO 13

1. Na aplicação das disposições desta Parte da Convenção, os governos respeitarão a importância especial para as culturas e valores espirituais dos povos interessados, sua relação com as terras ou territórios, ou ambos, conforme o caso, que ocupam ou usam para outros fins e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

2. O uso do termo terras nos artigos 15 e 16 incluirá o conceito de territórios, que abrange todo o ambiente das áreas que esses povos ocupam ou usam para outros fins.

ARTIGO 14

1. Os direitos de propriedade e posse de terras tradicionalmente ocupadas pelos povos interessados deverão ser reconhecidos. Além disso, quando justificado, medidas deverão ser tomadas para salvaguardar o direito dos povos interessados de usar terras não exclusivamente ocupadas por eles às quais tenham tido acesso tradicionalmente para desenvolver atividades tradicionais e de subsistência. Nesse contexto, a situação de povos nômades e agricultores itinerantes deverá ser objeto de uma atenção particular.

2. Os governos tomarão as medidas necessárias para identificar terras tradicionalmente ocupadas pelos povos interessados e garantir a efetiva proteção de seus direitos de propriedade e posse.

3. Procedimentos adequados deverão ser estabelecidos no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar controvérsias decorrentes de reivindicações por terras apresentadas pelos povos interessados³⁷⁰. (grifo do autor).

O Art. 13 da Convenção, ao tratar da relação que os povos indígenas (e tribais) possuem com as suas terras ou territórios, enfatiza, expressamente, a importância especial que a proteção das terras tradicionais destes povos possui para a preservação das suas culturas e dos seus valores espirituais. O Artigo subsequente trata da necessidade de reconhecimento dos direitos de propriedade e de posse das terras que são tradicionalmente ocupadas pelos povos a quem a Convenção se dirige.

Devido à relevância da atuação da OIT na defesa dos direitos e interesses dos povos indígenas no plano internacional, assim como, devido às similitudes entre as inovações trazidas pela *Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT* e as trazidas pela *Constituição Federal brasileira de 1988* em relação à defesa dos direitos humanos dos povos indígenas, em especial, dos seus direitos territoriais, esta parte introdutória, referente aos direitos humanos dos povos indígenas, destinou-se à análise dos documentos criados pela OIT, destacadamente, da Convenção N. 169 – desrespeitando-se a cronologia da criação dos documentos internacionais de proteção dos direitos humanos dos povos indígenas.

³⁷⁰ Arts. 13 e 14. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. Escritório Brasil. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT sobre povos indígenas tribais**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/convencao%20169%20portugues_web_292.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2012.

A partir de então, portanto, o presente trabalho segue percorrendo uma ordem cronológica em relação à criação de documentos, convenções, tratados e declarações no plano internacional que tratam dos direitos humanos indígenas. Embora alguns documentos não se refiram diretamente aos povos indígenas, dos dispositivos estabelecidos nestes documentos é possível se depreender a preocupação com a preservação da diversidade cultural, a proteção das etnias, o respeito às diferentes línguas, crenças e aos diferentes costumes, logo, mesmo que não haja menção expressa à palavra indígena ou índio, tais documentos também são considerados como que integrantes de um sistema internacional de proteção dos direitos dos povos indígenas.

A Declaração Universal dos Direitos dos Homens, adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, representa o principal instrumento de proteção dos direitos humanos no sistema de proteção internacional dos direitos humanos. Conforme Camacho, após a Segunda Guerra Mundial, sentiu-se a necessidade de adoção de mais documentos internacionais que pudessem compor um sistema de garantias que contribuísse na proteção de direitos humanos, assim, grandes convenções internacionais de direitos humanos, como exemplo, a Declaração Universal, foram subscritas após a Segunda Guerra³⁷¹. Para o referido autor, estes textos jurídicos desempenham “[...] un papel fundamental en matéria de garantías, pues históricamente se han erigido siempre en una protección ante las arbitrariedades del poder público”³⁷².

Ainda que a Declaração Universal dos Direitos Humanos não faça referência literal aos indígenas, dos seus dispositivos é possível se inferir que todas as diferentes culturas merecem respeito e proteção, veja-se os Art. 1º e 2º da Declaração:

Artigo 1º

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Artigo 2º

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da

³⁷¹ CAMACHO, Emilio. **Lecciones de derecho constitucional**. Asunción: Intercontinental, 2007. t. 2, p. 48.

³⁷² Ibid., p. 48-49.

pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania³⁷³. (grifo do autor).

A Declaração Universal, portanto, ao proclamar o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana, afirmou a necessidade de respeito às diferentes culturas; sendo que a defesa às diferentes manifestações culturais restou ainda mais clara no Art. 27, que preceitua que:

Artigo 27º

1. Toda a pessoa tem o direito de tomar parte livremente na vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no progresso científico e nos benefícios que deste resultam.
2. Todos têm direito à proteção dos interesses morais e materiais ligados a qualquer produção científica, literária ou artística da sua autoria³⁷⁴. (grifo do autor).

Além de garantir a igualdade (Art. 1º) e a liberdade (Art. 2º) de todos os sujeitos, que podem participar livremente da vida cultural da comunidade, tendo assegurado a proteção de seus interesses morais e materiais (Art. 27), o texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos no Art. 1º ainda trata da fraternidade. A preocupação com o espírito de fraternidade que deve guiar as relações dos sujeitos uns com os outros remete aos pressupostos do Direito Fraternal, que “[...] olha em direção à nova forma de cosmopolitismo que não é representada pelos mercados, mas pela necessidade universalista de respeito aos direitos humanos”³⁷⁵.

Em 16 de dezembro de 1966³⁷⁶, a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou a Resolução n.2.200-A (XXI), que criava os dois Pactos Internacionais de Direitos com a finalidade de codificar as duas séries de direitos esboçados na Declaração Universal (os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais).

Ambos os pactos são importantes para a defesa dos direitos dos povos indígenas, embora nenhum anuncie, expressamente, tais povos. Mas sob uma perspectiva mais comunitária, que é a que envolve a questão da terra indígena, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, mostra-se mais relevante para a análise da questão.

³⁷³ Arts. 1º e 2º. NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 5 set. 2009.

³⁷⁴ Art. 27. *Ibid.*

³⁷⁵ RESTA, Eligio. **O direito fraternal**. Trad. e coord. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 15-16.

³⁷⁶ Os Pactos Internacionais entraram em vigor na ordem internacional em 23 de março de 1976, conforme a artigo 49 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Econômicos, que previa a entrada em vigor de ambos os pactos três meses após o trigésimo quinto depósito de instrumento de ratificação ou adesão. Art. 49. NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Pacto internacional dos direitos civis e políticos**. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em: 15 nov. 2012.

O Art. 1º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, afirma que todos os povos têm o direito à livre determinação e que, em virtude desse direito, são livres para escolher o seu estatuto político e assegurar livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural³⁷⁷. Este dispositivo legal coaduna-se com a ideia de proteção e reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, uma vez que, em outras palavras, ao estabelecer a livre determinação dos povos, possibilita que todos os povos, inclusive os indígenas, determinem a sua organização, seu modo de ser e de viver. A questão do reconhecimento das terras indígenas tradicionais também pode ser relacionada com a previsão que trata do livre desenvolvimento social e cultural de todos os povos estabelecida no Art. 15 do referido Pacto:

ARTIGO 15

§1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:

1. Participar da vida cultural;
2. Desfrutar o progresso científico e suas aplicações;
3. Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda a produção científica, literária ou artística de que seja autor³⁷⁸. (grifo do autor).

O Congresso Nacional brasileiro aprovou o texto dos aludidos diplomas internacionais – os dois pactos internacionais de direitos – por meio do Decreto Legislativo N. 226(1), de 12 de dezembro de 1991. Os pactos internacionais passaram a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro apenas em 6 de julho de 1992, pois, com a edição do Decreto N. 591, houve a promulgação do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e com a edição do Decreto N. 592/92, houve a promulgação do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos.

Adotada pela Resolução 2.106-A (XX) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965, a Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial afirma, no Preâmbulo, que: "As Nações Unidas têm condenado o colonialismo e todas as práticas de segregação e discriminação a ele associadas"³⁷⁹. Os Estados-partes afirmam, ainda no Preâmbulo da Convenção, que estão “[...] convencidos de

³⁷⁷ Art. 1º. NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais**. 1966. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm>. Acesso em: 10 nov. 2012.

³⁷⁸ Art. 15. Ibid.

³⁷⁹ Preâmbulo. NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial**. 1965. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_int_eliminao_disc_racial.htm>. Acesso em: 20 nov. 2012.

que a doutrina da superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, e que não existe justificção para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum”³⁸⁰.

Após condenar as diferentes formas de colonialidade, os Estados-partes reafirmam, no Preâmbulo da Convenção, que a discriminação por motivo de raça, cor ou origem étnica apresenta-se como uma barreira às relações amistosas e pacíficas entre as nações, à paz e à segurança entre os povos e à harmonia entre as pessoas:

Convencidos de que qualquer doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, em que, não existe justificção para a discriminação racial, em teoria ou na prática, em lugar algum,
Reafirmando que a discriminação entre os homens por motivos de raça, cor ou origem étnica é um obstáculo a relações amistosas e pacíficas entre as nações e é capaz de perturbar a paz e a segurança entre povos e a harmonia de pessoas vivendo lado a lado até dentro de um mesmo Estado³⁸¹.

Diante deste cenário desenhado, apropriações do Direito Fraternal novamente são realizadas. Conforme Resta: “[...] quanto mais a amizade perde seu caráter de argamassa espontânea da sociedade, mais ela tem necessidade de ser prescrita por uma lei que não contenha apenas imperativos ético-religiosos, mas estritamente jurídicos”³⁸², este aporte do Direito Fraternal pode ser relacionado à referida Convenção contra Discriminação Racial, que prescreve a necessidade de eliminação de todas as formas de discriminação, nomeando, em seus artigos, todas as ações atentatórias que devam ser evitadas, a fim de que seja possível, conforme os próprios termos da Convenção “relações amistosas e pacíficas entre as nações” e “a harmonia de pessoas”.

Através do Decreto N. 65.810, de 8 de dezembro de 1969, o Presidente da República Emílio G. Médici promulgou a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas Discriminação Racial, que já havia sido assinada pelo Brasil em 7 de março de 1966.

No ano de 2002, a UNESCO adotou a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, que reafirmou, em seu Preâmbulo, o compromisso com a plena realização dos direitos humanos e das liberdades fundamentais proclamadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos e em outros documentos universalmente reconhecidos, bem como, afirmou

³⁸⁰ Preâmbulo. NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial**. 1965. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_int_eliminao_disc_racial.htm>. Acesso em: 20 nov. 2012

³⁸¹ Preâmbulo. Ibid.

³⁸² RESTA, Eligio. **O direito fraternal**. Trad. e coord. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 20.

que: “o respeito à diversidade das culturas, à tolerância, ao diálogo e à cooperação, em um clima de confiança e de entendimento mútuos, estão entre as melhores garantias da paz e da segurança internacionais”³⁸³. Além disso, no Preâmbulo da Declaração ficou consubstanciada a importância da cultura como um conjunto de valores e de representações, que abrange elementos imateriais de um povo, como o seu modo de viver:

Reafirmando que a cultura deve ser considerada como o conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valores, as tradições e as crenças, [...]³⁸⁴.

Tal previsão consubstanciada no Preâmbulo da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural encontra guarida na Constituição Federal brasileira de 1988:

No artigo 215, a Constituição determina que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais. E como sinais distintivos da identidade dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira, inclui, dentre outros, suas formas de expressão e seus modos de criar, fazer e viver (art. 216, i e ii)³⁸⁵.

Ainda em relação à Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, nos Arts. 4º e 5º da referida Declaração há o reconhecimento expresso da imbricada relação entre os direitos humanos e a diversidade cultural. O Art. 4º da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural estabelece que “[...] a defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana [...]”, o que “[...] implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones [...]”³⁸⁶.

Por sua vez, o Art. 5º corrobora o artigo antecedente, mas vai além, ao prever que “os direitos culturais são parte integrante dos direitos humanos, que são universais, indissociáveis e interdependentes [...]”, sendo que “[...] o desenvolvimento de uma diversidade criativa exige a plena realização dos direitos culturais, tal como os define o Artigo 27 da Declaração

³⁸³ Preâmbulo. NAÇÕES UNIDAS. UNESCO. **Declaração Universal sobre a diversidade cultural**. 2002. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2012.

³⁸⁴ Preâmbulo. Ibid.

³⁸⁵ SHIRAIISHI NETO, Joaquim (Org.). **Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional**. Manaus: UEA, 2007. p. 20.

³⁸⁶ Art. 4º. NAÇÕES UNIDAS, op. cit.

Universal de Direitos Humanos e os artigos 13 e 15 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais³⁸⁷.

Infere-se que, de um modo ou outro, mesmo nos documentos que não estabelecem uma proteção específica para a questão indígena, está presente a preocupação com a preservação da diversidade cultural e com os direitos culturais dos diferentes povos, estando incluídos aí, também os indígenas. Ocorre que para os indígenas, a proteção da terra liga-se, necessariamente, à preservação da cultura destes povos, à manutenção dos seus mitos, costumes e tradições, logo, por possuir a terra, uma imbricada relação com a preservação cultural, toda menção à proteção dos direitos culturais, mesmo que de modo geral, abarca também a proteção das terras indígenas – e este tem sido o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme se depreende da análise das decisões estudadas neste trabalho.

Em 13 de setembro de 2007, na 107ª Sessão Plenária da Assembleia Geral da ONU, foi aprovado aquele que é considerado um dos instrumentos jurídicos mais importantes, no plano internacional, para a defesa dos direitos indígenas: a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Tal Declaração foi aprovada com 144 votos a favor, 4 contra e 11 abstenções. Quanto à proteção das terras e territórios indígenas e a especial relação que os indígenas possuem com estes ambientes, a Convenção preceitua nos Arts. 25 e 26 o seguinte:

ARTIGO 25

Os povos indígenas têm o direito de manter e de fortalecer sua própria relação espiritual com as terras, territórios, águas, mares costeiros e outros recursos que tradicionalmente possuam ou ocupem e utilizem, e de assumir as responsabilidades que a esse respeito incorrem em relação às gerações futuras.

ARTIGO 26

1. Os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido.
2. Os povos indígenas têm o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido.
3. Os Estados assegurarão reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos. Tal reconhecimento respeitará adequadamente

³⁸⁷ Art. 5º. NAÇÕES UNIDAS. UNESCO. **Declaração Universal sobre a diversidade cultural**. 2002. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2012.

os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos povos indígenas a que se refiram³⁸⁸. (grifo nosso; grifo do autor).

O respeito à “relação espiritual” que os índios mantêm com suas terras e territórios está expressamente consubstanciado no Art. 25 da Declaração sobre diversidade cultural. De uma forma ou outra, a preocupação com a cosmovisão diferenciada que os indígenas possuem com as suas terras e territórios é constante nos documentos que preveem direitos humanos dos povos indígenas. Esta cosmovisão indígena em relação ao território, que abarca uma relação espiritual com o meio ambiente, pode ser compreendida com as seguintes palavras:

Com a integração profunda e harmônica com a natureza, os índios sentem-se parte da natureza e não são nela estranhos. Por isso, em seus mitos, seres humanos e outros seres vivos convivem e se relacionam. Intuíram o que a ciência empírica descobriu: que todos formamos uma cadeia única e sagrada de vida, por isso, a atitude de respeito em relação à natureza. Tudo é vivo e tudo vem carregado de valor, de espírito e de mensagens sobre os segredos da vida que os homens precisam decifrar para viver. Quando dançam e realizam seus rituais, estão fazendo uma experiência de encontro com a natureza, com o mundo dos anciãos e dos sábios que estão vivos no outro lado da vida. Para os índios, o invisível faz parte do visível, assim como os não-humanos fazem parte dos humanos. O mundo dos mortos, dos espíritos e dos deuses não está em outra dimensão cósmica, está na própria natureza que constitui o território indígena³⁸⁹.

Ainda no plano internacional, podem ser referidos os documentos e os mecanismos de proteção dos direitos humanos dos povos indígenas adotados no âmbito regional das Américas. Através, também, de uma breve análise cronológica, inicialmente cabe referir a adoção, pelos Estados americanos, da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, que, inclusive, é anterior à própria Declaração Universal dos Direitos Humanos. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem foi aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, ocorrida em Bogotá, em abril de 1948, após sua adoção, os Estados americanos apoiaram de forma unânime a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948.

No Preâmbulo da Declaração consta que a fraternidade representa o componente de ligação entre os membros da sociedade, como pode ser visto na seguinte frase: “Todos os

³⁸⁸ Arts. 25 e 26. NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas**. Disponível em: < http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf >. Acesso em: 25 nov. 2012.

³⁸⁹ LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. p. 102. (Vias dos saberes, n. 1).

homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos e, como são dotados pela natureza de razão e consciência, *devem proceder fraternalmente uns para com os outros*³⁹⁰ (grifo nosso). Em outras tintas, no Preâmbulo da declaração consubstancia-se a ideia do Direito Fraternal que vincula o código fraterno “[...] a uma obediência em troca de cidadania [...]”, segundo a qual todos devem agir em espírito de fraternidade uns para com os outros³⁹¹.

Interessante observar, também, que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem não contém apenas um rol de direitos, mas também de deveres, que está disposto no Capítulo Segundo da Declaração. Assim, por enfatizar a ideia de que os homens são sujeitos de direitos, mas também de obrigações e limitações, verifica-se que os termos da declaração implicam uma nova forma de pensar o direito, diferente de outras declarações que apenas elencam direitos, logo, esta nova abordagem coaduna-se com “O Direito Fraternal [que] propõe uma ‘nova/velha’ análise dos rumos, dos limites e das possibilidades do sistema do direito na sociedade atual”³⁹². Além disso, diferentemente dos documentos elaborados sob os auspícios de tradições puramente ocidentais, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem trata da importância da família, mais precisamente, o Art. 6º aborda o direito à constituição e à proteção da família (“ Toda pessoa tem direito a constituir família, elemento fundamental da sociedade e a receber proteção para ela”³⁹³).

No ano de 1969, em 22 de novembro, na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, ocorrida em San José na Costa Rica, houve a adoção da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica).

O Capítulo III da aludida Convenção trata dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que se resume ao Art. 26 que prescreve a necessidade de os Estados Partes comprometerem-se em adotar providências, “[...] a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura”³⁹⁴. Assim como a Declaração Americana dos Direitos e

³⁹⁰ Preâmbulo. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Declaração americana dos direitos e deveres do homem**. 1948. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_dev_homem.pdf> Acesso em: 12 dez. 2012.

³⁹¹ RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. Trad. e coord. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004. p. 34-35.

³⁹² VIAL, Sandra Regina Martini. Sociedade complexa e o direito fraterno. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em direito da Unisinos: mestrado e doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 190

³⁹³ Art. 6º. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, op. cit.

³⁹⁴ Capítulo III. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção americana de direitos humanos [Pacto San José da Costa Rica]**. 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 12 dez. 2012.

Deveres do Homem, o Pacto de San José também traz um Capítulo (V) sobre os Deveres das Pessoas. No inciso 1º do Art. 32 do Capítulo V está consubstanciado que “[...] toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade”³⁹⁵, esta disposição legal mostra a preocupação dos Estados Americanos com questões que extrapolam o âmbito dos direitos civis e políticos, pois apregoam um engajamento maior dos sujeitos nas relações com a sua família, com a sua comunidade e com a humanidade como um todo. O inciso 2º do Art. 32 também indica esta preocupação com o bem-estar comum, veja-se: “2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática”³⁹⁶.

Estes dispositivos contidos neste documento – assim como nos demais documentos de direitos humanos formulados no âmbito dos Estados americanos –, reforçam os traços dos direitos sociais e culturais, uma vez que enfatizam características que passariam despercebidas em documentos formulados no âmbito de uma cultura estritamente eurocêntrica. Por tudo isso, tais disposições, em alguma medida, operam o rompimento com tal lógica ocidentalizada, alinhando-se com as perspectivas mais pluriétnicas, como é o caso das perspectivas dos povos indígenas.

A partir do Art. 52, que compõe o Capítulo VIII, a Convenção Americana de Direitos Humanos trata da criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que terá algumas de suas decisões – referentes à demarcação das terras indígenas tradicionais/ancestrais – analisadas ao final do presente capítulo.

Através do Decreto N. 678, de 6 de Novembro de 1992, foi promulgada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) no ordenamento jurídico brasileiro. Mas somente em 12 de outubro de 1998 o Brasil aceitou a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁹⁷.

³⁹⁵ Art. 32, inciso 1º. ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção americana de direitos humanos** [Pacto San José da Costa Rica]. 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 12 dez. 2012.

³⁹⁶ Art. 32, inciso 2º. Ibid.

³⁹⁷ Em uma análise de direito comparado no âmbito da América Latina, o Estado do Paraguai, segundo Camacho, “[...] ratificó La Convención Americana sobre Derechos Humanos el 24 de agosto de 1989 y aceptó la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos em fecha 11 de marzo de 2003, sometiéndose así a plenitud al régimen jurídico internacional de los derechos humanos [...]”. CAMACHO, Emilio. **Lecciones de derecho constitucional**. Asunción: Intercontinental, 2007. t. 2, p. 47. Ainda que o Brasil tenha ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos três anos após o Paraguai, a aceitação da competência da Corte Interamericana no Brasil ocorreu cinco anos antes da aceitação paraguaia.

Os países americanos, demonstrando uma preocupação ainda maior com a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais no âmbito das Américas, adotaram, em 1988, o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o também chamado Protocolo de San Salvador. Neste Protocolo também está consubstanciado dispositivo referente a não discriminação em todas as suas formas (Art. 3º) e à constituição e proteção da família (Art. 15º)³⁹⁸. Quanto ao respeito à diversidade cultural, o Art. 14 trata do “direito aos benefícios da cultura” e estabelece que toda pessoa tem direito, entre outras coisas, a “[...] participar na vida cultural e artística da comunidade [...]”, “[...] beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais que lhe caibam em virtude das produções científicas, literárias ou artísticas de que for autora [...]”, sendo que os Estados deverão adotar medidas “[...] para a conservação, desenvolvimento e divulgação da ciência, cultura e arte [...]”³⁹⁹. Esta preocupação com a preservação cultural diz respeito, também, à preocupação com a preservação das culturas indígenas, o que culmina na necessária proteção das terras tradicionais dos povos indígenas. Uma vez que, é através do reconhecimento e proteção das suas terras tradicionais que os indígenas são capazes garantirem a sobrevivência das suas culturas, costumes, mitos e tradições.

No cenário legislativo dos Estados americanos existe, ainda, o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que foi aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 26 de fevereiro de 1997, na sessão de N. 13.330, durante o 951º Período Ordinário de Sessões.

Em diversos momentos, no Preâmbulo do Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, é reconhecida a especial relação que os indígenas mantêm com as suas culturas e a importância da preservação dos seus territórios para a sobrevivência das suas culturas, tradições, costumes, etc.

[...] 3. Cultura indígena e ecologia

Reconhecendo o respeito dedicado ao meio ambiente pelas culturas dos povos indígenas das Américas, bem como sua especial relação com o ambiente, com suas terras e recursos e com os territórios onde habitam; [...]

5. O território e a sobrevivência indígena

Reconhecendo que, para muitas culturas indígenas, suas tradicionais formas coletivas de controle e uso de terras, territórios, recursos, águas e zonas costeiras são uma condição necessária à sua sobrevivência, organização

³⁹⁸ Art. 3º e 15º. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Protocolo adicional à convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais** [Protocolo de San Salvador]. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>. Acesso em: 12 dez. 2012.

³⁹⁹ Art. 14º. Ibid.

social, desenvolvimento e bem-estar individual e coletivo, e que essas formas de controle e domínio são diversas e idiossincráticas e não coincidem necessariamente com os sistemas protegidos pelas legislações comuns dos Estados que habitam [...]”⁴⁰⁰.

No item 8 do Preâmbulo do referido Projeto de Declaração está consubstanciada a necessidade de se garantir o gozo coletivo dos direitos indígenas, sendo que esta preocupação é corroborada no Art. 2º, inciso 2º que estabelece que “[...] os povos indígenas têm os direitos coletivos indispensáveis ao pleno gozo dos direitos humanos individuais de seus membros [...]”, logo, aos Estados cabe reconhecer o direito dos povos indígenas “[...] a sua ação coletiva, a suas próprias culturas, a professar e praticar suas crenças espirituais e a usar seus idiomas”⁴⁰¹.

A ideia de que os indígenas possuem uma cosmovisão diferenciada é reiterada diversas vezes ao longo do Terceiro Capítulo intitulado “Desenvolvimento Cultural”. Neste Terceiro Capítulo está prescrito que: “Os povos indígenas têm direito a sua integridade cultural e a seu patrimônio histórico e arqueológico, que são importantes tanto para sua sobrevivência como para a identidade de seus membros” (Art. 7, inciso 1º); “Os povos indígenas têm direito à restituição de propriedades integrantes desse patrimônio de que tenham sido despojados [...]” (Art. 7, inciso 2º); “Os Estados reconhecem e respeitam as formas de vida dos indígenas, seus costumes, tradições, formas de organização social, instituições, práticas, crenças, valores, vestuário e idiomas” (Art. 7º, inciso 3º); “Os povos indígenas têm direito a seus idiomas, filosofias e concepções lógicas como componentes da cultura nacional e universal e como tais os Estados deverão reconhecê-los, respeitá-los e promovê-los, consultando os povos interessados” (Art. 8, inciso 1º); “Os povos indígenas têm direito a usar seus nomes indígenas e a tê-los reconhecidos pelos Estados” (Art. 8, inciso 4); “Os povos indígenas terão direito à liberdade de consciência, de religião e de prática espiritual e de exercê-las, tanto em público quanto no âmbito privado” (Art. 10, inciso 1º); “Os Estados tomarão as medidas necessárias para impedir tentativas de conversão forçada de povos indígenas ou de imposição de crenças contra sua vontade” (Art. 10, inciso 2); “Em colaboração com os povos indígenas interessados, os Estados deverão adotar medidas efetivas para assegurar que seus lugares sagrados, incluídos os locais de sepultura, sejam preservados, respeitados e protegidos” [...] (Art. 10, inciso 3);

⁴⁰⁰ Preâmbulo, item 3 e 5. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Projeto de declaração americana sobre os direitos dos povos indígenas**. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Projeto%20de%20Declaracao.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

⁴⁰¹ Item 8 do Preâmbulo e Art. 2, nº 2. Ibid.

“Os Estados garantirão o respeito do conjunto da sociedade à integridade dos símbolos, práticas, cerimônias sagradas, expressões e protocolos espirituais indígenas” (Art. 10, inciso 4); “A família é a unidade natural básica da sociedade e deve ser respeitada e protegida pelo Estado. Em conseqüência, o Estado reconhecerá e respeitará as diversas formas indígenas de família, casamento, nome de família e filiação” (Art. 11, inciso 1º); “Os povos indígenas têm direito à proteção das plantas de uso medicinal, dos animais e minerais essenciais à vida em seus territórios tradicionais” (Art. 12, inciso 2).

As disposições acima elencadas envolvem, em alguma medida, a proteção das terras e dos territórios indígenas, veja-se, tanto a preservação da integridade patrimonial histórica e arqueológica quanto a proteção dos lugares sagrados indígenas – inclusive, a proteção das sepulturas –, requer a preservação, antes de tudo, das terras destes povos. Do mesmo modo, a proteção das plantas medicinais e dos animais e minerais essenciais à vida em seus territórios tradicionais dependem da proteção dos referidos territórios/terras. A proteção da terra/território acaba por reunir a proteção dos demais direitos dos povos indígenas. E é por isso que no Projeto de Declaração há a previsão do extenso Art. 18, intitulado “Formas tradicionais de propriedade e sobrevivência cultural. Direito a terras e territórios”, que estabelece:

Artigo XVIII. Formas tradicionais de propriedade e sobrevivência cultural. Direito a terras e territórios

1. Os povos indígenas têm direito ao reconhecimento legal das distintas modalidades e formas de posse, domínio, uso e gozo de seus territórios e propriedades.
2. Os povos indígenas têm direito ao reconhecimento de sua propriedade e dos direitos de domínio sobre suas terras, territórios e recursos que ocupem historicamente, bem como ao uso daqueles a que tenham tido igualmente acesso para realizar suas atividades tradicionais e obter seu sustento.
- 3.i) Ressalvado o disposto em 3. ii), quando os direitos de propriedade e uso dos povos indígenas decorrerem de direitos preexistentes à existência dos Estados, estes deverão reconhecer esses títulos como permanentes, exclusivos, inalienáveis, imprescritíveis e não embargáveis.
- ii) Tais títulos somente serão modificáveis de comum acordo entre o Estado e o respectivo povo indígena, com pleno conhecimento e entendimento por parte deste último sobre a natureza e atributos dessa propriedade.
- iii) Nenhum elemento deve ser interpretado no sentido de limitar o direito dos povos indígenas a atribuir a titularidade dentro da comunidade segundo seus costumes, tradições, usos e práticas tradicionais, nem afetará qualquer direito comunitário coletivo sobre os mesmos. [...]
7. Os povos indígenas têm direito à restituição das terras, territórios e recursos de que tenham sido tradicionalmente proprietários, ocupantes ou usuários e que tenham sido confiscados, ocupados, usados ou danificados; ou, quando a restituição não for possível, o direito a uma compensação em

termos não menos favoráveis que a praxe no Direito Internacional⁴⁰². (grifo do autor).

