

ANTROPOLOGIA JURIDICA

CONTRIBUIÇÕES À ANTROPOLOGIA JURÍDICA

Homenagem à Professora Thais L. Colaço

ADRIANA BILLER APARICIO
ISABELLA CRISTINA LUNELLI
(Orgs)

**CONTRIBUIÇÕES À
ANTROPOLOGIA JURÍDICA:**
HOMENAGEM À PROFESSORA THAIS L. COLAÇO

APOLODORO VIRTUAL EDIÇÕES

Direção editorial: Evandro Oliveira de Brito (UNICENTRO/Brasil)

SÉRIE “TEORIAS DA JUSTIÇA”

Editor da série: Charles Feldhaus (UEL/Brasil)

Comitê Editorial

- Aline Medeiros Ramos (UQAM e UQTR/Canadá)
- Alexandre Lima (IFC/Brasil)
- Arthur Meucci (UFV/Brasil)
- Caroline Izidoro Marim (PUC-RS/Brasil)
- Charles Feldhaus (UEL/Brasil)
- Cleber Duarte Coelho (UFSC/Brasil)
- Elizia Cristina Ferreira (UNILAB/Brasil)
- Ernesto Maria Giusti (UNICENTRO/Brasil)
- Fernando Mauricio da Silva (FMP/Brasil)
- Flávio Miguel de Oliveira Zimmermann (UFFS/Brasil)
- Gilmar Evandro Szczepanik (UNICENTRO/Brasil)
- Gislene Vale dos Santos (UFBA/Brasil)
- Gilson Luís Voloski (UFFS/Brasil)
- Halina Macedo Leal (FSL-FURB/Brasil)
- Héctor Oscar Arrese Igor (CONICET/ Argentina)
- Jean Rodrigues Siqueira (UNIFAI/Brasil)
- Joedson Marcos Silva (UFMA/Brasil)
- Joelma Marques de Carvalho (UFC/Brasil)
- José Cláudio Morelli Matos (UDESC/Brasil)
- Leandro Marcelo Cisneros (UNIFEBE/Brasil)
- Lucio Lourenço Prado (UNESP/Brasil)
- Luís Felipe Bellintani Ribeiro (UFF/Brasil)
- Maicon Reus Engler (UFPR/Brasil)
- Marciano Adílio Spica (UNICENTRO/Brasil)
- Marília Mello Pisani (UFABC/Brasil)
- Paulo Roberto Monteiro de Araujo (Mackenzie/Brasil)
- Renato Duarte Fonseca (UFRGS/Brasil)
- Renzo Llorente (Saint Louis University/Espanha)
- Rogério Fabianne Saucedo Corrêa (UFPE/Brasil)
- Vanessa Furtado Fontana (UNIOESTE/Brasil)

ADRIANA BILLER APARICIO
ISABELLA CRISTINA LUNELLI
(ORGS.)

**CONTRIBUIÇÕES À
ANTROPOLOGIA JURÍDICA:**
HOMENAGEM À PROFESSORA THAIS L. COLAÇO

APOLODORO VIRTUAL EDIÇÕES
2022

APOLODORO VIRTUAL EDIÇÕES

Coordenadora Administrativa

Simone Gonçalves

Capa

Designer: Kauê Aparicio Watanabe

Foto: Retomando o Brasil de Isabella Cristina Lunelli (Brasília, 2022)

Revisão

Marina Corrêa de Almeida

Concepção da obra

Observatório de Justiça Ecológica (OJE/UFSC)

Grupo de Pesquisa Antropologia Jurídica - GPAJU (UFSC/CNPq)

Concepção da Série

Grupo de Pesquisa Teorias da Justiça - GPTJ (UEL/CNPq)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com o ISBD

C764c Contribuições à antropologia jurídica: homenagem à professora Thais L. Colaço / Organizadoras Adriana Biller Aparicio, Isabella Cristina Lunelli. - Guarapuava: Apolodoro Virtual Edições, 2022.
436 p.

ISBN: 978-65-88619-28-5 (Físico).

ISBN: 978-65-88619-29-2 (Digital).

1. Direito - Antropologia I. Aparicio; Adriana Biller (Org). II. Lunelli, Isabella Cristina (Org). III. Título.

CDD: 340

Marcio Carvalho Fernandes - Bibliotecário - CRB 9/1815

Atribuição: Uso Não-Comercial

Vedada a Criação de Obras Derivadas

APOLODORO VIRTUAL EDIÇÕES

editora@apolodorovirtual.com.br

www.apolodorovirtual.com.br

Este livro é uma homenagem à Profa. Dra. Thais Luzia Colaço, que com sólida formação humanista e interdisciplinar, teve coragem para romper com os dogmas do direito formal, em um universo extremamente homogeneizante e patriarcal.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	11
A (RE)INVENÇÃO DA ANTROPOLOGIA JURÍDICA NO BRASIL: uma análise sobre a inserção da antropologia nos cursos de direito Isabella Cristina Lunelli.....	19
MITO EVOLUCIONISTA: selvageria, barbárie, civilização e o racismo científico Antonio Guimarães Brito	53
REFLEXÕES SOBRE O PLURALISMO JURÍDICO E O DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL PELA PERSPECTIVA DA INTERCULTURALIDADE Monica Ovinski de Camargo Cortina.....	75
PLURALISMO JURÍDICO: delimitações do fato social entre a sociologia e a antropologia jurídica Lucas Machado Fagundes.....	105
ALTERIDADE, CULTURA E DIREITO: incertezas e desafios para as questões identitárias Raquel Fabiana Lopes Sparemberger Aline Luciane Lopes	159
PROCESSO DE ETNODEMOCRATIZAÇÃO: as (in)congruências entre as demandas e as proposições legislativas sobre “indígenas” (1988-2020) Antonio Armando Ulian do Lago Albuquerque	199
POVOS INDÍGENAS E DIREITO À CONSULTA PRÉVIA: caminhos para sua implementação pelo Ministério Público brasileiro Fernando da Silva Mattos	247

ANTROPOLOGIA JURÍDICA E OS CÍRCULOS DE PAZ NAS COMUNIDADES INDÍGENAS: uma alternativa na contribuição de administração de conflitos de forma restaurativa Marina Soares Vital Borges	285
DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS: ressignificando o Instituto do Indigenato a partir da cosmovisão Guarani Adriana Biller Aparicio	319
INVASORES DO SEU PRÓPRIO TERRITÓRIO: as estratégias de luta pela terra segundo os Tapeba e o judiciário brasileiro Luciana Nogueira Nóbrega	341
TERRAS INDÍGENAS E SEGURANÇA FUNDIÁRIA: por que demarcar? Juliana de Paula Batista	385
O DIREITO NA TERRA DOS KAINGANG E OS LADOS DE FORA DA LEI João Francisco Kleba Lisboa.....	403
AUTORAS E AUTORES QUE COLABORARAM COM ESSA OBRA	433

APRESENTAÇÃO

Familiarizações com a antropologia jurídica no sul do Brasil e estranhamentos com a obra

Por meio da Resolução n. 9 da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação (CES/CNE), de 2004, foram instituídas novas diretrizes curriculares nacionais para o curso de graduação em direito. Com sua publicação, determinou-se que os cursos de direito passassem a apresentar em sua grade curricular uma abordagem dos “[...] estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre antropologia” durante a formação de bacharéis em direito (art. 5º, I).

Essa mudança nos currículos, ao mesmo tempo em que impulsionava uma seleção de temas a serem ministrados em sala de aula, possibilitou uma nova linha de formação e capacitação de profissionais (docentes, pesquisadores etc.) para lidarem com a inclusão de conteúdos sobre a antropologia. Foi nesse contexto que a Professora Thais L. Colaço criou o Grupo de Pesquisa em Antropologia Jurídica (GPAJU), e passou a orientar uma gama de pesquisas voltadas a temas e metodologias relacionados com a antropologia jurídica, aglutinando um especializado grupo de pesquisadores e pesquisadoras viabilizando a construção de uma escola, sobretudo, na região sul do país. Entre os anos de 2007 a 2015, sob sua coordenação o GPAJU reuniu alunas e alunos de graduação e pós-graduação, pós-doutorandas e pós-doutorandos, pesquisadoras e pesquisadores da UFSC e visitantes, docentes e profissionais atuantes em várias carreiras jurídicas que desenvolveram diversos estudos com publicações relevantes na área.

Com a aposentadoria da Profa. Dra. Thais L. Colaço, em 2015, vimos como necessária a compilação em obra, na medida das possibilidades, de parte da produção elaborada a partir de

sua orientação ou supervisão. Um dos objetivos, portanto, desse livro é reunir resultados de pesquisas e estudos elaborados por pesquisadoras, pesquisadores, docentes, estudantes e profissionais das variadas carreiras jurídicas e radicados em várias regiões do Brasil, que tiveram em sua trajetória a vinculação ou relação com o GPAJU. Em comum, contribuíram com essa obra todas e todos aqueles que compartilharam desse espaço coletivo de estudo, reflexão, diálogo e produção de conhecimentos tão incipiente no Brasil, sob orientação ou supervisão da Professora Dr. Thais L. Colaço. Assim sendo, elencamos o objetivo mais formal desta obra, que é cristalizar em um produto cultural parte do rico material produzido sob inspiração do GPAJU. Paralelo a isso, vincula-se um outro objetivo, esse de viés mais afetivo, como indicado já no título da obra, que é prestar homenagem à nossa querida professora Dra. Thais L. Colaço.

Apresentar a professora Thais L. Colaço não é uma missão fácil. Isto porque para além de sua pioneira trajetória acadêmica, que inspirou muitos de nós, todos temos uma relação de amizade, aprendizados e emoções ao seu lado, com experiências e tempos distintos. É da convivência entre essas diferenças, momentos, desafios e inspirações, que surge esse livro, retratando em seus estudos cada fase e tempo que estimulou caminhos profissionais a todos nós.

Antes de apresentarmos essa obra propriamente, gostaríamos de abordar sua formação e atuação acadêmica para, concomitantemente tecermos nossas considerações sobre seu modo de ser, que tão fortemente nos marcou.

Thais L. Colaço é graduada em História (1983) e Mestre em História (1988) pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Sua dissertação de mestrado, com o título “O carnaval no desterro - século XIX”, espelha sua alma curiosa e apaixonada pelas questões culturais da Ilha de Santa Catarina. Com este olhar voltado às questões culturais que a envolvia e interessada por interdisciplinaridade, Thais L. Colaço também se graduou em Direito pela UFSC no ano de 1992. Imaginamos o

quanto não era desafiador, para uma então já professora de História da UFSC, ser ao mesmo tempo aluna da graduação em Direito na mesma Universidade! Sem deixar de relembrar a criação e coordenação no Departamento de História do Laboratório de História Indígena (LABIN). Seguindo os passos de uma pesquisadora que carregava ambas bagagens disciplinares, Thais L. Colaço percorreu os caminhos dos jesuítas no sul do Brasil, para realização de sua pesquisa no doutorado e pode desvelar o quanto era falsa a criação da narrativa de uma sociedade idílica para os Guarani nas missões colonizadoras. Com a tese intitulada “O direito Guarani pré-colonial e as missões jesuíticas: a questão da incapacidade indígena e da tutela religiosa”, sob orientação do professor Dr. Antonio Carlos Wolkmer, Thais L. Colaço, a partir de análises estabelecidas sobre documentos produzidos pelos religiosos a respeito dos indígenas, trouxe sua contribuição para compreensão da completa ausência de perspectiva de alteridade sob os direitos indígenas no período colonial. Em 2001, o curso de História perdia a professora, mas em compensação o curso de Direito da UFSC ganhou um grande diferencial, quando ela então passa a integrar seu quadro de docentes. Após ministrar a disciplina de história do direito, trazendo toda sua leitura diferenciada da nova historiografia para a crítica jurídica, com a Resolução n.º 9/2004 do CES/CNE, Thais L. Colaço mantém seu caráter inovador e se desafia à contribuir com o diálogo entre antropologia e direito no sul do país, integrando também a Comissão de Direitos Humanos da OAB no estado de Santa Catarina.