A proteção das terras indígenas prevista no Art. 18 do aludido Projeto de Declaração vai além da previsão da Constituição Federal Brasileira, uma vez que o Art. 18 do Projeto estabelece que os indígenas “[...] têm direito ao reconhecimento legal das distintas modalidades e formas de posse, domínio, uso, gozo de seus territórios e propriedades”⁴⁰³. A Constituição Federal, por sua vez, prevê, expressamente, que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União (Art. 20, XI), logo, a propriedade das terras indígenas é da União e, não, dos povos indígenas, restando aos índios, tão-somente, a posse permanente e o usufruto (Art. 231, § 2º). Além disso, diferentemente do Projeto de Declaração, a Constituição Federal brasileira não menciona a proteção e o reconhecimento de territórios indígenas, mas apenas o reconhecimento de terras tradicionalmente ocupadas, o que representa uma ideia muito aquém daquela contida na noção de território indígena.

3.4.2 Os Direitos Territoriais Indígenas e o Rompimento com a Visão Eurocêntrica

Os direitos humanos têm sido frequentemente equiparados aos direitos individuais – especificamente direitos individuais civis e políticos⁴⁰⁴ –, no entanto, tal lógica subverte aqueles dispositivos insculpidos nas declarações e convenções internacionais de direitos humanos acima elencadas, bem como, no próprio Texto Constitucional Brasileiro. Além disto, esta lógica estritamente individualista posiciona-se na contramão da própria história dos direitos humanos, que sempre se caracterizou como uma história de luta das coletividades – assim como, das minorias vulnerabilizadas, como é o caso dos índios – por mais direitos.

A cosmovisão indígena concernente à terra e ao território, assim como à propriedade ou à posse coletiva e às relações sociais de caráter necessariamente comunitário e, não, individualista, ou seja, relações que envolvem toda a comunidade indígena e não apenas um ou dois indivíduos, contrapõem-se frontalmente àquela ideia que tem sido aceita como o significado convencional de direitos humanos. Embora as diversas declarações e convenções internacionais – corroboradas pelos Estados nacionais em suas constituições – abarquem o

⁴⁰² Art. 18. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Projeto de declaração americana sobre os direitos dos povos indígenas**. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Projeto%20de%20Declaracao.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

⁴⁰³ Art. 18. Ibid.

⁴⁰⁴ MUZZAFAR, Chandra. From human rights to human dignity. In: NESS, Peter van. **Debating human rights: critical essays from the United States and Ásia**. London: Routledge, 1999. p. 25.

respeito à diversidade cultural, às minorias, assim como, digam respeito a direitos de índole sociais e culturais, parece que o termo *direitos humanos*, como usado pela maioria dos ativistas, hoje, carrega um significado muito mais restrito⁴⁰⁵. Por isso, os aportes do Direito Fraternal servem para este processo de repensar esta visão eurocêntrica dos direitos humanos, uma vez que o Direito Fraternal não se baseia em etnocentrismos, mas sim, em uma visão cosmopolita de direitos humanos, que “[...] tutela e vale para todos não porque pertencem a um grupo, a um território ou a uma classificação, mas porque são seres humanos”⁴⁰⁶.

A Convenção N. 169 da OIT de 1989, que representou o primeiro instrumento internacional vinculante a tratar especificamente dos direitos dos povos indígenas e tribais, aplicando-se, portanto, aos povos indígenas, assim como aos tribais, dispensa especial atenção ao relacionamento dos povos indígenas com a terra que ocupam ou utilizam de alguma forma, principalmente aos aspectos coletivos dessa relação. Veja-se, novamente, o Art. 13 da Convenção:

Artigo 13

1. Ao aplicar as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão atentar para a especial importância que, para as culturas e valores espirituais desses povos, tem, alguns casos, sua relação com a terra ou território, ou com ambos, que ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação⁴⁰⁷. (grifo do autor; grifo nosso).

Em face desse enfoque trazido pelo Art. 13 da Convenção, que também está previsto em seu Preâmbulo, a Convenção reconhece aos povos indígenas o direito de que os mesmos tenham respeitados os aspectos coletivos da relação que eles mantêm com as suas terras ou territórios⁴⁰⁸. Em outras tintas, o texto da Convenção N. 169 rompe com a lógica da propriedade privada, calcada em um pensamento eurocêntrico e destinada à garantia de direitos de matriz individual.

Esta cosmovisão também parece ter inspirado o texto constitucional brasileiro, que no Art. 20, inciso XI, dispôs que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da

⁴⁰⁵ MUZZAFAR, Chandra. From human rights to human dignity. In: NESS, Peter van. **Debating human rights: critical essays from the United States and Ásia**. London: Routledge, 1999. p. 25.

⁴⁰⁶ VIAL, Sandra Regina Martini. Sociedade complexa e o direito fraternal. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em direito da Unisinos: mestrado e doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 194.

⁴⁰⁷ Art. 13. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. Escritório Brasil. **Convenção n° 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT sobre povos indígenas tribais**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/convencao%20169%20portugues_web_292.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2012.

⁴⁰⁸ Preâmbulo. *Ibid.*, p. 9.

União e, no Art. 231, reconheceu os direitos dos índios sobre estas terras tradicionalmente ocupadas, prevendo, também, o reconhecimento da organização social, dos costumes, das línguas, das crenças e das tradições indígenas.

Conforme Beltrão, o Art. 231, parágrafo 1º da Constituição Federal acolheu uma noção de território que não se refere tradicionalmente ao tempo, mas ao modo de ocupação indígena, que é tradicional e varia entre os diversos povos, inclusive, em razão do colonialismo interno e suas múltiplas faces. A referida noção de território, portanto, seria mais ampla – envolvendo relações de apropriação, inclusive imaterial – do que a noção de terra civilista, que envolveria apenas relações de propriedade, marcadamente material⁴⁰⁹. Deste modo, a Constituição Federal de 1988 também teria operado uma ruptura com esta visão eurocêntrica de direitos humanos, de cunho estritamente individualista, ao congregar diferentes visões de mundo e de contato com o solo, especialmente o contato indígena com o solo que envolve uma relação que vai além da ideia de apropriação material.

Ainda que a concepção de direito de matriz individualista – forjada no marco da Modernidade Iluminista – tenha ajudado na capacitação do indivíduo, esta concepção possui fragilidades. O maior dilema envolvendo esta concepção de direitos humanos é que a ideia de indivíduo foi construída dentro das próprias fronteiras do pensamento europeu, que destruiu a pessoa humana existente nas outras culturas. Neste contexto de colonização e dominação, os impérios europeus infligiram horrendos massacres humanos contra os habitantes *coloridos* do planeta, enquanto que os direitos humanos expandiram-se entre as pessoas brancas. Neste sentido, Muzzafar explica que: “O colonialismo ocidental na Ásia, Australásia, África e América Latina representou a maior violação sistemática dos direitos humanos na história”⁴¹⁰.

Quanto aos direitos humanos dos povos indígenas brasileiros, ocorre que mesmo com a superação do período colonial em solo brasileiro, os indígenas são mantidos sob o arcabouço do colonialismo. A colonialidade persiste, por exemplo, sob o argumento de que “há muita terra para pouco índio”, ou de que “os índios não sabem utilizar as terras que possuem”, pois não as cultivam integralmente ou porque não mantêm rebanhos em toda a sua extensão. E é neste contexto que são relegados ao segundo plano o respeito à diversidade cultural e à preservação dos costumes, línguas e tradições indígenas,

⁴⁰⁹ BELTRÃO, Jane Felipe. **Diversidade cultural ou conversas a propósito do Brasil plural**. Texto lido na Aula Magna proferida por Jane Beltrão sobre o tema Conviver com a diversidade para construir uma nova universidade, por ocasião da abertura do ano letivo da Universidade Federal do Pará (UFPA), em 3 de março de 2008. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/03/03_jane_diversidade_cultural.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2011.

⁴¹⁰ MUZZAFAR, Chandra. From human rights to human dignity. In: NESS, Peter van. **Debating human rights: critical essays from the United States and Ásia**. London: Routledge, 1999. p. 25-26.

mascarando-se uma mentalidade de dominação e de preconceitos. Acontece que ao atrelar-se o relacionamento que os índios mantêm com as suas terras à uma perspectiva civilista de propriedade da terra, fundamentada em uma visão eurocêntrica, é desrespeitado o caráter multicultural e multiétnico contido na Constituição Federal de 1988, da mesma forma que são execrados os direitos humanos de índole social e cultural, camuflando-se, assim, as formas de dominação coloniais.

Nesse contexto, Muzzafar explica que embora o governo colonial formal tenha sido extinto, a dominação e o controle eurocêntrico continuam a ter impacto sobre os direitos humanos da imensa maioria do povo do mundo não-ocidental de formas mais sutis e sofisticadas, mas não menos destrutivas e devastadoras⁴¹¹.

Tem sido criada uma cultura global que é incapaz de acomodar culturas não-ocidentais em uma base justa e equitativa. Subjacentes a esta cultura ocidental dominante e global e sistemas de informação há um conjunto de ideias, valores, visões de mundo e até mesmo relativos à posição do indivíduo, a família, a comunidade, o ambiente, e cosmos que evoluíram a partir de uma tradição particular - ou seja, a tradição ocidental secular⁴¹².

As ideias, valores e visões de mundo engendradas pela dominação e pelo controle ocidental são pautados em uma perspectiva eurocentrada e estão marginalizando outras ideias sobre o ser humano, sobre relações humanas e sobre os laços sociais incorporadas em civilizações mais antigas e mais ricas. Está ocorrendo um processo de marginalização que pode, a longo prazo, resultar na degradação moral e empobrecimento espiritual do ser humano⁴¹³. Esta perspectiva eurocêntrica de direitos, que possui um caráter preponderantemente particularista e individualista, mostra-se cada vez mais incapaz de abarcar a complexidade das relações sociais existentes na sociedade brasileira, como é o caso dos indígenas, que demandam não apenas a preservação de seus direitos civis e políticos, mas, principalmente, de seus direitos econômicos, sociais e culturais atinentes ao reconhecimento e à demarcação das suas terras tradicionais. Ao utilizar-se dos aportes do Direito Fraternal, Vial aduz que o Direito Fraternal está no âmbito dos temas referentes aos direitos humanos e explica que os direitos humanos

[...] se destinam a todo e qualquer ser humano, não porque pertença a um ou outro território, siga esta ou aquela cultura, ou, ainda, tenha uma

⁴¹¹ MUZZAFAR, Chandra. From human rights to human dignity. In: NESS, Peter van. **Debating human rights: critical essays from the United States and Ásia**. London: Routledge, 1999. p. 26.

⁴¹² Ibid., p. 26.

⁴¹³ Ibid., p. 27.

descendência determinada, mas tão-somente porque tem humanidade. É um direito que tem como fundamento a *humanidade*, o ter 'humanidade', uma humanidade repleta de diferenças compartilhadas e de uma comunhão de juramentos, de comprometimentos, de responsabilidades.

[...] é somente na humanidade que os Direitos Humanos podem ser reconhecidos, tutelados e, também, desrespeitados. A humanidade é a única que pode fazer valer os direitos humanos ou burlá-los. Uma das tarefas do direito fraterno é, justamente, atentar para esta responsabilidade de cada um de nós, de cada homem e mulher, de cada criança e idoso, enfim, de cada um que compartilha o caráter de humanidade⁴¹⁴. (grifo do autor)

Portanto, os direitos humanos requerem o respeito à humanidade e não a uma categoria ou a um grupo de pessoas. Há a necessidade de se tentar desenvolver uma visão da dignidade humana que seja mais justa, mais holística, e mais universal⁴¹⁵, compreendendo, por exemplo, a cosmovisão que os indígenas possuem de suas terras tradicionais e, assim, respeitando seus direitos de índole cultural e social. A título de exemplo, a cosmovisão indígena de terra requer uma visão diferenciada dos direitos humanos, que privilegie os aspectos mais sociais e comunitários do acesso à terra, tendo em vista que, somente desta maneira, será efetivamente assegurada a preservação das culturas indígenas, que conseguirão desenvolver-se e manter as suas tradições.

Acontece que, embora o processo de colonização tenha sido empreendido há séculos no Brasil e nos demais países da América Latina, nunca houve um efetivo processo de descolonização, principalmente sob a perspectiva dos povos indígenas, uma vez que a expropriação destes povos permanece, e a luta pela recuperação de suas terras tradicionais continua.

Por tratarem-se os direitos referentes ao reconhecimento e à demarcação das terras indígenas de direitos humanos de índole cultural e social, a fim de que os direitos territoriais indígenas sejam respeitados, mostra-se adequada a busca por subsídios na ideia de descolonização do conhecer, do poder e do ser, haja vista que a pouca importância concedida aos direitos territoriais indígenas configura o retrato da mentalidade ainda colonial dos legisladores e daqueles encarregados de dizer o direito na sociedade brasileira, uma vez que tais sujeitos não vislumbram a posse constitucional indígena alforriada da noção de propriedade civil.

⁴¹⁴ VIAL, Sandra Regina Martini. Sociedade complexa e o direito fraterno. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado: São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 197.

⁴¹⁵ MUZZAFAR, Chandra. From human rights to human dignity. In: NESS, Peter van. **Debating human rights: critical essays from the United States and Ásia**. London: Routledge, 1999. p. 29.

Mignolo explica que o projeto político e epistêmico conhecido como Modernidade apenas foi possível, em razão de sua outra face, a colonialidade⁴¹⁶. Com a finalidade de desmistificar o conceito de colonialidade, Mignolo esclarece que tal conceito “[...] se extendió la colonialidad del poder (económico y político) a la colonialidad del conocimiento y a la colonialidad del ser (de género, sexualidad, subjetividad y conocimiento)”⁴¹⁷.

Assim, a naturalização da *Modernidade* como um processo universal, global e fruto da sociedade europeia oculta, por sua vez, seu lado obscuro, ou seja, a reprodução constante da *colonialidade*. Deste modo, com a finalidade de se descortinar a lógica perversa no dilema filosófico da modernidade/colonialidade e a estrutura política e econômica do eurocentrismo/colonialismo, parece necessário que haja a descolonização da “mente” e do “imaginário”, ou seja, do conhecimento e do ser, assim como do poder⁴¹⁸. No tocante aos direitos dos indígenas ao reconhecimento das suas terras tradicionais, este processo de descolonização implica a reformulação das relações de dominação e de preconceito que há muito tempo o Estado Brasileiro tem mantido com os indígenas.

Diferentemente do conceito de terra pensado a partir da lógica da propriedade privada, fundamentada nesta visão da Modernidade contada apenas a partir da ótica ocidental e fruto das lutas burguesas por direitos de propriedade individual, os indígenas não acatam a possibilidade de viverem, por exemplo, em lotes compartimentados, nos quais cada família possua seu próprio terreno com sua habitação, uma vez que estes povos vivem em comunidades, cujas quais precisam ter um território amplo – comunitário – que seja capaz de abrigar as diversas famílias de tais comunidades, como pôde ser visto nos exemplos dos povos indígenas Guarani, Kaingang e Charrua. Além disso, os indígenas são detentores de uma cosmovisão que enxerga a terra e o território através de outro prisma. Terra e território, para os índios, não representam apenas um local para habitar – como representam para o homem dito *civilizado* –, mas, sim, compreendem um ambiente com múltiplas dimensões, no qual estes povos podem manifestar seus diferentes modos de interação com o meio ambiente natural e, assim, desenvolver seus peculiares modos de ser e de viver.

⁴¹⁶ MIGNOLO, Walter. **Modernity and decoloniality**. Oxford, [2012?]. Disponível em: <<http://www.oxfordbibliographiesonline.com/view/document/obo-9780199766581/obo-9780199766581-0017.xml>>. Acesso em: 09 maio 2012.

⁴¹⁷ Tradução livre: “[...] se estendeu à colonialidade do poder (económico e político), à colonialidade do conhecimento e à colonialidade do ser (do género, sexualidade, subjetividade e conhecimento)”. MIGNOLO, Walter. **Desobediencia epistémica: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad**. Buenos Aires: Ediciones del Siglo, 2010. p. 11.

⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 12.

Essa relação integrada e harmoniosa que os povos indígenas possuem com as suas terras foi objeto de reconhecimento – como já referido – no relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). O Relatório intitulado *Direitos dos Povos Indígenas e Tribais sobre suas Terras Ancestrais e Recursos Naturais: Normas e Jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos* reconheceu que o direito dos povos indígenas e tribais às suas terras e aos recursos naturais abre as portas para a garantia de outros direitos básicos, portanto a garantia da demarcação das terras indígenas tradicionais configura um dos direitos humanos de maior importância para os indígenas⁴¹⁹. Em seu relatório, a Comissão Interamericana assinala que:

[...] a proteção do direito à propriedade dos povos indígenas sobre seus territórios ancestrais é um assunto de especial importância, porque seu gozo efetivo implica não só na proteção de uma unidade econômica, mas também na proteção dos direitos humanos de uma coletividade que baseia seu desenvolvimento econômico, social e cultural na relação com a terra. Fica claro o reconhecimento de que o modo de vida único e a cosmovisão dos povos indígenas e tribais se baseia em uma relação muito aproximada com suas terras ancestrais. A CIDH afirma, inclusive, que estes territórios são fatores primordiais para a vitalidade física, cultural e espiritual dos povos⁴²⁰.

Deste modo, para que as culturas indígenas possam sobreviver é necessário que tenham assegurado o reconhecimento das suas terras tradicionais – através da demarcação dos seus territórios –, espaço no qual poderão manifestar-se livremente, desenvolver seus costumes, ritos e tradições. No entanto, embora o Brasil seja signatário de diversos documentos jurídicos internacionais que consubstanciam a proteção dos direitos dos povos indígenas, e apesar de a Carta Magna brasileira prever a proteção da integridade cultural dos seus povos indígenas, bem como a demarcação das terras tradicionais, os índios brasileiros parecem relegados ao *status* de não-cidadãos ou, até mesmo, de inimigos da sociedade, uma vez que dispõem de costumes, tradições, estrutura social, entre outros fatores, muito distintos da sociedade brasileira não-indígena e que não são respeitados. A morosidade na demarcação das terras indígenas tradicionais demonstra o descaso das autoridades brasileiras no tocante à efetivação dos direitos territoriais indígenas, bem como a despreocupação com os direitos humanos de índole cultural e social destes povos.

⁴¹⁹ RELATÓRIO reafirma necessidade da soberania dos povos indígenas em seus territórios. **Informativo Jurídico da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão (índios e minorias)**, Brasília, DF, 1. ed., p. 29, fev. 2011. Disponível em: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/informativo_juridico/docs_informativo_juridico/informe_03_03_2011>. Acesso em: 12 jan. 2012.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 29.

3.4.3 As Decisões da Corte Interamericana dos Direitos Humanos nos Casos Contenciosos Envolvendo as Terras Indígenas Tradicionais

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem atuado na defesa dos direitos territoriais indígenas e na defesa do caráter coletivo de suas formas de posse há alguns anos, mas, especialmente, desde a decisão do caso *Awas Tingni versus Nicarágua*, ocasião em que a Corte manifestou o seu entendimento quanto à questão das terras indígenas, sua jurisprudência tem servido de guia às decisões proferidas no âmbito dos Estados Americanos.

O caso *Awas Tingni versus Nicarágua* representou um marco na defesa dos direitos territoriais dos povos indígenas no contexto americano, sobretudo diante dos Estados que aceitaram a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pois neste julgamento a CIDH firmou posicionamentos que transformou o modo de se compreender os direitos territoriais dos povos indígenas. Em razão da importância da decisão prolatada no aludido caso no cenário jurídico do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e devido ao objeto da referida decisão relacionar-se diretamente com o objeto de pesquisa do presente trabalho, as decisões dos casos contenciosos da Corte Interamericana serão analisadas, cronologicamente, a partir da decisão do caso *Awas Tingni*. Para a escolha dos casos contenciosos utilizou-se como critério o fato de uma das partes da lide ser uma comunidade indígena e a discussão da ação relacionar-se às terras tradicionais indígenas e à importância da sua preservação para as culturas indígenas.

O caso *Awas Tingni versus Nicarágua* foi submetido à Corte Interamericana pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 4 de junho de 1998. Em 3 de março de 1998, a Comissão Interamericana havia aprovado o Informe N. 27/98, que explicitava o problema envolvendo as terras indígenas:

[...] 141. Sobre la base de las acciones y omisiones examinadas, [...] que el Estado de Nicaragua no ha cumplido con sus obligaciones bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Estado de Nicaragua no ha demarcado las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, ni de otras comunidades indígenas. Tampoco ha tomado medidas efectivas que aseguren los derechos de propiedad de la Comunidad en sus tierras. Esta omisión por parte del Estado constituye una violación a los artículos 1, 2, y 21 de la Convención, los cuales en su conjunto establecen el derecho a dichas medidas efectivas. Los artículos 1 y 2 obligan a los Estados a tomar las medidas necesarias para implementar los derechos contenidos en la Convención.

142. El Estado de Nicaragua, es responsable por violaciones al derecho a la propiedad en forma activa, consagrado en el artículo 21 de la Convención, al otorgar una concesión a la compañía SOLCARSA para realizar en las tierras

Awas Tingni trabajos de construcción de carreteras y de explotación maderera, sin el consentimiento de la Comunidad Awas Tingni.

143. [...] el Estado de Nicaragua no garantizó un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la Comunidad Awas Tingni sobre sus derechos a tierras y recursos naturales, de acuerdo con el artículo 25 de la Convención. [...] ⁴²¹.

No referido Informe, a Comissão Interamericana mencionou que o Estado da Nicarágua não havia cumprido com as disposições dos Arts. 1º, 2º e 21º da Convenção Americana de Direitos Humanos. Interessante observar a importância deste caso e dos reflexos que ele gerou no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, especialmente no tocante à defesa dos direitos territoriais indígenas, uma vez que, a partir do caso da Comunidade Awas Tingni, o Art. 21 do Pacto de San José passou a ser interpretado como que abrangendo a ideia de propriedade comunal em profundo respeito e preocupação às culturas indígenas que possuem esta perspectiva de terra⁴²². Através de uma interpretação evolutiva, a CIDH decidiu que o Art. 21 do Pacto San José protege a propriedade comunal, veja-se:

148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención (Americana de derechos humanos] - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos - , esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua⁴²³. (grifo nosso).

⁴²¹ Parágrafos 141, 142 e 143. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua**. Sentencia de 31 de agosto de 2001. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2012.

⁴²² Na verdade, o artigo 21 do Pacto San José da Costa Rica expressamente trata da defesa da propriedade privada, veja-se: “Artigo 21 - Direito à propriedade privada
1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.
2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.
3. Tanto a usura, como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem, devem ser reprimidas pela lei”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção americana de direitos humanos** [Pacto San José da Costa Rica]. 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 12 dez. 2012.

⁴²³ Parágrafo. 148. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, op. cit.

Esta posição adotada pela CIDH assemelha-se ao que Wolkmer nomeia de pluralidade alternativa, que busca a satisfação das necessidades dos novos sujeitos de direito avançando além do direito posto:

Sem negar ou abolir as manifestações normativas estatais, avança democraticamente rumo a uma legalidade diversa, à margem da juridicidade posta pelo Estado. Esta pluralidade concomitante está fundada não mais na lógica tecno-formal e nos controles disciplinares, mas na justa satisfação das necessidades cotidianas e na legitimidade de novos sujeitos coletivos⁴²⁴.

Além do reconhecimento da propriedade comunitária do povo indígena Awas Tingni e do reconhecimento de que a ideia de pertença na referida propriedade não se centra em um indivíduo, mas no grupo e em sua comunidade, a Corte tratou, também, dos aspectos espirituais que os indígenas mantêm com as terras tradicionais que habitam:

149. [...] la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.⁴²⁵

Através da prolação da sentença no caso *Awas Tingni versus* Nicarágua, a Corte reconheceu que o Estado da Nicarágua não havia respeitado os direitos da comunidade indígena ao outorgar concessão para uma empresa do ramo madeireiro atuar nos territórios indígenas sem prévia consulta ou consentimento. Ademais, por não ter havido, por parte do governo, a reparação efetiva da violação do direito de propriedade sobre a terra e sobre os recursos reconhecidos, pela primeira vez um tribunal decidiu a favor dos direitos coletivos dos povos indígenas à terra e aos recursos naturais, ultrapassando, deste modo, a previsão legal do Art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que, literalmente, trata apenas do respeito à propriedade privada.

Em 16 de Junho de 2005, a Corte Interamericana reconheceu a especial relação que a comunidade N'djuka possui com seu território tradicional na sentença do caso Comunidade

⁴²⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 307.

⁴²⁵ Parágrafo 149. ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua**. Sentencia de 31 de agosto de 2001. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2012.

Moiwana *versus* Suriname⁴²⁶. No parágrafo 86.6 da sentença, está claramente consubstanciado tal entendimento:

86.6. La relación de la comunidad N’djuka con su tierra tradicional es de vital importancia espiritual, cultural y material. Para que la cultura mantenga su integridad e identidad, los miembros de la comunidad deben tener acceso a su tierra de origen. Los derechos a la tierra en la sociedad N’djuka existen en varios niveles, y van desde los derechos de la comunidad entera hasta los del individuo. Los derechos territoriales más amplios están depositados en todo el pueblo, según la costumbre N’djuka; los miembros de la comunidad consideran que dichos derechos son perpetuos e inalienables⁴²⁷.

No referido parágrafo da sentença, a CIDH trata da importância do assentamento do povo N’djuka na Aldeia Moiwana ao explicar os aspectos culturais e simbólicos da terra para o povo N’djuka, que vê na terra tradicional um espaço “[...] de vital importância espiritual, cultural e material [...]”. Conforme a sentença, os N’djuka realizam rituais mortuários específicos nas suas terras tradicionais que podem durar até um ano (e no mínimo seis meses), sendo que tais rituais exigem a participação de muitos membros da comunidade. É somente por meio dos rituais que os mortos podem descansar em paz, sendo que se os diferentes rituais não forem efetuados de acordo com a tradição N’djuka, ocorre uma transgressão moral, que provoca “[...] enfermidades de origem espiritual [...]” tanto no espírito como em toda a sua linhagem familiar⁴²⁸.

O antropólogo Kenneth M. Bilby, que atuou como perito no caso da Comunidade Moiwana, relatou a importância da terra para o povo N’djuka:

Para los N’djuka la tierra es una personificación de su identidad colectiva; también sirve como depositaria de su historia cultural y es su principal fuente de subsistencia. [...]

Para que la comunidad N’djuka funcione normalmente, los miembros deben tener una patria. Aun si viajan a otras partes, hay ritos vitales que deben ser llevados a cabo en su aldea de origen, lo cual les permite continuar expresando su continuidad como comunidad. Sin un hogar tradicional, al

⁴²⁶ O caso “Comunidade Moiwana vs. Suriname” trata de um ataque ocorrido em 29 de novembro de 1986 na aldeia Moiwana que deixou dezenas de indígenas no povo N’djuka mortos. Os sobreviventes refugiaram-se, em sua grande maioria, na Guiana Francesa. Devido à especial relação que possuem com suas terras tradicionais, os N’djuka lutaram pelo direito de regresso às suas terras na justiça de Suriname, que nada fez, então, ante à inércia do governo surinamês, a comunidade indígena recorreu à Comissão Interamericana que levou o caso à Corte.

⁴²⁷ Parágrafo 86.6. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam**. Sentencia de 15 de junio de 2005. (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2012.

⁴²⁸ Parágrafos 86.7, 86.8, 86.9. Ibid.

cual regresar, la sociedad se desintegraría, porque sería difícil mantener su identidad cultural y sus obligaciones sociales.

[...] [los] N'djuka, al igual que otros pueblos indígenas y tribales, tienen una relación profunda y omnicompreensiva con sus tierras ancestrales. Se encuentran intrínsecamente ligados a esas tierras y a los sitios sagrados que ahí se encuentran, y su desplazamiento forzado ha cortado esos lazos fundamentales. Muchos de los sobrevivientes y sus familiares señalan su lugar de origen en, o cerca de, la aldea de Moiwana. Su imposibilidad de mantener su relación con sus tierras ancestrales y con sus sitios sagrados los ha privado de un aspecto fundamental de su identidad y de su sentido de bienestar. Sin una comunión regular con esas tierras y sitios, son incapaces de practicar y gozar sus tradiciones culturales y religiosas, en mayor detrimento a su seguridad personal y colectiva y a su sentido de bienestar⁴²⁹.

A relação profunda e omnicompreensiva dos N'djuka com suas terras ancestrais é a expressão da territorialidade indígena que muito mais do que dizer respeito à terra como um abrigo material para habitar, vincula-se à ideia de terra como o lugar de manifestação espiritual de uma cultura, de desenvolvimento e preservação da identidade cultural de um povo, de base fundamental para a integridade física, espiritual, cultural e econômica. Quanto ao caráter comunal das terras do povo N'djuka, a CIDH reconheceu que:

Para tales pueblos, su nexa comunal con el territorio ancestral no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras⁴³⁰.

Assim, a CIDH reafirmou o entendimento de que os direitos de propriedade garantidos e protegidos no Art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos não se encontram restringidos à propriedade privada, uma vez que, conforme as bases lançadas pelo caso *Awas Tingni*, a disposição do Art. 21 também protege os direitos de propriedade dos membros de comunidades indígenas dentro do marco da propriedade coletiva.