Criou, então, a disciplina de antropologia jurídica no direito da UFSC, agregando em torno de si uma gama de acadêmicos e acadêmicas preocupados com as questões sociais envolvendo os povos indígenas, quilombolas e minorias étnicas. Com a criação do GPAJU, Thais L. Colaço possibilitou, então, a formação e desenvolvimento da antropologia jurídica. Em 2012, ela parte à Espanha por um período em que desenvolveu seus

estudos pós-doutorais na Universidade de Sevilla, sob a supervisão do professor Dr. Bartolomé Clavero.

É importante destacar que a preocupação com o ensino jurídico sempre esteve presente em sua atuação, sendo parte da Comissão de Ensino do Direito da OAB/SC, do Comitê de Área do Direito da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) e membro da Comissão Assessora do Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (ENADE), na área do Direito do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), tendo diversas publicações na área de metodologia do ensino e da pesquisa em direito e foi titular da disciplina de metodologia do ensino por muitos anos no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Professora dos cursos de pós-graduação de História e Direito da UFSC, lecionou também no inovador curso de Licenciatura Intercultural Indígena do Sul da Mata Atlântica as disciplinas de Direitos Indígenas I e II, na mesma universidade. Thais L. Colaço também propiciou diálogos intensos com o México e outros países com o estabelecimento da *Red de Investigación en Desarrollo Rural, Desarrollo Regional, Pobreza y Pueblos Indígenas*, além de marcar presença em inúmeras outras redes, articulações, projetos e desafios.

Ao compilar os estudos produzidos por membros e colaboradores e colaboradoras do GPAJU, destacamos a relevância desta produção científica em vários campos da antropologia jurídica e por profissionais atuantes em várias carreiras jurídicas. Entre estranhamentos e familiarizações, essa produção científica desenvolvida sedimentou transformações na cultura jurídica brasileira, sendo grande a nossa satisfação em passar a apresentá-la aos nossos leitores e leitoras.

No primeiro capítulo, *A (re)invenção da antropologia Jurídica no Brasil: uma análise sobre a inserção da antropologia nos cursos de direito*, a pesquisadora Isabella Cristina Lunelli apresenta e atualiza os resultados parciais de sua pesquisa de doutorado que, dentre outros objetivos, discorreu sobre a inserção dos

conteúdos de antropologia nos projetos pedagógicos dos cursos de graduação em Direito em universidades públicas federais em território brasileiro. Considerando as sucessivas reformas curriculares, a autora propõe uma reflexão sobre a constituição da disciplina nos cursos de Direito, bem como os conteúdos encontrados, traçando os horizontes sobre os quais se (re)inventam a antropologia jurídica no Brasil.

Em capítulo seguinte, *Mito evolucionista: selvageria, barbárie, civilização e o racismo científico*, de Antonio Jose Guimarães Brito, apresenta o evolucionismo antropológico, marcado pelo caráter profundamente eurocêntrico de suas premissas e a finalidade política colonialista. Demonstra como as teorias evolucionistas influenciaram o pensamento em outros campos do conhecimento, mas em especial, nos modelos científicos que concluíam pela superioridade do homem branco europeu, submetendo os povos indígenas à visão de selvageria e/ou barbárie.

No terceiro capítulo, a autora Mônica Ovinski de Camargo Cortina aborda em *Reflexões sobre o pluralismo jurídico e o direito dos povos indígenas no Brasil pela perspectiva da interculturalidade* a relação entre o direito indígena e o direito estatal no Brasil buscando visibilizar os caminhos para o resgate e a inclusão desses direitos, e não apenas o mero “reconhecimento” de sua existência. Desta forma, aponta a necessidade construção de um novo projeto político de poder no Brasil, que nos moldes das constituições do Equador e da Bolívia, incluíam os povos indígenas, seus idiomas e seus direitos, tarefa que perpassa pela criação de estratégias de maior participação política desses povos.

Lucas Machado Fagundes contribui nessa obra com o capítulo *Pluralismo Jurídico: delimitações do fato social entre a Sociologia e a Antropologia Jurídica*. O autor, estudioso do tema do pluralismo jurídico, busca delinear os campos da Sociologia Jurídica e da Antropologia Jurídica, a partir da identificação do Direito como fenômeno social, operando desde a ótica de autores latino-americanos e sob a perspectiva do sujeito oprimido concreto.

Em *Alteridade, Cultura e Direito: incertezas e desafios para as questões identitárias*, as pesquisadoras e docentes Raquel Fabiana Lopes Sparemberger e Aline Luciane Lopes, a partir de categorias como alteridade, cultura e identidade tecem intensas reflexões sobre o processo de globalização e as consequências da pandemia sobre o direito. Nesse momento de fragilidade da vida humana, visualizando um caminho mais dialógico entre as culturas, as autoras traçam um debate sobre cidadania, minorias, democracia pautando uma mudança de paradigma na organização e abertura da esfera pública dos direitos.

Em capítulo intitulado *Processo de etnodemocratização: as (in)congruências entre as demandas e as proposições legislativas sobre “indígenas” (1988-2020)*, Antônio Armando Ulian do Lago Albuquerque desenvolve sua pesquisa na perspectiva da etnodemocratização subsidiando trabalhos que relacionem os espaços participativos e a representação eleitoral nas democracias contemporâneas, em especial no âmbito da diversidade cultural dos povos indígenas. Para tanto, o autor avalia, de forma qualitativa, a correlação entre as demandas indígenas configuradas na Conferência Nacional de Política Indigenista (CONPI) com o conteúdo das proposições legislativas na Câmara Federal no período de 1988 a 2020 de forma a evidenciar congruências e incongruências das medidas enunciadas, contribuindo para reverter a sub-representação política dos povos indígenas na conquista de autonomia em seus territórios.

Também dedicando a análise da ação estatal nas relações entre culturas distintas, Fernando da Silva Mattos aborda a atuação do Ministério Público na efetivação de direitos fundamentais das comunidades indígenas. Com o texto *Povos Indígenas e Direito à Consulta Prévia: caminhos para sua implementação pelo Ministério Público Brasileiro*, o autor deslinda os elementos que configuram a legitimidade da instituição estatal em questão a exigir dos poderes públicos a imediata observância do direito à consulta prévia, previsto na Convenção 169 da Organização

Internacional do Trabalho e na Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas da Organização das Nações Unidas.

No capítulo cujo título é *Antropologia Jurídica e os círculos de paz nas comunidades indígenas: uma alternativa na contribuição de administração de conflitos de forma restaurativa*, Marina Soares Vital Borges apresenta a Justiça Restaurativa como uma possibilidade de administração de conflitos indígenas, quer envolvam apenas indígenas, ou indígenas e não-indígenas, sempre de acordo com as especificidades de cada etnia, respeitando os mandamentos legais de cada povo.

No capítulo *Direitos territoriais indígenas: ressignificando o Instituto do Indigenato a partir da cosmovisão Guarani* a autora Adriana Biller Aparicio, em pesquisa interdisciplinar entre direito e antropologia, ancorada em bibliografia clássica e contemporânea sobre os Guarani, dentre elas os estudos desenvolvidos em fontes primárias pela Professora Thais Colaço em sua tese doutoral sobre a resistência Guarani à assimilação cultural nas missões jesuíticas, propõe a ressignificação do fundamento jurídico dos direitos territoriais indígenas a partir da cosmovisão deste povo.

Por sua vez, a pesquisadora e indigenista Luciana Nogueira Nóbrega, com sua contribuição em *Invasores do seu próprio território: as estratégias de luta pela terra segundo os Tapeba e o judiciário brasileiro*, expõe a disputa de sentidos entre indígenas e o judiciário ao tratar das retomadas do Povo Tapeba, no estado do Ceará. Trazendo à tona o debate da colonialidade e de um pensamento decolonial, a autora caracteriza a supervalorização dos elementos culturais dos magistrados ao interpretar as ações de retomada, ao mesmo tempo que nos traz o sentido do agir político dos indígenas. Para os Tapeba, a retomada vai além das invasões e ocupações de terras, significando a reocupação de parcelas da terra indígena que não estavam sob a sua posse plena, orientadas por uma “memória etnicamente situada”.

No capítulo *Terras Indígenas e a Segurança Fundiária*, de autoria da pesquisadora e advogada indigenista Juliana de

Paula Batista, discute-se, a partir de uma perspectiva jurídica, a demarcação de terras indígenas e sua segurança fundiária no país diante das orientações governamentais recentes. Ao considerar as promessas políticas feitas durante a candidatura eleitoral do, então presidente eleito, Jair Messias Bolsonaro (2019-2022), nos convida a refletir, a partir de um acúmulo de conhecimento na área em que vem atuando desde sua passagem pelo GPAJU, sobre os limites normativos que definem a possibilidade de uma política anti-indígena no quadro constitucional brasileiro.

Em *O direito na terra dos Kaingang e os lados de fora da lei*, João Francisco Kleba Lisboa, ao apresentar os resultados de sua dissertação no curso de mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, realizada sob orientação da Prof. Thais Colaço, nos traz os desafios de uma pesquisa de campo realizada em terras indígenas Kaingang, do Oeste Catarinense. Entre as sobreposições de identidade, do ser pesquisador interdisciplinar das áreas do direito e da antropologia, além do ser advogado, o autor rememora, na sua trajetória acadêmica, as conquistas e os avanços históricos acerca dos direitos dos povos indígenas fornecendo importantes alicerces da antropologia jurídica brasileira na primeira década desse século.

Por fim, esperamos que os esforços aqui reunidos, possam inspirar leituras e pesquisas, consolidando a antropologia jurídica no Brasil.

Adriana Biller Aparicio e Isabella Cristina Lunelli

A (RE)INVENÇÃO DA ANTROPOLOGIA JURÍDICA NO BRASIL: uma análise sobre a inserção da antropologia nos cursos de direito¹

Isabella Cristina Lunelli²

Introdução

As pesquisas em antropologia jurídica não são consideradas uma tradição no campo jurídico brasileiro. Isto é, não se constata uma longa e aprofundada discussão em pesquisas interdisciplinares que aproximem temas da antropologia e do direito entre pesquisadores da ciência jurídica. São, por isso, também escassos os trabalhos na metodologia jurídica que se pretendam deduzir um método a partir da análise de produções

¹ Esse texto é uma reprodução parcial e revisada da tese de doutoramento defendida em 2019 no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC), que foi desenvolvida com a coorientação da Profa. Dra. Thais Luzia Colaço. Para mais, ver: LUNELLI, Isabella Cristina. Estado intercultural de direito: contribuições da antropologia jurídica latino-americana para o direito à autonomia indígena. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2019.

² Pesquisadora do Programa de Mobilização da Competência Nacional para Estudos sobre o Desenvolvimento (PROMOB) no Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Doutora em Direito, Política e Sociedade (UFSC). Membro do Grupo de Pesquisa em Antropologia Jurídica (GPAJU) entre os anos de 2014 a 2019.

acadêmicas ou induzir orientações metodológicas aos que nela se inserem.

Como consequência do colonialismo acadêmico, a “origem” científica da antropologia jurídica ou a busca de seus precursores localizam-se dentro do pensamento ocidental. Corriqueiramente, descrevem-se pesquisadores homens-brancos-europeus, entre eles Bronislaw Malinowski, para recontar uma história e assim forjar uma tradição.

Em comum, estes homens e seus feitos trouxeram ao conhecimento de sua sociedade modos de reprodução de vida distintos, tornando-os conhecidos pelas pesquisas em torno de outras formas culturais de expressar o “jurídico”. Podendo-se afirmar, atualmente, que à antropologia jurídica são designados os estudos produzidos sobre “os direitos”, entendendo o direito sempre num sentido plural e manifestado nas mais diversas culturas.

Este cenário, no entanto, que justificava essas ausências e de pouco interesse em desenvolver pesquisas em antropologia jurídica, vem se transformando nesta última década, apoiada em poucas – mas efetivas – medidas. E, em que pese o desenvolvimento de estudos e pesquisas em antropologia jurídica no Brasil, as últimas décadas foram importantes para assim os consolidar. Um dos fatores atribuídos, que decorrem da própria ampliação dessa visão interdisciplinar na academia, foi a inserção compulsória dos conteúdos da antropologia nos currículos de todos os cursos de graduação em direito no Brasil.

Esse texto se propõe a analisar a inserção da antropologia nos cursos de graduação em direito. Em seu desenvolvimento, a proposta é aqui exposta em duas partes. Na primeira parte, apresenta-se os fundamentos normativos que sedimentaram os conteúdos de antropologia na área do direito. Na segunda parte, são expostos os resultados de uma pesquisa realizada em meados de 2018, na qual se tecem considerações de caráter quanti-qualitativos sobre como e em que medida o

encontro entre a antropologia e o direito vêm reinventando tradições nas ciências jurídicas no Brasil.

Os alicerces normativos entre a antropologia e o direito

Foi por meio da Resolução n.º 9 da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação (CES/CNE), que se instituiu, no final de setembro de 2004, novas diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em direito no Brasil. Entre essas novas diretrizes, estava a determinação de abordar “estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre antropologia” durante a formação de bacharéis em direito (art. 5º, I). Esse fato, decorrido após 180 anos da criação dos primeiros cursos de direito no Brasil, ao inserir os conteúdos essenciais da antropologia em seus currículos, sedimentou a aproximação entre a antropologia e o direito nas ciências jurídicas brasileiras³.

³ Logo após a inauguração de uma nova legalidade interna com a declaração de independência do Brasil (1824), seguiu-se a criação das primeiras faculdades de direito (1827) objetivando preparar juristas tomando em conta um novo instrumental teórico e metodológico. O primeiro “projeto de regulamento ou estatuto para o curso jurídico” está no decreto de 9 de janeiro de 1825, organizado pelo Conselheiro de Estado Visconde da Cachoeira, qual deveria ser observado provisoriamente nos cursos jurídicos de São Paulo e Olinda. Trazendo as cadeiras, os nomes de doutrinadores utilizáveis em sala de aula, as legislações e, inclusive, a forma e o tempo de exposição dos temas, delineava o primeiro currículo dos cursos de direito no Brasil. Ao mesmo tempo que instrumentalizava técnicas para fazer uso do direito, restringindo a legitimidade de se manipulá-lo, normalizava um sentido teórico aos juristas, uniformizando o currículo com

Para o reconhecimento do curso de graduação pelo Ministério da Educação (MEC) – instituição estatal responsável por validar nacionalmente o diploma – faz-se necessária a contemplação de algumas diretrizes pré-determinadas. No caso dos cursos de graduação em direito, tanto seu projeto pedagógico de curso (PPC), quanto sua organização curricular, devem abranger conteúdos e atividades que atendam três eixos ou perspectivas formativas⁴. É na primeira perspectiva de formação que a antropologia e o direito se encontram.

Inicialmente, em 2004, os conteúdos essenciais sobre antropologia integravam o eixo de formação fundamental, que objetivava “integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do direito com outras áreas do saber”⁵. Embora a referida norma não especificasse o que seriam esses “conteúdos essenciais sobre antropologia”, não há como negar que essa alteração curricular inaugurou uma nova linha de pesquisa interdisciplinar dentro da área do direito. Desta forma, ao estabelecer

diretrizes mínimas a serem observadas, com reverberações práticas.

⁴ A Resolução n.º 9 de 2004 previa três eixos interligados de formação: eixo de formação fundamental, de formação profissional e de formação prática. Com a Resolução n.º 5 de 2018, seguida pela Resolução n.º 2 de 2021, ficou estabelecido que os cursos de graduação em direito deverão incluir em seus PPC, conteúdos e atividades que atendam a três perspectivas formativas: formação geral, formação técnico-jurídica e formação prático-profissional.

⁵ Art. 5, inciso I, da Resolução n.º 9, de 29 de Setembro de 2004. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=139041-rces009-04&category_slug=janeiro-2020&Itemid=30192>.

relações com a antropologia, o campo jurídico inaugurou uma nova linha de pesquisa dentro dos círculos acadêmicos, tendente a reunir estudos científicos de grupos de pesquisa que passam a abordar temas sob uma *tradição investigativa*⁶.

Além disso, também há referência da antropologia jurídica como uma subárea da área de conhecimento do direito pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).⁷ Enquanto subárea, trata-se de “uma segmentação da área do conhecimento (ou área básica) estabelecida em função do objeto de estudo e de procedimentos metodológicos reconhecidos e amplamente utilizados”⁸.

⁶ Consta, no glossário *online* do Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil (DGP), do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ), que a linha de pesquisa “representa temas aglutinadores de estudos científicos que se fundamentam em tradição investigativa, de onde se originam projetos cujos resultados guardam afinidades entre si”. Disponível em: <<http://lattes.cnpq.br>>. Acesso em 23 jul. 2018.

⁷ A CAPES, criada em 1951, é uma “fundação do Ministério da Educação (MEC)” e “desempenha papel fundamental na expansão e consolidação da pós-graduação *stricto sensu* (mestrado e doutorado) em todos os estados da Federação. Em 2007, passou também a atuar na formação de professores da educação básica, ampliando o alcance de suas ações na formação de pessoal qualificado no Brasil e no exterior”, conforme informações no site oficial. Disponível em: <http://www.capes.gov.br/historia-e-missao>. Acesso em 15 dez. 2018.

⁸ Por meio do e-sic, protocolo n. 23480001475201809, solicitamos à CAPES/MEC informações sobre o ano e atos normativos de inclusão da antropologia jurídica como linha de pesquisa na tabela de área do conhecimento, bem como o montante de recursos investidos, desde 2004, para o desenvolvimento de

Conforme a base corrente do Diretório dos Grupos de Pesquisa no Brasil (DGP), do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq)⁹, a antropologia jurídica é atualmente considerada linha de pesquisa relacionada à subárea de conhecimento “teoria do direito”. Essa, por sua vez,

pesquisas nesta linha. Em resposta, a CAPES informou que “a tabela de área de conhecimento tem finalidade eminentemente prática, objetivando proporcionar às instituições de ensino, pesquisa e inovação uma maneira ágil e funcional de sistematizar e prestar informações concernentes a projetos de pesquisa e recursos humanos aos órgãos gestores da área de ciência e tecnologia”. A criação das categorias da tabela não depende de ato normativo e, “em regra, o Conselho-Técnico Científico da Educação Superior, após longos debates e considerando as demandas e o cenário vigente do Sistema Nacional de Pós-Graduação, cria e define cada nível”. Não houve informações sobre o montante de recursos destinados ao direito em qualquer das linhas de pesquisa existentes.

⁹ Conforme página oficial da instituição, “o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq), agência do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), tem como principais atribuições fomentar a pesquisa científica e tecnológica e incentivar a formação de pesquisadores brasileiros. Criado em 1951, desempenha papel primordial na formulação e condução das políticas de ciência, tecnologia e inovação. Sua atuação contribui para o desenvolvimento nacional e o reconhecimento das instituições de pesquisa e pesquisadores brasileiros pela comunidade científica internacional”. Informações disponíveis em: <<https://www.gov.br/cnpq/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/institucional>>. Acesso em 10 ago. 2018.

compõe a área do direito, que está inserida na grande-área das ciências sociais aplicadas¹⁰.

É nesse contexto que, entre tensões polarizadas, a partir de outubro de 2015, as diretrizes nacionais curriculares dos cursos de direito foram novamente submetidas a uma revisão. De um lado, interesses privados pautando a atuação governamental na aprovação crescente de cursos sem a qualidade e a fiscalização esperada pelo órgão de classe; de outro, o órgão de classe - no caso, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)

¹⁰ Por meio do sistema eletrônico do serviço de informação ao cidadão (e-SIC), protocolo n.º 01390000154201855, solicitamos ao CNPQ/MEC informações sobre o ano e atos normativos de inclusão da antropologia jurídica como linha de pesquisa na tabela de áreas do conhecimento. Em resposta, o CNPQ declarou que “não temos a informação da data específica de inclusão da subárea Antropologia Jurídica na tabela de áreas do conhecimento”. O CNPQ não disponibiliza informações sobre os valores investidos em pesquisas por linha de pesquisa, apenas por área e subárea do conhecimento. Entre os anos de 2000 a 2018, as ciências sociais aplicadas foi a segunda área com menos investimento no período. No mesmo período o investimento total, que foi de R\$ 5.432.915.589, foi distribuído entre as áreas na seguinte proporção: ciências biológicas (19,59%), engenharias (17,40%), ciências exatas e da terra (15,68%), ciências agrárias (14,33%), ciências das saúde (13,54%), ciências humanas (6,87%), ciências sociais aplicadas (3,78%), linguística, letras e artes (0,83%) - não informado (0,31%), não se aplica (0,72%), outra (6,85%), tecnologia (0%) e multidisciplinar (0%). Fonte: Plataforma Lattes. Investimentos no CNPQ em CT&I. Disponível em: <<http://fomentonacional.cnpq.br/dmformamento/home/fmtmenu.jsp?op=1>>. Acesso em 31 jul. 2018.

reagindo ao instrumentalizar restrições ao mercado de trabalho, como o exame de ordem.

Sob fortes críticas de ausência de participação social¹¹, a comissão da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação (CES/CNE) gestou as novas diretrizes com propostas, por exemplo, de ampliação das disciplinas optativas (perfazendo um total de 50% do currículo) ao argumentar pela autonomia regional das faculdades como forma de incentivar projetos pedagógicos autênticos e adequados às demandas locais.

¹¹ Faz-se referência expressa à matéria veiculada no site da seccional do Distrito Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 03 de julho de 2018. Nesta o presidente nacional da OAB, Claudio Lamachia, afirma que “A forma irresponsável com que esta discussão tem sido tratada é alarmante e corremos o risco de transformar o ensino do Direito numa coisa fajuta apenas para atender a interesses particulares. Isso está evidente pelos rumos que esta discussão tomou e é muito grave. Nada disso é por acaso. O CNE foi tomado por alguns barões do ensino privado ávidos por lucros e essas pessoas agora comandam a discussão do futuro de um dos pilares fundamentais de qualquer país democrático: o Direito, que é apenas a primeira vítima. Logo isso se estenderá para áreas fundamentais como Medicina, Engenharia e Enfermagem, como já temos tido notícia de iniciativas parecidas, e as consequências serão desastrosas para o cidadão e para o país. Querem fazer da Educação um produto tosco com objetivo de gerar lucro rápido, como um balcão de negócios”. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/56485/audiencia-no-cne-frustra-expectativa-de-debate-sobre-diretrizes-curriculares-do-direito?argumentoPesquisa=cursos%20de%20direito>>. Acesso em 01 agosto 2018.

Em reação, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) passou a apresentar demandas expressas para que temas relacionados à interdisciplinaridade, internacionalização, relações étnico-raciais, indígenas e de gênero fossem consideradas na referida revisão curricular.¹²

Ainda que a Comissão de Diretrizes Curriculares Nacionais de Graduação em Direito (DCN-Direito) reconhecesse a “necessidade de aprimorar a qualidade da oferta do ensino jurídico”¹³, não houve demonstrações significativas de avanço sobre estas questões pelo órgão ministerial nesse período.

No tocante à antropologia e o direito, a proposta de resolução¹⁴ apresentada pela DCN-Direito retirava a exigência

¹² A notícia do encontro de representantes da OAB e da Comissão de Diretrizes Curriculares Nacionais de Graduação em Direito (DCN-Direito) e da Câmara de Educação Superior (CES) do CNE foi veiculada em 20 de fevereiro de 2017, na página oficial do Ministério da Educação. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/ultimas-noticias/222-537011943/45381-cne-revisa-diretrizes-do-curso-e-recebe-sugestoes-da-oab>>. Acesso em 01 ago. 2018.

¹³ Consta na minuta do parecer apresentado pelo CNE como texto referência para a audiência pública realizada em 02 de julho de 2018 sobre as Diretrizes Curriculares Nacionais para o curso de graduação em Direito. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=89661-texto-referencia-minuta-de-parecer-dcn-direito&category_slug=junho-2018-pdf&Itemid=30192>. Acesso em 01 agosto 2018.

¹⁴ A proposta de resolução que institui as diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em direito pode ser acessada em: <<https://www.conjur.com.br/dl/diretrizes-curriculares-nacionais-curso.pdf>>. Acesso em 01 agosto 2018.

expressa do ensino de “conteúdos essenciais de antropologia”, fazendo apenas a menção de que os Projetos Pedagógicos dos Cursos (PPC) incorporassem no eixo de formação geral estudos que envolvam saberes “de outras áreas formativas, tais como: [...] Antropologia” (art. 5, inciso I). Referida proposta também determinava que os cursos de graduação em Direito viabilizassem uma formação profissional capaz de revelar como “competência cognitiva, instrumental e interpessoal” a capacidade do graduando de “utilizar corretamente a terminologia e as categorias jurídicas, da aceitação da diversidade e do pluralismo cultural” (art. 4, inciso IX). Após uma década, optava-se por substituir os “conteúdos essenciais” por “saberes” e determinava a aceitação epistemológica da diversidade e do pluralismo cultural nas novas diretrizes curriculares.