No caso *Comunidade Indígena Yakye Axa versus Paraguai*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu sentença no dia 17 de junho de 2005 – dois dias após o caso *Comunidade Moiwana versus Suriname* –, na qual decidiu, mais uma vez, que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação necessita acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais. Conforme o Tribunal, esta interpretação evolutiva é consequência das “[...] reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la

⁴²⁹ Parágrafos 80 e 86.11. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam**. Sentencia de 15 de junio de 2005. (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2012.

⁴³⁰ Parágrafo 131. *Ibid.*

Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”⁴³¹.

Deste modo, a CIDH tem sustentado que no momento da interpretação dos tratados internacionais devem ser considerados, além dos acordos e instrumentos formalmente relacionados com ele, o sistema no qual ele está inserido. Por isso, por tratar-se o presente caso de uma questão que envolve as terras indígenas, a Corte considerou apropriado, ao analisar o alcance do Art. 21 da Convenção Americana de Direitos – que trata do direito à propriedade privada – utilizar, também, a Convenção N. 169 da OIT “[...] para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”⁴³².

No parágrafo 130 da sentença, a CIDH afirma que a Convenção N. 169 estabelece diversas disposições que possuem relação com o instituto da propriedade comunal, disposições, portanto, que podem ilustrar o conteúdo e o alcance do Art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos. No parágrafo seguinte (131), é afirmado que:

[...] este Tribunal ha resaltado que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras.⁴³³

A especial relação que os indígenas possuem com as terras que ocupam é asseverada nos parágrafos 135, 136, 137 e 138. Por considerar que a cultura indígena corresponde a um modo e vida particular, que é constituído a partir da estreita relação dos indígenas com os territórios tradicionais e os recursos que ali se encontram, a Corte Interamericana considera que tais territórios e recursos representam não apenas um meio de subsistência, mas “[...] constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”⁴³⁴.

É neste sentido que a jurisprudência da Corte Interamericana tem se consolidado quanto à interpretação do Art. 21 da Convenção Americana, uma vez que, de forma reiterada, tem sido assegurado o respeito à estreita vinculação que os povos indígenas possuem com os

⁴³¹ Parágrafo 125. ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay**. Sentencia de 17 de junio de 2005. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2012.

⁴³² Parágrafo 126 e 127. Ibid.

⁴³³ Parágrafo 131. Ibid.

⁴³⁴ Parágrafo 135. Ibid.

seus territórios tradicionais e com os recursos naturais. Ademais, a interpretação do Art. 21 tem abarcado, também, a salvaguarda de elementos incorpóreos:

[...] este Tribunal ha considerado que el término ‘bienes’ utilizado en dicho artículo 21, contempla ‘aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor’⁴³⁵.

Em 6 de fevereiro de 2006, a Corte Interamericana de Derechos Humanos proferiu *sentença de interpretação* relacionada ao caso da Comunidade Indígena Yakye Axa *versus* Paraguai, que interpretou a sentença proferida no dia 17 de junho de 2005. Com fundamento no Art. 67 da Convenção Americana de Derechos Humanos, em 14 de outubro de 2005, os representantes dos indígenas da comunidade indígena apresentaram petição ao tribunal a fim de que fosse esclarecido o alcance ou o sentido do conteúdo da sentença proferida no caso.

A *demanda de interpretación* se referiu a dois aspectos pontuais: a) ao conteúdo do ponto resolutivo sexto da sentença, que obrigava o Estado à restituição do território tradicional aos membros da comunidade e ao mesmo tempo parecia indicar a necessidade de identificação da área em questão; e b) a maneira que seria posta em prática tal obrigação, contida no ponto resolutivo oitavo da sentença⁴³⁶.

Nos parágrafos 26 e 27 da sentença de interpretação, o Tribunal determinou o sentido e o alcance do disposto no ponto resolutivo da sentença do dia 17 de junho de 2005, em conformidade com o que já havia declarado. A CIDH deixou estabelecido expressamente que a tarefa de identificar o território tradicional da Comunidade Yake Axa correspondia ao Estado do Paraguai. Contudo, o estado Paraguai deveria desincumbir-se da referida obrigação levando em consideração “[...] los valores, usos, costumbres y derecho consuetudinario de los miembros de la Comunidad, que los ligan a un territorio determinado”⁴³⁷.

Quanto à entrega do território aos membros da comunidade, esta deveria ocorrer imediatamente após o processo de identificação desprender-se das mãos dos proprietários

⁴³⁵ Parágrafo 137. ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay**. Sentencia de 17 de junio de 2005. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2012.

⁴³⁶ Parágrafo 6º. Ibid.

⁴³⁷ Parágrafo 6º. Ibid.

privados, preocupando-se o Estado com “[...] la especial significación que este [território] tiene para la Comunidad”⁴³⁸

No tocante ao segundo aspecto referido na demanda de interpretação, a Corte explicou que, tendo em vista que nos parágrafos 215 a 217 da sentença emitida no dia 17 de junho de 2005 tenha sido estabelecida a obrigação do Estado de “[...] identificar el territorio tradicional de la Comunidad Yakye Axa, delimitarlo, demarcarlo, titularlo y entregarlo gratuitamente a la Comunidad en el plazo máximo de tres años” e em razão de no parágrafo 218 da mesma sentença ter sido estabelecida a necessidade de criação de um fundo destinado exclusivamente à aquisição e à entrega das terras à comunidade, todo este procedimento deveria ser realizado no prazo de três anos⁴³⁹.

Ademais, no parágrafo 36 da sentença de interpretação, a Corte referiu que seria desejável que o Estado tivesse identificado o território tradicional antes da ocupação do fundo, mas na impossibilidade disto, que ao menos fossem destinados recursos suficientes para a compra ou expropriação das terras tradicionais⁴⁴⁰.

Em 8 de fevereiro de 2006, a Corte Interamericana proferiu sentença por ter sido instada a se manifestar, em 4 de outubro de 2005, pelo Estado do Suriname, sobre a interpretação do sentido e do alcance da sentença do Comunidade Moiwana *versus* Suriname, proferida em 16 de junho de 2005. Todavia, a CIDH concluiu – nos parágrafos 16 e 17 da sentença de interpretação – que, ao invés de ter intentado aclarar questões que poderiam ter restado incompreendidas no bojo da sentença do dia 16 de junho de 2005, o Suriname trouxe novas questões de fato e de direito na *demanda de interpretação*, com o intuito de modificar a decisão. Por tais motivos, o Tribunal rechaçou o pedido de interpretação feito pelo estado surinamês⁴⁴¹.

O Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa *versus* Paraguai teve seu julgamento realizado pelo tribunal de direitos humanos em 29 de março de 2006. O caso foi apresentado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 15 de maio de 2001, que aprovou, em 19 de outubro de 2004, o Informe de Fundo N. 73/04, que recomendava ao Paraguai:

⁴³⁸ Parágrafo 6º. ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay**. Sentencia de 17 de junio de 2005. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2012.

⁴³⁹ Parágrafos 32 e 33. Ibid.

⁴⁴⁰ Parágrafos 36. Ibid.

⁴⁴¹ Parágrafos 16 e 17. ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam**. Sentencia de 15 de junio de 2005. (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2012.

1. Adoptar a la brevedad las medidas necesarias para hacer efectivo el derecho de propiedad y la posesión de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa del Pueblo Enxet-Lengua y sus miembros, respecto de su territorio ancestral, en particular para delimitar, demarcar y titular sus tierras, acorde con su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres y, garantizar a los miembros de la Comunidad el ejercicio de sus actividades tradicionales de subsistencia. [...] ⁴⁴².

Após analisar a resposta do Estado do Paraguai às recomendações, a Comissão decidiu submeter o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos em 3 de fevereiro de 2005. O caso, que teve início em 1991 no judiciário paraguaio, trata-se da reivindicação de terras da Comunidade Sawhoyamaxa, que ancestralmente ocupava o chaco paraguaio, mas que, na atualidade, vivia dispersa em diversas regiões do país ⁴⁴³. Diante das provas documentais e testemunhais trazidas pela Comissão, a Corte considerou os seguintes fatos quanto à ocupação tradicional das terras indígenas reivindicadas:

73.1. A finales del siglo XIX grandes extensiones de tierra del Chaco paraguayo fueron adquiridas a través de la bolsa de valores de Londres por empresarios británicos, como consecuencia de la deuda del Paraguay tras la llamada guerra de La Triple Alianza. La división y venta de estos territorios fue realizada con desconocimiento de la población que los habitaba, que en ese entonces era exclusivamente indígena. [...].
73.3. Con los años, y en particular después de la guerra del Chaco entre Bolivia y Paraguay (1933-1936), se incrementó la ocupación no indígena del Chaco boreal iniciada a finales del siglo XIX ⁴⁴⁴.

Ainda que as terras reivindicadas pelos indígenas Sawhoyamaxa estejam ocupadas, por não indígenas desde o final do século XIX, a Corte considerou que tais terras representam terras de ocupação tradicional da comunidade e, assim, fazem parte da ocupação tradicional deste povo ⁴⁴⁵. O mesmo ocorreu no caso dos membros do povo N'djuka do Suriname, que tiveram suas terras tradicionais reconhecidas pela CIDH, mesmo estando morando na Guiana Francesa – após um ataque que ocorreu em 29 de novembro de 1986 nas suas terras da aldeia Moiwana.

Nas considerações do tribunal de direitos humanos sobre a violação do Art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos que trata da propriedade, a Corte decidiu, no

⁴⁴² Parágrafo 8º. ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay**. Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf >. Acesso em: 18 nov. 2012.

⁴⁴³ Parágrafo 73.6. Ibid.

⁴⁴⁴ Parágrafos 73.1 e 73.3. Ibid.

⁴⁴⁵ Parágrafo 73.9. Ibid.

parágrafo 118, que a estreita vinculação dos integrantes dos povos indígenas com suas as terras tradicionais e com os recursos naturais relacionados a sua cultura, assim como com os elementos incorporais que se desprendem delas, devem ser salvaguardados pelo Art. 21 da Convenção. A decisão da Corte é neste sentido, uma vez que o órgão decisor considera que:

La cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus tierras tradicionales y recursos naturales, no sólo por ser estos su principal medio de subsistencia, sino además porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural⁴⁴⁶.

No parágrafo 119 da sentença, o tribunal relaciona o seu posicionamento ao Art. 13 da Convenção N. 169 da OIT, que, como já fora visto, também trata desta especial relação que os índios possuem com suas terras⁴⁴⁷.

No segundo ponto de análise a respeito do reconhecimento das terras tradicionais que tratava da limitação temporal do direito de recuperação das terras tradicionais, a CIDH considerou que o direito de recuperação permanece indefinidamente no tempo desde que existam alguns elementos. Conforme entendimento da CIDH, a base espiritual e material da identidade dos povos indígenas se sustenta principalmente na relação única que estes povos mantêm com as suas terras tradicionais. Logo, enquanto existir tal relação, o direito permanecerá vigente⁴⁴⁸.

No dia 24 de agosto de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu sentença no caso que envolveu a Comunidade indígena Xákmok Kásek e o Estado do Paraguai. A demanda relacionou-se a alegada responsabilidade internacional do Estado paraguaio pela falta de garantia do direito de propriedade ancestral da comunidade indígena, que, desde 1990, pleiteava o reconhecimento das suas terras perante o governo. Segundo a petição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a impossibilidade de acesso à posse e à propriedade dos territórios tradicionais tem deixado a comunidade em situação de

⁴⁴⁶ Parágrafo 118. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay**. Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf >. Acesso em: 18 nov. 2012.

⁴⁴⁷ Parágrafo 119. Ibid.

⁴⁴⁸ Parágrafo 131. Ibid.

vulnerabilidade (médica, alimentícia e sanitária), que têm ameaçado as próprias características da comunidade e, assim, a sua própria sobrevivência⁴⁴⁹.

Neste caso, assim como nos anteriores, o tribunal reafirmou que tem considerado, na sua jurisprudência, que a estreita e especial relação que os povos indígenas possuem com suas terras tradicionais e recursos naturais ligados a sua cultura – e da mesma forma com os elementos incorpóreos existentes nestas terras – devem ser salvaguardados pelo Art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁴⁵⁰. Ademais, em menção expressa à sentença proferida no caso *Comunidade Mayagna (Sumo) Awás Tingni versus Nicarágua*, a Corte afirmou que os conceitos de posse e de propriedade dos povos indígenas podem ter uma significação coletiva, no sentido de que a pertença deste povo não está fundamentada no indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Assim, embora a posse e o domínio indígenas não estejam relacionados a uma noção clássica de propriedade, da mesma forma merecem ser abarcados pela proteção do Art. 21 da Convenção⁴⁵¹. O que se verifica é que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos está a superar, de forma progressiva, aquela visão eurocêntrica, que apenas possibilitava a compreensão da propriedade e da posse a partir de uma perspectiva individualista/privada e, assim, ao enfatizar a necessidade de respeito aos direitos de cunho social, cultural e econômico, está, cada vez mais, protegendo a integridade da étnica e cultural dos povos indígenas.

Quanto ao direito de reclamar as terras tradicionais, a CIDH apresenta o mesmo posicionamento adotado em casos anteriores. Conforme a jurisprudência do tribunal: “[...] la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales, por lo que mientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación de dichas tierras permanecerá vigente”⁴⁵².

A Corte Interamericana estabelece critérios para determinar a existência da relação dos indígenas com suas terras tradicionais, que são os seguintes:

- i) ella puede expresarse de distintas maneras según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y ii) la relación con las tierras debe ser posible. Algunas formas de expresión de esta relación podrían incluir el uso o presencia tradicional, a través de lazos

⁴⁴⁹ Parágrafo 2º. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay**. Sentencia de 24 de agosto de 2010. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2012.

⁴⁵⁰ Parágrafo 85. Ibid.

⁴⁵¹ Parágrafos 86-87. Ibid.

⁴⁵² Parágrafo 112. Ibid.

espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres, y cualquier otro elemento característico de su cultura. El segundo elemento implica que los miembros de la Comunidad no se vean impedidos, por causas ajenas a su voluntad, a realizar aquellas actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales⁴⁵³.

No que se refere à alegação do Estado do Paraguai de que o direito dos membros da comunidade indígena aos territórios tradicionais é satisfeito com terras alternativas, a CIDH tece algumas ponderações importantes, que enquadram-se, também, muito adequadamente na questão territorial dos povos indígenas do Brasil. Na sentença em análise, a Corte assevera que para a concessão de terras alternativas não basta que existam outras propriedades disponíveis, há a necessidade de que existam pelo menos certas “aptidões agroecológicas”, assim como, é preciso que a área seja submetida a um estudo que determine seu potencial de desenvolvimento por parte da comunidade indígena⁴⁵⁴.

Neste caso da Comunidade Xákmok Kásek – assim como nos casos anteriormente tratados –, a Corte Interamericana considerou que os procedimentos utilizados pelo governo paraguaio têm sido inefetivos no reconhecimento das terras tradicionais. Deste modo, ante a falta de recurso efetivo para a recuperação das terras tradicionais, a CIDH considerou que o Estado do Paraguai tem incorrido na violação de seu dever estatal de adequar seu direito interno para garantir, na prática, o direito à propriedade comunitária indígena e, por isso tem deixado de cumprir o disposto no Art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos⁴⁵⁵.

Os casos contenciosos que envolveram as comunidades indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaxa e Xákmok Kásek e o Estado do Paraguai representam nitidamente o paradoxo da inclusão/exclusão abordado pelo Direito Fraternal. A sociedade paraguaia inclui todos os seus cidadãos, até mesmo os seus indígenas, e um exemplo desta inclusão é que a língua Guaraní é considerada uma das línguas oficiais do país; mas, de outra parte, o Estado não cumpre com os seus deveres de zelar pelo reconhecimento e pela proteção das terras tradicionais dos povos indígenas, gerando, assim, a exclusão destes povos.

Na mais recente sentença da Corte Interamericana sobre direitos territoriais indígenas, prolatada no dia 27 de Junho de 2012, no caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku *versus* Equador, pela primeira vez na história da prática judicial da Corte, foi realizada uma

⁴⁵³ Parágrafo 113. ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay**. Sentencia de 24 de agosto de 2010. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2012.

⁴⁵⁴ Parágrafo 118. Ibid.

⁴⁵⁵ Parágrafo 154. Ibid.

diligência em um caso submetido a sua jurisdição, pois o próprio Estado equatoriano reconheceu a sua responsabilidade internacional e expressou seu compromisso e interesse em buscar formas de reparação no próprio território Sarayaku⁴⁵⁶.

Entre as diversas medidas reparatórias estabelecidas pela Corte, tratou-se da necessidade de consulta prévia à comunidade indígena, antes de qualquer interferência em seus territórios comunais, uma vez que existe uma especial relação entre os territórios indígenas e a preservação das culturas destes povos e das suas identidades culturais, que são vividas em integração com a natureza e com os membros da comunidade – mais uma vez, é enfatizado o caráter coletivo da propriedade indígena – e são transmitidas de geração em geração. Veja-se:

[...] se ha reconocido la estrecha vinculación del territorio con las tradiciones, costumbres, lenguas, artes, rituales, conocimientos y otros aspectos de la identidad de los pueblos indígenas, señalando que en función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas⁴⁵⁷.

A sentença do caso equatoriano explica que, sob o princípio da não discriminação, o reconhecimento do direito à identidade cultural é necessário para garantir o exercício dos direitos humanos dos povos indígenas, sendo que o direito à identidade cultural é um direito de natureza coletiva das comunidades indígenas que deve ser respeitado em uma sociedade multicultural, pluralista e democrática:

Bajo el principio de no discriminación, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural (o a la cultura) es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y por los ordenamientos jurídicos internos. La Corte considera que el derecho a la identidad cultural es un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática⁴⁵⁸.

Quanto ao Brasil, não há registro – até o momento – de que algum caso contencioso tenha sido submetido à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. No entanto,

⁴⁵⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador**. Sentencia de 27 de Junio de 2012. (Fondo e Reparaciones). p. 1-2. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp1.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2012.

⁴⁵⁷ Ibid., p. 8.

⁴⁵⁸ Ibid., p. 8-9.

cabe referir, uma vez que o presente trabalho tem por objeto especialmente a análise dos direitos territoriais dos indígenas do Brasil, que em 1º de abril de 2011, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos fixou medida cautelar a favor dos povos indígenas da bacia do Rio Xingu, localizado no Pará.

A solicitação de medida cautelar teve por fundamento o fato de que “[...] a vida e a integridade pessoal dos beneficiários estariam em risco pelo impacto da construção da usina hidroelétrica Belo Monte”⁴⁵⁹. Na medida cautelar, a Comissão Interamericana havia solicitado que o governo brasileiro suspendesse qualquer processo de licenciamento do projeto e que não permitisse a realização de qualquer obra até que fossem cumpridas condições mínimas⁴⁶⁰.

A Comissão reavaliou a Medida Cautelar 382/10 no 142º Período de Sessões, em 29 de julho de 2011, em virtude das informações recebidas do Estado e dos peticionários, deste modo, alterou o objeto da medida e solicitou ao Brasil o adimplemento das seguintes condições:

[...] que: 1) Adote medidas para proteger a vida, a saúde e integridade pessoal dos membros das comunidades indígenas em situação de isolamento voluntário da bacia do Xingu, e da integridade cultural de mencionadas comunidades, que incluam ações efetivas de implementação e execução das medidas jurídico-formais já existentes, assim como o desenho e implementação de medidas específicas de mitigação dos efeitos que terá a construção da represa Belo Monte sobre o território e a vida destas comunidades em isolamento; 2) Adote medidas para proteger a saúde dos membros das comunidades indígenas da bacia do Xingu afetadas pelo projeto Belo Monte, que incluam (a) a finalização e implementação aceleradas do Programa Integrado de Saúde Indígena para a região da UHE Belo Monte, e (b) o desenho e implementação efetivos dos planos e programas especificamente requeridos pela FUNAI no Parecer Técnico 21/09, recém enunciados; e 3) Garantissem a rápida finalização dos processos de regularização das terras ancestrais dos povos indígenas na bacia do Xingu que estão pendentes, e adote medidas efetivas para a proteção de mencionados territórios ancestrais ante apropriação ilegítima e ocupação por

⁴⁵⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **MC 382/10 - Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil**. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm>>. Acesso em: 01 dez. 2012.

⁴⁶⁰ As condições mínimas solicitadas consistiam em: “(1) realizar processos de consulta, em cumprimento das obrigações internacionais do Brasil, no sentido de que a consulta seja prévia, livre, informativa, de boa fé, culturalmente adequada, e com o objetivo de chegar a um acordo, em relação a cada uma das comunidades indígenas afetadas, beneficiárias das presentes medidas cautelares; (2) garantir, previamente a realização dos citados processos de consulta, para que a consulta seja informativa, que as comunidades indígenas beneficiárias tenham acesso a um Estudo de Impacto Social e Ambiental do projeto, em um formato acessível, incluindo a tradução aos idiomas indígenas respectivos; (3) adotar medidas para proteger a vida e a integridade pessoal dos membros dos povos indígenas em isolamento voluntário da bacia do Xingú, e para prevenir a disseminação de doenças e epidemias entre as comunidades indígenas beneficiárias das medidas cautelares como consequência da construção da hidroelétrica Belo Monte, tanto daquelas doenças derivadas do aumento populacional massivo na zona, como da exacerbação dos vetores de transmissão aquática de doenças como a malária”. Ibid.

não- indígenas, e frente a exploração ou o deterioramento de seus recursos naturais⁴⁶¹.

O cumprimento ou o descumprimento das recomendações feitas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos segue em discussão no Judiciário brasileiro. O caso da construção da usina hidroelétrica de Belo Monte tem sido objeto de diversas Ações Cíveis Públicas promovidas pelo Ministério Público Federal, que age na defesa dos interesses e dos direitos indígenas e de demais cidadãos afetados pelas obras da usina. Tendo em vista o objeto do presente trabalho se referir ao estudo dos direitos territoriais indígenas, ao se tratar, neste momento, do caso de Belo Monte, pretende-se demonstrar que o Brasil também tem incorrido em violações severas dos direitos humanos dos seus indígenas. Ainda que uma medida cautelar proferida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos não represente o esgotamento de todas as instâncias administrativas e judiciais de um Estado e não tenha caráter contencioso, mesmo assim, tal medida serve de alerta para demonstrar que algo não está indo bem na efetivação de direitos fundamentais no plano interno.

A jurisprudência consolidada da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos contenciosos que tratam dos direitos territoriais dos povos indígenas demonstra que a legislação e a Constituição Federal brasileira estão em consonância com o direito internacional e, especialmente, com as decisões proferidas no âmbito do sistema interamericano. No entanto, como se verá no próximo capítulo, a partir do exemplo dos povos indígenas do Rio Grande do Sul, as decisões, tanto administrativas quanto judiciais não atendem, na integralidade, aos enunciados legais e constitucionais e, tampouco, às necessidades dos povos indígenas.

A concepção de que a terra representa muito mais do que um abrigo material para habitar, mas vincula-se, também, à ideia de um local para a manifestação espiritual de uma cultura e para a preservação da identidade cultural de um povo, fundamenta a jurisprudência da Corte Interamericana, que, deste modo, rompe com aquela lógica da propriedade privada, sedimentada em um eurocentrismo inaceitável a partir da cosmovisão indígena de terra. Este posicionamento do tribunal coaduna-se com a ideia de que os direitos territoriais dos povos indígenas rompem com uma visão eurocêntrica, em razão de seus direitos possuírem uma índole muito mais social e coletiva, do que individual.

⁴⁶¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **MC 382/10 - Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil**. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm>>. Acesso em: 01 dez. 2012.

Os conceitos amplos de posse e de propriedade indígenas desenvolvidos na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que abarcam o caráter coletivo da posse e do domínio e ampliam a interpretação do Art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos no sentido de que tanto a propriedade privada quanto a comunal devam ser protegidas, também irradia seus efeitos sob os Estados que aceitaram a sua jurisdição, ainda que no ordenamento jurídico interno não esteja preceituada tal previsão.

Infere-se, assim, que a preocupação com a defesa dos direitos indígenas tem se intensificado cada vez mais tanto no cenário internacional quanto no cenário nacional. Os avanços no plano internacional servem de estímulo para a luta no plano interno. A jurisprudência consolidada na esfera da Corte Interamericana de Direitos Humanos não permite que retrocessos sejam impingidos aos interesses e aos direitos dos indígenas, que há muito estão vulnerabilizados.

O respeito aos cultos, aos costumes, às crenças, às línguas, às tradições, aos modos de ser, de viver, à estreita relação com a terra, com a natureza, com os recursos naturais é essencial para a preservação das diferentes identidades culturais indígenas. Todavia, como se constatará no próximo capítulo, a realidade dos direitos territoriais dos indígenas brasileiros não condiz com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por meio do estudo da atual situação de alguns povos que habitam o Estado do Rio Grande do Sul será analisado como os direitos territoriais dos indígenas do Brasil estão sendo (ou não estão) realizados na prática. Os exemplos das etnias Guarani, Kaingang e Charrua servirão para o propósito de elucidar o tema do reconhecimento das terras tradicionais indígenas e da preservação destes povos no âmbito nacional.

4 DESAFIOS AOS DIREITOS TERRITORIAIS DOS INDÍGENAS NO BRASIL A PARTIR DO EXEMPLO DO RIO GRANDE DO SUL

Os povos indígenas são reconhecidos pela Constituição Federal brasileira de 1988 como possuidores de direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Este reconhecimento existe desde a época do Brasil colônia, quando as primeiras Cartas Régias (de 26 de julho de 1596, de 30 de julho de 1609 e de 10 de setembro de 1611) já previam que os índios eram senhores das terras das aldeias para as quais haviam sido deslocados, assim como o eram das terras da serra⁴⁶².

Todavia, a forma de interação dos povos indígenas com as terras que ocupam marca, nitidamente, as diferentes concepções de posse e de propriedade entre a sociedade nacional civilizada, que estrutura-se nos moldes da propriedade privada, tributária de um individualismo eurocêntrico e as noções dos indígenas. Para os indígenas, a questão da posse e da propriedade da terra identifica-se com a territorialidade, sendo que a terra representa apenas parte dos territórios indígenas, mas é através do reconhecimento de tais terras que estes povos conseguem ter assegurado, ao menos em parte, a preservação das suas culturas. No Brasil, a FUNAI é o órgão responsável pelo procedimento administrativo de regularização fundiária das terras indígenas tradicionais, que está definido na Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio), no Decreto 1.775 de 8 de janeiro de 1996 e na Portaria 14 do Ministério da Justiça de 9 de janeiro de 1996.

Nesse capítulo, analisa-se como são concretizados os direitos territoriais dos povos indígenas brasileiros a partir dos exemplos dos povos que habitam o Estado do Rio Grande do Sul: Guarani, Kaingang e Charrua. Assim, esse capítulo inicia ao tratar da atual situação fundiária das terras indígenas dos aludidos povos, preocupando-se, após, com as irregularidades decorrentes dos procedimentos administrativos de demarcação das terras indígenas no Rio Grande do Sul e com a consequente judicialização destas questões no Estado. Os desafios aos direitos territoriais indígenas, especialmente, os desafios quanto ao respeito à diversidade étnica-cultural destes povos são analisados na parte final desse capítulo, que mantém a atenção em direção aos povos indígenas do Rio Grande do Sul.

⁴⁶² PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índio escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, Manuela Carneiro de (Org.). **História dos índios no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 119.

4.1 A Situação Fundiária das Terras Indígenas dos Povos do Rio Grande do Sul: Só Terra Não Basta!

A competência da FUNAI para a regularização fundiária das terras indígenas está prevista no Art. 1º do Decreto 1.775/1996, que expressamente preceitua que: “As terras indígenas, de que tratam o art. 17, I, da Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973, e o art. 231 da Constituição, serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto”⁴⁶³. As fases do procedimento demarcatório consistem nas seguintes situações:

- **Em estudos:** realização de estudos antropológicos, históricos, fundiários, cartográficos e ambientais que fundamentam a delimitação da terra indígena;
- **Delimitadas:** terras que tiveram a conclusão dos estudos publicados no Diário Oficial da União pela FUNAI e se encontram em análise pelo Ministério da Justiça para a expedição de Portaria Declaratória da Posse Tradicional Indígena;
- **Declaradas:** terras que obtiveram a expedição da Portaria Declaratória e estão autorizadas para serem demarcadas;
- **Homologadas:** terras que foram demarcadas e tiveram seus limites homologados pela Presidência da República;
- **Regularizadas:** terras que, após a homologação de seus limites, foram registradas em cartório em nome da União e no Serviço de Patrimônio da União [...] ⁴⁶⁴. (grifo do autor)

No Estado do Rio Grande do Sul, o Governo do Estado, via Secretaria de Desenvolvimento Rural, Pesca e Cooperativismo (SDR/RS) e o Conselho dos Povos Indígenas (CEPI/RS) atuam em parceria com a FUNAI para a construção de políticas fundiárias e para a redução de problemas relacionados as comunidade indígenas gaúchas.

O CEPI/RS foi criado pelo Decreto N. 35.007, de 9 de dezembro de 1993, e regulamentado pela Lei N. 12.004, de 12 de novembro de 2003, para atuar como um órgão deliberativo, normativo, consultivo e fiscalizador das políticas e ações realizadas pelo Estado do Rio Grande do Sul em relação aos povos indígenas do Estado, conforme dispõe o Art. 1º

⁴⁶³ Art. 1º. BRASIL. **Decreto 1.775, de 8 de janeiro de 1996**. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm>. Acesso em: 5 jan. 2013.