Essas mudanças nas diretrizes curriculares do curso de direito foram homologadas pelo MEC com a Resolução n.º 5, de 17 de dezembro de 2018¹⁵, e novamente com a Resolução n.º 2, de 19 de abril de 2021¹⁶. Com isso, a antropologia passou a integrar uma perspectiva de formação geral, que

tem por objetivo oferecer ao graduando os elementos fundamentais do Direito, em diálogo com as

¹⁵ A Resolução n.º 5, de 17 de dezembro de 2018, institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito e dá outras providências. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/dezembro-2018-pdf/104111-rces005-18/file>

¹⁶ A Resolução n.º 2, de abril de 2021, altera o art. 5º da Resolução CNE/CES nº 5/2018, que institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do Curso de Graduação em Direito. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/abril-2021-pdf/181301-rces002-21/file>. Acesso em 10 dez. 2021.

demais expressões do conhecimento filosófico e humanístico, das ciências sociais e das novas tecnologias da informação, abrangendo estudos que, em atenção ao PPC, envolvam saberes de outras áreas formativas, tais como: Antropologia [...]. (Art. 5, I, Resolução n.º 2/2021).

Não obstante, mesmo com a alteração curricular sugerida, um desafio permanece, qual seja, o de investigar quais seriam esses conteúdos – ou saberes – da antropologia hábeis a revelar as competências esperadas aos juristas, que inclusive já vêm fomentando pesquisas na área.

O cenário projeta-se, portanto, para a convergência de esforços para articular terminologias e categorias entre o direito e a antropologia que viabilizem formar egressas e egressos dos cursos de graduação em direito, ao menos, conscientes da diversidade e do pluralismo cultural. E, paralelamente, compreender em que circunstâncias se está sedimentando essa vinculação interdisciplinar entre essas ciências.

Antropologia e direito: como e o quê se ensina nos cursos de direito

Notas sobre a metodologia da pesquisa realizada

Para se discutir uma possível tradição investigativa nas pesquisas jurídicas que aproximem temas da antropologia e do direito, é preciso conhecer as bases da edificação epistemológica com as quais as e os juristas têm se debruçado sobre a atividade investigativa.

Sabe-se que o Projeto Pedagógico do Curso (PPC) constitui num dos critérios avaliados pelo Ministério de Educação para a autorização de abertura de novos cursos de graduação. Mais do que apenas uma etapa a ser atendida, o PPC representa o principal instrumento de gestão ao estabelecer objetivos e

metas que modelarão toda a atuação do corpo administrativo, docente e, inclusive, dos próprios profissionais a serem formados.

Consiste o PPC no documento que, em conformidade com determinadas diretrizes nacionais curriculares, apresentará informações sobre o perfil do curso, tal como justificativa para sua oferta, matriz curricular, atividades complementares, estrutura disponível, estágio curricular, sistema de avaliação de ensino e aprendizado, entre outros. Também compõe o PPC a descrição do perfil do egresso, ou seja, “as competências e habilidade a serem desenvolvidas pelo aluno” em “coerência com a formação desejável para a sociedade e a área específica de atuação do futuro profissional”¹⁷. Portanto, é competência do PPC relacionar, além dos valores humanísticos, as disciplinas e os conteúdos que incidirão na formação epistemológica que os futuros juristas manifestarão na prática profissional.

Este cenário projeta um dos desafios atuais para a qualidade do ensino e da pesquisa jurídica. A discussão sobre o objeto de estudo e de uma possível tradição investigativa nas pesquisas jurídicas em antropologia jurídica, perpassa necessariamente a reflexão sobre os conteúdos que incidem na construção da episteme dos juristas em processo formativo educacional. É, portanto, um desafio saber o que são os conteúdos essenciais sobre antropologia necessários para a integração do estudante ao campo e, principalmente, debater se o que se tem ensinado sobre antropologia nos cursos de direito cumpre com as diretrizes nacionais.

¹⁷ As informações foram retiradas do manual para preenchimento de processos de autorização de cursos de graduação na modalidade presencial, do Ministério da Educação (2015, p. 17). Disponível em: <<http://emec.mec.gov.br/documentospublicos/Manuais/40.pdf>>. Acesso em 06 ago. 2018.

Desde a implementação da reforma curricular de 2004, inexistindo uma orientação expressa sobre quais seriam os conteúdos ou saberes essenciais da antropologia, os cursos de graduação em direito no Brasil puderam exercer uma ampla autonomia na interpretação e implementação das diretrizes curriculares. Na prática, sem uma orientação mínima dos conteúdos essenciais - ou saberes - sobre antropologia, a adequação da organização curricular não gerou a obrigatoriedade de criar uma disciplina específica para tratar de seus conteúdos, tampouco sedimentou estudos nestes últimos anos sobre temas indispensáveis à formação acadêmica.

Conforme dados do Sistema E-mec¹⁸, há referências de 1.367 cursos de graduação (bacharelado) em direito, na modalidade presencial, em atividade no país - destes, 141 eram gratuitos e 1.226, não gratuitos. É indiscutível que este cenário tem contribuído para a inviabilidade de um acompanhamento sistemático e de uma efetiva fiscalização na qualidade do ensino jurídico praticado no tocante às determinações curriculares. Ainda que os dados sobre a avaliação da qualidade do ensino praticado nestes cursos e o controle social sejam pouco transparentes, é constante e notória a denúncia pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) de sua baixa qualidade, refletida nos altos índices de reprovação nos exames de ordem aplicados¹⁹.

¹⁸ A pesquisa avançada no sistema de dados e-mec, realizada em 06 de agosto de 2018, relacionou curso “direito”, modalidade “presencial”, grau “bacharelado”, situação “em atividade”, com as variáveis gratuidade do curso “sim” e “não”. Disponível em: <<http://emec.mec.gov.br/>>. Acesso em 06 agosto 2018.

¹⁹ Mesmo sem precisar quantas questões nos exames de ordem devem fazer relação com os conteúdos essenciais sobre antropologia, o Provimento n.º 136/2009, do Conselho Federal da

Como então conhecer e analisar a formação epistemológica que vem sendo conferida aos juristas através da prática educativa? Como descrever e analisar as relações que estão sendo estabelecidas entre o direito e a antropologia nos cursos de graduação em Direito que tem incidido sobre o perfil dos formandos²⁰?

O ato de conhecer, como ensina Paulo Freire, “é não pararmos satisfeitos ao nível das intuições, mas submetê-las à análise metodicamente rigorosa de nossa curiosidade epistemológica” (FREIRE, 2013, p. 46). Foi, então, pensando numa rigorosidade para o exercício da curiosidade epistemológica, com disciplina intelectual, que se optou nesta pesquisa pela análise dos Projetos Pedagógicos de Cursos (PPCs) de graduação em direito para se responder às perguntas acima.

No intuito de oferecer uma descrição às relações que estão sendo estabelecidas entre o direito e a antropologia no

OAB, que estabelece normas e diretrizes para o exame de ordem, determina a obrigatoriedade de incluir questões sobre as disciplinas do eixo de formação fundamental (art. 6º). Portanto, é hipótese que os altos índices de reprovação também se justificam pela falta de acertos em questões relacionadas a disciplinas do eixo de formação fundamental.

²⁰ De acordo com a Resolução n.º 09/2004, art. 3, “o curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania”

processo de formação educativa, analisamos quantitativamente e qualitativamente o conteúdo das ementas e bibliografias de cursos de graduação em direito das instituições de ensino superior públicas federais, inseridos nos respectivos PPCs. E, a partir disso, tecer uma observação a respeito de temas que têm orientado a prática docente no tocante aos conteúdos essenciais sobre antropologia nos cursos de graduação em direito, superando meras intuições.

Para tanto, em termos metodológicos da pesquisa, considerou-se os cursos de *bacharelado em direito* em atividade, ofertados de forma gratuita e na modalidade presencial de instituições ensino superior (IES) pertencentes ao sistema federal de ensino (autarquias e fundações federais), com base nos dados do Cadastro e-MEC de Instituições e Cursos de Educação Superior²¹. Deparando-se com a oferta de 64 cursos de direito em 45 IES públicas federais (uma vez que algumas IES ofertam mais de um curso em *campus* diverso), a análise a seguir apresentada refere-se à 49 PPCs (76,57%) encontrados²².

²¹ Resultados apresentados na pesquisa realizada em 29 de julho de 2018. Disponível em: <emec.mec.gov.br>. Acesso em 29 julho 2018.

²² A busca pelos PPCs foi realizada online e, uma vez não encontrado, enviado solicitação ao email institucional disponibilizado na página oficial de cada curso. Não foram encontrados e/ou não foram disponibilizados por email até o fechamento deste capítulo os PPCs de 15 cursos de graduação em direito, sendo 5 na região norte (UFMA/*campi* Imperatriz, UFAC/*campus* Universitário e Floresta, UFPA/*campus* Paragominas e Parauapeba), 3 na região nordeste (UFBA, UFPE, UFOB), 5 na região sudeste (UFOP, USP/*campi* São Francisco, UFF/*campus* Niterói, Macaé e Aterrado) e 2 na região centro-oeste (UFMS/*campi* Três Lagoas, UFMT/*campi* Araguaia).

Ao tomar em conta a análise dos PPCs, cabe relembrar que as ementas das disciplinas são um instrumento normativo do curso, as quais prescrevem conteúdos que pré-determinarão alguns aspectos da prática docente. Isto é, para a realização dos objetivos propostos para a criação de um curso jurídico, e a consequente validação de seus diplomas expedidos, o conteúdo das ementas deve estar presente na prática educativa. Logo, ao se analisar as ementas das disciplinas criadas especificamente para envolver conteúdos/saberes essenciais sobre antropologia, objetiva-se descrever o que se tem praticado nos cursos de graduação em direito para atender os critérios de funcionamento e validação em conformidade com as diretrizes estabelecidas pelo estado brasileiro.

Os resultados da pesquisa

Da amostra coletada, apenas 27 cursos indicavam a criação de uma disciplina específica obrigatória para desenvolver os conteúdos/saberes essenciais sobre antropologia. Ou seja, pouco mais da metade dos cursos de graduação em direito em universidades federais (55,1%) tinham, no período da pesquisa (2018)²³, constituído atualmente disciplina específica e autônoma, ao menos por um semestre, para desenvolver os chamados conteúdos essenciais de antropologia.

O termo *antropologia jurídica* estava sendo utilizado como nome da disciplina em 58,6% dos cursos que criaram disciplina específica obrigatória, contribuindo para a

²³ É de suma importância que se consigne que no período de realização da pesquisa, as novas diretrizes curriculares ainda não estavam em vigência, sendo portanto aplicadas as orientações de 2004, contidas na Resolução n.º 9 da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação (CES/CNE).

sedimentação desta terminologia enquanto linha de pesquisa. Entretanto, não há homogeneidade no título da disciplina. Além de *antropologia jurídica*, foram utilizados como nome da disciplina os seguintes termos: *antropologia*, *antropologia geral e jurídica*, *antropologia e direito*, *antropologia do direito*, *antropologia filosófica*, *antropologia cultural* e, no caso específico da UFPA (*campi Belém*), *antropologia*, *direito indígena e afro-brasileiro*. Não é incomum, sob este aspecto, a dificuldade de estabelecer com precisão a diferença entre antropologia jurídica e antropologia do direito a partir da ciência jurídica praticada.

Sobre as ementas destas disciplinas, constata-se, de uma forma geral, a orientação de descrever a importância da antropologia para a ciência jurídica e a relação entre o direito e a antropologia – seja pelo estudo do direito sob a perspectiva antropológica, quanto pelo “modo antropológico de pensar o direito”. Pensar e estudar o direito desde a antropologia se mostram complementares ao se analisar os conteúdos que seguem, na qual fica constatada uma tendência a enfatizar conceitos da antropologia a serem utilizados no conhecimento do direito estatal.