⁴⁶⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Censo Demográfico 2010:** características gerais do indígenas: resultado do universo. p. 16. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_dos_Indigenas/pdf/Publicacao_completa.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2012.

da Lei N. 12.004/2003⁴⁶⁵. O órgão congrega representantes da FUNAI, da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), de secretarias do governo estadual – como a SDR – e membros dos povos indígenas Guarani, Kaingang e Charrua. E a SDR/RS foi criada pela Lei 13.601, de 1º de janeiro de 2011, que no Art. 47 prevê que entre as atribuições do órgão estão as competências para a formulação de políticas e diretrizes “[...] de desenvolvimento territorial rural, conjugação e coordenação de ações governamentais de acordo com as características e peculiaridades socioeconômicas, ambientais e culturais de cada região [...]” dirigidas a públicos específicos, entre os quais estão os povos indígenas⁴⁶⁶⁴⁶⁷.

As terras indígenas compreendem 12,5% do território brasileiro (aproximadamente 106 739 926 ha), de acordo com o Censo Demográfico Indígena de 2010. Na coleta de dados do Censo foram consideradas as terras nas seguintes situações: declaradas, homologadas, regularizadas e em processo de aquisição como reserva indígena, todavia, não foram contabilizadas as terras em fase de estudos, as delimitadas e, tampouco, aquelas apenas reivindicadas pelos indígenas, ou seja, as que ainda não estavam em fase de estudo de identificação e delimitação no órgão indigenista Federal⁴⁶⁸.

A fim de proceder-se a uma análise mais detalhada do estado em que se encontram os direitos territoriais dos povos indígenas do Rio Grande do Sul, na presente dissertação optou-se pelo exame das terras que ainda estão em fase de estudos, das delimitadas, das declaradas, das homologadas, das regularizadas, das reservas indígenas, assim como das reivindicações territoriais, tanto as que estão em fase de qualificação no âmbito da Coordenadoria Geral de Identificação e Delimitação de Brasília (CGDI)⁴⁶⁹ da FUNAI como as que não estão sob a análise do órgão federal, mas têm a posse reivindicada pelos indígenas e pelos órgãos indigenistas (como, por exemplo, o CEPI/RS e a SDR/RS).

⁴⁶⁵ Art. 1º. RIO GRANDE DO SUL. **Lei n. 12.004, de 12 de novembro de 2003**. Dispõe sobre a criação do Conselho Estadual dos Povos Indígenas - CEPI - e dá outras providências. Disponível em: <<http://www3.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegis/Arquivos/12.004.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2013.

⁴⁶⁶ Art. 47, inc. I e II. RIO GRANDE DO SUL. **Lei n. 13.601 de 1º de janeiro de 2011**. Dispõe sobre a estrutura administrativa do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências. Disponível em: <http://www.spm.rs.gov.br/upload/20110512092358lei_13.601_2011_spm_rs.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2013.

⁴⁶⁷ A SDR possui o Departamento de Pesca, Aquicultura, Quilombolas e Indígenas – DPAQUI, que é responsável pelas questões referentes a situação fundiária das terras indígenas do Rio Grande do Sul.

⁴⁶⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Censo Demográfico 2010**: características gerais do indígenas: resultado do universo. p. 17. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_dos_Indigenas/pdf/Publicacao_completa.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2012.

⁴⁶⁹ A qualificação consiste na sistematização e organização de informações sobre as terras reivindicadas, antes da constituição de um Grupo de Trabalho (GT) pela FUNAI. Quanto à Coordenadoria Geral de Identificação e Delimitação de Brasília (CGDI) esta representa o órgão que atua em Brasília e trata especificamente das questões dos procedimentos administrativos de demarcação de terras indígenas. A CGDI abrange a Coordenação Regional de Passo Fundo, que é a divisão da Funai que realiza estudos sobre as demarcações das terras indígenas do povos Kaingang na região sul do Brasil.

A partir dos exemplos das terras indígenas de alguns dos povos do Rio Grande do Sul (Guarani, Kaingang e Charrua) busca-se discutir o tema no âmbito nacional, analisando-se os desafios que envolvem a questão, as dificuldades enfrentadas pelos indígenas e as perspectivas para o futuro.

Impõe ajuizar que o procedimento demarcatório se faz no bojo de um procedimento administrativo disciplinado pela Lei 6.001/1973 e pelo Decreto Lei 1.775/1996, no entanto, em muitas ocasiões esses procedimentos são submetidos à apreciação judicial por inconformidade dos sujeitos atingidos pela demarcação (proprietários que necessitam retirar-se das terras indígenas), pela morosidade no andamento do procedimento, pela delimitação de áreas reduzidas para a subsistência indígena, entre outros fatores.

Neste trabalho é apresentada a situação fundiária de 42 (quarenta e duas) terras indígenas do povo Guarani, 41 (quarenta e uma) terras do povo Kaingang e 1 (uma) terra do povo Charrua, de acordo com Quadro 1. A presente pesquisa buscou demonstrar de forma mais detalhada possível a situação em que se encontram as terras indígenas dos Guarani, dos Kaingang e dos Charrua que vivem no Rio Grande do Sul, por isso, se tentou abranger o maior número de terras indígenas destas etnias. No entanto, é possível que existam mais terras além das apresentadas no quadro que segue. As diferentes fontes indicam diferentes nomes de terras indígenas. Em determinadas ocasiões os nomes das terras estão escritos na língua portuguesa e outra vez na língua indígena, e em outras situações mais de um nome português ou indígena é utilizado para descrever a mesma terra, por isso, houve dificuldade na sistematização e organização das características.

Ademais, diferentes características são listadas no quadro que se segue, pois não há uniformidade na disponibilização das informações sobre as terras indígenas, logo, na descrição de algumas terras, por exemplo, não haverá a indicação do tamanho da área indígena, em outras, não será apontada a população indígena de determinada terra, estes hiatos demonstram, em certa medida, a forma como os indígenas são tratados no Rio Grande do Sul – e também no Brasil –, ou seja, como sujeitos que vivem na invisibilidade, uma vez que os dados referentes a sua cultura, ao seu modo de ser e viver são de difícil acesso ao público.

No Quadro 1, que segue abaixo, serão indicados os nomes das terras indígenas, o(s) município(s) no(s) qual(is) elas estão situadas e a situação fundiária (informações sobre o procedimento demarcatório administrativo, tamanho da área e população aproximada) dos povos Guarani, Kaingang e Charrua. O Quadro 1 inicia pela análise do povo Guarani, após

procede à análise do povo Kaingang e ao final do povo Charrua, sendo que as terras destes povos estão apresentadas na seguinte ordem: terras em estudo; terras delimitadas; terras declaradas; terras regularizadas; reservas indígenas e reivindicações territoriais. Refere-se que as terras homologadas foram objeto da presente pesquisa, mas por não haver qualquer terra que esteja apenas homologada no Estado do Rio Grande do Sul (uma vez que as que estão homologadas já estão regularizadas), este item foi suprimido do Quadro 1.

Quadro 1 - Terras Indígenas dos Povos do Rio Grande Do Sul

(continua)

TERRAS INDÍGENAS DOS POVOS DO RIO GRANDE DO SUL	
POVO GUARANI:	
TERRA INDÍGENA (TI)	A ATUAL SITUAÇÃO FUNDIÁRIA
MUNICÍPIO	
TERRAS EM ESTUDO:	
TI: Itapuã/ Pindó Mirim Município Viamão	Portaria formação de Grupo de Trabalho – GT de 31/07/2008, DOU em 01/08/2008. De 26 a 50 guaranis vivem em uma área de 24 ha, cedida pelo governo do Estado, localizada ao lado do Parque de Itapuã. Aguardam publicação do Relatório Circunstanciado junto com Morro do Coco e Ponta da Formiga.
TI: Araçaty/ Petim Município: Guaíba	Portaria de identificação e delimitação do GT em 17/08/2009. Acampamento BR 116, no qual vivem 60 guaranis. Impactada pela duplicação. Aguardam conclusão dos estudos e publicação do relatório junto com Arroio do Conde e Passo Grande.
TI: Ponta da Formiga Município: Barra do Ribeiro	Portaria GT em 31/07/2008, DOU em 01/08/2008. Aguardam publicação do Relatório Circunstanciado junto com Morro do Coco e Itapuã.
TI: Morro do Coco Município: Viamão e Porto Alegre	Portaria GT em 31/07/2008, DOU em 01/08/2008. Aguardam publicação do Relatório Circunstanciado junto com Itapuã e Ponta da Formiga.
TI: Arroio do Conde Município: Eldorado do Sul	Portaria de identificação e delimitação do GT em 17/08/2009. Acampamento BR 116. Impactada pela duplicação. Aguardam conclusão dos estudos e publicação do relatório circunstanciado junto com Passo Grande e Petim.
TERRAS DELIMITADAS:	
TI: Mato Preto Município: Erebangó, Erechim e Getúlio Vargas	Portaria para identificação e delimitação de 20/11/2009 (Funai), que delimitou 4.230 hectares. O Relatório Circunstanciado foi publicado. Portaria Declaratória do Ministro da Justiça de 21/09/2012. De 58 a 60 guaranis vivem nas proximidades da área.
TI: Nhu Poty/ Passo Grande ou Flor do Campo Município: Barra do Ribeiro	Portaria de identificação e delimitação do GT de 17/08/2009. Acampamento BR 116, no qual vivem de 72 a 87 guaranis. Impactada pela duplicação. Aguardam conclusão dos estudos e publicação do relatório junto com Arroio do Conde e Petim.
TI: Ka'aguy Poty/ Estrela Velha Município: Estrela Velha	Área de 70 hectares do Estado do Rio Grande do Sul (CEEE) cedida aos indígenas. De 31 a 50 indígenas vivem na área. Impactada por barragem (Dona Francisca do Rio Jacuí). Criação do GT em 2008.
TI: Ita'y/ Taim Município: Rio Grande e Santa Vitória do Palmar	Terra em processo de demarcação. Terra já delimitada.

(continuação)

TERRA DECLARADA:	
TI: Águas Brancas/ Arroio Velhaco Município: Tapes e Camaquã	Portaria Declaratória de 1997, que declarou 230 hectares. Aguardam procedimentos. Solicitam que o processo para ocupação da TI Águas Brancas seja encaminhado. Área impactada pela duplicação da BR 116.
TERRAS REGULARIZADAS:	
TI: Ygua Porá/ Pacheca Município: Camaquã	Criação do GT 1993. Declarada em 17/05/1996. Homologada em 01/08/2000. Registrada CRI 19/09/2000 e SPU 15/01/2001 (Funai). Terra com 1.852 hectares, na qual vivem de 62 a 72 indígenas.
TI: Jataity/ Cantagalo Município: Viamão e Porto Alegre	Terra com 286 hectares, na qual vivem 145 a 159 guaranis. GT de identificação em 1999. Portaria do Relatório Circunstanciado 31/05/2000. DOU 02/06/2000. Portaria do MJ demarcação física de 286 hectares em 27/11/2003 (Funai). Homologada em 11/10/2007. DOU 15/10/2007. Registrada CRI 11/10/07 (Funai).
TI: Capivari (Yriapu)/ Granja Vargas Município: Granja Vargas e Palmares do Sul	Terra de 43,32 hectares, na qual vivem 45 guaranis. Criação do GT em 1993. Portaria do MJ em 13/08/1999. Homologada, através do decreto no DOU 19/04/2001. Registrada CRI em 11/10/02 (Funai).
TI: Guabiroba/ Votouro Guarani Município: Benjamin Constant do Sul e Faxinalzinho	Terra com 717 hectares, na qual vivem 134 guaranis. Homologada em 11/12/1998. Reg. CRI 04/02/1999. Reg. SPU em 15/01/2001 (Funai).
TI: Salto Grande do Jacuí Município: Salto do Jacuí	Terra de 235 hectares, na qual vivem 75 guaranis. Declarada em 13/02/1996. Homologada em 11/12/1998. Registrada CRI em 21/01/1999 e SPU em 20/11/2002 (Funai).
TI: Varzinha/ Ka'agüi Paü Município: Caará e Maquiné	Terra de 796 hectares, na qual vivem 78 guaranis. Portaria criação do GT em 1999. Declarada em 23/04/2001. Homologada em 10/02/2003. Registrada em CRI 03/07/2003 e SPU em 16/09/2003 (Funai). Impactada pela duplicação da BR 101.
TI: Barra do Ouro/ Nhuü Porã Município: Maquiné, Riozinho e Caará	Terra de 2.269 hectares, na qual vivem 20 guaranis. Criação do GT em 1993. Portaria n. 499 de 10/07/1998. Homologada, através de Decreto DOU 19/04/2001. Registrada CRI 23/04/2002 e SPU 04/06/2002. Impactada pela duplicação da BR 101.
RESERVAS INDÍGENAS:	
TI: Anhetengüá/ Lomba do Pinheiro Município: Porto Algre	Área particular do projeto Guarani PMG-Ong (extinta) doada aos Guarani. Área de 10 hectares não identificada. GT criado em dez. 2012. Reivindicam a ampliação da área, com a proposta de englobar o Morro São Pedro. Vivem no local 109 guaranis.
TI: Nhuüindy/ Estiva Município: Viamão	Área de posse indígena sem documentação na qual vivem 170 guaranis. De propriedade da Prefeitura que cedeu para ocupação em substituição ao acampamento da Pimenta. Área não identificada. Reivindicam ampliação da área de 07 hectares.
TI: Ka'amirindy/ Água Grande Município: Camaquã	Área reservada. Área de 165,34 hectares adquirida pelo Estado do Rio Grande do Sul. De 45 a 53 guaranis vivem na área. Dec. Estadual 40.482 de 29/11/2000.
TI: Tekoá Porã/ Coxilha da Cruz Município: Barra do Ribeiro	Área reservada. Área de 202 hectares adquirida pelo governo do Estado do RS. 128 a 130 guaranis vivem em 101 hectares e aguardam desapropriação de ocupantes não-indígenas.
TI: Ko'eju/ Inhacapedum Município: São Miguel das Missões	Área de 236,33 comprada pelo governo do Estado do Rio Grande do Sul e reservada com Registro no Cartório de Registro de Imóveis e com Registro no SPU (Secretaria de Patrimônio da União), na qual vivem 136 guaranis.
REIVINDICAÇÕES TERRITORIAIS:	
TI: Passo da Estância Município: Barra do Ribeiro	Acampamento nas margens da BR 116, no qual vivem 30 guaranis. Impactada pela duplicação da BR 116. Área não identificada. Aguardam criação de GT.

(continuação)

TI: Lami/ Pindó Poty Município: Porto Alegre	Acampamento na margem da rodovia no Bairro Lami-POA. Área não identificada de menos de 2 hectares, na qual vivem de 11 a 48 guaranis. Aguardam criação do GT.
TI: Capivari (Porã) Município: Capivari do Sul	Acampamento RS 040, no qual vivem de 33 a 68 guaranis. Área não identificada. Aguardam criação do GT.
TI: Ilha Grande Município: Palmares do Sul (Lagoa dos Patos)	Ilha pertencente à marinha, onde reside um grupo de 15 indígenas. Reivindicam o direito à posse. Aguarda criação de Grupo de Estudos – GT. Sem providências.
TI: Arroio Divisa Município: Eldorado do Sul e Arroio dos Ratos	Acampamento na BR 290, no qual vivem 25 guaranis. Impactada pela duplicação da BR 290. Está prevista a aquisição de terras para o acampamento. Aguardam criação de GT.
TI: Torres ⁴⁷⁰ / Campo Bonito/ Guapo’y Porã Município: Torres	Área de 94 hectares adquirida pela Funai com recurso do Dnit (recurso de impacto e mitigação) por conta dos impactos sofridos pela duplicação da BR 101. Área não identificada, na qual vivem de 63 a 70 guaranis. Aguardam criação de GT.
TI: Estrada do Mar/ Interlagos Município: Osório	Área de 43 hectares adquirida pela Funai com recurso do Dnit (recurso de impacto e mitigação) por conta dos impactos sofridos pela duplicação da BR 101. Área não identificada, na qual vivem 50 guaranis. Aguardam criação de GT.
TI: Arenal Município: Santa Maria	Acampamento na BR 392, Km 339/340, no qual vivem 50 guaranis que reivindicam a posse da terra em Santa Maria. Aguardam criação de GT.
TI: Itapoty/ Riozinho Município: Riozinho	40 guaranis vivem em 24 ha de área cedida pelo Banco do Estado do Rio Grande do Sul. Impactada pela duplicação da BR 101. Comunidades assentadas sobre áreas de Terras públicas do Estado do RS.
TI: Kapi Owy Município: Pelotas	Impactada pela duplicação da BR 116. Sem providências. Área não identificada, na qual vivem 20 guaranis. Aguardam criação de GT.
TI: Aguapé Município: Santo Antônio da Patrulha	15 guaranis reivindicam GT. Sem providências.
TI: Mata São Lourenço Município: São Miguel das Missões	Reivindicam GT. Sem providências.
TI: Esquina Ezequiel Município: São Miguel das Missões	Reivindicam GT. Sem providências.
TI: Mato Castelhana Município: Camaquã	Reivindicam GT. Sem providências.
TI: Ibicuí Município: Itaqui	Reivindicam GT. Sem providências.
TI: Imbaa Município: Uruguiana	Reivindicam GT. Sem providências.
TI: Caaró Município: Caiboaté e São Luiz Gonzaga	Reivindicam GT. Sem providências.
TI: Jaguarazinho Município: São Francisco de Assis	Reivindicam GT. Sem providências.
TI: Raia Pires Município: Tapes	Reivindicam GT. Sem providências.

⁴⁷⁰ “Com a utilização de recursos da compensação e mitigação da BR 101 a FUNAI adquiriu uma área de terras para o grupo de famílias de Torres, hoje Aldeia Figueira; um grupo ligado à Barra do Ouro, área Doze Tribos (Aldeia Sol Nascente) e uma área contígua a área da Aldeia de Riozinho. Ainda há a disponibilidade de recursos para aquisição de mais uma área no litoral norte”. KUNKEL, Inácio. Guarani RS: território em construção. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. **Povos indígenas no Brasil 2006-2010**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011. p. 725

(continuação)

TI: Gruta e Espriado Município: Maquiné	Reivindicam GT. Sem providências.
POVO KAINGANG	
TERRAS EM ESTUDO:	
TI: Morro do Osso Município: Porto Alegre	Acampamento às margens da TI situado no Parque Municipal Morro do Osso, no qual vivem de 115 a 169 kaingangs. Criação do GT em 2010. Aguardando conclusão dos estudos e a publicação do relatório.
TI: Estrela Município: Estrela	Acampamento na BR 386, no qual vivem de 97 a 100 kaingangs e 90 guaranis. Área impactada pela duplicação. Criação do GT em 2010. Aguardando conclusão dos estudos e a publicação do relatório.
TI: Borboleta Município: Espumoso e Salto do Jacuí	300 kaingangs reivindicam 30 mil hectares. Impactados pela hidrelétrica do Salto do Jacuí.
TI: Inhacorá II Município: São Valério do Sul	Terra indígena está em estudo na FUNAI. Indígenas reivindicam a posse de 3.016 hectares.
TI: Kaingang de Irai II Município: Irai	Terra indígena está em estudo na FUNAI. 860 kaingangs reivindicam a posse da terra.
TI: Ligeiro II Município: Charrua	Terra indígena está em estudo na FUNAI. Kaingangs reivindicam área de 1.000 hectares.
TI: Mato Castelhana Município: Mato Castelhana, Cacique Doble e Sananduva	Terra indígena está em estudo na FUNAI. 450 kaingangs vivem em acampamento na rodovia Federal, BR 285.
TI: Carazinho Município: Carazinho	Relatório circunstanciado em análise. 61 kaingangs reivindicam a posse da terra.
TI: Novo Xingu/ Sêgu/ Chêg'gu Município: Novo Xingu e Constantina	Indígenas vivem em acampamento. Em andamento, no âmbito da FUNAI, o processo administrativo de identificação da terra indígena.
TI: Lajeado do Bugre Município: Lajeado do Bugre	Relatório circunstanciado em análise. 33 kaingangs vivem em acampamento próximo a área.
TERRAS DELIMITADAS:	
TI: Votouro Kandoia Município: Faxinalzinho	Área de 5.977 ha, na qual vivem 171 kaingangs. Identificada e delimitada. Despacho n. 62 de 07/12/2009 (DOU – 08/12/2009). É a mesma do acampamento Kaidóia. Em 2013 ocorrerá uma reunião com Ministro da Justiça.
TERRAS DECLARADAS:	
TI: Nonoai/ Passo Feio Município: Gramado dos Loureiros, Nonoai, Planalto, Rio dos Índios	Terra de 19.830 hectares, na qual vivem kaingangs e guaranis. Declarada (Funai). Em 2013 ocorrerá o início da demarcação física em articulação com a Polícia Federal; a partir de subsídios a serem fornecidos pela Coordenaria Regional de Passo Fundo.
TI: Rio dos Índios Município: Vicente Dutra	De 84 a 102 kaingang aguardam a demarcação da terra de 715 ha, que foi delimitada em 07/04/2003 e Declarada em 23/12/2004 (Funai). Para discutir a demarcação da terra será realizada votação na CPAB (Comissão Permanente de Análise de Benfeitorias) no primeiro semestre de 2013.
TI: Serrinha Município: Constantina, Engenho Velho, Ronda Alta e Três Palmeiras	2.850 kaingangs aguardam a delimitação da Terra de 11.952 ha, que foi declarada. Para discutir a demarcação da terra será realizada votação na CPAB (Comissão Permanente de Análise de Benfeitorias) no primeiro semestre de 2013.
TI: Passo Grande do Rio Forquilha Município: Cacique Doble, Sananduva	Área de 1.916 ha, na qual vivem 92 a 136 kaingangs. Delimitada em 13/08/2008 e Declarada em 26/04/2011 (Funai). O início da demarcação física ocorrerá, em articulação da FUNAI com a Polícia Federal, até março de 2013.

(continuação)

TERRAS REGULARIZADAS:	
TI: Guarita Município: Erval Seco, Redentora, Tenente Portela e Miraguaí, São Valério do Sul	Terra de 23.40, na qual habitam 7.700 kaingangs e 69 guaranis. Homologada em 04/04/1991. Registrada CRI em 17/05/199 e SPU em 29/12/1994 (Funai). Reivindicação de revisão dos limites, ampliação da área.
TI: Nonoai/ Rio da Várzea Município: Gramado dos Loureiros, Liberato Salzano, Nonoai, Planalto e Trindade do Sul	Terra de 16.415, na qual vivem 4.650. Declarada 11/12/1998. Homologada em 10/02/2003. Registrada CRI em 07/07/2003 e SPU em 16/09/2003 (Funai). Área em reestudo devido à existência de vícios no processo de demarcação desta TI.
TI: Cacique Doble Município: Cacique Doble/ São José do Ouro	Terra de 4.426 hectares, na qual vivem 2.350 kaingangs. Homologada em 27/03/1991. Registrada CRI em 05/06/1991 e SPU em 29/12/1994 (Funai). Área em reestudo devido à existência de vícios no processo de demarcação desta TI.
TI: Carreteiro Município: Água Santa	Terra de 603 hectares, na qual vivem 1.532 kaingangs. Homologada em 27/03/1991. Registrada CRI em 16/05/1991 e SPU em 29/12/1994 (Funai). Área em reestudo devido à existência de vícios no processo de demarcação desta TI.
TI: Inhacorá Município: São Valério do Sul	Terra de 2.843 hectares, na qual vivem 849 kaingangs. Homologada em 27/03/1991. Registrada CRI em 13/05/1991 e SPU em 29/12/1994 (Funai). Área em reestudo devido à existência de vícios no processo de demarcação desta TI.
TI: Kaingang de Irai Município: Irai	Terra de 279 hectares, na qual vivem de 625 a 860 kaingangs. Declarada em 28/05/1992. Homologada em 04/10/1993. Registrada CRI em 22/03/1994 e SPU em 05/04/1994 (Funai). Área em reestudo devido à existência de vícios no processo de demarcação desta TI.
TI: Ligeiro Município: Charrua	Terra de 4.566 hectares, na qual vivem 3.060 kaingangs. Homologada em 27/03/1991. Registrada CRI em 16/05/1991 e SPU em 29/12/1994 (Funai).
TI: Monte Caseros Município: Moliterno/Ibiraias	Terra de 1.112 hectares, na qual vivem 508 kaingangs. Declarada em 17/12/1996. Homologada em 11/12/1998. Registrada CRI em 17/05/1999 e SPU em 02/06/1999 (Funai). Área em reestudo devido à existência de vícios no processo de demarcação desta TI.
TI: Ventarra Município: Erebangó	Área de 772 ha, na qual vivem 980 kaingangs. Homologada Dec. s/n de 14/04/1998 (DOU – 15/04/1998). Análise do relatório e dos autos do processo da TI regularizada, área em reestudo devido à existência de vícios no processo de demarcação desta TI
TI: Votouro Município: Benjamin Constant do Sul, Faxinalzinho	Área de 3.341, na qual vivem 2.986 kaingangs. Homologada em 30/08/2000. Registrada CRI em 07/11/2000 e SPU em 04/06/2002 (Funai).
REIVINDICAÇÕES TERRITORIAIS:	
TI: Agronomia Município: Porto Alegre	Terra doada aos indígenas por um particular no início da década de 1990. Reivindicação fundiária em fase de qualificação no âmbito da Coordenadoria Geral de Identificação e Delimitação de Brasília – CGDI.
TI: Jari Município: Porto Alegre	Terreno doado pela entidade Ana Terra onde vivem 12 kaingangs. Reivindicação fundiária em fase de qualificação na CGID.
TI: Santa Maria Município: Santa Maria	De 15 a 40 kaingangs vivem em acampamento. Reivindicam GT. Sem providências.
TI: Canela Município: Canela	Reivindicam GT. Sem providências.
TI: São Roque Município: Erechim	Acampamento com 32 kaingangs no Km 42 na BR 153 em área de aproximadamente 2 ha. Reivindicação fundiária em fase de qualificação no âmbito da Coordenação Geral de Identificação e Delimitação – CGID.
TI: São Miguel do Carreteiro/ Faxinal Município: Água Santa	Acampamento com 60 kaingangs em área da Companhia Estadual de Silo e Armazenagem (CESA). Reivindicação fundiária de 109 ha em fase de qualificação no âmbito da CGID.

(conclusão)

TI: Morro Santana Município: Porto Alegre	Ocupação de área em 2010. Desocuparam devido a uma reintegração de posse feita pela UFRGS. Este grupo de 60 kaingangs vive atualmente na Vila Safira. Reivindicação fundiária em fase de qualificação no âmbito da CGID.
TI: Campo do Meio Município: Marau, Gentil, Mato Castelhana, Moliterno e Ciriaco	Acampamento de 220 kaingangs em bairro rural de Campo do Meio (distrito de Gentil) em área de 0,5 ha. Reivindicação fundiária em fase de qualificação na CGID.
TI: Lajeado Município: Lajeado	Acampamento de 70 kaingangs em área de menos de 1 ha cedida pelo município. 17 ha serão cedidos à comunidade pelo DNIT, no âmbito da duplicação da BR 386. Reivindicação fundiária em fase de qualificação na CGID.
TI: Três Soitas Município: Santa Maria	Acampamento de 47 (até 200) kaingangs. A comunidade está de posse de 4,6 hectares. Reivindicação fundiária em fase de qualificação na CGID.
TI: São Leopoldo Município: São Leopoldo	97 a 150 kaingangs vivem em área cedida pela Prefeitura em 2008. 17 hectares serão cedidos à comunidade pelo DNIT, no âmbito da duplicação da BR 386. Reivindicação fundiária em fase de qualificação no âmbito da CGID.
TI: Lomba do Pinheiro Município: Porto Alegre	Área cedida pela Prefeitura em 2008, na qual vivem de 146 a 200 kaingangs. 17 hectares serão cedidos à comunidade pelo DNIT, no âmbito da duplicação da BR 386. Reivindicação fundiária em fase de qualificação na CGID.
TI: Farroupilha Município: Farroupilha	Acampamento de 75 kaingangs. 17 hectares serão cedidos à comunidade pelo DNIT, no âmbito da duplicação da BR 386. Reivindicação fundiária Kaingang em fase de qualificação no âmbito da Coordenação Geral de Identificação e Delimitação – CGID.
TI: Bento Gonçalves Município: Bento Gonçalves	O município fará concessão de uso de área de menos de 1 hectare para a comunidade de 23 kaingangs. Reivindicação fundiária em fase de qualificação no âmbito da CGID.
TI: Esmeralda Município: Esmeralda	Reivindicação fundiária Kaingang em fase de qualificação no âmbito da CGID.
TI: Glória Município: Porto Alegre	24 kaingangs vivem na favela Glória. Reivindicação fundiária em fase de qualificação na CGID.
POVO CHARRUA	
RESERVA INDÍGENA:	
TI: Aldeia Polidoro/ Lomba do Pinheiro Município: Porto Alegre	Área de 09 hectares adquirida pela Prefeitura de Porto Alegre em 2008 e destinada aos Charrua do RS. A comunidade é composta por 40 charruas.

Fonte: Elaborada pela autora baseado em dados oficiais⁴⁷¹.