Sob a ênfase da reiterada apresentação de categorias e conceitos, a questão metodológica na produção do conhecimento tem sido pouco abordada. As questões metodológicas, centrais nas pesquisas antropológicas – como a etnografia e o método comparativo – ficam excepcionalmente restritos a algumas ementas encontradas.

Ainda assim, é possível extrair a presença constante de alguns temas-chaves nelas desenvolvidas²⁴. São, portanto, os

²⁴ Thais Luzia Colaço apresentou na publicação do capítulo *O despertar da antropologia jurídica* os resultados de um estudo preliminar dos planos de ensino de Antropologia Jurídica nos cursos de direito. A pesquisadora concluiu na época que não era

temas-chaves abaixo relacionados que fixam as relações entre o direito e a antropologia – sendo eles: diversidade cultural, pluralismo jurídico e direitos humanos - a seguir analisados qualitativamente.

Diversidade cultural

São recorrentes os apontamentos sobre a questão da diversidade e do contato cultural, demonstrando claramente serem os principais conteúdos trazidos da antropologia para a ciência jurídica. Tanto o é que, excepcionalmente, a palavra *cultura* é encontrada em ementas de outras disciplinas nos cursos de graduação em direito.

Os desdobramentos do tema da diversidade e do contato cultural nas ementas destas disciplinas específicas criadas são diversos: ora resistente na exposição ativa de conceitos como “aculturação” e “integração”, ora trazendo à reflexão a noção das particularidades culturais e, com ela, da relativização de valores.

Algumas referências sobre processos identitários, identidade cultural e etnicidade são também encontradas nas ementas. Sendo que as questões sobre identidade étnica aparecem alusivas às relações étnicos-raciais, dando ênfase, em especial, à indígenas e quilombolas (as categorias afrodescendentes e afro-brasileiros também foram encontradas, a depender do

possível “observar uma linha lógica entre as ementas, ao contrário, muitas sequer parecem condizentes com o nome da disciplina”. Se de um lado as conclusões da autora ainda se fazem parcialmente presentes, de outro, o agrupamento dos dados permitiu-nos extrair essas três temas-chaves apontando, desta forma, para uma pequena mudança nos conteúdos ensinados na disciplina de antropologia jurídica (COLAÇO, 2011. p.39).

PPC). Ainda que seja fundamental o conhecimento de que povos indígenas e quilombolas são culturalmente diversos, de fato, estes não são os únicos considerados pela doutrina e legislação²⁵ existente.

²⁵ Faz-se referência, sobretudo, ao Decreto n. 6.040/2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, que conceitua “povos e comunidades tradicionais” como “grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição”. Compete ao Conselho Nacional de Povos e Comunidades Tradicionais (CNPCT), criado pelo Decreto n. 8.750/2016, coordenar a implementação desta política. O CNPCT será composto por 44 membros titulares com direito a voz e a voto (dos quais, 29 são representantes da sociedade civil e 15 representantes de órgãos e entidades da administração pública federal) e 2 convidados permanentes, com direito a voz. São considerados segmentos da sociedade civil com representação no CNPCT: povos indígenas; comunidades quilombolas; povos e comunidades de terreiro/povos e comunidades de matriz africana; povos ciganos; pescadores artesanais; extrativistas; extrativistas costeiros e marinhos; caiçaras; faxinalenses; benzedeiros; ilhéus; raizeiros; geraizeiros; caatingueiros; vazanteiros; veredeiros; apanhadores de flores sempre vivas; pantaneiros; morroquianos; povo pomerano; catadores de mangaba; quebradeiras de coco babaçu; retireiros do Araguaia; comunidades de fundos e fechos de pasto; ribeirinhos; cipozeiros; andirobeiros; caboclos; e juventude de povos e comunidades tradicionais.

Ao se buscar pela expressão *povo(s) tradicional(s)* ou *comunidade(s) tradicional(s)* nos PPCs dos cursos de direito, foram encontradas referências em programas e até como denominação de disciplinas eletivas (optativas) em algumas IES. Apesar disso, seu conteúdo não foi constatado em nenhuma ementa de disciplina obrigatória criada especificamente para desenvolver os conteúdos de antropologia, restringindo o universo epistemológico e conceitual acerca da diversidade cultural brasileira.

É interessante perceber que o desenvolvimento de conceitos da antropologia - e da própria noção de cultura - não aparecem relacionados com o caráter dinâmico dos sistemas culturais. A temporalidade das dinâmicas culturais é marcada apenas pelos conceitos de *contemporaneidade* e *modernidade*, às quais a apresentação da cultura como um conceito estático tende a fixar padrões culturais às identidades étnica-raciais e resultar na imposição de uma identidade atemporal.

A consciência da diversidade cultural e identitária é normalmente respaldada pela orientação da alteridade, do respeito, da tolerância, principalmente diante dos conflitos sociais. Estes são conteúdos recorrentes nas ementas. Neste contexto, algumas ementas apresentam uma tendência de mencionar o termo etnocentrismo, mas raramente determinam na matriz curricular o debate sobre desigualdade, preconceito, discriminação, racismo e violência, ou quaisquer outras formas de controle e dominação cultural.

Excepcionalmente, a temática de gênero é verificada nas ementas dentro do contexto cultural. Apenas 3 PPCs analisados - UFJF, IFPR e UFC - alocam as discussões nas relações de gênero e sexualidade, como mencionadas.

O curioso desta análise é que em nenhuma das ementas obrigatórias consta o tema da interculturalidade. O tema aparece apenas nos conteúdos de disciplinas optativas em duas universidades (UFGD e UFLA), que a abordam ora relacionada à educação intercultural, ora às culturas indígenas e afrodescendentes, ora com relação aos direitos humanos. Distinto é o tema

do multiculturalismo que, reincidentemente, aparece em disciplinas obrigatórias, eletivas e optativas.

Pluralidade Jurídica

A descrição do direito estatal como um produto de uma cultura humana particular fixa o ponto de partida na apresentação da pluralidade jurídica existente. Ao contextualizar a diversidade cultural dentro do território estatal, propõe-se a existência de uma pluralidade de fontes de produção de juridicidade e, com isso, da própria legalidade das outras manifestações jurídicas.

Este desvelar da atualidade tende a projetar-se como um meio de superação da ideia evolucionista que teorizavam as origens históricas do direito ocidental. Nessa, condenando o pluralismo jurídico à uma realidade anterior à constituição dos estados nacionais europeus e à centralização (e monopólio) da produção legítima de juridicidade, ideias persistem acriticamente na historiografia tradicional do direito.

Desde a noção de pluralidade jurídica, as e os juristas em formação podem compreender a sua hiper-especialização em uma cultura jurídica determinada – a do estado brasileiro – e reconhecer a existência de “*outros direitos*”, outras culturas jurídicas para além das que a e o estudante terá acesso durante o curso de graduação. É, por isso, uma formação localizada, desde uma cultura jurídica determinada, com valores, hábitos, crenças, mitos e ritos que podem não encontrar reprodução em outras culturas jurídicas, que definitivamente não é universal. No entanto, a ausência de conhecimentos das características de outros sistemas jurídicos ou de casos específicos que envolvam a resolução de conflitos entre culturas jurídicas distintas tende a encobrir a particularidade da cultura jurídica estatal, contraditoriamente reafirmando-a ao longo da graduação em direito, como pretensamente universal.

Esta pluralidade jurídica é usualmente apresentada de forma dicotômica e genérica, tal como “direito consuetudinário e direito estatal” ou “direito monista e direito plural”. Propensas a incluir todas as manifestações jurídicas não monistas e estatais sob um mesmo conceito – “direito consuetudinário”, “direito estatal” – caminham na homogeneização da diversidade cultural jurídica a partir de um denominador comum. A determinação de uma categoria fixa e definida para explicar por vezes características tão contrastantes, anula a própria percepção destas.

É certo que ao reconhecer o direito estatal como manifestação de uma cultura jurídica dentre uma pluralidade cultural, possibilita-se a construção epistemológica baseada na percepção existencial de mais de um direito. Apesar disso, ao apresentá-las de forma dicotômica podem transmitir a ideia de que estes sistemas jurídicos, estes direitos, não se comunicam, coexistindo numa dualidade que o projetam como contraditórios - como se estivessem disputando a legalidade e a legitimidade, quando na verdade, todos são “legais” e “legítimos”, impossibilitando qualquer hierarquização entre elas.

Embora esta dualidade esteja presente nas ementas, desconstituindo a percepção homogênea e universal de apenas uma cultura jurídica, o tema do pluralismo jurídico em si é encontrado em apenas duas ementas de disciplinas específicas obrigatórias, na UFSC e na UNIPAMPA, que possuem exatamente o mesmo conteúdo - esta última claramente uma cópia da ementa da UFSC.

Se de um lado a utilização do conceito do pluralismo jurídico tende a reforçar as pesquisas situando-o num contexto científico desenvolvido nestas últimas décadas, de outro, tende a reproduzir uma compreensão da pluralidade que pouco atrela a interação e a convivência entre estas culturas jurídicas. Ou seja, a interação destas culturas jurídicas é identificada no conflito, sendo reiteradamente considerado o enfoque nas “formas de resolução de conflito” e “conflitos culturais (e

civilizacionais) contemporâneos”. Esse enfoque sobre a construção das soluções possíveis diante do conflito reforça a ideia de seleção e preferência quando constatada a existência de mais de um sistema jurídico, ao invés de estimular a interação, o diálogo intercultural ou mesmo uma possível coexistência sem conflitos.

Persistem em algumas ementas um certo teor etnocêntrico. Este é caracterizado sobretudo na dicotomia que nega a condição de direito às outras manifestações culturais jurídicas, como a exemplo do que foi encontrado nas ementas: “justiça, regras e costumes nas sociedades primitivas *versus* direito moderno”, “direito e outras normas sociais” ou “processos de jurisdição em diferentes sociedades: regulações sociais, costumes e leis”. Desqualificando o direito não estatal como “norma social”, “costume”, “regulações sociais” reproduz-se a hierarquização entre estes sistemas jurídicos ao qualificá-los como um “não direito”. Há casos mais expressivos de negação de juridicidade a estas manifestações culturalmente diferenciadas em que caracterizam “o jurídico como invenção da sociedade moderna”.

Considerando que nem todas as ementas encontradas continham a bibliografia básica e complementar, não foi possível uma análise de toda a amostra dessa questão. No entanto, é interessante observar que quando há menção de “cultura jurídica” esta é tomada unicamente em referência à cultura jurídica europeia, trazendo indício de certo colonialismo que atua na escola excludente.

Percebe-se, em alguns casos, o uso do método comparativo ao tratar do tema da pluralidade jurídica. A menção à “comparação entre sistemas jurídicos” ou “estudo comparativo entre sociedades primitivas e o Estado democrático de direito” não é incomum. Apesar disso, são raras as determinações curriculares de exposição dos métodos antropológicos, como apontado. Somente duas IES mencionam a etnografia (UFFRJ, IFPR) ou a etnologia (UFSC e UNIPAMPA) em suas ementas. O

trabalho de campo e a observação participante, tópicos indispensáveis nos métodos antropológicos, por exemplo, só são de fatos citados na ementa de uma disciplina optativa, chamada *Introdução à antropologia*, da UnB. Não há quaisquer menções nas ementas sobre as perícias antropológicas, por exemplo, como meio probatório processual.

Direitos Humanos

Temas como acesso à justiça e igualdade, proteção internacional da diversidade cultural, tolerância, direito à diferença e direito das minorias estão presentes, em uma ou outra expressão, nas ementas examinadas, atribuindo um enfoque diante da diversidade cultural.

Pode-se depreender na análise das ementas que são estes os temas que têm caracterizado com mais intensidade o debate entre o direito e a antropologia, ou melhor, os direitos humanos com os conteúdos essenciais de antropologia. A presença do tema dos direitos humanos nesta disciplina tem como função refletir sobre a implementação destes diante da diversidade cultural e despontam como indispensáveis para integrar o jurista em formação ao campo de atuação.

Sem desconsiderar a herança cultural ocidental da própria constituição dos direitos humanos, projeta a sua interpretação e aplicação condizente com o respeito à diversidade cultural. Por isso, a relação com a perspectiva interpretativa e a percepção prática dos direitos humanos é frequentemente enfatizada diante desta pluralidade cultural, expondo com assiduidade o debate no tocante ao universalismo e ao particularismo das culturas e, com ele, a relativização de valores para a implementação dos direitos humanos nas ementas.