⁴⁷¹ A atual situação fundiária das terras dos povos indígenas do Estado do Rio Grande do Sul é descrita através de quadros que foram esquematizados a partir de dados coletados. Os quadros foram elaborados através de dados oficiais divulgados pelo Ministério da Justiça: BRASIL. Ministério da Justiça. FUNAI. **Mapas**. Disponível em: <<http://mapas.funai.gov.br/>>. Acesso em: 10 de jan. 2013; BRASIL. Ministério da Justiça. FUNAI. **Memória de reunião**. Disponível em: <<http://www.arpinsul.org.br/imagens/downloads/c4ca4238a0b923820dcc509a6f75849b.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2012; divulgados pelo Estado do Rio Grande do Sul: RIO GRANDE DO SUL. Programa de Apoio à Retomada do Desenvolvimento do Rio Grande do Sul - RS - PROREDES BIRD. Programa Swap do Rio Grande do Sul. **Marco dos povos indígenas do Rio Grande do Sul**. jan. de 2012. Disponível em: <http://www.educacao.rs.gov.br/dados/proredes_marco_indigena_bird.pdf>. Acesso em: 12 dez 2012; RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. **Relatório Azul**. Porto Alegre, 2011. p. 292-300; RIO GRANDE DO SUL. Assembleia legislativa. **Coletivos Guarani no Rio Grande do Sul: territorialidade, interetnicidade, sobreposições e direitos específicos**. Porto Alegre: Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, 2012; dados divulgados pela Comissão Pró-Índio: COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO. **Terras Guarani**: Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.cpisp.org.br/indios/html/uf.aspx?ID=RS>>. Acesso em: 10 jan. 2013; COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO. **Situação fundiária terra indígenas RS**. Disponível em: <[http://www.cpisp.org.br/indios/upload/editor/files/Tabela%20Pronta%20RS%20-%2028_05_2012%20\(Lucia\).pdf](http://www.cpisp.org.br/indios/upload/editor/files/Tabela%20Pronta%20RS%20-%2028_05_2012%20(Lucia).pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2013; Dados do Instituto Socioambiental (ISA) na obra KUNKEL, Ignácio. **Guarani RS: território em construção**. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. **Povos indígenas no Brasil 2006-2010**. São Paulo: Instituto

O Quadro 1 mostra a situação em que encontram-se, atualmente, os procedimentos demarcatórios de terras indígenas no Rio Grande do Sul. Apesar de o aludido quadro explicar detalhadamente o contexto fundiário das terras indígenas dos povos do Estado, pretende-se, discutir mais pontos relevantes que envolvem a questão destas terras. A referida discussão se inicia com o povo Charrua que possui apenas uma terra indígena no Estado do Rio Grande do Sul.

4.1.1 Aspectos relevantes sobre a situação das terras indígenas no RS e sobre as iniciativas do Governo do Estado

Embora os povos indígenas como um todo tenham sofrido as mazelas da colonização, da espoliação dos territórios e dos recursos naturais e da indiferença social e, portanto, estejam todos, de uma forma ou outra também em processo de construção cultural e de reafirmação dos seus modos de ser e de viver, os Charrua encontram-se em um momento mais inicial nas discussões territoriais.

O grupo Charrua da Aldeia Polidoro (Lomba do Pinheiro), que há quarenta anos dirigiu-se a Porto Alegre e instalou-se no Morro da Cruz, onde passou a viver em condições precárias de vida em meio às camadas mais populares, é oriundo da região das missões jesuíticas, mais precisamente, da cidade de São Miguel das Missões (onde vivem mais descendentes da mesma etnia)⁴⁷². A migração deste grupo Charrua à capital do Estado indica que este povo, que se acreditava que havia sido extinto nos combates de Salsipuedes e Mataojos por volta de 1831 e 1832⁴⁷³, rumou em sentido a Porto Alegre em busca de melhores condições de vida e em busca de uma terra para habitar.

Socioambiental, 2011. p. 725-727; Dados divulgados pela Prefeitura de Porto Alegre na obra SILVA, Sergio Baptista da. *Categorias sócio-cosmológico-identitárias indígenas recentes e processos de consolidação de novos sujeitos coletivos de direito: os Charrua e os Xokleng no Rio Grande do Sul*. In: PORTO ALEGRE. Prefeitura Municipal. Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Segurança Urbana. Coordenação de Direitos Humanos. Núcleo de Políticas Públicas para os Povos Indígenas. **Povos indígenas na Bacia Hidrográfica do Lago Guaíba, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil**. Porto Alegre, 2008.

⁴⁷² SILVA, Sergio Baptista da. *Categorias sócio-cosmológico-identitárias indígenas recentes e processos de consolidação de novos sujeitos coletivos de direito: os Charrua e os Xokleng no Rio Grande do Sul*. In: PORTO ALEGRE. Prefeitura Municipal. Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Segurança Urbana. Coordenação de Direitos Humanos. Núcleo de Políticas Públicas para os Povos Indígenas. **Povos indígenas na Bacia Hidrográfica do Lago Guaíba, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil**. Porto Alegre, 2008. p. 28.

⁴⁷³ BECKER, Ítala Basile. O que sobrou dos índios pré-históricos do Rio Grande do Sul. *Arqueologia do Rio Grande do Sul*, São Leopoldo, n. 5, 2. ed. p. 137-138, 2006.

Embora não haja a necessidade de reconhecimento oficial por parte do Estado ou por parte de qualquer órgão⁴⁷⁴, os Charruas apenas foram reconhecidos como etnia indígena pelo órgão federal indigenista oficial em 09 de setembro de 2007⁴⁷⁵ e, somente após tal reconhecimento que os membros que viviam no Morro da Cruz receberam da cidade de Porto Alegre uma área de terras na Lomba do Pinheiro, a chamada Aldeia Polidoro. Antes deste ato da FUNAI, “[...] um antropólogo pertencente ao quadro funcional desta mesma instituição federal havia escrito um laudo no qual negava esta condição ao grupo”⁴⁷⁶.

Logo, devido ao início deste processo de resgate da cultura Charrua, atualmente a situação fundiária deste povo no Rio Grande do Sul limita-se à terra indígena Polidoro (Lomba do Pinheiro), embora existam outros grupos – parentes do grupo que está em Porto Alegre – que permanecem na região missioneira⁴⁷⁷. A terra que se constitui como uma reserva indígena abrange uma área de cerca de nove hectares – que pode ser ampliada para quinze hectares – e localiza-se no local em que existia uma “[...] antiga chácara com açudes, fontes d’água, vegetação nativa e inúmeras espécies frutíferas, plantadas pelo antigo proprietário”⁴⁷⁸.

Quanto às etnias Guarani e Kaingang, poucas terras indígenas Guarani estão regularizadas nos termos do Decreto 1.775/1996 no Rio Grande do Sul, assim como poucas

⁴⁷⁴ Este entendimento está consubstanciado no Art. 1º da Convenção 169 da OIT que reconhece a condição de indígena nos seguintes termos:

Artigo 1º.

“1. A presente convenção aplica-se:

- a) a povos tribais em países independentes, *cujas condições sociais, culturais e econômicas distingam-nos de outros segmentos da coletividade nacional*, e estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;
- b) a povos em países independentes, *considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização* ou do estabelecimento de suas fronteiras atuais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. *A auto-identificação como indígenas ou tribais deverá ser considerada como critério fundamental para definir os grupos* aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção”. (grifo nosso). ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. Escritório Brasil. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT sobre povos indígenas tribais**. Brasília, DF, 2011. Art. 1º. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/convencao%20169%20portugues_web_292.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2012.

⁴⁷⁵ SCOTTI, Ester. Câmara realiza ato de reconhecimento dos charruas. **Imprensa**: Câmara Municipal de Porto Alegre, 9 nov. 2007. Disponível em: <http://www2.camarapoa.rs.gov.br/default.php?reg=4886&p_secao=56&di=2007-11-09>. Acesso em: 12 jan. 2013.

⁴⁷⁶ SILVA, Sergio Baptista da. Categorias sócio-cosmológico-identitárias indígenas recentes e processos de consolidação de novos sujeitos coletivos de direito: os *Charrua* e os *Xokleng* no Rio Grande do Sul. In: PORTO ALEGRE. Prefeitura Municipal. Secretaria Municipal de Direitos Humanos e Segurança Urbana. Coordenação de Direitos Humanos. Núcleo de Políticas Públicas para os Povos Indígenas. **Povos indígenas na Bacia Hidrográfica do Lago Guaíba, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil**. Porto Alegre, 2008. p. 27.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, p. 29.

⁴⁷⁸ SILVA, Sergio Baptista da et al. Coletivos indígenas em Porto Alegre e regiões limítrofes. In: GEHLEN, Ivaldo; SILVA, Marta Borba; SANTOS, Simone Ritta dos (Org.). **Diversidade e proteção social**: estudos quanti-qualitativos das populações de Porto Alegre: afro-brasileiros; crianças, adolescentes e adultos em situação de rua; coletivos indígenas; remanescentes de quilombos. Porto Alegre: Century, 2008. p. 129.

terras Kaingang. Conforme pôde ser verificado no Quadro 1, apenas as seguintes terras indígenas Guarani estão nesta situação: Barra do Ouro, Pacheca, Jataity/Cantagalo, Varzinha, Salto Grande do Jacui, Yriapú e Votouro Guabiroba. Em relação às terras Kaingang, somente estão regularizadas as terras: Guarita, Nonoai/ Rio da Várzea, Cacique Doble, Carreteiro, Inhacorá, Kaingang de Iraí, Ligeiro, Monte Caseros, Ventarra e Votouro.

O fato de apenas 07 (sete) terras indígenas Guarani e 10 (dez) terras Kaingang estarem regularizadas, ou seja, terem sido homologadas pela Presidência da República e registradas no Registro no cartório imobiliário da comarca correspondente e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda, de acordo com o Art. 6º do Decreto 1.775/1996, mostra que muitos indígenas têm permanecido à mercê da vontade do Estado, não tendo assegurado seu direito mais essencial: o direito a ter uma terra para habitar e para desenvolver seus modos de vida e de sobrevivência. Mas há outro fator também muito crítico que persiste até mesmo nos casos em que as terras indígenas encontram-se regularizadas: a regularização das terras indígenas não resulta, necessariamente, na efetiva proteção da cultura indígena. Liebgott explica os problemas que maculam o povo Guarani no Rio Grande do Sul:

Entre as dificuldades enfrentadas pelas comunidades Guarani, destacam-se as seguintes: eles ocupam apenas pequenas porções de terras, insuficientes até mesmo para a subsistência alimentar, sem água potável, sem saneamento básico e afetados por rios e lagos contaminados e poluídos. Dependem, para a sua alimentação, essencialmente de doações e cestas básicas, quando estas são fornecidas pelo Estado ou pelos municípios e sofrem com a omissão e ausência dos órgãos de assistência federal. A eles são destinadas políticas públicas fundamentadas no assistencialismo e não nos direitos constitucionais, sendo a política fundiária embasada numa perspectiva compensatória e restritiva de seus direitos territoriais e culturais⁴⁷⁹.

O respeito à diversidade étnica e cultural dos povos indígenas, apregoado no Art. 231 do texto constitucional, parece soterrado pela realidade a que os indígenas se veem submetidos. Ainda que Liebgott trate apenas das comunidades Guarani, a realidade estende-se às demais etnias que ocupam terras no Rio Grande do Sul – e no Brasil. Segundo o *artigo Coletivos indígenas em Porto Alegre e regiões limítrofes*⁴⁸⁰, que trabalhou com dados de nove locais de assentamentos de grupos indígenas das etnias Kaingang, Guarani e Charrua e foi

⁴⁷⁹ LIEBGOTT, Roberto Antonio. Os direitos indígenas na Constituição Federal do Brasil. In: RIO GRANDE DO SUL. Assembleia legislativa. **Coletivos Guarani no Rio Grande do Sul: territorialidade, interetnicidade, sobreposições e direitos específicos**. Porto Alegre: Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, 2012. p. 09.

⁴⁸⁰ Este artigo compilou os resultados finais do *Estudo quantitativo e qualitativo dos coletivos indígenas em Porto Alegre e regiões limítrofes*.

realizado no período de 6 de abril e 8 de setembro de 2008, 66,0% dos Guarani entrevistados afirmavam não dispor de alimentos suficientes para as suas famílias e 43,1% dos Kaingang entrevistados também diziam não possuir condições alimentares⁴⁸¹.

Mas por que os indígenas enfrentam tantas dificuldades? Liebgott já respondeu a questão: *a política fundiária das terras indígenas tradicionais é embasada em uma perspectiva compensatória e restritiva de seus direitos territoriais e culturais, portanto, é uma política assistencialista, que não lhes garante seus direitos constitucionais*⁴⁸².

Tal lógica parece subverter o texto insculpido no Art. 231 da Constituição Federal de 1988, que, ao estabelecer que os indígenas possuem direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam e ao “[...] determinar a proteção e respeito à diversidade étnica e cultural dos povos indígenas, assim como aos seus bens – tangíveis e intangíveis – [...]”, emerge como um princípio constitucional⁴⁸³.

Este princípio tem sido compreendido pelo Governo do Estado do Rio Grande do Sul, que em 1992 criou o Conselho do Índio e, desde então, tem articulado as demandas das comunidades indígenas do Estado, proposto ações ao poder executivo e fiscalizado a sua execução⁴⁸⁴. Preocupado com a sustentabilidade das comunidades indígenas, o Estado do Rio Grande do Sul se empenhou na promoção de mais políticas públicas voltadas a estes povos:

Em 1997, a SAA (Secretaria da Agricultura e Abastecimento RS), inclui comunidades indígenas em projetos do ‘PróRural 2000’, ainda que de forma isolada e desarticulada. Em 1999 é formada uma equipe de técnicos para elaborar um programa específico de financiamento de projetos para as comunidades indígenas através do então Programa RS RURAL para gerenciar a aplicação de recursos de empréstimo internacional no desenvolvimento de ações de etnosustentabilidade indígena.

As ações passaram a ser planejadas de forma integrada, ou seja, prevendo recuperação ambiental, infra-estrutura social básica e geração de renda. Um elemento importante que potencializou as ações financiadas pelos projetos foi o processo de discussão interna para avaliar a perspectiva de futuro de cada comunidade. A partir destas discussões eram eleitas prioridades em

⁴⁸¹ GEHLEN, Ivaldo; SILVA, Marta Borba; SANTOS, Simone Ritta dos (Org.). **Diversidade e proteção social:** estudos quanti-qualitativos das populações de Porto Alegre: afro-brasileiros; crianças, adolescentes e adultos em situação de rua; coletivos indígenas; remanescentes de quilombos. Porto Alegre: Century, 2008. p. 156.

⁴⁸² LIEBGOTT, Roberto Antonio. Os direitos indígenas na Constituição Federal do Brasil. In: RIO GRANDE DO SUL. Assembleia legislativa. **Coletivos Guarani no Rio Grande do Sul:** territorialidade, interetnicidade, sobreposições e direitos específicos. Porto Alegre: Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, 2012. p. 09.

⁴⁸³ LACERDA, Rosane Freire. **Diferença não é incapacidade:** gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988. 2007. p. 198. (Dissertação de mestrado) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

⁴⁸⁴ KUNKEL, Ignacio. **Projetos “segurança alimentar indígena”:** Período 2007/2008: Convênios: ASCAR-EMATER e FIDENE. Porto Alegre: RS RURAL: SEAPPA-RS, 15 dez. 2008. p. 03.

sintonia com as perspectivas de construção do futuro de cada comunidade, vislumbradas por elas como possíveis. Este envolvimento gerou um animo e um envolvimento mais comprometido dos beneficiários⁴⁸⁵.

O Programa RS RURAL foi um passo importante que o governo gaúcho deu em direção ao desenvolvimento de políticas públicas voltadas à sustentabilidade dos povos indígenas em suas terras, pois este projeto financiou ações de recuperação ambiental das terras já garantidas, auxiliou na melhoria da infra-estrutura social básica das comunidades indígenas e nas “[...] práticas direcionadas prioritariamente para a produção de alimentos para o consumo interno, como alternativa à simples dependência das cestas básicas fornecidas pelo poder público”⁴⁸⁶.

Mas por ser o primeiro trabalho de assistência técnica e extensão rural prestado às comunidades indígenas pelo Estado do Rio Grande do Sul, o Programa RS RURAL – que durou de 1997 a 2005 – defrontou-se com diversos problemas decorrentes, especialmente, da história de exclusão a que estes povos estão submetidos e do processo de colonização de seus territórios e espoliação dos seus recursos naturais, como: a) falta de experiências das comunidades indígenas na discussão e decisão sobre financiamentos e atividades do poder público; b) “[...] necessidade de entender e trabalhar os vícios e a submissão gerados pela política de assistencialismo dos órgãos indigenistas oficiais”; c) ausência de clareza das comunidades indígenas sobre os rumos da sua própria história. Este último fator desencadeou mais dificuldades nos serviços de Assistência Técnica de Extensão que necessitaram orientar as decisões estruturais das comunidades no sentido de que a comunidade buscasse a reconstrução da sua autonomia⁴⁸⁷.

O reconhecimento da posse tradicional e o conseqüente acesso à terra configura-se, portanto, como o mais fundamental direito dos povos indígenas, no entanto, este não é o único direito a ser protegido. Ao lado da efetivação deste direito é necessário que outros direitos também sejam garantidos. No ano de 2012, entre outras iniciativas, o Governo do Estado do Rio Grande do Sul, via Secretaria de Desenvolvimento Rural, Pesca e Cooperativismo (SDR/RS), firmou com a Associação Riograndense de Empreendimentos de Assistência Técnica e Extensão Rural (EMATER/RS) *Projetos de Segurança Alimentar para Comunidades Indígenas/RS – 2012*, que visaram a execução de ações e projetos para aumentar a segurança alimentar das comunidades indígenas do RS, com concessão de

⁴⁸⁵ KUNKEL, Ignacio. **Projetos “segurança alimentar indígena”**: Período 2007/2008: Convênios: ASCAR-EMATER e FIDENE. Porto Alegre: RS RURAL: SEAPPA-RS, 15 dez. 2008. p. 03.

⁴⁸⁶ Ibid., p. 04.

⁴⁸⁷ KUNKEL, Ignacio. **Estudo de caso: índios Inhacapetum**. Porto Alegre: RS RURAL: SAA-RS, dez. 2005. p. 12.

verba de R\$ 522.542,80 pelo Estado do Rio Grande do Sul, através da SDR/RS⁴⁸⁸. Também foram firmados os mesmos modelos de projetos para as Comunidades Indígenas da Guarita, no município de Redentora, com verba de R\$ 104.733,86⁴⁸⁹, no município de Tenente Portela, com verba de R\$ 57.213,91⁴⁹⁰ e no município de São Valério do Sul, com verba de R\$ 30.478,70⁴⁹¹.

Para o ano de 2013, há previsão de concessão de dois milhões de reais por parte do Estado do Rio Grande do Sul para investimentos e ações nas comunidades indígenas, no âmbito do Plano Safra Gaúcho 2013, que ainda está em fase de elaboração⁴⁹². (informação verbal).

4.1.2 As reservas indígenas estaduais e a atuação do Governo do Estado do RS

O Censo Demográfico Indígena de 2010 esclarece que as reservas indígenas constituem-se como “[...] terras doadas por terceiros, adquiridas ou desapropriadas pela União, que não se confundem com as de posse tradicional e, por esse motivo, não se submetem aos procedimentos [demarcatórios] [...]”⁴⁹³. Em tese, portanto, as terras *reservadas* não representam terras de ocupação tradicional – por não terem sido submetidas ao procedimento de demarcação –, todavia, a aquisição de tais terras e a consequente doação aos indígenas ocorre, muitas vezes, pois os indígenas as consideram de ocupação tradicional, mas, devido à morosidade da FUNAI no encaminhamento dos procedimentos demarcatórios, recorrem aos entes estaduais ou municipais para a compra de tais áreas e posterior doação para a comunidade indígena de forma mais célere⁴⁹⁴. (informação verbal).

⁴⁸⁸ ASSOCIAÇÃO RIOGRANDENSE DE EMPREENDIMIENTOS DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA E EXTENSÃO RURAL - EMATER-RS; SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO RURAL, PESCA E COOPERATIVISMO - SDR. **Plano de Trabalho**. Projetos de Segurança Alimentar para Comunidades Indígenas/RS-2012. Porto Alegre, 2012. p. 2-5.

⁴⁸⁹ REDENTORA. Prefeitura Municipal; SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO RURAL, PESCA E COOPERATIVISMO - SDR. **Plano de Trabalho**. Projetos de Segurança Alimentar para Comunidades Indígenas da Guarita 2012. Redentora; Porto Alegre, 2012. p. 05.

⁴⁹⁰ TENENTE PORTELA. Prefeitura Municipal; SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO RURAL, PESCA E COOPERATIVISMO - SDR. **Plano de Trabalho**. Projetos de Segurança Alimentar para Comunidades Indígenas da Guarita 2012. Tenente Portela; Porto Alegre, 2012. p. 05.

⁴⁹¹ SÃO VALÉRIO DO SUL. Prefeitura Municipal; SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO RURAL, PESCA E COOPERATIVISMO - SDR. **Plano de Trabalho**. Projetos de Segurança Alimentar para Comunidades Indígenas da Guarita 2012. São Valério do Sul; Porto Alegre, 2012. p. 05.

⁴⁹² Informação obtida em entrevista com o Senhor Ignácio Kunkel, da SDR, Porto Alegre, RS, no dia 15 de janeiro de 2013.

⁴⁹³ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Censo Demográfico 2010**: características gerais do indígenas: resultado do universo. p. 16. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_dos_Indigenas/pdf/Publicacao_completa.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2012.

⁴⁹⁴ Informação obtida em entrevista com o Senhor Ignácio Kunkel, da SDR, Porto Alegre, RS, no dia 15 de janeiro de 2013.

As reservas indígenas constituem-se, portanto, como manifestações de pluralismo jurídico, pois, conforme os aportes da teoria do pluralismo jurídico de Wolkmer, pode-se dizer que elas representam “[...] orientações ‘prático-teóricas’ insurgentes e paralelas que questionam e superam o reducionismo dogmático-positivista [...]”, sendo que elas operam como “[...] a expressão mais direta dos reais interesses e exigências da experiência interativa histórico-social”⁴⁹⁵. Ou seja, os indígenas buscam superar o reducionismo dogmático-positivista dos procedimentos demarcatórios das terras tradicionais, que, por diversos fatores, nem sempre abarcam todas as terras que estes povos consideram tradicionais, através de reivindicações paralelas insurgentes.

Quanto às reservas indígenas estaduais existentes no Rio Grande do Sul, ainda que o Governo do RS reconheça que as reservas indígenas estaduais sejam áreas de ocupação tradicional indígena, o Governo do Estado, via SDR/RS, e, em articulação com o CEPI/RS, pleiteia junto à União que os atuais patrimônios estaduais (reservas indígenas estaduais) não tramitem pelo procedimento demarcatório e, assim, não sejam considerados terras de ocupação tradicional conforme a Lei 6.001/1973, o Decreto 1.775/1996 e a Constituição Federal de 1988. Através da política mencionada, o Governo do Estado do RS pretende negociar com a União a transferência das terras que hoje representam reservas indígenas estaduais para o domínio da União, ou seja, como reservas indígenas nacionais, sob a condição de que o ente federal invista nestas mesmas áreas o valor monetário que elas possuem – esta ideia fundamenta-se na preocupação do Estado com investimentos nas comunidades indígenas⁴⁹⁶. (informação verbal).

A Reserva Indígena Ka’amirindy/Água Grande, localizada na cidade de Camaquã, foi adquirida pelo Estado do Rio Grande do Sul. (Dec. Estadual 40.482 de 29/11/2000) e ela abriga, atualmente, cerca de 10 famílias de Guaranis. A Terra Indígena Tekoá Porã/Coxilha da Cruz também representa uma área adquirida pelo governo do Estado do RS, nesta terra habitam mais de 20 famílias e nos acampamentos vivem mais de 25 famílias⁴⁹⁷. E na mesma situação encontram-se as terras indígenas Ko’eju/Inhacapetum, localizada em São Miguel das Missões, que foi comprada pelo Estado do Rio Grande do Sul e está reservada aos indígenas e

⁴⁹⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 170.

⁴⁹⁶ Informação obtida em entrevista com o Senhor Ignácio Kunkel, da SDR, Porto Alegre, RS, no dia 15 de janeiro de 2013.

⁴⁹⁷ LIEBGOTT, Roberto Antonio. Os direitos indígenas na Constituição Federal do Brasil. In: RIO GRANDE DO SUL. Assembleia legislativa. **Coletivos Guarani no Rio Grande do Sul**: territorialidade, interetnicidade, sobreposições e direitos específicos. Porto Alegre: Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, 2012. p. 07.

Itapoty/Riozinho, cedida (ou reservada) aos indígenas pelo Banco do Estado do Rio Grande do Sul. Estas terras constituem-se em reservas indígenas, pois foram adquiridas por um terceiro – no caso, o Estado do Rio Grande do Sul – e não passaram por procedimentos demarcatórios, como ocorre com as terras consideradas de ocupação tradicional indígena.

Contudo, como pode ser verificado no exemplo da reserva Ko'eju/Inhacapetum, mesmo que esta terra não seja considerada – de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro – como contendo elemento de tradicionalidade indígena, não é sob esta perspectiva que se pautam as ações do Estado do RS – que adquiriu esta área para a organização da reserva Inhacapetum, em razão da notória importância da região para as tradições indígenas. Kunkel explica o valor espiritual da reserva Inhacapetum, situada em São Miguel das Missões, para o povo Guarani, nos seguintes termos:

A área Indígena Inhacapetum se localiza no Município de São Miguel das Missões, dentro do território das Reduções Jesuíticas dos Sete Povos das missões, cujas estruturas físicas, mesmo em ruínas se mantêm conservadas até hoje. E estas, são referência espiritual do povo Indígena Guarani. O nome se deve à Redução de São Miguel Arcanjo, hoje o Município de São Miguel das Missões.

A Cidade de São Miguel das Missões foi implantada sobre as ruínas do antigo povoado da Redução Guaranítica e seu entorno. A redução de São Miguel Arcanjo teve o apogeu na primeira metade do século XVIII, tendo uma população indígena na época estimada em 6.000 pessoas e foi destruída pela 'Guerra Guaranítica' em 1756, quando foram derrotados pelos exércitos de Portugal e Espanha⁴⁹⁸.

Nas últimas décadas estava ocorrendo o regresso de grupos de Guarani para a região de São Miguel das Missões, que, como visto, possui uma importante referência histórica e mítica para este povo. Pela conjunção destes fatores, o Governo do RS, acreditando tratar-se de uma terra tradicional indígena, adquiriu a área de 230 hectares da reserva indígena Inhacapetum. Mas, além disso, o Governo preocupou-se com a reconstituição do meio, que há séculos era utilizado para a criação extensiva de gado⁴⁹⁹.

A ação do Governo do Estado do RS em relação à reserva Inhacapetum insere-se no marco do respeito à diversidade étnico-cultural dos povos indígenas, que está previsto no Art. 231 da Constituição Federal, pois tal ação objetivou garantir o acesso do grupo de indígenas Guarani a sua terra tradicional, assim como, a possibilidade de reorganização da forma de ser e viver deste grupo.

⁴⁹⁸ KUNKEL, Ignacio. **Estudo de caso:** índios Inhacapetum. Porto Alegre: RS RURAL: SAA-RS, dez. 2005. p. 02.

⁴⁹⁹ Ibid., p. 02-04.

Esta ação também está no marco da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, entre os critérios para a determinação da relação dos indígenas com suas terras tradicionais, prevê a existência de “[...] laços espirituais ou cerimoniais [...]”, o que no caso da reserva Inhacpetum é constatado com o retorno dos Guarani à região de São Miguel das Missões – local que abrigava há séculos as missões jesuíticas⁵⁰⁰. Ademais, a preocupação do Estado com a implementação de Projetos de Segurança Alimentar na Região, em convênio com a EMATER, que envolvem desde cursos e palestras sobre o cultivo do solo até a aquisição de equipamentos e implementos agrícolas, demonstra que o RS preocupa-se, também, em desenvolver as “aptidões agroecológicas” da região de Inhacpetum, o que está em total conformidade com o posicionamento jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos⁵⁰¹.

4.2 A Judicialização das Terras Indígenas dos Povos do Rio Grande do Sul

A Constituição Federal brasileira de 1988 inovou na relação com os povos indígenas, pois a estes povos foi garantido o direito de permanecerem como são, ou seja, com seus modos de ser e de viver diferenciados da sociedade brasileira civilizada. O respeito à diversidade étnica e cultural, pressupõe, contudo, que o Estado suceda, sobretudo, ao reconhecimento das terras indígenas tradicionais, uma vez que através do reconhecimento e da demarcação destas terras, aos povos indígenas é possibilitado um lugar para o desenvolvimento das suas culturas e tradições – mas, como tratado anteriormente, apenas o reconhecimento das terras não garante uma vida digna aos indígenas, outros direitos também necessitam ser assegurados conjuntamente.

Nos termos da Lei 6.001/1973 e do Decreto 1.774/1996, o procedimento de reconhecimento e demarcação das terras indígenas tradicionais ocorre somente através da via administrativa, contudo, devido à morosidade das demarcações ou aos obstáculos enfrentados no decurso dos procedimentos administrativos, os indígenas ou os órgãos incumbidos da sua proteção, como a FUNAI e o Ministério Público Federal⁵⁰², ajuízam ações judiciais a fim de resguardar os direitos dos referidos povos.

⁵⁰⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay**. Sentencia de 24 de agosto de 2010. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2012.

⁵⁰¹ Ibid.

⁵⁰² Conforme previsão expressa do Art. 129 da Constituição Federal de 1988: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...] V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; [...]”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 ago. 2012.