É provocativo constatar que a justiça está presente como tópico em muitas das ementas analisadas; porém, em apenas uma IES - no caso, a UNIRIO - esteja introduzido o tópico "justiça comunitária". De fato, o ideal transcendental kantiano da

ideia de justiça presente na construção teórica dos direitos humanos pode ser um dos fatores que tende a retrair o debate da pluralidade de ideias de justiça (constatada diante da própria diversidade de culturas não-ocidentais). Contudo, a própria percepção do processo cultural e identitário comunitário é quase imperceptível no conteúdo das ementas, não se relacionando nem com concepções pluralistas de justiça, tampouco com a construção coletiva de sistemas de justiça e de direitos igualmente válidos.

Mais do que construir o respeito e a tolerância de outras ideias de justiça, de sistemas de justiça comunitários ou direitos igualmente válidos na ordem jurídica internacional, as propostas das ementas parecem reforçar a proteção e garantia dos direitos humanos para determinados fins e temas específicos. Neste caso, a ênfase na proteção dos direitos humanos de povos culturalmente distintos tem convergido, na antropologia jurídica, no estudo dos direitos humanos de povos indígenas e de quilombolas. Presente em ementas, compondo nomes de disciplinas obrigatórias e eletivas, reforça-se a proteção dos direitos humanos desses, ao mesmo tempo em que traduz desafios para a proteção de outros povos considerados tradicionais e a ampliação do debate sobre direitos coletivos.

Com algumas exceções, como a IFPR e a UFC, a categoria do multiculturalismo não é abordada dentro destas ementas. Esta ausência pode indicar um afastamento da abordagem em políticas públicas na implementação de direitos humanos de povos e comunidades tradicionais, sejam indígenas, quilombolas, ciganos, ribeirinhos, pescadores, faxinalenses, entre outros. Aliás, as políticas públicas para povos e comunidades tradicionais está aquém de um debate sobre ações afirmativas que transpassa ao conteúdo de algumas disciplinas optativas, sequer aparecendo nas ementas. De fato, o conteúdo das ementas tende a abordar os direitos humanos num discurso abstrato e retórico que aparenta afastar os juristas de reflexões em relação à materialização dos direitos humanos. Sem discutir políticas

públicas como meio de garantir direitos reconhecidos pelo estado, desvelam uma única função dos juristas, a judicialização.

De certa forma, pode-se afirmar que ao estudar este tema-chave projeta-se uma conduta a ser desempenhada pelo operador do direito, que é a de reconhecer e respeitar a diversidade cultural. Contudo, também projeta a estes uma busca em si mesmo de um ideal de justiça que seja aplicável a todos, sem que isso signifique aproximá-lo de métodos e técnicas que permitam de fato apreender e considerar outras interpretações na prática dos direitos humanos e de justiça. A solução diante do desrespeito à diversidade e às situações de injustiça creditadas pelo subjetivismo do jurista aponta para um caminho, a judicialização.

Em outras palavras, projeta-se uma expectativa que o jurista respeite a diversidade cultural na afirmação dos direitos humanos, sem que necessariamente considere outros ideais de justiça ou outras interpretações que possam divergir da sua própria interpretação culturalmente localizada. Projeta-se também como atuação em campo desses a judicialização como solução à violação dos direitos humanos.

Embora seja um tema em voga nos círculos acadêmicos e governamentais, não foi encontrado nenhuma menção ao termo “interculturalidade” dentro destas ementas²⁶. Esta ausência demonstra uma propensão a desconsiderar no conteúdo

²⁶ Ao pesquisar pela palavra “interculturalidade” em todas as ementas dos PPCs examinados, encontramos duas referências. A primeira refere-se a uma das quatro disciplinas eletivas consideradas do eixo comum de toda a universidade da Fundação Universidade Federal de Grande Dourados (UFGD), ao ofertar a disciplina *Interculturalidade e Relações étnico-raciais*. A segunda, ao conteúdo da ementa da disciplina eletiva *Cultura indígena e afrobrasileira* ofertada pela Universidade de Lavras (UFLA).

ensinado toda a discussão sobre atuação estatal na interação cultural, novos paradigmas que pautam as políticas indigenistas, por exemplo, bem como a implementação prática dos direitos humanos através das políticas públicas de vieses interculturais.

Por ora, superando a discussão dos temas-chaves, cabe ainda descrever os PPCs dos cursos que optaram por não criar uma disciplina específica obrigatória para trazer os conteúdos essenciais sobre antropologia. Da amostra de 49 PPCs analisada, foram 20 os cursos que se enquadram aqui. A respeito dessas se verificam, basicamente, duas situações.

A primeira questão considerada é a convergência dos conteúdos essenciais sobre antropologia com outras disciplinas do eixo fundamental, tais como a sociologia e a história do direito. Em metade destes cursos analisados aparecem as disciplinas com as seguintes nomenclaturas: *sociologia e antropologia geral, história e antropologia jurídica, fundamentos da antropologia e sociologia, sociologia jurídica e antropologia, antropologia e sociologia jurídicas e introdução à sociologia e antropologia*.

Na outra metade, a segunda situação observada é a ausência do termo antropologia no título das disciplinas. O que se verifica ou é a criação de um novo termo para abranger mais de uma disciplina do eixo de formação fundamental – tal como *introdução às ciências sociais, fundamentos das ciências sociais ou história do pensamento jurídico* – ou, então, incluem os conteúdos sobre antropologia em disciplinas consideradas com mais tradição nas ciências jurídicas – neste caso, *história do direito, sociologia jurídica/sociologia, teoria do direito, introdução ao estudo do direito e ética e direito*.

Independente de qual situação se esteja a tratar, da leitura dos PPC e posterior análise das ementas o que se extrai é uma miscelânea de conteúdos inseridos que não apresentam um padrão ou temas-chaves definidos. Em alguns casos, principalmente naqueles em que a antropologia consta no nome da disciplina, verifica-se uma propensão (e não uma regra) da

ementa apresentar conteúdos específicos sobre antropologia com mais expressividade.

Nestas, compartilhando uma carga horária restrita (geralmente um semestre para apresentar os conteúdos de mais de uma área do saber), há uma tendência maior de apresentar a história da antropologia (como ciência) estabelecendo relações com a ciência jurídica. Neste contexto, o ensino é baseado na apresentação de conceitos, tal como o conceito de antropologia e de cultura para estabelecer relação com a área do direito.

Há outros casos em que os conteúdos sobre antropologia foram incorporados nas ementas de outras disciplinas e que, por isso, a palavra antropologia não aparece no nome da disciplina. Nesses, o conteúdo das ementas varia conforme as disciplinas sob as quais estão incorporadas e se propõe a adequar-se aos conteúdos já pré-estabelecidos. Esse é o caso, por exemplo, das disciplinas de sociologia jurídica que passaram a comportar os conteúdos de antropologia. Sob estas é possível afirmar, com a cautela da variabilidade de conteúdo constatada, que a discussão sobre igualdade, diferença e diversidade estão presentes, estimulando uma visão “sócio-antropológica” do direito.

No entanto, como mencionado, não há um padrão. A UFMS, por exemplo, dispõe como disciplina obrigatória *antropologia e sociologia jurídica I* e *antropologia e sociologia jurídica II*, ministrada em 2 semestres e que possibilita o desenvolvimento dos conteúdos da antropologia e sociologia com mais profundidade. Há casos, ainda, que no teor do PPC aparecem justificativas para a incorporação dos conteúdos sobre antropologia em outras disciplinas, mas ao analisar a ementa destas disciplinas não há qualquer menção à conteúdos que remetam à antropologia ou, quando fazem, apenas mencionam a palavra “antropologia e direito” ou “cultura” sem qualquer relação de contexto ou conteúdo.

Embora nem todas as ementas apresentassem bibliografia básica e complementar, observa-se que alguns cursos, mesmo discorrendo sobre a opção de inserir os conteúdos

essenciais de antropologia em outras disciplinas, deixaram de inserir indicação bibliográfica acerca do tema no currículo. Ou seja, não há uma bibliografia sequer sobre “antropologia” – ou sequer sobre “cultura” – nas ementas que se propõe a trabalhar conteúdos essenciais de antropologia.

Conclusões

É, portanto, conclusivo nesta análise descritiva das ementas que a criação de disciplina específica e obrigatória para ministrar os conteúdos essenciais sobre antropologia fomenta um ensino e uma formação epistemológica aos juristas inclinada a reconhecerem-se dentro de uma pluralidade cultural e jurídica, baseada em uma educação em temas de direitos humanos.

A partir dos temas-chaves – diversidade cultural, pluralidade jurídica e direitos humanos – foi possível extrair os conteúdos sobre antropologia que estão incidindo na formação epistemológica dos juristas durante a prática educativa. E que, embora haja críticas (e elas sempre existirão), de uma forma geral permite-se ampliar a capacidade crítica para o exercício de habilidades e competências na formação profissional²⁷. O que não pode ser verificado naquelas disciplinas em que meramente afirmam ou incorporam os referidos conteúdos em outras disciplinas, sem desenvolvê-los com afinco.

É por isso que a carga horária dispensada na compreensão da antropologia como ciência, seu objeto de estudo e o

²⁷ Tanto a Resolução n.º 9/2004, quanto a Resolução n.º 5/2018, afirmam em seu artigo 4, que os cursos de graduação em Direito deverão possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, competências: I - leitura, compreensão e que capacitem o graduando.

desenvolvimento de discussões atreladas aos fenômenos sociais é relevante, não apenas porque impacta na atuação de campo do jurista, mas sobretudo porque auxilia na desconstrução da percepção universalizante e totalizante a respeito do direito estatal.

O tempo dispensado para formar os estudantes não pode se resumir ao tempo dispensado para a transferência de conceitos. Ensinar os conteúdos “não é transferir conhecimento”, assim como formar não “é ação pela qual um sujeito criador dá forma, estilo ou alma a um corpo indeciso e acomodado”, como explica Paulo Freire (2013, p.24-25). Para o educador, ensinar é criar possibilidades para a própria produção do conhecimento ou sua construção e “uma das condições necessárias a pensar certo é não estarmos demasiado certos de nossas certezas”.

É preciso tempo para repassar conteúdos, mas em especial para criar possibilidades para a própria produção ou construção do conhecimento pelos formandos. Para alcançar esse objetivo, a prática formadora deve preparar a aluna e o aluno a “pensar certo”²⁸ e para isto, precisa de tempo, dedicação.

²⁸ Nas palavras de Paulo Freire, “pensar certo, [...], demanda profundidade e não superficialidade na compreensão e na interpretação dos fatos. Supõe a disponibilidade à revisão dos achados, reconhece não apenas a possibilidade de mudar de opção, de apreciação, mas o direito de fazê-lo. Mas como não há pensar certo à margem de princípios éticos, se mudar é uma possibilidade e um direito, cabe a quem muda – exige o pensar certo – que assume a mudança operada. Do ponto de vista do pensar certo não é possível mudar e fazer de conta que não mudou. É que todo pensar certo é radicalmente coerente” (FREIRE, op. cit., 2013. p.35).

Quando praticado o pensar certo, o jurista desenvolve outras potencialidade e capacidades. Consciente de sua singularidade cultural, de ser um ser inacabado, tornam-se aptos a questionar a realidade dada, a problematizar o conformismo, a autocriticar sua própria cultura e superar a curiosidade ingênua pela ampliação da capacidade crítica de aprender agindo coerentemente.

Esse parece ser um caminho, dentre muitos que possam existir para chegar a uma identificação do “perfil do graduando” condizente com os objetivos das diretrizes curriculares do curso de graduação de direito – que perpassa por uma “sólida formação geral, humanística, capacidade de análise, [...] de argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais”, e também “domínio das formas consensuais de composição de conflitos, aliado a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem, autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício do Direito, à prestação da justiça e ao desenvolvimento da cidadania”²⁹. Ou mesmo uma formação profissional apta a revelar “pelo menos, as competências cognitivas, instrumentais e interpessoais, que capacitem o graduando a: [...] desenvolver a cultura do diálogo e o uso de meios consensuais de solução de conflitos [...]; aceitar a diversidade e o pluralismo cultural” ou mesmo “desenvolver a capacidade de trabalhar em grupos formados por profissionais do Direito ou de caráter interdisciplinar”³⁰.