4.2.1 A judicialização das terras Guarani

A situação fundiária das terras indígenas dos povos do Rio Grande do Sul, conforme demonstrado no Quadro 1, está aquém da previsão constitucional de reconhecimento e consequente proteção dos direitos territoriais indígenas. Poucas terras estão regularizadas, sendo que a maioria dos grupos indígenas do Rio Grande do Sul sobrevive em acampamentos improvisados – muitas vezes nas beiras de estradas –, enfrentando dificuldades de diferentes ordens, que vão desde a ausência de condições mínimas de saneamento, de oferecimento de serviço de energia elétrica até severos problemas alimentares.

A terra indígena do povo Guarani chamada Mato Preto, localizada entre os municípios de Erebango, Erechim e Getúlio Vargas, tem sido o foco de muitas discussões judiciais⁵⁰³. O Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública (Nº 5020813-91.2012.404.0000) visando a demarcação da terra indígena Mato Preto devido à morosidade do procedimento demarcatório.

Na referida ação, o juízo *a quo* concedeu tutela antecipada no bojo da sentença proferida, condenando a FUNAI a proceder à análise dos recursos interpostos pelos interessados na demarcação da terra (no prazo de 90 dias), assim como a encaminhar o procedimento demarcatório ao Ministro da Justiça (no prazo de 60 dias subsequentes ao prazo anterior); a União a observar o prazo de 30 dias após o recebimento do procedimento para o Ministro da Justiça declarar os limites da terra indígena e definir demais diligências; o INCRA e o Estado do Rio Grande do Sul ao reassentamento de ocupantes não índios (no prazo de 120 dias subsequentes ao prazo anterior); entre outras condenações, que não necessitam ser analisadas neste momento.

O Estado do Rio Grande do Sul, que compunha o pólo passivo da Ação Civil Pública, interpôs no Tribunal Regional Federal da 4ª Região pedido de Suspensão de Liminar, no qual sustentou haver risco de grave lesão à ordem pública, à saúde dos envolvidos e à segurança pública, nos seguintes termos:

(a) a ordem judicial obrigando à imediata conclusão do processo demarcatório e ao reassentamento das famílias está causando grande comoção social, sendo iminente o conflito entre pequenos agricultores, FUNAI e forças públicas, o que é indicado pelo acirramento dos protestos, com trancamento de rodovias e ameaças de resistência declaradas

⁵⁰³ Devido às diversas questões que permeiam a demarcação da terra indígena Mato Preto, quanto ao tema da judicialização das terras Guarani será analisada apenas esta terra, ainda que possam existir outras em litígio no âmbito do Rio Grande do Sul.

publicamente; (b) a desocupação da área de 4.230 hectares, em região altamente produtiva e povoada, com a indenização de cerca de 385 famílias no prazo de 120 dias, tem custo aproximado de R\$ 200.000.000,00, além de demandar previsão orçamentária, intensa mobilização administrativa, negociações, escolhas e aquisição de local adequado, etapas que, por si sós, consomem prazo maior do que o estipulado na sentença; (c) a situação impede a concessão de financiamento para o plantio da safra de verão 2012/2013 de toda a área atingida, criando grande convulsão social, tanto para os pequenos agricultores, cuja média de área é de apenas 11 hectares, para os municípios atingidos, como para as receitas do próprio Estado⁵⁰⁴.

No julgamento do pedido de Suspensão de Liminar, o Tribunal deferiu o pedido sob o argumento de que a demarcação da terra indígena Mato Preto “[...] é procedimento de alta complexidade, não apenas pelas dificuldades inerentes ao levantamento fundiário, mas pela extensão da área e pelas peculiaridades da região, altamente produtiva e ocupada por cerca de 385 famílias de pequenos agricultores”⁵⁰⁵.

A decisão fundamentou-se também na alegação de que o procedimento demarcatório estava causando imensa comoção social, pois a região abrange terras de pequenos núcleos de agricultores que exercem economia familiar e, por fim, embasou-se no argumento de que as obrigações infligidas ao Estado do RS são inexecutáveis, tendo em vista que há a “[...] necessidade de implantação de estrutura material e humana adequada, da aquisição de local para o reassentamento das famílias e da alocação de vultoso volume de recursos - até este momento sem a correspondente previsão orçamentária”⁵⁰⁶.

Desde 1989, quando foi promulgada a Constituição do Estado do RS, o Governo do Estado está consciente da sua responsabilidade de reassentar os pequenos agricultores que foram assentados pelo Estado ilegalmente⁵⁰⁷ em áreas indígenas, esta é a disposição expressa do Art. 32 do ADCT da Constituição Estadual: “*No prazo de quatro anos da promulgação da Constituição, o Estado realizará o reassentamento dos pequenos agricultores assentados em*

⁵⁰⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal. (4. Região). **Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela nº 5020813-91.2012.404.0000/RS**. Autor: Estado do Rio Grande do Sul. Réu Comissão de Agricultores Residentes na Área Litigiosa; Ministério Público Federal Relator: Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 11 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5560187&termosPesquisados=terras%20indigenas>. Acesso em: 3 out. 2012.

⁵⁰⁵ Ibid.

⁵⁰⁶ Ibid.

⁵⁰⁷ O Estado do Rio Grande do Sul possui esta responsabilidade pelo reassentamento dos pequenos agricultores, pois arrogou-se nesta responsabilidade através da promulgação do Art. 32 da ADCT que traz esta previsão literal. Caso o Estado não tivesse se arvorado nesta competência, permaneceria da União esta responsabilidade, conforme depreende-se da análise do Art. 4º do Decreto 1.775/1996. BRASIL. **Decreto 1.775, de 8 de janeiro de 1996**. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm>. Acesso em: 5 jan. 2013.

*áreas colonizadas ilegalmente pelo Estado situadas em terras indígenas*⁵⁰⁸. (grifo nosso). Mas a disposição da carta constitucional estadual encontra óbice na ausência de recursos estaduais para o deslocamento e reassentamento de pequenos proprietários, subsistindo o desamparo aos indígenas.

Outra questão que envolve o caso da terra indígena de Mato Preto, que não está sendo discutida no âmbito judicial (mas que merece atenção neste momento), refere-se à seriedade e à neutralidade do *laudo antropológico* (relatório circunstanciado) realizado na fase inicial do processo demarcatório da terra, que constatou que a terra de ocupação tradicional indígena abrangia 4.230 hectares, e não, os 223 hectares inicialmente destinados aos indígenas na área da Rede Ferroviária Federal, próximo a Mato Preto⁵⁰⁹. Os motivos pelos quais houve esta ampliação e as razões de tal área ter sido declarada de ocupação tradicional têm suscitado diversas discussões no RS, especialmente no âmbito político – tendo, inclusive, sido amplamente debatida no *Relatório Final da Comissão Especial para Discutir a Situação das Áreas Indígenas e Quilombolas no RS (Set/2012)* da Assembleia Legislativa do RS.

Discute-se, também, a forma de confecção do relatório circunstanciado (ou laudo antropológico), que é realizado por servidores do órgão indigenista federal sem a participação de agricultores e demais pessoas que sofrerão os efeitos da demarcação da terra. Ocorre que o relatório circunstanciado trata-se de um documento “[...] que não tem caráter de sentença judicial [e], não deve, portanto, contemplar ambas as partes envolvidas em igual medida, [pois] não é um documento elaborado por um magistrado ou juiz”⁵¹⁰.

Ademais, por fazer parte das atribuições da FUNAI a demarcação e a proteção das terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas; o estímulo ao desenvolvimento de estudos sobre os povos indígenas; a defesa das comunidades indígenas; a fiscalização das suas terras e o impedimento de ações predatórias sobre elas – entre outras funções –⁵¹¹, não é possível que um *laudo* confeccionado por um servidor dos quadros da FUNAI seja neutro, uma vez que faz

⁵⁰⁸ Art. 32. RIO GRANDE DO SUL. Constituição (1989). **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, 3 de outubro de 1989**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/interacao/constituicoes/constituicao_rs.pdf>. Acesso em: 3 out. 2012.

⁵⁰⁹ RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa. Comissão Especial para Discutir a Situação das Áreas Indígenas e Quilombolas no RS. **Relatório final**. Porto Alegre, set. 2012. p. 44-45.

⁵¹⁰ PRADELLA, Luiz Gustavo Souza; LEWKOWICZ, Rita. Algumas ideias equivocadas sobre povos indígenas e suas terras. In: RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa. **Coletivos Guarani no Rio Grande do Sul: territorialidade, interetnicidade, sobreposições e direitos específicos**. Porto Alegre: Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, 2012. p. 88.

⁵¹¹ Ver Art. 1º. BRASIL. **Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967**. Que autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L5371.htm>. Acesso em: 15 out. 2012.

parte do seu cargo a preocupação com a causa indígena⁵¹². A confecção de um relatório circunstanciado ocorre da seguinte forma:

Este tipo de relatório circunstanciado deve focar sua atenção sobre a população indígena e suas demandas territoriais, apresentando dados gerais sobre esta população, as formas como se dão a ocupação, atividades produtivas que desenvolvem, relações diferenciadas com o meio ambiente, dados sobre tudo aquilo que pode ser considerado necessário para sua reprodução física e cultural. O grupo de trabalho coordenado por um antropólogo deve também realizar o levantamento fundiário das terras reivindicadas, apresentando o contexto das relações entre brancos e índios em que se dão tais reivindicações⁵¹³.

O relatório circunstanciado da terra indígena Mato Preto parece ter atendido aos requisitos que foram explicados acima e que constam no Decreto 1.775/1996 – e na Portaria 14 do Ministério da Justiça –, uma vez que, em 21 de setembro de 2012, o Ministro da Justiça expediu Portaria declarando a posse permanente das aludidas terras aos Guarani.

A dificuldade a ser enfrentada no caso da terra indígena Mato Preto é no sentido de se compreender que a preservação do patrimônio cultural do grupo Guarani requer o efetivo respeito aos seus direitos originários sobre a terra, por meio da superação da ideia de que a terra ou o território indígenas assemelham-se ao instituto da terra formulado nos moldes da concepção de propriedade privada. Este efetivo respeito ao reconhecimento dos direitos originários dos indígenas as suas terras passa pela discussão de um novo pluralismo jurídico

[...] de características mais participativas, [que] é concebido a partir de uma redefinição da racionalidade e uma nova ética, pelo refluxo político e jurídico de novos direitos – os coletivos; de novas necessidades desejadas – os direitos construídos pelo processo histórico; e pela reordenação da sociedade civil – a descentralização do centro para a periferia; do Estado para a Sociedade; da lei para os acordos, os arranjos, a negociação. É, portanto, a dinâmica interativa e flexível de um espaço público aberto, compartilhado e democrático⁵¹⁴.

Portanto, em primeiro lugar, não se desconhece a importância que as propriedades das famílias de agricultores de Getúlio Vargas, que estão situadas sobre a área da terra indígena Mato Preto, possuem para estas pessoas. Mas, por outro lado, é inafastável o

⁵¹² PRADELLA, Luiz Gustavo Souza; LEWKOWICZ, Rita. Algumas ideias equivocadas sobre povos indígenas e suas terras. In: RIO GRANDE DO SUL. Assembleia legislativa. **Coletivos Guarani no Rio Grande do Sul: territorialidade, interetnicidade, sobreposições e direitos específicos**. Porto Alegre: Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, 2012. p. 87-88.

⁵¹³ Ibid., p. 88.

⁵¹⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 171.

direito originário do grupo de Guaranis que teve a sua posse tradicional sobre aquela terra declarada. Em segundo lugar, a discussão em relação à seriedade e à neutralidade do laudo antropológico diz respeito não só à credibilidade do trabalho desenvolvido pela antropóloga, mas aos próprios aspectos culturais do povo Guarani, que caracterizam-se como novos direitos, ou seja, como direitos coletivos e não como direitos individuais, pensados a partir da lógica de propriedade privada.

A seriedade e a neutralidade do laudo são questionadas, pois o grupo Guarani que hoje ocupa a área próxima à terra indígena Mato Preto migrou da aldeia indígena de Biguaçu – próximo a Florianópolis – após uma série de rituais xamânicos através dos quais o líder espiritual do grupo teve a visão de que o grupo deveria deslocar-se até Mato Preto, para deixar de sofrer violência do grupo Kaingang que era vizinho da aldeia e também porque a região de Mato Preto integrava as tradições do grupo, uma vez que o xamã, quando criança, havia vivido no lugar⁵¹⁵. A questão da tradicionalidade das terras Guarani envolve, portanto, a mobilidade deste povo e a busca por uma terra sem mal, todavia, esta visão da terra difere-se da visão tradicional da terra, em que o sujeito possui um título de propriedade da terra, que faz com que a terra torne-se um bem material seu. Para os indígenas, a terra ultrapassa esta ideia e torna-se parte integrante do modo de ser e de viver destes povos⁵¹⁶.

4.2.2 A judicialização das terras Kaingang

No caso das terras indígenas Kaingang, a morosidade dos procedimentos demarcatórios também enseja a judicialização das questões fundiárias⁵¹⁷. Algumas das terras que são objeto de reivindicação fundiária pelos Kaingang – conforme elucidado no Quadro 1 – já foram (ou estão sendo) submetidas à análise do Judiciário. A terra indígena de São Miguel do Carreiro/Faxinal, situada em Água Santa, sofreu Ação de Reintegração de Posse,

⁵¹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa. Comissão Especial para Discutir a Situação das Áreas Indígenas e Quilombolas no RS. **Relatório final**. Porto Alegre, set. 2012. p. 44.

⁵¹⁶ A terra indígena de Mato Preto também já foi objeto da Ação Civil Pública n.º 5000264-83.2011.404.7117, movida pelo Ministério Público Federal contra a ANTT, o DNIT, a ALL e a RGE. O MPF pleiteava a autorização da “execução de projeto de eletrificação de moradias provisórias da Comunidade Guarani, localizada em faixa de domínio público, ao lado da Terra Indígena Mato Preto”. O MPF teve o pedido liminar indeferido, mas interpôs o Agravo de Instrumento N.º 5007925-27.2011.404.0000/RS que reverteu a decisão. BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Agravo de Instrumento n.º 5007925-27.2011.404.0000/RS**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT; América Latina Logística S.A. – ALL; Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT; Rio Grande Energia S/A – RGE. Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Porto Alegre, 27 de julho de 2011. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4359673&termosPesquisados=divisa%5Bndigenas%5D>. Acesso em: 15 out. 2012.

⁵¹⁷ O caso judicial da terra indígena Kaingang do Morro do Osso não será tratado neste capítulo, pois já foi objeto de estudo e apreciação no capítulo anterior.

mas a comunidade indígena venceu a demanda (em 2009) e permanece na área⁵¹⁸. A terra indígena Três Soitas, localizada na cidade de Santa Maria, é objeto de Ação de Reintegração de Posse, que tem audiência de conciliação marcada para 2013⁵¹⁹. A comunidade indígena de Três Soitas vive na terra há doze anos, a Prefeitura de Santa Maria já fez várias tentativas de retirar as famílias da área, mas elas permanecem no local. Atualmente, “[...] em diálogo com a Assembleia Popular Indígena, o governo do Estado, por meio da Secretaria de Desenvolvimento Rural, propôs ceder uma área para a comunidade, mas não conseguiu encontrar imóvel apto”⁵²⁰.

No caso da Terra Indígena Passo Grande do Rio Forquilha, os donos das terras localizadas em Passo Grande do Rio Forquilha haviam ajuizado Ação de Reintegração de Posse com pedido liminar (Processo Nº 5912000-12.2011.404.0000), uma vez que suas terras haviam sido invadidas por indígenas Kaingang que reivindicavam a posse tradicional de tais terras. Na referida ação, a posse dos requerentes restou evidenciada devido a juntada de matrícula do imóvel invadido, acompanhada de contrato de compra e venda e recibo de pagamentos e, assim, foi deferido pedido liminar de reintegração.

No julgamento do Agravo de Instrumento interposto pela FUNAI, o TRF da 4ª Região decidiu pela revogação do pedido liminar, uma vez que havia sido publicada em 26 de abril de 2011, data posterior ao início da Ação de Reintegração de Posse

a Portaria MJ/GM nº 498, no Diário Oficial da União, seção 1, páginas 46 e 47, declarando a área de posse permanente do Grupo Kaingang e determinando que ‘a FUNAI promoverá a demarcação administrativa da Terra indígena declarada, para posterior homologação pelo Presidente da República, nos termos do art. 19, § 1º, da Lei nº 6.001/73 e do art. 5º do Decreto nº 1.775/96’⁵²¹. (grifo do autor)

Portanto, por restarem apenas mais algumas fases referentes à demarcação física da Terra Tradicional Passo Grande do Rio Forquilha, o Tribunal decidiu que, de acordo com o Art. 231, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988, era considerado “[...] *nulo de pleno*

⁵¹⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. FUNAI. **Memória de reunião**. p. 05. Disponível em: <<http://www.arpinsul.org.br/imagens/downloads/c4ca4238a0b923820dcc509a6f75849b.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

⁵¹⁹ Ibid., p. 07.

⁵²⁰ Ibid., p. 07.

⁵²¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Agravo de Instrumento nº 5011893-65.2011.404.0000/RS**. Agravante: Fundação Nacional do Índio - FUNAI. Agravado: Valdir Tartari. Relator: Fernando Quadros da Silva. Porto Alegre, 14 de março de 2012. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4811607&termosPesquisados=divisajindigenas>. Acesso em: 03 out. 2012.

direito qualquer ato que confira [ou que conferisse] à parte autora a posse da área objeto do acampamento”⁵²².

A terra indígena Mato Castelhana – situada entre os municípios de Mato Castelhana, Cacique Doble e Sananduva –, que ainda está em fase de estudos pela FUNAI, também tem sido objeto de processo judicial. Nesta ação, o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT ajuizou Ação de Reintegração de Posse com pedido liminar (Processo nº 5003374-32.2011.404.7104) contra a FUNAI e contra o grupo Kaingang acampado às margens da rodovia federal BR 285, à altura do Km 270,9. Intimada, a FUNAI prestou as seguintes informações:

[...] segundo contato com o Cacique daquela reserva e chefe do acampamento, não haveria a possibilidade de os indígenas retornarem para qualquer das reservas existentes, porque em todas elas já teria sido efetuada a distribuição dos lotes para cada família lá residente, bem como que se encontram acampados naquele local enquanto aguardam a demarcação da área localizada em Mato Castelhana. Aduziu que se encontra em estudos preliminares de averiguação das terras localizados naquele Município, que sequer estão em fase de identificação.⁵²³.

Em seu parecer, o Ministério Público Federal aduziu que seria precipitado efetuar a retirada dos indígenas da área em que se encontravam, sem que se tivesse conhecimento para onde se pretendia removê-los. Deste modo, o Ministério Público sustentou a impossibilidade de deferimento da liminar. Todavia, no curso do processo, a FUNAI não concluiu os estudos de diagnóstico e identificação de ocupação tradicional na área e, assim, a sentença foi procedente para o fim de determinar a reintegração de posse para o DNIT, no prazo máximo de seis meses.

O Ministério Público Federal, a FUNAI e o DNIT apelaram da decisão de 1º grau, sendo que foram providos os apelos do Ministério Público Federal e da FUNAI e prejudicada a apelação do DNIT.

⁵²² BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Agravo de Instrumento nº 5011893-65.2011.404.0000/RS**. Agravante: Fundação Nacional do Índio - FUNAI. Agravado: Valdir Tartari. Relator: Fernando Quadros da Silva. Porto Alegre, 14 de março de 2012. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4811607&termosPesquisados=divisa|indigenas>. Acesso em: 03 out. 2012.

⁵²³ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação Cível n. 5003374-32.2011.404.7104/RS**. Apelante: Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT; Fundação Nacional do Índio – FUNAI; Ministério Público Federal. Apelado: Acampamento Caigangue; Dorvalino Kogja Joaquim; Getúlio Daniel; os mesmos Relator: João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, 21 de agosto de 2012. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5293114&termosPesquisados=terras%20indigenas>. Acesso em: 20 set. 2012.

O TRF da 4ª Região decidiu que, ainda que a sentença de 1º grau tenha sido prolatada antes de concluído o estudo de diagnóstico da FUNAI e que tenha se amparado em “[...] documento datado de **10/01/2007** (PET9), que afirmava que *a FUNAI não estava convencida da tradicionalidade das terras que a comunidade Caingangue acampada em Mato Castelhana deseja demarcar [...]*”⁵²⁴, existia uma Nota Técnica sobre a situação de Mato Castelhana, confeccionada pela antropóloga Marianna Holanda (PET 85), de 30 de abril de 2010, que concluía que “*com base em todas as informações recolhidas ao longo dos trabalhos do GT, esta comunidade Kaingang tem um direito fundiário*”⁵²⁵.

Com base na Nota Técnica datada de 30 de abril de 2010 e em levantamento documental, o Tribunal verificou que seria possível inferir que a demarcação da terra Mato Castelhana ocorreria, pois havia fortes indícios de ocupação tradicional. Para o embasamento da decisão, foi colacionado o Art. 231 da Constituição Federal de 1988, o Art. 23 da Lei 6.001/1973 e o Art. 14 da Convenção 169 da OIT, que reconhece o retorno dos indígenas à suas terras tradicionais:

Artigo 14

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.
2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.
3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados⁵²⁶.

Assim, o Tribunal deferiu o pleito do Ministério Público, pois, sobretudo, considerou que uma comunidade indígena não necessita ter fixada a sua habitação em toda a terra

⁵²⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação Cível n. 5003374-32.2011.404.7104/RS**. Apelante: Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT; Fundação Nacional do Índio – FUNAI; Ministério Público Federal. Apelado: Acampamento Caingangue; Dorvalino Kogja Joaquim; Getúlio Daniel; os mesmos Relator: João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, 21 de agosto de 2012. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5293114&termosPesquisados=terras%20indigenas>. Acesso em: 20 set. 2012.

⁵²⁵ Ibid.

⁵²⁶ Art. 14. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. Escritório Brasil. **Convenção n° 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT sobre povos indígenas tribais**. Brasília, DF, 2011. p. 07. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/convencao%20169%20portugues_web_292.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2012.

indígena e nem que nela tenha permanecido desde tempos imemoriais, da mesma forma não necessita ter ocupado fisicamente ou edificado sobre ela, pois o que importa é que tal terra seja essencial para a preservação da cultura do grupo indígena, para a sua subsistência ou para o desenvolvimento das suas atividades tradicionais. Esta questão coaduna-se com os casos contenciosos internacionais analisados na Corte Interamericana de Direitos Humanos anteriormente, assim como no caso do grupo indígena Guarani acampado em área próxima à terra indígena de Mato Castelhano, que está com o procedimento demarcatório em curso.

Nos casos *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa versus Paraguai*, julgado em 29 de março de 2006, e *Comunidade Moiwana versus Suriname*, julgado em 16 de junho de 2005, a Corte Interamericana de Direitos Humanos considerou que os povos indígenas Sawhoyamaxa do Paraguai e N'djuka do Suriname tinham direito às suas terras tradicionais, ainda que elas estivessem ocupadas por não indígenas – desde o final do século XIX, no caso dos Sawhoyamaxa, e desde 29 de novembro de 1986, no caso dos N'djuka⁵²⁷ –, assim como no caso do grupo indígena acampado em Mato Castelhano.

Esta compreensão de que a ocupação tradicional não requer que os indígenas tenham vivido de forma permanente no local coaduna-se com o respeito à diversidade étnica e cultural dos povos indígenas, prevista no Art. 231 da Constituição Federal de 1988, e em demais documentos internacionais, dos quais o Brasil é signatário.

A terra indígena Sêgu/Chêg'gu ou Novo Xingu, localizada nos municípios de Constantina e Novo Xingu também foi submetida à apreciação judicial. Da mesma forma que no caso da terra indígena Mato Castelhano, moradores da terra que foi ocupada pelos Kaingang – que deslocaram-se da terra indígena Serrinha até à terra Novo Xingu – ajuizaram Ação de Reintegração de Posse (processo nº 0000445-48.2010.404.7104) contra o grupo indígena que passou a ocupar a área.

Na aludida ação, o pedido liminar foi deferido para o fim de os índios retirarem-se da área. A FUNAI agravou do deferimento do pedido liminar e o Ministério Público Federal, colacionando os termos da Nota Técnica da equipe do GT de Identificação da Terra Indígena Novo Xingu, assinada pela Antropóloga Cinthia Creatini da Rocha, explicou que a opção dos Kaingang pela região devia-se ao fato de os indígenas estarem ocupando uma área que representava seu território de ocupação tradicional: O Ministério Público trouxe os motivos desta ocupação tradicional:

⁵²⁷ Ver sobre estas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos nas páginas 143 a 145 do presente trabalho.

a) ali ainda persistem condições mínimas para exercerem parte de suas atividades tradicionais de relação com a natureza (coleta de plantas medicinais, material para a produção de artesanato - fonte de renda de algumas famílias indígenas, água potável para beberem e banharem-se); b) e, possuem forte vínculo sócio-histórico e cosmológico de relação com a área onde seus antepassados viveram caminharam e morreram, enterraram seus umbigos e suas ‘cabeças’⁵²⁸.

Apesar da clareza da Nota Técnica do GT para a identificação da terra indígena Novo Xingu, que explica a relação cosmológica que os indígenas Kaingang mantêm com as suas terras tradicionais, bem como a importância dos recursos naturais existentes naquela terra para o desenvolvimento das atividades tradicionais deste povo, o agravo de instrumento, parcialmente provido, considerou que estavam ausentes elementos de prova de *um mínimo* de verossimilhança, portanto, os índios deveriam sair da área objeto da ação, mas o prazo seria estendido até a prolação da sentença de origem.

Outra questão importante que vincula-se ao caso judicial da terra indígena Novo Xingu (e Mato Castelhana) e também aos casos contenciosos decididos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos(Comunidade Indígena Sawhoyamaxa *versus* Paraguai e Comunidade Moiwana *versus* Suriname) está associada ao fato de a ausência de ocupação permanente dos indígenas nas terras reivindicadas não representar óbice ao reconhecimento do território de ocupação tradicional, uma vez que:

Cabe reforçar que os Kaingang não saíram, tampouco ‘abandonaram’ o território tradicional por livre e espontânea vontade, mas porque os avanços das frentes de expansão colonizadoras na região do Alto Uruguai, principalmente em meados de 1920, ‘empurraram’, oprimiram e reduziram a população indígena local, tornando aqueles poucos sobreviventes e que se mantiveram ali, praticamente ‘invisíveis’ [...]⁵²⁹.

A partir da análise destes exemplos de casos judiciais relacionados às terras indígenas no Rio Grande do Sul detecta-se a dificuldade de efetivação dos direitos constitucionais indígenas referentes ao reconhecimento dos seus territórios tradicionais e, por consequência, dos relacionados ao respeito à diversidade étnica e cultural destes povos. Do mesmo modo, identifica-se a dificuldade de compreensão do que sejam efetivamente os direitos originários indígenas relativos ao reconhecimento das suas terras tradicionais.

⁵²⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Agravo de Instrumento nº 0007608-51.2010.404.0000/RS**. Agravante: Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Agravado: Irineu Suzano e outros. Relator: Loraci Flores de Lima. Porto Alegre, 05 de junho de 2012. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4991960&termosPesquisados=terras%20indigenas>. Acesso em: 11 set. 2012.

⁵²⁹ Ibid.

A judicialização das questões territoriais indígenas, sobretudo sob a ótica das reivindicações indígenas, torna claro que o Direito tem a função de “[...] um forte instrumento de emancipação individual ou coletiva, que necessariamente irá acirrar os conflitos”⁵³⁰, ou, em outras palavras, irá provocar o aparato estatal a dizer alguma coisa sobre as demarcações de terras indígenas.

4.3 Terras Tradicionais e Diversidade Étnico-Cultural dos Povos Indígenas: Desafios ao Respeito à Diferença Cultural

A judicialização das terras indígenas evidencia que, conquanto a Constituição Federal de 1988 tenha representado um marco na defesa dos direitos indígenas, uma vez que estabeleceu o rompimento com uma postura de integração e de assimilação destes povos à sociedade brasileira civilizada, permanecem inúmeros problemas em relação à efetivação dos seus direitos.

A Constituição Federal de 1988 se arvorou na defesa da diversidade étnica e cultural dos povos indígenas no Art. 231, sem olvidar da harmonização do aludido princípio com as ideias preambulares do seu texto, uma vez que, no Preâmbulo, instituiu-se uma sociedade fraterna no Brasil, portanto, os Legisladores Constituintes preocuparam-se efetivamente com o respeito à diferença cultural. Contudo, o texto constitucional foi elaborado por uma Assembleia Constituinte não indígena que, mesmo conhecedora da causa indígena, não era capaz de compreender o modo de *ser* e de *viver* indígena na integralidade. Acontece que o ordenamento jurídico brasileiro foi construído sob os auspícios do pensamento de matriz ocidental, eurocêntrico, sendo que a questão dos direitos indígenas e do respeito à diversidade étnica e cultural destes povos representou apenas uma pequena tentativa de fratura com esta matriz eurocêntrica. Mas, como visto com o aumento da judicialização das questões envolvendo os direitos territoriais indígenas, não é isso o que ocorre na prática.

Quando a Constituição Federal de 1988 reconhece aos indígenas os costumes, crenças, línguas, tradições e organização social, reconhecem-nos como partes integrantes dos seus

⁵³⁰ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Coord.). Por uma concepção alargada de acesso à justiça. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 10, n. 90, p. 03, abr./maio 2008. Ed. Esp. Disponível em: <http://gajop.org.br/justicacidade/wp-content/uploads/Por-uma-concepcao-alargada-de-Acesso-aa-Justica-JoseGeraldo_Rev90.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2013.

modos de *ser* e de *viver*, portanto, como partes essenciais de suas identidades específicas⁵³¹. Neste ponto, a Constituição reconhece a diferença do indígena.

Todavia, o conceito de terra tradicional reconhecido no ordenamento jurídico brasileiro aos indígenas não se compatibiliza com as diferentes formas de interação – através dos costumes, crenças, tradições e organização social – que os indígenas mantêm com a terra, pois engessa este reconhecimento ao preenchimento de todos os elementos previstos no parágrafo 1º do Art. 231 da Constituição Federal, sendo que tais elementos não são necessariamente compartilhados por todas as etnias indígenas.

Este desvirtuamento do respeito à diversidade étnico-cultural é verificado nas considerações iniciais da Portaria N. 14/1996 do Ministério da Justiça, que trata das regras para a elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de terras indígenas:

CONSIDERANDO que o referido relatório, para propiciar um regular processo demarcatório deve precisar, com clareza e nitidez, as quatro situações previstas no parágrafo 1º do art. 231 da Constituição, que consubstanciam, em conjunto e sem exclusão, o conceito de ‘terras tradicionalmente habitadas pelos índios’, a saber: (a) as áreas ‘por eles habitadas em caráter permanente’, (b) as áreas ‘utilizadas para suas atividades produtivas’, (c) as áreas ‘imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem estar’, e (d) as áreas ‘necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições’⁵³²;

Da leitura das considerações iniciais da Portaria 14/1996 do Ministério da Justiça e do Parágrafo 1º do Art. 231 da Constituição Federal de 1988, depreende-se que serão consideradas terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas apenas aquelas que congregarem todos os elementos estabelecidos na disposição constitucional.

Esta reflexão, que gera diferentes repercussões no contexto das distintas etnias indígenas, é abordada, neste trabalho, diante do contexto sociocultural dos povos Guarani e Kaingang e possui como foco a questão do regresso dos indígenas às terras tradicionais e o

⁵³¹ LACERDA, Rosane Freire. **Diferença não é incapacidade**: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988. 2007. f. 189. (Dissertação de mestrado) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

⁵³² BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria nº 14, de 09 de janeiro de 1996**. Estabelece regras sobre a elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas a que se refere o parágrafo 6º do artigo 2º, do Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.unai.gov.br/quem/legislacao/pdf/Portaria_MJ_n14_de_09_01_1996.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2013.

dilema da mobilidade indígena e da necessária demarcação das terras tradicionais, mesmo diante da mobilidade destes povos.

4.3.1 A preocupação com o regresso dos indígenas às terras tradicionais

Devido ao processo de colonização e espoliação sofrido pelos indígenas no final do século XV e início do século XVI na América, os indígenas de diferentes etnias, inclusive os Guarani, foram expulsos de seus territórios e tiveram que refugiar-se em áreas incompatíveis com seus modos de *ser* e de *viver*. Ainda que as legislações e Constituições, desde a época colonial, tenham previsto o direito original dos indígenas em relação à posse de suas terras, este direito apenas tem sido efetivamente reconhecido a partir da promulgação do texto constitucional de 1988, que operou uma ruptura com a perspectiva de assimilação e integração dos indígenas à sociedade nacional – que redundava na desconsideração da importância da proteção das terras tradicionais para a preservação destes povos.

Assim, como consequência da expropriação de seus territórios tradicionais e impossibilidade de regresso a eles em virtude da maciça colonização ocorrida nos últimos séculos, no início da década de 1980, *todas* as comunidades Guarani que existiam no Estado do Rio Grande do Sul estavam habitando as beiras de estradas, logo, não havia nenhuma comunidade na posse de suas terras tradicionais⁵³³. (informação verbal).

Logo, se no Estado do RS somente fossem consideradas como terras tradicionais aquelas terras ocupadas em caráter permanente pelas comunidades indígenas, então, os Guarani que viviam nas beiras de estradas jamais teriam assegurado o direito constitucional ao reconhecimento de suas terras tradicionais – que não eram, necessariamente as situadas nas beiras de estradas. Graças à mobilização de diferentes órgãos governamentais e não governamentais esta visão foi progressivamente sendo superada no Estado e, atualmente, os Guarani já possuem algumas terras reconhecidas e outras em processo de reconhecimento⁵³⁴. (informação verbal).

A evolução do tratamento das terras jurídicas dos Guarani do Rio Grande do Sul identifica-se com os pressupostos do pluralismo jurídico, que não busca “[...] negar ou minimizar o Direito estatal, mas reconhecer que este é apenas uma das muitas formas

⁵³³ Informação obtida em entrevista com o Senhor Ignácio Kunkel, da SDR, Porto Alegre, RS, no dia 18 de dezembro de 2012.

⁵³⁴ Ibid.

jurídicas que podem existir na sociedade”⁵³⁵. Portanto, uma sociedade mais plural se forma através de manifestações plurais e complementares reconhecidas e incorporadas pelo Estado, sendo que foi isto o que ocorreu nos processos de demarcação das terras do povo Guarani, uma vez que a situação fundiária desta etnia necessitou ser pensada além da interpretação convencional da previsão constitucional, sob pena de não se assegurar nenhum direito territorial a estes indígenas⁵³⁶.

A mesma discussão é realizada no âmbito da etnia Kaingang. Como referido no exemplo do caso judicial envolvendo a terra indígena Novo Xingu, os proprietários das terras consideradas de ocupação tradicional pelos indígenas opuseram-se de variadas formas à permanência dos índios no local, especialmente, por meio do argumento de que há muito tempo aquelas terras não eram ocupadas por indígenas e, por isso, não poderiam ser consideradas terras tradicionais. O laudo antropológico, de modo contrário, aduziu que aquelas terras eram de ocupação tradicional Kaingang, todavia, não estavam sendo habitadas pelos indígenas, pois estes haviam sido expulsos pelos colonos na década de 1920 e, desde então, não puderam mais regressar⁵³⁷.

Logo, os Kaingang da terra indígena Novo Xingu, assim como os Guarani da terra de Mato Castelhana e os grupos indígenas da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa do Paraguai e da Comunidade Moiwana do Suriname, não estavam distantes de suas terras por não encontrarem nelas elementos de tradicionalidade que os vinculasse a elas, mas apenas porque o processo de colonização ocorrido na região os impedia de regressar à área. A decisão judicial, neste caso, coadunou-se adequadamente à jurisprudência internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos que considera existir elemento de tradicionalidade com uma terra indígena enquanto existirem laços espirituais ou cerimoniais entre outros vínculos, de um povo com uma região⁵³⁸.

⁵³⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 222.

⁵³⁶ *Ibid.*, p. 222.

⁵³⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Agravo de Instrumento nº 0007608-51.2010.404.0000/RS**. Agravante: Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Agravado: Irineu Suzano e outros. Relator: Loraci Flores de Lima. Porto Alegre, 05 de junho de 2012. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4991960&termosPesquisados=terras%20indigenas>. Acesso em: 11 set. 2012.

⁵³⁸ ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay**. Sentencia de 24 de agosto de 2010. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2012.

4.3.2 A mobilidade indígena e as demarcações das terras tradicionais

A mobilidade não é uma característica de todos os povos indígenas. Mas, no caso dos povos indígenas Guarani e Kaingang que habitam o Estado do Rio Grande do Sul, esta é uma característica marcante. Diferentemente de alguns povos que identificam seus territórios com as áreas que lhes são demarcadas e reconhecidas, os povos Guarani e Kaingang locomovem-se para manterem-se em interação com seus territórios e, assim, cultivarem suas tradições e modos de vida.

Os Guarani do Rio Grande do Sul enfrentam resistência na luta pelo reconhecimento de suas terras tradicionais, devido ao fato de possuírem uma visão de territorialidade que envolve uma mobilidade específica, diferente das sociedades sedentárias (como a sociedade brasileira não indígena) de matriz europeia⁵³⁹. Segundo Macedo, a mobilidade Guarani relaciona-se à cosmovisão ou à cosmologia que este povo possui em relação à terra, que envolve a busca incessante pela Terra sem Mal:

No que diz respeito à cosmologia, cabe destacar o complexo profético-migratório da busca da Terra sem Mal (*Yvy Marãey*), o paraíso aonde para se chegar é preciso atravessar a ‘grande água’ e cuja paisagem é identificada com as formações rochosas e mata. Esse é o mote para as migrações de famílias guiadas por um líder espiritual no sentido Oeste-Leste⁵⁴⁰. (grifo do autor).

Quanto à mobilidade do povo Guarani, a autora ainda explica que:

Além das migrações, há entre as famílias guarani uma grande mobilidade pelas aldeias dispersas nessa região, em razão de matrimônios, visitas a parentes, fissões políticas, assembleias, trocas econômicas e outras formas de intercâmbio. Essa notável ‘capacidade de desterritorialização’, entretanto, não significa uma falta de vínculo com o território. Ao contrário, o *tekoa* (‘aldeia’) é o espaço físico onde se realiza o *teko*, o ser guarani. Cada *tekoa* é tradicionalmente formado por algumas famílias extensas sob a liderança de um guia espiritual, configurando uma unidade político-religiosa-territorial, devendo incluir água boa, terras agricultáveis e sobretudo o *ka’aguy* (mato). A territorialidade guarani abarcaria então os *tekoa* e seu entorno, assim como os caminhos que ligam uns aos outros⁵⁴¹. (grifo do autor)

⁵³⁹ PRADELLA, Luiz Gustavo Souza; LEWKOWICZ, Rita. Algumas ideias equivocadas sobre povos indígenas e suas terras. In: RIO GRANDE DO SUL. Assembleia legislativa. **Coletivos Guarani no Rio Grande do Sul: territorialidade, interetnicidade, sobreposições e direitos específicos**. Porto Alegre: Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, 2012. p. 85.

⁵⁴⁰ MACEDO, Valéria. Os males da terra. In: RICARDO, Fany (Org.). **Terras indígenas & unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p. 219.

⁵⁴¹ *Ibid.*, p. 219-220.

A territorialidade Guarani, portanto, abarca as diferentes terras tradicionais Guarani, que abrigam os *tekoa* e seus entornos, assim como os caminhos que ligam estas diferentes terras. Logo, no tocante às terras tradicionais indígenas Guarani, estas necessitam possibilitar a sustentabilidade do modo de vida deste povo. As terras tradicionais, portanto, necessitam atender às condições do *tekoa* Guarani, que são: disponibilidade de água, possibilidade de desenvolvimento da agricultura e, especialmente, a existência do *ka'aguy*, o mato. A importância do *ka'aguy* para a configuração do *tekoa* Guarani se deve ao fato de a Casa de Rezas (*Opy*) dos Guarani, além de se localizar em lugar específico, dizer respeito também a “[...] elementos simbólicos, relacionados com a cosmologia, que configuram o ambiente onde está a Casa de Rezas, como um pátio que geralmente possui uma palmeira Jerivá (*pindó ete*)”⁵⁴².

Conforme Kunkel, a demarcação das terras tradicionais dos Guarani somente deve ocorrer em terras onde exista o Jerivá (*pindó ete*), uma vez que esta espécie de planta faz parte dos cultos e das tradições Guarani⁵⁴³. (informação verbal).

A mobilidade Guarani ocorre nestas terras tradicionais, que começaram a ser demarcadas no Rio Grande do Sul na década de 1980, quando a instituição Associação Nacional de Ação Indigenista – ANAI, juntamente com o Projeto Mbyá Guarani e demais órgãos e representantes indígenas, alcançaram um entendimento que se destacou no âmbito nacional, pois consistiu na preservação da territorialidade original e da sobrevivência física e cultural do grupo Guarani através de demarcações estratégicas de terras em todo o território, ou seja, através de demarcações estrategicamente dispersas em todo o território Guarani localizado no Rio Grande do Sul⁵⁴⁴. (informação verbal). Pradella e Lewkowicz explicam que “[...] as famílias mbyá-guarani estão em movimento mais ou menos constante por esse arquipélago formado por acampamentos e terras indígenas em diferentes situações fundiárias”⁵⁴⁵. Os autores ainda esclarecem que:

Muitas famílias mbyá [guarani] se deslocam periodicamente diante de acontecimento comuns da existência imperfeita (*yvi teko axy*). A doença, a morte e a fome são motivos suficientes para deslocamentos, mas também o

⁵⁴² ZANIN, Nauíra Zanardo. Aspectos simbólico-culturais e continuidade das construções Mbyá-Garani. In: SILVA, Gilberto Ferreira da; PENNA, Rejane; CARNEIRO, Luiz Carlos da Cunha (Org.). **RS índio: cartografias sobre a produção do conhecimento**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009. p. 182.

⁵⁴³ Informação obtida em entrevista com o Senhor Ignácio Kunkel, da SDR, Porto Alegre, RS, no dia 18 de dezembro de 2012.

⁵⁴⁴ Ibid.

⁵⁴⁵ PRADELLA, Luiz Gustavo Souza; LEWKOWICZ, Rita. Algumas ideias equivocadas sobre povos indígenas e suas terras. In: RIO GRANDE DO SUL. Assembleia legislativa. **Coletivos Guarani no Rio Grande do Sul: territorialidade, interetnicidade, sobreposições e direitos específicos**. Porto Alegre: Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, 2012. p. 85.

conflito entre parentes, os problemas com os vizinhos e as separações matrimoniais encontram solução no caminhar. Nesse sentido a circulação das pessoas entre essas terras indígenas e acampamentos é significativa: famílias partem e famílias chegam – dessa forma estes espaços estão quase que constantemente ocupados⁵⁴⁶. (grifo do autor; grifo nosso).

Portanto, a partir da análise das especificidades culturais do povo Guarani, sobretudo, da análise desta perspectiva voltada para o futuro⁵⁴⁷, tendo em vista que a mobilidade Guarani remete à ideia deste incessante caminhar – especialmente em direção à terra sem mal –, o conceito de terras tradicionais não pode apenas referir-se a terras que sejam ocupadas em caráter permanente, sob pena de se sacrificar o reconhecimento das terras Guarani e a consequente preservação dessa cultura.

O povo Kaingang também mantém uma mobilidade tradicional, que faz com que o número de famílias seja variável em cada terra indígena, o que não as descaracteriza. Os grupos de Kaingang deslocam-se pelo seu grande território– formado pelas terras indígenas Kaingang e pelos seus arredores –, indo e retornando de outros aldeamentos indígenas⁵⁴⁸. Segundo Laroque e Silva:

Os indígenas deslocam-se de um lugar a outro por diversos motivos: para visitar seus parentes, buscar materiais para feitura do artesanato, para buscar alimentos em aldeamentos próximos, participar de reuniões, por motivos de desentendimentos entre eles, para vender seus artesanatos em outras cidades, dentre outros. A mobilidade sempre fez parte da lógica Kaingang ao longo dos tempos⁵⁴⁹.

O amplo território Kaingang também forma, portanto, uma ampla rede de sociabilidade, que permite a este povo preservar suas tradições. Outra questão importante quanto à mobilidade territorial Kaingang é referente ao ciclo dos pinheiros brasileiros ou araucárias, uma vez que, nas épocas de inverno, grupos de Kaingang deslocam-se às regiões

⁵⁴⁶ PRADELLA, Luiz Gustavo Souza; LEWKOWICZ, Rita. Algumas ideias equivocadas sobre povos indígenas e suas terras. In: RIO GRANDE DO SUL. Assembleia legislativa. **Coletivos Guarani no Rio Grande do Sul: territorialidade, interetnicidade, sobreposições e direitos específicos**. Porto Alegre: Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, 2012. p. 86.

⁵⁴⁷ Nas palavras de Kunkel: “A tradição para o guarani não é tanto o passado, mas é o presente e a perspectiva de construção para o futuro da identidade guarani, do ethos guarani, do ser guarani, da cultura guarani. A cultura não é tanto do passado, é importante como os velhos viveram e tal, eles tem toda a lógica da tradição, mas a terra onde viveu o grupo se projeta na perspectiva do futuro”. Informação obtida em entrevista com o Senhor Ignácio Kunkel, da SDR, Porto Alegre, RS, no dia 18 de dezembro de 2012.

⁵⁴⁸ SILVA, Juciane Beatriz Sehn da; LAROQUE, Luís Fernando da Silva. A história dos Kaingang da Terra Indígena Linha Glória, Estrela, Rio Grande do Sul/Brasil: Sentidos de sua (re)territorialidade. **Soc. & Nat.**, Uberlândia, ano 24 n. 3, p. 444, set/dez. 2012 Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/sociedadennatureza/article/view/15008/pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

⁵⁴⁹ Ibid., p. 444.

de planalto ou serra e subsistem do pinhão, da caça e de outros produtos provenientes do mato e “[...] no verão cruzam as encostas das serras rumo ao litoral ou regiões de grandes rios, como é o caso das que foram sobrepostas às cidades de São Leopoldo, Porto Alegre e Osório”⁵⁵⁰. A territorialidade Kaingang, portanto, também está envolvida por esse caminhar e, por isso, é necessário que o conceito de terra tradicional não se restrinja à ideia de que a terra indígena necessita ser um local de ocupação permanente dos índios – de ocupação exclusiva sim, mas não necessariamente permanente.

A proteção dos direitos territoriais indígenas requer, portanto, a afirmação de uma sociedade pluralista e fraterna, na qual “[...] o outro seja reconhecido como outro. O primeiro momento será reconhecer a desigualdade dos desiguais, e a partir daí possibilitar o reconhecimento pleno já não do desigual senão do distinto portador da justiça enquanto outro”⁵⁵¹. Por meio do reconhecimento do indígena como distinto portador da justiça enquanto outro, a sociedade brasileira avançará em direção ao efetivo respeito à diversidade étnico-cultural dos povos indígenas. Ainda que aos indígenas sejam garantidos direitos que assegurem o reconhecimento de suas culturas, modos de ser e viver e de suas terras tradicionais, este reconhecimento não pode operar de forma homogênea, como se as diferentes etnias não possuíssem especificidades culturais próprias. No tocante aos direitos territoriais dos povos indígenas que vivem no Estado do Rio Grande do Sul esta questão restou nítida, pois estes povos possuem especificidades territoriais que os distinguem de outras etnias.

⁵⁵⁰ JAENICH, Damiana Bregalda. **A arte kaingang da produção de objetos, corpos e pessoas**: imagens de relações nos territórios das Bacias do Lagoa Guaíba e Rio dos Sinos. 2010. 108 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Programa de Pós-Graduação e Antropologia Social, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=000753800&loc=2010&l=ea5c73980d38876c>>. Acesso em: 08 jan. 2012.

⁵⁵¹ TORRE RANGEL, Jesus Antonio de la. **El derecho a tener derechos**: ensayos sobre lós derechos humanos em México. Aguascalientes: CIEMA, 1998. p. 47.

5 CONCLUSÃO

Através da presente dissertação pode-se observar que o processo de conquista e colonização ocorrido na América Latina submeteu os povos indígenas ao contato com uma nova sociedade – ocidental, eurocêntrica – que operou mudanças nos modos de *ser* e de *viver* indígenas. Espoliados de seus territórios e dos recursos naturais existentes nestes lugares, os povos nativos tornaram-se invisíveis para a nova civilização. Esta invisibilidade subsiste até os dias atuais, quando aos indígenas são negados seus direitos mais essenciais, como é o caso do reconhecimento as suas terras tradicionais, o que pode-se levar a concluir que novos parâmetros precisam ser formulados e avaliados.

A problemática desta dissertação consistiu em analisar de que modo o ordenamento jurídico brasileiro reconhece que a garantia dos direitos indígenas à posse das terras tradicionais serve para a preservação das culturas e dos modos de *ser* e de *viver* indígenas. Para tanto, partindo-se do pressuposto de que a preservação das culturas indígenas depende da proteção das terras tradicionais, objetivou-se estudar a (re)construção, a evolução, as perspectivas e os desafios dos direitos territoriais indígenas no cenário jurídico brasileiro através dos aportes do Direito Fraternal e do Pluralismo Jurídico. Mas para a compreensão da questão territorial no Brasil, fez-se necessária, inicialmente, a contextualização do modo como os povos indígenas foram despossuídos dos seus territórios de origem e submetidos à condição de seres inferiores no quadro geral da América Latina.

A espoliação e a inferiorização a que foram submetidos os povos indígenas da América Latina decorreram da conformação da outra faceta da Modernidade, não daquela face europeia, fruto do Iluminismo e das lutas burguesas, mas da sua face mais obscura, que lançou as bases para o desenvolvimento europeu e para a posterior Modernidade europeia: a conquista e a colonização na América Latina.

O processo de conquista e colonização das terras latino-americanas, que acarretou na exploração dos frutos desta terra e na subalternização dos seus filhos, fez emergir a organização colonial do mundo e a Modernidade. Esta face da Modernidade constituiu-se, basilamente, a partir da diferenciação entre os povos: os conquistadores europeus e os conquistados, os outros. Assim, a identidade racial surgiu como mecanismo para outorgar legitimidade às relações de dominação infligidas pela conquista e para dividir o mundo entre os europeus – ou ocidentais – e os outros – as demais culturas.

Portanto, a invasão europeia das terras dos povos indígenas latino-americanos e a identificação do europeu com a ideia de uma raça superior implicaram a universalização dos conceitos, dos modos de ser e de viver europeus e a progressiva supressão das tradições e dos modos de vida dos povos indígenas. Entre os impactos originados pelo advento da Modernidade sobre o modo de *ser* e de *viver* indígenas, o afastamento da terra originalmente ocupada parece configurar-se como a maior fonte de ruína destes povos, que despossuídos de seus territórios de origem, não encontram elementos suficientes para restabelecer suas identidades étnicas e culturais.

Em razão do simbolismo que a terra representa para os indígenas, partindo-se do estudo das legislações e constituições brasileiras promulgadas desde o período colonial, constatou-se que os direitos territoriais indígenas são marcados por avanços e retrocessos no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda que desde a época do Brasil Colônia tenham sido promulgadas leis que prevejam os direitos originários dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, apenas com a elaboração da Constituição Federal brasileira de 1988 houve uma mudança na relação da sociedade brasileira com os povos indígenas, que rompeu com a postura de integração e assimilação. O texto constitucional, promulgado no final da década de 80, portanto, marcou o processo de redemocratização da sociedade brasileira e delineou os novos direitos territoriais dos povos indígenas.

Note-se que, desde a Carta Régia de 1596, os índios têm direito à terra e na terra, logo, como destacado no decorrer desta pesquisa, não foi a falta de *lei* que engendrou a situação atual das terras indígenas, pois legislações sobre o tema sempre existiram. Contudo, há que se reconhecer que uma mudança significativa somente ocorreu com o atual processo de redemocratização do Brasil, que teve como marco a Constituição de 1988.

Portanto, os direitos territoriais indígenas não representam direitos novos na ordem jurídica brasileira, acontece que estes direitos submeteram-se a profundas transformações desde o advento da Carta Constitucional de 1988, por isso, é correto afirmar-se que os direitos territoriais indígenas vestem a roupagem de novos direitos a partir do pós-88. A nova ordem constitucional atribuiu uma nova coloração aos direitos territoriais indígenas, pois instituiu uma democracia preocupada com o bem-estar e com o desenvolvimento dos povos indígenas, uma vez que reconheceu serem eles os habitantes originais das terras brasileiras e, conjuntamente, reconheceu o respeito à diversidade étnica e cultural destes povos.

Novos parâmetros para a relação da sociedade brasileira civilizada com os povos indígenas foram apresentados neste novo contexto de redemocratização, tendo em vista

que houve o rompimento com as perspectivas de assimilação e de integração dos indígenas, que, nos contextos constitucionais anteriores, eram vistos como sujeitos aculturados a serem incorporados aos modos de vida civilizados. O respeito à diversidade étnica e cultural dos povos indígenas foi consagrado no Art. 231 desta nova ordem constitucional, que, expressamente previu que são reconhecidos aos indígenas “[...] sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam [...]”⁵⁵², portanto, aos indígenas foi garantido o direito de terem asseguradas as suas diferenças culturais.

O respeito à diversidade étnica e cultural dos povos indígenas ou, em outros termos, o direito à diferença cultural permeia, necessariamente, a análise dos novos direitos territoriais indígenas, pois é através da garantia dos direitos à posse das suas terras tradicionais – por meio do reconhecimento e da demarcação destas terras – que são preservados as culturas e os modos de *ser* e de *viver* indígenas.

Uma vez que a terra é concebida pelos povos indígenas a partir de outra perspectiva, que não aquela civilizada, forjada no marco do eurocentrismo moderno, o respeito a esta diversidade associa-se diretamente à possibilidade de compreensão do que seja uma terra tradicional para estes povos.

Assim, nesta dissertação houve a preocupação em tentar demonstrar que a concepção indígena de terra e território supera a concepção civilista, privada, entranhada no ordenamento jurídico brasileiro e forjada de acordo com a matriz do pensamento eurocêntrico, ocidental. Talvez este tenha sido o maior desafio no presente trabalho, uma vez que, a partir dos olhos de um observador formado nos bancos jurídicos, tentou-se transpor as fronteiras do pensamento jurídico, através, sobretudo, de subsídios da antropologia – mas também da sociologia, da filosofia e da história –, para se compreender em que medida a previsão constitucional do texto magno de 1988 sobre o reconhecimento das terras tradicionais indígenas assegura, efetivamente, direitos territoriais a estes povos e, conseqüentemente, direito à diversidade cultural.

Embora a Constituição Federal de 1988 tenha estabelecido os novos direitos territoriais indígenas, pois se arvorou na defesa da diversidade étnica e cultural dos indígenas, através do reconhecimento dos modos de vida dos povos indígenas e do

⁵⁵² Art. 231. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 ago. 2012.

respeito aos direitos territoriais destes povos, no decorrer desta dissertação se constatou que os direitos territoriais indígenas esbarram em muitos obstáculos.

O novo quadro constitucional apresenta paradoxalidades, especialmente em relação à concepção de território indígena, tratando apenas do direito à terra. O conceito de terra, que conforma a delimitação de fronteiras e de propriedades privadas, decorrente de um processo político-jurídico não faz parte dos modos de *ser* e de *viver* indígenas. Os diferentes povos indígenas identificam-se com a terra de um modo que vai além da lógica privatista, eurocêntrica, que se traduz na ideia de territorialidade. Para os indígenas, a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual que deve poder ser usufruído plenamente, a fim de que estes povos possam preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras.

Todavia, diante desta invisibilidade do Texto Magno a respeito dos territórios, a luta indígena consiste na luta pela terra, que apenas é parte integrante do território indígena, mas não constitui a sua integralidade. No Estado do RS, algumas iniciativas tentam superar esta dificuldade. Além da tentativa de reconhecimento e demarcação de terras indígenas tradicionais em locais estratégicos, que de uma forma ou outra, são capazes de abranger a totalidade dos territórios destes povos, o Governo do Estado busca a aquisição de duas ou três áreas indígenas Guarani de grandes dimensões, que permitam a organização de aldeias tradicionais e viabilizem na plenitude o *ethos* cultural da etnia⁵⁵³.

O desrespeito às diferentes cosmovisões indígenas de terra também implica empecilhos à realização dos direitos territoriais indígenas e à preservação das culturas. A diversidade étnica e cultural existente em solo brasileiro faz com que cada etnia possua suas especificidades culturais, que necessitam ser consideradas quando da análise dos requisitos necessários para a identificação de uma terra tradicional indígena. No caso dos Guarani e dos Kaingang, o processo histórico de espoliação sofrido por estes grupos e o constante caminhar destes povos (mobilidade), são características culturais que muitas vezes são incompreendidas, o que resulta no não reconhecimento de terras tradicionais ou na judicialização de procedimentos demarcatórios.

Logo, em que pese a Constituição Federal de 1988 tenha inovado em relação às constituições anteriores no tema dos direitos territoriais indígenas, as rupturas realizadas pela nova ordem constitucional não tiveram o condão de romper com uma perspectiva

⁵⁵³ KUNKEL, Ignácio. Guarani RS: território em construção. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. **Povos indígenas no Brasil 2006-2010**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011. p. 726.

eurocêntrica de terra, que continua a engendrar demarcações de terra aos moldes cerrados da propriedade privada – o que é ineficaz para os indígenas – ou a obstaculizar demarcações devido ao isolamento cognitivo para as percepções de mundo dos indígenas.

Portanto, o tema atinente aos direitos territoriais indígenas reveste-se de imensa complexidade e, por isso, requer novos estudos, especialmente quanto ao texto constitucional que, de forma paradoxal, nada prevê em relação a um assunto tão caro aos povos indígenas: os seus territórios. Esta invisibilidade presente na nova ordem constitucional alimenta procedimentos demarcatórios morosos, incoerentes, e muitas vezes ineficazes, pois incapazes de resguardar a preservação das tradições, dos costumes, das especificidades culturais e dos modos de vida das distintas etnias. Este hiato constitucional demonstra que a Constituição Federal de 1988, apesar de ter sido um marco na defesa da causa indígena, pois procedeu – teoricamente – ao rompimento com uma postura de integração e ao delineamento dos novos direitos territoriais indígenas, carrega em seu bojo avanços, mas também retrocessos.

A questão territorial indígena e as suas implicações na preservação das diferentes culturas vai além do reconhecimento e da demarcação de terras tradicionais. Para os povos indígenas, a terra sempre existiu e sempre irá existir, enquanto que os homens que nela habitam são seres transitórios, que a ocupam por um curto espaço de tempo. Assim, a terra não pode ser algo apropriável, sendo que as apropriações terrenas não são capazes de abalar a ligação maior que estes povos possuem com a terra e com os seus territórios.