Por isso, mesmo as disciplinas que insiram em sua denominação o termo “antropologia”, mas que compartilhem numa mesma disciplina estes conteúdos com outros do eixo de

²⁹ Resolução n.º 5, de 17 de dezembro de 2018, art. 3, caput.

³⁰ Resolução n.º 5, de 17 de dezembro de 2018, art. 4, caput e incisos VI, X e XIII.

formação fundamental, não se apresentam como suficientes sequer para desenvolver as três temas-chaves – muito menos de ampliar a capacidade crítica de aprender e construir conhecimentos que venha a tornar o campo jurídico mais humanístico, justo ou cidadão.

Não é nada incomum as narrativas de recém egressos das faculdades e programas de pós-graduação em direito descrevendo o desconhecimento ou o pouco domínio de conteúdos sobre antropologia, principalmente quando refletindo sobre “*antropologia jurídica*” na sua atividade profissional. A privação de uma formação no sistema educativo superior de conteúdos que envolvam a diversidade cultural – e com ela a diversidade linguística, jurídica, epistemológica, de gênero, de crença e valores – retira a possibilidade de formar profissionais com capacidades satisfatórias ao exercício prático, que supere uma reprodução atrasada, limitada e colonial.

A descrição trazida das ementas não objetivou alcançar uma análise do cumprimento prático do seu conteúdo prescritivo pelo educador ou a “identificação do perfil do formando” destes cursos abordados. Esta tarefa implicaria noutros objetivos e noutras técnicas de pesquisa e, conseqüentemente, noutra pesquisa. No entanto, tanto o silenciamento dos conteúdos de antropologia nas ementas, quanto a própria ausência de disciplinas específicas e obrigatórias para o desenvolvimento destes conteúdos demonstraram claramente que as próprias diretrizes nacionais estão parcialmente sendo observadas. Não é o acréscimo da palavra “antropologia” na ementa que concretizará os objetivos para os quais foram pensadas, trazendo com isso impactos no perfil do formando.

Localizar culturalmente o direito estatal – com uma dentre tantas outras culturas jurídicas coexistentes no território estatal – contribui para a formação de juristas atentos às dinâmicas culturais e ao respeito à diferença (porque a percebe). E mais, permite o debate das relações travadas entre culturas jurídicas dentro do Estado, construindo bases e conhecimentos

que tornem efetivos procedimentos jurídicos menos impositivos e violentos e mais dialógicos, igualitários, decoloniais.

Além disso, a vinculação do término *antropologia jurídica* como nome da disciplina tende a fixar conteúdos mínimos, contribuindo para a sua sedimentação enquanto linha de pesquisa. A fixação de conteúdos mínimos estimula o debate e o próprio aprimoramento da ciência jurídica, viabilizando o interesse de novos pesquisadores no desenvolvimento de estudos e pesquisas a respeito desses temas, avançando.

Conforme Thais L. Colaço (2011, p.38-39), a existência de uma disciplina de antropologia jurídica – e não uma disciplina específica de antropologia – apresenta-se como mais apropriada, pois ao trazer contribuições teóricas e práticas, levam os alunos de direito “a refletirem e tornarem-se conscientes de situações concretas da nossa sociedade heterogênea, pluriétnica” e intercultural. O ensino da antropologia jurídica, segundo a pesquisadora, “vem proporcionar a humanização do direito; o afloramento da sensibilidade, da solidariedade, da alteridade, da tolerância e da compreensão do ‘outro’”. Com a pesquisadora e docente, concordamos.

Não restam dúvidas que as universidades ainda desempenham um papel na construção de sujeitos capazes de conviver diante da pluralidade cultural (e jurídica), gerando meios de superar os conflitos e garantir a todos, por serem humanos, condições de vida digna capaz de romper com as divisões abissais da realidade (MENESES, 2008).

Referências

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. **Sistema E-MEC** - Manual para preenchimento de processos de autorização de cursos de graduação na modalidade presencial. Dezembro, 2015. Disponível em: <<http://emec.mec.gov.br/documentospublicos/Manuais/40.pdf>>. Acesso em 06 ago. 2018.

COLAÇO, Thais Luzia. O despertar da antropologia jurídica. In: COLAÇO, Thais Luzia (org.). **Elementos de antropologia jurídica**. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 45 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2013.

LUNELLI, Isabella Cristina. **Estado intercultural de direito: contribuições da antropologia jurídica latino-americana para o direito à autonomia indígena**. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2019.

MENESES, Maria Paula. Epistemologias do sul. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Coimbra, Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, n.80, março 2008.

Decreto n.º 6.040, de 7 de fevereiro de 2007.

Decreto n.º 8.750, de 9 de maio de 2016.

Resolução CNE/CES n.º 9, de 29 de setembro de 2004.

Resolução CNE/CES n.º 5, de 17 de dezembro de 2018.

Resolução CNE/CES n.º 2, de 19 de abril de 2021.

MITO EVOLUCIONISTA: selvageria, barbárie, civilização e o racismo científico

Antonio Guimarães Brito¹

Introdução

Este texto é originário de um pequeno trecho da tese doutoral defendida em 2010, sob orientação da professora Thais Colaço. Especificamente trata da primeira escola da antropologia no século XIX, depois dos cronistas das viagens para o tal “novo mundo”.

Relata e tem como objetivo analisar o mito do evolucionismo, suas etapas e relações e interfaces com o mundo das ciências, tendo como resultado a verificação do eurocentrismo, do racionalismo cristão e racial que dominou os discursos do conhecimento. Adotou-se método histórico numa perspectiva crítica decolonialista, elaborando uma espécie de genealogia do conhecimento científico afinado com as práticas de empoderamento e dominação. As fontes foram bibliográficas.

O selvagem a-histórico

Em um primeiro momento, a ideia dos colonizadores sobre os nativos do “novo mundo” possui uma noção

¹ Doutor em Direito pela UFSC. Professor Associado da Universidade Federal do Rio Grande. Participou de 2006 a 2010 do GPAJU.

explicitamente de selvageria. Os povos indígenas são vistos como selvagens. Essa é a perspectiva dos primeiros cronistas e dos grandes debates teológicos e jurídicos travados na Europa. Selvagens em virtude da clara e rente proximidade dessas criaturas com o meio natural, as selvas e matas. Barbárie e selvageria são utilizadas como sinônimos, uso comum para todos aqueles homens estranhos recém-descobertos. Com raríssimas exceções, a imagem do selvagem é a da versão mais baixa do humano, quando não, a exclusão total da humanidade, condição entre o animal e o humano. Como observa Gerbi:

O selvagem é débil e pequeno nos órgãos da reprodução; não tem pelos nem barba, nem qualquer ardor por sua fêmea: embora mais ligeiro que o europeu [...] é muito menos forte de corpo; é igualmente bem menos sensível e no entanto, mais crédulo e covarde; não demonstra qualquer vivacidade, qualquer atividade d'alma [...] Prive-o da fome e da sede e terá destruído simultaneamente o princípio ativo de todos os seus movimentos; ele permanecerá num estúpido repouso sobre suas pernas ou deitado durante dias inteiros (1996, p. 21).

Duas posições surgem na intelectualidade moderna sobre os indígenas, a primeira, em bem menor escala, na qual se posicionam os românticos utópicos sobre a condição dos selvagens. Para esses, muito mais preocupados em criticar suas sociedades, o selvagem se revela na versão do homem puro, adâmico, criatura feliz que vive no paraíso, sem maldade, sem os vícios de uma Europa vil tomada por pestes e guerras religiosas. Trata-se de uma caricatura romantizada, idealizada, estranha à verdadeira realidade dos povos indígenas. Por outro lado, uma segunda concepção, essa sim, predominante, em que o selvagem é a afronta da imagem religiosa e antropocêntrica do homem. D'Alembert e Diderot, na famosa *Encyclopédia*, referem-se

aos nativos do “novo mundo”, no verbete espécie humana, como “[...] todos esses povos são feios e grosseiros, superficiais e estúpidos.” (SILVEIRA, 1999, p. 97). Há um forte sentido perante os selvagens, como seres que não pertencem à história humana. O selvagem é um ser a-histórico, criatura que não se humanizou, distante de maneira radical do parâmetro humano que processualmente vai se construindo na Europa, primeiro pelos dogmas religiosos judeus-cristãos e depois pelo triunfo do projeto iluminista.

O famoso debate de Valladolid é uma discussão acerca da condição selvagem dos índios, e, quando se utiliza a expressão barbárie, é no sentido puramente de selvageria. Ainda não estava presente nenhuma perspectiva teórica baseada em estágios humanos, ou seja, a escola evolucionista somente no século XIX apresentou suas premissas. Os primeiros relatos sobre a natureza dos indígenas são no sentido de selvagens, termo utilizado em pé de igualdade com o da barbárie. Apenas mais tarde, selvageria e barbárie assumiram posições específicas, e a expressão de homem primitivo começou a ser utilizado com frequência.

O primitivo: Tylor, Morgan e Frazer

Foi a partir dos fundadores da antropologia como ciência social própria, que os termos selvagem e bárbaro tornam-se categorias distintas. Trata-se da fase clássica da antropologia. Nesse período histórico, o centro civilizatório europeu estava profundamente influenciado pela revolução industrial, pelo liberalismo e pelo neocolonialismo. Diante desse contexto, a sociedade dita complexa, por ser uma sociedade de mercado, de estado e de escrita, enfrentou dois grandes desafios: por um lado, em solo europeu, os conflitos sociais originários das lutas de classes, introduzido a partir da indústria, do proletário e dos donos dos meios de produção. O processo de industrialização trouxe consigo tensões sociais de natureza classista. Por outro

aspecto, a expansão industrial acarretou a expansão do colonialismo, tanto em busca de matéria-prima como também de novos mercados, consequência inevitável do aumento da produção industrial.

Em outras palavras, a sociedade industrial civilizada possuiu no século XIX dois problemas: um interno – a luta de classes –, outro externo – os povos não-civilizados. Impulsionado pelo imperativo histórico, surgiu, então, na sociedade civilizada, duas ciências sociais irmãs: a Sociologia, com a tarefa de interpretar, acomodar e resolver as questões derivadas das lutas de classe e a antropologia, com a missão de melhor compreender os povos não-civilizados, permitindo, dessa forma, o expansionismo colonial e comercial. Assim, a partir do século XIX, surgiram os verdadeiros primeiros antropólogos, e não mais cronistas de viagem, meramente descritivos, importantes sem dúvida, mas sem conteúdo teórico necessário para o fortalecimento de uma ciência. É nesse momento, que a antropologia se forma como ciência, com arcabouço teórico e uma produção bibliográfica muito rica (LAPLANTINE, 2003; LARAIA, 2004; MARCONI, 2005; SHIRLEY, 1987).

A primeira proposição da antropologia surgiu, portanto, com base nas ideias evolucionistas de Darwin e Spencer e, nesse sentido, o selvagem e o bárbaro se encaixavam como representantes de um estágio humano que, invariavelmente, obedecia a um plano geral e universalista do processo civilizatório. Surgiu, então, o evolucionismo, que teve na antropologia uma ampla divulgação e notoriedade. Como observa Matias (2008, p. 2), há nas ideias evolucionistas uma “vinculação entre escalas de tempo e concepções sobre a história humana, adoção de um método comparativo de análise que pretende mapear o percurso evolutivo de cada sociedade”. No cerne da tese evolucionista, há a ideia geral de uma linha histórica ascendente, definidora do destino humano, dividida em estágios, que engloba a humanidade por inteiro. Os povos considerados antes selvagens ou bárbaros passaram a fazer parte da humanidade, mas

em estágios próprios, em níveis ainda de atraso, no comum plano civilizatório. O evolucionismo leva a crer que todos os povos estão condenados ao processo civilizatório, por se tratar do destino humano comum. A civilização é a superação progressiva do estágio da selvageria e da barbárie. Nessa escala, a humanidade inteira caminha em seus primórdios pela selvageria, atinge posteriormente a barbárie e, finalmente, triunfa ao chegar à civilização. Nessa análise, as culturas são hierarquizadas, medidas, catalogadas, mensuradas, uma verdadeira tipologia do humano.