Reconhece-se que esta dissertação, que tratou da evolução e da (re)construção dos direitos territoriais indígenas no Brasil, desde o início da colonização, quando houve a espoliação dos territórios indígenas, até a reparação – ou a não reparação – destes direitos nos dias atuais, ateu-se a um problema específico, porém, ainda há muito a ser debatido sobre este tema, em razão da grandeza da herança cultural indígena que manifesta-se em várias áreas. Os direitos territoriais indígenas configuram-se como novos direitos na ordem constitucional pós-88, que marcou mudanças significativas em relação às ordens constitucionais anteriores, contudo, este ainda é um tema incipiente e muitos contrassensos ainda permeiam o debate em torno destes direitos.

REFERÊNCIAS

ALLGAYER, Eni. **Escravidão, negros e índios**: realidade, histórias e mitos. Porto Alegre: Rígel, 2005.

ARAÚJO, Ana Valéria (Org.). **Povos indígenas e a lei dos “brancos”**: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. (Via dos Saberes, n. 3).

_____. Terras Indígenas no Brasil: retrospectiva, avanços e desafios do processo de reconhecimento. In: RICARDO, Fany (Org.). **Terras indígenas & unidades de conservação da natureza**: o desafio das sobreposições. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p. 26-36.

ARNAUD, André-Jean et al. **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Tradução de Patrice Charles e F. X. Willaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASSOCIAÇÃO RIOGRANDENSE DE EMPREENDIMENTOS DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA E EXTENSÃO RURAL - EMATER-RS; SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO RURAL, PESCA E COOPERATIVISMO - SDR. **Plano de Trabalho**. Projetos de Segurança Alimentar para Comunidades Indígenas/RS-2012. Porto Alegre, 2012.

BARBOSA, Marco Antonio. **Autodeterminação**: direito à diferença. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001.

_____. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade: Fapesp, 2001.

BASTOS, Aurélio Wander. As terras indígenas no direito constitucional e na jurisprudência brasileira. In: SANTOS, Silvio Coelho dos (Org.). **Sociedades indígenas e o direito**: uma questão de direitos humanos. Florianópolis: Ed. UFSC/CNPq, 1985. p. 85-98.

BECKER, Ítala Basile. O que sobrou dos índios pré-históricos do Rio Grande do Sul. **Arqueologia do Rio Grande do Sul**, São Leopoldo, n. 5, 2. ed. 2006.

_____. **Os índios Charrua e Minuano na antiga banda oriental do Uruguai**. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2002.

BELTRÃO, Jane Felipe; OLIVEIRA, Assis; OLIVEIRA, Leon. Outras faces do ser indígena: entre pertencimentos e exclusões. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 9-41, jun./dez. 2009. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/10777>>. Acesso em: 27 dez. 2011.

_____. **Diversidade cultural ou conversas a propósito do Brasil plural**. Texto lido na Aula Magna proferida por Jane Beltrão sobre o tema Conviver com a diversidade para construir uma nova universidade, por ocasião da abertura do ano letivo da Universidade Federal do Pará (UFPA), em 3 de março de 2008. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/edh/redh/03/03_jane_diversidade_cultural.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2011.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. A contribuição do pensamento de Felipe Guaman Poma de Ayala para repensar o discurso hegemônico dos direitos humanos. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; CASSEL, Douglass (Org.). **A realização e a proteção internacional dos direitos humanos fundamentais**: desafios do século XXI. Joaçaba: Ed. UNOESC, 2011. p. 585-600.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 ago. 2012.

_____. **Decreto 1.775, de 8 de janeiro de 1996**. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm>. Acesso em: 5 jan. 2013.

_____. **Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967**. Que autoriza a instituição da "Fundação Nacional do Índio" e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L5371.htm>. Acesso em: 15 out. 2012.

_____. Ministério da Justiça. FUNAI. **Mapas**. Disponível em: <<http://mapas.funai.gov.br/>>. Acesso em: 10 de jan. 2013.

_____. Ministério da Justiça. FUNAI. **Memória de reunião**. Disponível em: <<http://www.arpinsul.org.br/imagens/downloads/c4ca4238a0b923820dcc509a6f75849b.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

_____. Ministério da Justiça. **Portaria nº 14, de 09 de janeiro de 1996**. Estabelece regras sobre a elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e delimitação de Terras Indígenas a que se refere o parágrafo 6º do artigo 2º, do Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.unai.gov.br/quem/legislacao/pdf/Portaria_MJ_n14_de_09_01_1996.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Agravo de Instrumento nº 5007925-27.2011.404.0000/RS**. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT; América Latina Logística S.A. – ALL; Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT; Rio Grande Energia S/A – RGE. Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. Porto Alegre, 27 de julho de 2011. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4359673&termosPesquisados=divisa|indigenas>. Acesso em: 15 out. 2012.

_____. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Agravo de Instrumento nº 5011893-65.2011.404.0000/RS**. Agravante: Fundação Nacional do Índio - FUNAI. Agravado: Valdir Tartari. Relator: Fernando Quadros da Silva. Porto Alegre, 14 de março de 2012. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4811607&termosPesquisados=divisa|indigenas>. Acesso em: 03 out. 2012.

_____. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Agravo de Instrumento nº 0007608-51.2010.404.0000/RS**. Agravante: Fundação Nacional do Índio – FUNAI. Agravado: Irineu Suzano e outros. Relator: Loraci Flores de Lima. Porto Alegre, 05 de junho de 2012. Disponível em: <<http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/>>

inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4991960&termosPesquisados=terras%20indigenas>. Acesso em: 11 set. 2012.

_____. Tribunal Regional Federal (4. Região). **Apelação Cível n. 5003374-32.2011.404.7104/RS**. Apelante: Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT; Fundação Nacional do Índio – FUNAI; Ministério Público Federal. Apelado: Acampamento Caigangue; Dorvalino Kogja Joaquim; Getúlio Daniel; os mesmos Relator: João Pedro Gebran Neto. Porto Alegre, 21 de agosto de 2012. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5293114&termosPesquisados=terras%20indigenas>. Acesso em: 20 set. 2012.

_____. Tribunal Regional Federal. (4. Região). **Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela nº 5020813-91.2012.404.0000/RS**. Autor: Estado do Rio Grande do Sul. Réu Comissão de Agricultores Residentes na Area Litigiosa; Ministério Público Federal Relator: Marga Inge Barth Tessler. Porto Alegre, 11 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5560187&termosPesquisados=terras%20indigenas>. Acesso em: 3 out. 2012.

CALDEIRA, Carla. **Bula Inter Coetera**. Disponível em: <<http://www.historia-brasileira.com/brasil-pre-colonial/bula-inter-coetera/>> Acesso em: 03 jan. 2012.

CAMACHO, Emilio. **Lecciones de derecho constitucional**. Asunción: Intercontinental, 2007. t. 2.

CAROZZA, Paolo G. From conquest to Constitutions: Retrivieng a Latin American Tradition of the idea of human rights. **Human Rights. Quaterly**, Baltimore/USA, may, n. 25, p. 281-313, 2003.

CHEUICHE, Alcy. **Sepé Tiaraju**: romance dos sete povos das missões. 6. ed. Porto Alegre:AGE, 2004.

CLASTRES. Hélène. **Terra sem mal**. Tradução Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Brasiliense, 1978.

COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO DE SÃO PAULO. **Situação fundiária terra indígenas RS**. Disponível em: <[http://www.cpisp.org.br/indios/upload/editor/files/Tabela%20Pronta%20RS%20-%2028_05_2012%20\(Lucia\).pdf](http://www.cpisp.org.br/indios/upload/editor/files/Tabela%20Pronta%20RS%20-%2028_05_2012%20(Lucia).pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2013

_____. **Terras Guarani**: Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.cpisp.org.br/indios/html/uf.aspx?ID=RS>>. Acesso em: 10 jan. 2013

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO – CIMI. CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL - CNBB. A justiça do homem branco não é cega. **Sem Fronteiras**, Taboão da Serra, n. 239, abr. 1996.

CORONIL, Fernando. Natureza do pós-colonialismo: do eurocentrismo ao globocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 105-132. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Dussel.rtf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **Legislação indigenista no século XIX**: uma compilação: 1808-1889. São Paulo: Edusp: Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1992.

_____. **Os direitos do índio**: ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987.

_____. Política Indigenista no Século XIX. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 133-154.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Direitos sobre terras indígenas. In: DALLARI, Dalmo de Abreu; CUNHA, Manuela Carneiro da; VIDAL, Lux. **A questão da terra**. São Paulo: Global, 1981. p. 45-47. (Cadernos da Comissão Pró-Índio, n. 2).

DUPRAT, Deborah. Demarcação de terras indígenas: o papel do judiciário. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. **Povos indígenas no Brasil 2001/2005**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006. p. 172-175.

_____. **Terras indígenas e o judiciário**. Brasília, DF, [2011?]. Disponível em: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/terras_indigenas_e_o_judiciario.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2011. Texto postado no site da Procuradoria Geral da República.

DUSSEL, Enrique. **1492**: o encobrimento do outro (A origem do “mito da Modernidade”): Conferências de Frankfurt. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. **Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão**. Trad. Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

_____. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 55-70. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Dussel.rtf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

ELIADE, Mircea. **Mito e realidade**. Tradução Polla Civelli. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2007.

ENGELMANN, Wilson. Da fundamentação à proteção dos direitos humanos: a tradição e a linguagem como condição de possibilidade para a sua perspectiva universal e multicultural. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de; BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em direito da Unisinos: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado: São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 71-88.

ENRIZ, Noelia. Perspectivas infantiles sobre la territorialidad. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 42-58, jun./dez. 2009. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/10883>>. Acesso em: 19 dez. 2011.

FIGUEIREDO, Cláudio. **História e cultura dos povos indígenas no Brasil**. São Paulo: Balsa Planeta Internacional, 2009.

FUNAI. BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria nº 14, de 09 de janeiro de 1996**. Estabelece regras sobre a elaboração do Relatório circunstanciado de identificação e

delimitação de Terras Indígenas a que se refere o parágrafo 6º do artigo 2º, do Decreto nº 1.775, de 08 de janeiro de 1996. Disponível em: <http://www.unai.gov.br/quem/legislacao/pdf/Portaria_MJ_n14_de_09_01_1996.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2013.

GADAMER, Hans-Georg. **Mito y razón**. Traducción de José Francisco Zúñiga García. 1. ed. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997.

_____. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

GALLOIS, Dominique Tilkin. Terras ocupadas? Territórios? Territorialidades? In: RICARDO, Fany (Org.). **Terras indígenas & unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p. 37-41.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Ed. UNESP, 1991.

HEURICH, Guilherme Orlandini. O primado da relação: aliança, diferença e movimento nas perspectivas indígenas. In: NÚCLEO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA OS POVOS INDÍGENAS. **Povos indígenas na Bacia Hidrográfica do Lago Guaíba, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil**. Porto Alegre: Prefeitura Municipal, 2008. p. 79-91.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Censo Demográfico 2010**: características gerais do indígenas: resultado do universo. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_dos_Indigenas/pdf/Publicacao_completa.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2012.

JAENICH, Damiana Bregalda. **A arte kaingang da produção de objetos, corpos e pessoas**: imagens de relações nos territórios das Bacias do Lagoa Guaíba e Rio dos Sinos. 2010. 178 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Programa de Pós-Graduação e Antropologia Social, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.ufrgs.br/da.php?nrb=000753800&loc=2010&l=ea5c73980d38876c>>. Acesso em: 08 jan. 2012.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

KUNKEL, Ignacio. **Estudo de caso**: índios Inhacapetum. Porto Alegre: RS RURAL: SAA-RS, dez. 2005.

_____. **Projetos “segurança alimentar indígena”**: Período 2007/2008: Convênios: ASCAR-EMATER e FIDENE. Porto Alegre: RS RURAL: SEAPPA-RS, 15 dez. 2008.

_____. Guarani RS: território em construção. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. **Povos indígenas no Brasil 2006-2010**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2011. p. 725-727.

LACERDA, Rosane Freire. **Diferença não é incapacidade**: gênese e trajetória histórica da concepção da incapacidade indígena e sua insustentabilidade nos marcos do protagonismo dos povos indígenas e do texto constitucional de 1988. 2007. 218 f. (Dissertação de mestrado) – Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

LANDER, Edgardo. Ciências sociais: saberes coloniais e eurocêntricos. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 27. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Dussel.rtf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

LEITÃO, Raimundo Sergio Barros. Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento de terra indígena - a declaração em juízo. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 65-80.

LIEBGOTT, Roberto Antonio. Os direitos indígenas na Constituição Federal do Brasil. In: RIO GRANDE DO SUL. Assembleia legislativa. **Coletivos Guarani no Rio Grande do Sul: territorialidade, interetnicidade, sobreposições e direitos específicos**. Porto Alegre: Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, 2012. p. 11-18.

_____. Os Guarani e a luta pela terra. In: RIO GRANDE DO SUL. Assembleia legislativa. **Coletivos Guarani no Rio Grande do Sul: territorialidade, interetnicidade, sobreposições e direitos específicos**. Porto Alegre: Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, 2012. p. 05-10.

LIMA, Antônio Carlos de Souza. O governo dos índios sob a gestão do SPI. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992. p. 155-172.

LITAIFF, Aldo. “Sem tekoa não há teko – sem terra não há cultura”: estudo e desenvolvimento autosustentável de comunidades indígenas guarani. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 115-123, jun./dez. 2008. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/6001>>. Acesso em: 22 dez. 2011.

_____. O “kesuita” guarani: mitologia e territorialidade. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 142-160, jun./dez. 2009. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/11707>>. Acesso em: 19 dez. 2011.

LOBO, Luiz Felipe Bruno. **Direito indigenista brasileiro: subsídios à sua doutrina**. São Paulo: LTr, 1996.

LOPES, Aline Luciane; CORRÊA, Darcísio. O multiculturalismo e os direitos fundamentais dos povos indígenas: a luta pela igualdade no Brasil da intolerância. **Rev. Ciên. Jur. e Soc. da Unipar**, Umuarama, v. 11, n. 2, p. 471-489, jul./dez. 2008.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. (Vias dos saberes, n. 1).

MACEDO, Valéria. Os males da terra. In: RICARDO, Fany (Org.). **Terras indígenas & unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p. 219-223.

MACKAY, Fergus. **Los derechos de los pueblos indígenas em el sistema internacional:** uma fuente instrumental para las organizaciones indígenas. Lima: Asociación Pro Derechos Humanos – Aprodeh: Federación Internacional de Derechos Humanos – Fidh, 1999.

MADEIRA, Rosemary Modernel. Ser Guarani, ser ambiente. In: SILVA, Gilberto Ferreira da; PENNA, Rejane; CARNEIRO, Luiz Carlos da Cunha (Org.). **RS índio:** cartografias sobre a produção do conhecimento. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009. p. 211-226.

MÈLICH, Joan-Carles. Prólogo. In: GADAMER, Hans-Georg. **Mito y razón.** Traducción de José Francisco Zúñiga García. 1. ed. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997.

MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brazil:** seus direitos individuaes e politicos. São Paulo: Typ. Hennies Irmãos, 1912.

MIGNOLO, Walter. **Desobediencia epistémica:** retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad. Buenos Aires: Ediciones del Siglo, 2010.

_____. **Modernity and decoloniality.** Oxford, [2012?]. Disponível em: <<http://www.oxfordbibliographiesonline.com/view/document/obo-9780199766581/obo-9780199766581-0017.xml>>. Acesso em: 09 maio 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro: Guanabara, 1937. t. 2.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro: Guanabara, 1946. t. 4.

MONTEIRO, John Manuel. Os Guarani e a história do Brasil meridional: séculos XVI-XVII. In: CUNHA, Manuela Carneiro de (Org.). **História dos índios no Brasil.** 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 475-498.

MUZZAFAR, Chandra. From human rights to human dignity. In: NESS, Peter van. **Debating human rights:** critical essays from the United States and Asia. London: Routledge, 1999.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial.** 1965. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_int Eliminacao_disc_racial.htm>. Acesso em: 20 nov. 2012.

_____. **Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas.** Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2012.

_____. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 5 set. 2009.

_____. Assembleia Geral. **Pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais.** 1966. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm>. Acesso em: 10 nov. 2012.

_____. Assembleia Geral. **Pacto internacional dos direitos civis e políticos**. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm> Acesso em: 15 nov. 2012.

_____. UNESCO. **Declaração Universal sobre a diversidade cultural**. 2002. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2012.

OLIVEIRA, João Pacheco de; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. **A presença indígena na formação do Brasil**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. (Vias dos saberes, n. 2).

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **MC 382/10 - Comunidades Indígenas da Bacia do Rio Xingu, Pará, Brasil**. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/medidas/2011.port.htm>>. Acesso em: 01 dez. 2012.

_____. **Convenção americana de direitos humanos** [Pacto San José da Costa Rica]. 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 12 dez. 2012.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador**. Sentencia de 27 de Junio de 2012. (Fondo e Reparaciones). p. 1-2. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp1.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2012.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay**. Sentencia de 24 de agosto de 2010. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2012.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay**. Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2012.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay**. Sentencia de 17 de junio de 2005. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2012.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua**. Sentencia de 31 de agosto de 2001. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2012.

_____. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Caso de la Comunidad Moiwana Vs. Surinam**. Sentencia de 15 de junio de 2005. (Excepciones Preliminares, Fondo, reparaciones y Costas). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2012.

_____. **Declaração americana dos direitos e deveres do homem**. 1948. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_dev_homem.pdf> Acesso em: 12 dez. 2012.

_____. **Projeto de declaração americana sobre os direitos dos povos indígenas**. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Projeto%20de%20Declaracao.htm>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

_____. **Protocolo adicional à convenção americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais** [Protocolo de San Salvador]. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm>. Acesso em: 12 dez. 2012.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. **Convenção nº 107 da OIT concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes**. 1957. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.gov.br/legislacao/legislacao-docs/convencoes-internacionais/conv_intern_02.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2012.

_____. Escritório Brasil. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT sobre povos indígenas tribais**. Brasília, DF, 2011. Disponível em: <http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/convencao%20169%20portugues_web_292.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2012.

OST, François. **O tempo do direito**. Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índio escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, Manuela Carneiro de (Org.). **História dos índios no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 115-132.

PIRES, Sérgio Luiz Fernandes. O aspecto jurídico da conquista da América pelos espanhóis e a inconformidade de Bartolomé de Las Casas. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Direito e justiça na América indígena: da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 55-73.

POMA DE AYALA, Felipe Guaman. **The first new chronicle and good government**. Translated by David Frye. Indianápolis: Cambridge: Hackett Publishing Company, 2006.

PRADELLA, Luiz Gustavo Souza; LEWKOWICZ, Rita. Algumas ideias equivocadas sobre povos indígenas e suas terras. In: RIO GRANDE DO SUL. Assembleia legislativa. **Coletivos Guarani no Rio Grande do Sul: territorialidade, interetnicidade, sobreposições e direitos específicos**. Porto Alegre: Comissão de Cidadania e Direitos Humanos, 2012. p. 77-93.

_____; SALDANHA, José Rodrigo. A presença kaingang no Morro do Osso entre diferentes perspectivas sócio-discursivas. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 2, n. 2, p. 52-82, jun./dez. 2008. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/Espaco_Amerindio/article/view/2658/4581>. Acesso em: 22 dez. 2011.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 227-278. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/pt/Dussel.rtf>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

RAMOS, Alcida Rita. **Os direitos do índio no Brasil: na encruzilhada da cidadania**. Brasília: UnB, 1991. (Antropologia, n. 116).

REDENTORA. Prefeitura Municipal; SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO RURAL, PESCA E COOPERATIVISMO - SDR. **Plano de Trabalho**. Projetos de Segurança Alimentar para Comunidades Indígenas da Guarita 2012. Redentora; Porto Alegre, 2012.

RELATÓRIO reafirma necessidade da soberania dos povos indígenas em seus territórios. **Informativo Jurídico da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão (índios e minorias)**, Brasília, DF, 1. ed., fev. 2011. Disponível em: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/informativo_juridico/docs_informativo_juridico/informe_03_03_2011>. Acesso em: 12 jan. 2012.

RESTA, Eligio. **O direito fraterno**. Trad. e coord. Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

_____. **Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

RIO GRANDE DO SUL. Assembleia Legislativa. Comissão de Cidadania e Direitos Humanos. **Relatório Azul**. Porto Alegre, 2011.

_____. Assembleia Legislativa. Comissão Especial para Discutir a Situação das Áreas Indígenas e Quilombolas no RS. **Relatório final**. Porto Alegre, set. 2012.

_____. Constituição (1989). **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, 3 de outubro de 1989**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/internet/interacao/constituicoes/constituicao_rs.pdf>. Acesso em: 3 out. 2012.

_____. **Lei n. 12.004, de 12 de novembro de 2003**. Dispõe sobre a criação do Conselho Estadual dos Povos Indígenas - CEPI - e dá outras providências. Disponível em: <<http://www3.al.rs.gov.br/FileRepository/repLegis/Arquivos/12.004.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2013.

_____. **Lei n. 13.601 de 1º de janeiro de 2011**. Dispõe sobre a estrutura administrativa do Poder Executivo do Estado do Rio Grande do Sul e dá outras providências. Disponível em: <http://www.spm.rs.gov.br/upload/20110512092358_lei_13.601_2011_spm_rs.pdf>. Acesso em: 5 jan. 2013.

_____. Programa de Apoio à Retomada do Desenvolvimento do Rio Grande do Sul - RS - PROREDES BIRD. Programa Swap do Rio Grande do Sul. **Marco dos povos indígenas do**

Rio Grande do Sul. jan. de 2012. Disponível em: <http://www.educacao.rs.gov.br/dados/proredes_marco_indigena_bird.pdf>. Acesso em: 12 dez 2012.

SÃO VALÉRIO DO SUL. Prefeitura Municipal; SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO RURAL, PESCA E COOPERATIVISMO - SDR. **Plano de Trabalho**. Projetos de Segurança Alimentar para Comunidades Indígenas da Guarita 2012. São Valério do Sul; Porto Alegre, 2012.

SARTRE, Jean-Paul. Prefácio. In: FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

SCHMITT, Carl. **El nomos de la tierra**: en el derecho de gentes del “jus publicum europaeum”. Traduzido por Dora Schilling Thon. Buenos Aires: Struhart & Cía, 2005.

SCOTTI, Ester. Câmara realiza ato de reconhecimento dos charruas. **Imprensa**: Câmara Municipal de Porto Alegre, 9 nov. 2007. Disponível em: <http://www2.camarapoa.rs.gov.br/default.php?reg=4886&p_secao=56&di=2007-11-09>. Acesso em: 12 jan. 2013.

SHIRAIISHI NETO, Joaquim (Org.). **Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil**: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional. Manaus: UEA, 2007.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Da “invasão” da América aos sistemas penais de hoje: o discurso da “inferioridade” latino-americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de historia do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 165-209.

_____. A repersonalização do direito civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. In: CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO. Congresso Nacional do CONPEDI, 16., Belo Horizonte, 2007. **Anais eletrônicos...** Belo Horizonte: CONPEDI, 2007. p. 2769-2789. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose_carlos_moreira_da_silva_filho.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2012.

_____. O direito dos índios às suas terras tradicionais. **Constituição & Democracia**, Brasília, DF, n. 12, p. 6-8, abr. 2007. Disponível em: <http://www.anpr.org.br/files/CeD_n12_publica.pdf>. Acesso em: 03 out. 2012.

SILVA, José Afonso da. Auto-aplicabilidade do artigo 198 da Constituição Federal. **Boletim da Comissão Pró-Índio de São Paulo**, São Paulo, ano 1, n. 3, 1984.

SILVA, José Afonso da. Terras Tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 45-50.

SILVA, Juciane Beatriz Sehn da; LAROQUE, Luís Fernando da Silva. A história dos Kaingang da Terra Indígena Linha Glória, Estrela, Rio Grande do Sul/Brasil: Sentidos de sua (re)territorialidade. **Soc. & Nat.**, Uberlândia, ano 24 n. 3, p. 435-448, set/dez. 2012. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/sociedadennatureza/article/view/15008/pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

SILVA, Sergio Baptista da et al. Coletivos indígenas em Porto Alegre e regiões limítrofes. In: GEHLEN, Ivaldo; SILVA, Marta Borba; SANTOS, Simone Ritta dos (Org.).

Diversidade e proteção social: estudos quanti-qualitativos das Populações de Porto Alegre: afro-brasileiros; crianças, adolescentes e adultos em situação de rua; coletivos indígenas; remanescentes de quilombos. Porto Alegre: Century, 2008. p. 111-166.

_____. Categorias sócio-cosmológico-identitárias indígenas recentes e processos de consolidação de novos sujeitos coletivos de direito: os *Charrua* e os *Xokleng* no Rio Grande do Sul. In: NÚCLEO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA OS POVOS INDÍGENAS. **Povos indígenas na Bacia Hidrográfica do Lago Guaíba, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil.** Porto Alegre: Prefeitura Municipal, 2008. p. 25-35.

_____. Sociocosmologias indígenas no espaço metropolitano de Porto Alegre. In: GEHLEN, Ivaldo; SILVA, Marta Borba; SANTOS, Simone Ritta dos (Org.). **Diversidade e proteção social:** estudos quanti-qualitativos das populações de Porto Alegre: afro-brasileiros; crianças, adolescentes e adultos em situação de rua; coletivos indígenas; remanescentes de quilombos. Porto Alegre: Century, 2008. p. 93-109.

SILVA, José Afonso da. **Comentários contextual à Constituição.** São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de (Coord.). Por uma concepção alargada de acesso à justiça. **Revista Jurídica**, Brasília, v. 10, n. 90, p. 01-14, abr./maio 2008. Ed. Esp. Disponível em: <http://gajop.org.br/justicacitada/wp-content/uploads/Por-uma-concepcao-alargada-de-Acesso-aa-Justica-JoseGeraldo_Rev90.pdf> Acesso em: 26 dez. 2013.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito.** Curitiba: Juruá, 1998.

SOUZA, Carmo Antonio de et al. **Território federal no direito brasileiro:** estudo comparativo dos Projeto de Lei 008/1947 e Decreto-Lei 411/1969. Disponível em: <<http://www3.ufpa.br/naea/siteNaea35/anais/html/geraCapa/FINAL/GT9-261-1208-20081125194314.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2013.

SOUZA, José Otávio Catafesto de. Mobilização indígena, direitos originários e cidadania tutelada no sul do país depois 1988. In: FONSECA, Claudia; TERTO JR, Veriano; ALVES, Caleb Farias (Org.). **Antropologia, diversidade e direitos humanos:** diálogos interdisciplinares. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2004. p. 185-197.

SOUZA, José Otávio Catafesto. Um salto do passado para o futuro: as comunidades indígenas e os direitos originários no Rio Grande do Sul. In: SILVA, Gilberto Ferreira da; PENNA, Rejane; CARNEIRO, Luiz Carlos da Cunha (Org.). **RS índio:** cartografias sobre a produção do conhecimento. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009. p. 270-284.

TAVARES, Ulisses. **De Curumim para filho de Caraíba.** [S.l., 2003]. Disponível em: <http://www.casadacultura.org/Literatura/Poesia/g01/decurumim_ulissestavares.html>. Acesso em: 11 jan. 2012.

TENENTE PORTELA. Prefeitura Municipal; SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO RURAL, PESCA E COOPERATIVISMO - SDR. **Plano de Trabalho.** Projetos de Segurança Alimentar para Comunidades Indígenas da Guarita 2012. Tenente Portela; Porto Alegre, 2012.

TODOROV, Tzvetan. **A conquista da América: a questão do outro**. Trad. Beatriz Perrone-Moisés. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

TORRE RANGEL, Jesus Antonio de La. **El derecho a tener derechos: ensayos sobre los derechos humanos em México**. Aguascalientes: CIEMA, 1998.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas consequências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris, 1993. p. 9-43.

TRATADO DE TORDESILHAS. **Ratificação do Tratado de Tordesilhas feito com D. João II, assinada por D. Isabel e D. Fernando, reis de Castela, Leão e Aragão, e por seu filho, o Príncipe D. João**. 02 jul. 1494. Localização: Arquivo Nacional Torre do Tombo. Disponível em: <<http://digitarq.dgarq.gov.pt/details?id=4186002>> Acesso em 03 de jan. 2013.

VIAL, Sandra Regina Maritini. Direito fraterno na sociedade cosmopolita. **Contribuciones desde Coatepec**, Toluca, México, n. 12, p. 123-138, enero/jun. 2007.

_____. **Propriedade da terra: análise sociojurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Sociedade complexa e o direito fraterno. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em direito da Unisinos: mestrado e doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 181-201.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu: a retórica do poder**. Trad. Beatriz Medina. São Paulo: Boitempo, 2007.

WARBRICK, Colin; MCGOLDRICK, Dominic. The use of force against Iraq. **International and Comparative Law Quarterly: Current Developments**, [S.l.], v. 52, July 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralidade jurídica na América luso-hispânica. In: WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Direito e justiça na América indígena: da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 75-93.

_____. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 9., 2010, Curitiba. **10 anos da Academia Brasileira de Direito Constitucional: contributo ao constitucionalismo**. Curitiba: ABDConst, 2010. p. 143-155. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2012.

_____. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

ZANIN, Nauíra Zanardo. Aspectos simbólico-culturais e continuidade das construções Mbyá-Garani. In: SILVA, Gilberto Ferreira da; PENNA, Rejane; CARNEIRO, Luiz Carlos da Cunha (Org.). **RS índio: cartografias sobre a produção do conhecimento**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2009. p. 179-193.