São muitos os evolucionistas do século XIX, na verdade, quase todos cientistas sócios compartilhavam em algum aspecto das teses do evolucionismo, entre eles, aqueles que no meio da Antropologia tiveram ampla divulgação, podem-se citar: Spencer (1820-1903), Maine (1822-1888), Tylor (1832-1917), Frazer (1854-1941), McLennan (1827-1881), Morgan (1818-1881), Bastian (1826-1905), Wundt (1832-1920) e Bachofen (1815-1887).

Ressalta-se, porém, que, apesar do prestígio formidável do naturalista inglês Darwin e sua obra *Sobre a origem das espécies por meio da seleção natural; ou, a preservação das raças favorecidas na luta pela vida*, publicada em 1859, coube principalmente a Spencer influenciar a maioria dos antropólogos evolucionistas, como Bachofen, Maine, Fustel de Coulanges, McLennan, Morgan e Tylor (CASTRO, 2005). Sobre o termo evolucionismo, Castro explica que “o grande responsável por sua popularização foi Herbert Spencer, que já havia usado a palavra evolução em seu livro *Social Statics* (Estática Social), de 1851” (2005, p. 26). Ainda, nesse sentido, observa Castro que “[...] as idéias filosóficas de Spencer levavam à disposição de todas as sociedades conhecidas segundo uma única escala evolutiva ascendente, através de vários estágios. Essa se tornaria a ideia fundamental do período clássico do evolucionismo na antropologia” (2005, p. 26).

Na mesma direção, explica Lévi-Strauss que “os dois fundadores do evolucionismo social, Spencer e Tylor,

elaboraram e publicaram a sua doutrina anteriormente a origem das espécies ou sem ter lido esta obra” (1952, p. 27).

Dentre esses autores, três são fundamentais para o evolucionismo, e de uma certa forma, para o surgimento da antropologia em sua totalidade: Morgan, Tylor e Frazer. São eles os fundadores do evolucionismo antropológico. Como aponta Castro (2005, p. 08), Morgan, Tylor e Frazer possuem elementos que os credenciam a integrar o panteão dos fundadores da antropologia. Ambos os autores partem de uma representação da história da humanidade por etapas sucessivas e autoexplicativas (MATIAS, 2008). Há uma unicidade e homogeneidade para o destino de todos os povos. Como explica Matias “[...] é o enfoque sobre o conceito de cultura como elemento derivado de uma homogeneidade qualitativa, histórica, mental, e moral da humanidade, que pode variar em graus, em diversos estágios [...]” (2008, p. 5), que configura a base do pensamento desses três autores fundamentais do evolucionismo clássico. Morgan, Tylor e Frazer se ocuparam, de certa forma, de algumas categorias diferenciadas, pois, por exemplo, enquanto Morgan baseou-se nas relações de parentesco e dos processos técnicos para identificar os estágios da selvageria, barbárie e civilização, Tylor recorreu à magia, religião e ciência como critério classificatório do processo evolutivo. Nesse mesmo sentido, observa Evans-Pritchard que “embora Tylor tenha traçado as mudanças que tiveram lugar na forma de funções da magia, religião e ciência ao longo das épocas, [...] Frazer traçou o progresso do pensamento humano através de graus estratificados de desenvolvimento unilinear” (1981, p. 190).

Lewis H. Morgan nasceu nos Estados Unidos em 1818, filho de proprietário rural, formou-se em direito em 1824, exerceu a advocacia, chegou a fazer pequena fortuna, trabalhando para uma empresa de estrada de ferro e mineradora, e teve uma discreta vida política como senador pelo partido republicano (CASTRO, 2005). No entanto foi, sobretudo, como antropólogo que tomou notoriedade, principalmente com sua importante

obra intitulada *Ancient Society*, publicada em 1877, e marco fundamental para o evolucionismo antropológico (CASTRO, 2005). Como constata Laplantine, “o evolucionismo encontrará sua formulação mais sistemática e mais elaborada na obra de Morgan e particularmente em *Ancient Society*, que se tornará o documento de referência adotado pela imensa maioria dos antropólogos do final do século XIX” (2003, p. 66). Também em relação a isso, Marconi e Presotto ponderam que “embora outros autores tenham estabelecido uma ordem sucessiva de etapas ou estágios culturais, a sucessão mais detalhada é a do esquema esboçado por Morgan” (2005, p. 247).

A repercussão da obra *Ancient Society* é imensa no século XIX, inclusive, influenciando Marx e Engels, e a este de tal forma que serviu de referência absoluta a seu texto *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. Para Marx, o texto de Morgan é uma alusão categórica ao materialismo histórico. Para Engels, a importância de Morgan para o estudo das sociedades primitivas se equiparava à teoria da evolução de Darwin para a biologia e à teoria da mais-valia de Marx para a economia política. O livro *Ancient Society* era para Engels uma interpretação comunista e materialista da história (CASTRO, 2005). A afinidade teórica marxista com as ideias de Morgan se justifica pela importância dada pelo antropólogo à propriedade privada, como também pelo determinismo histórico (CASTRO, 2005). Referente a isso, Morgan destaca:

A ideia de propriedade foi lentamente formada na mente humana, permanecendo em estado nascente e precário por imensos períodos de tempo. Surgindo durante a selvageria, requereu toda a experiência daquele período e da subsequente barbárie para desenvolver-se e preparar o cérebro humano para a aceitação de sua influência controladora. Sua dominância, como uma paixão acima de todas as outras, marca o começo da civilização. Ela não

apenas levou a humanidade a superar os obstáculos que atrasavam a civilização, mas também a estabelecer a sociedade política baseada no território e na propriedade. Um conhecimento crítico sobre a evolução da ideia de propriedade incorporaria, em alguns aspectos, a parte mais notável da história mental da humanidade (2005, p. 52).

Matias entende também que “a vinculação entre tempo e história, que Morgan realiza, parte de uma concepção de uma filosofia da história como devir, como um ente que fornece a significação concreta e objetiva dos processos” (2008, p. 3). Encontram-se em Morgan dois elementos fundamentais: a noção determinista e materialista da história. Como escreve o próprio Morgan, “A história da raça humana é uma só, na fonte, na experiência, no progresso” (2005, p. 44). Em relação a isso, adverte Matias, que a perspectiva de Morgan é a “[...] de uma concepção unilinear da história, como identificação de um caminho ascendente do estágio humano da selvageria, passando pelo estágio da barbárie, chegando ao estágio da civilização como uma etapa final da história humana” (2008, p. 3).

Morgan, em *Ancient Society*, divide a história em períodos étnicos, resumidamente em: selvageria inferior, intermediária e superior; barbárie inferior, intermediária e superior; e civilização. Cada período corresponde a um avanço técnico como, por exemplo: a invenção do arco e flecha no período final da selvageria; a invenção da arte de cerâmica como início da barbárie; o cultivo irrigado como período intermediário da barbárie; a invenção da fundição do minério de ferro como período final da barbárie; e a invenção do alfabeto fonético como início da civilização (MORGAN, 2005).

Por intermédio desse processo sucessivo de estágios, e obrigatoriamente de acumulação de experiência, forma-se uma cadeia evolutiva direcionada ao progresso humano, cujo destino é o modelo de sociedade europeia, iluminista e

posteriormente industrial. A civilização é a referência da superioridade humana, fruto de um processo universal de acumulação.

Nesse sentido, os povos se encontram no mundo em estágios diferentes, uns na civilização, outros na barbárie, e ainda alguns na selvageria. Esse passa ser o problema fundamental da pesquisa na perspectiva evolucionista, “[...] porque outras tribos e nações foram deixadas para trás na corrida para o progresso - algumas na civilização, algumas na barbárie e outras na selvageria” (MORGAN, 2005, p. 44).

Segundo Matias, “[...] é a análise sobre os problemas de desenvolvimento desigual dos povos, uma vez que partiram de condições gerais, relativas a toda a humanidade, ou seja, o questionamento sobre as razões do “atraso” de algumas sociedades em relação a outras” (2008, p. 4), pergunta sem resposta dos evolucionistas. De qualquer forma, o trabalho notável de Morgan foi fundamental e teve extraordinária difusão nos círculos intelectuais. Como destaca Viveiros de Castro:

a divisão de Morgan em sociedades de caçadores-coletores (selvageria), sociedades agrícolas (barbarismo) e sociedades industriais ou complexas (civilização), que foi incorporada pelo pensamento marxista e desenvolvida pelas teorias neo-evolucionistas” adquiriu uma cidadania antropológica plena como teoria (2002, p. 307).

O segundo grande nome do evolucionismo do século XIX, sem dúvida, é Edward Tylor. Nascido em 1832, na Inglaterra, em uma próspera família, Tylor nunca chegou a cursar uma universidade, contudo, pela sua produção e pela difusão de suas pesquisas, tornou-se professor de antropologia em Oxford e também presidente do *Royal Anthropological Institute* (CASTRO, 2005). Sua grande obra, que teve maior repercussão, foi *Primitive Culture: researches into the development of mythology*,

philosophy, religion, language, art and custom, publicada em 1871. Por muitos, Tylor é considerado o pai da antropologia cultural (CASTRO, 2005), por ter sido um dos primeiros a tentar definir um conceito formal e científico de cultura.

Tylor tinha como objetivo classificar a cultura, considerando os estágios de desenvolvimento e sua relação com o tempo e a história humana (MATIAS, 2008). O antropólogo introduziu o conceito de sobrevivências, ou seja, o resíduo acumulado da experiência humana que se comunica de estágio a estágio. Cada processo de desenvolvimento humano herda de estágios anteriores o conhecimento acumulado. Assim, todos os povos estão alinhados em um processo universal de comunicação e de aprendizagem sucessiva, da selvageria, à barbárie e à civilização. Tylor definiu sobrevivências como opiniões, processos e costumes, entre outros, que, em virtude do hábito, continuavam a existir em um novo estado de sociedade o qual se diferenciava daquele do qual se originaram.

Tylor dá especial atenção à religião, à magia e à ciência, como fases do processo evolutivo ascendente. As crenças dos povos primitivos, para Tylor, representava a “[...] origem das sobrevivências – termo forjado por Tylor – que continuam existindo nas sociedades civilizadas” (LAPLANTINE, 2003, p. 68). Aspectos imateriais da cultura foram mais explorados por Tylor, diferentemente de Morgan, que utilizou demasiadamente as técnicas de produção como referencial evolutivo. Para Tylor, os costumes são fundamentados por crenças, que se transmitem cumulativamente por meio dos processos de sobrevivência, em todas as culturas. Como explica Marconi e Presotto (2005, p. 246):

Em seu livro *Primitive culture* (1865), Tylor centrou seu interesse na religião, no folclore e em outros aspectos não materiais da cultura. Empregou o termo sobrevivência, significando processos, costumes, opiniões etc., que foram transmitidos de um estágio

originário para outro da sociedade, por força do hábito [...] Atribui aos antropólogos a tarefa de estabelecer, de modo geral, uma escala da civilização, colocando as nações europeias em um extremo da série social e, na outra, as nações selvagens. Achava que as instituições humanas eram distintamente estratificadas, tal como as diferentes camadas da terra, que se sucedem em séries uniformes por todo o globo, independentemente das raças ou da linguagem.

No mesmo sentido de Tylor, James George Frazer é considerado um dos fundadores do evolucionismo antropológico. Nascido na Escócia em 1854, filho de um farmacêutico de classe média, Frazer ganhou grande notoriedade e prestígio por sua obra *The golden Bough*, isto é, Ramo de Ouro, publicada em 1890 (CASTRO, 2005). Essa obra chegou a ser editada em sua terceira edição entre 1911 e 1915 com 13 volumes, com mais de 4.000 páginas de texto. Frazer esteve em grande parte de sua vida acadêmica ligado a Cambridge, vindo a ocupar, posteriormente, a cadeira de antropologia social na Universidade de Liverpool (CASTRO, 2005). Em sua obra *The golden Bough*, realizou um estudo vasto sobre mitologia, mais especificamente sobre a sucessão do sacerdócio no templo do bosque de Nemi, próximo a Roma (CASTRO, 2005). Trata-se, nas palavras de Laplantine, da “[...] melhor síntese de todas as pesquisas do século XIX sobre crenças e superstições” (2003, p. 68). Ainda, acrescenta Laplantine, que “Frazer retrata o processo universal que conduz, por etapas sucessivas, da magia à religião, e depois, da religião à ciência” (2003, p. 68). A magia, para Frazer, representa a fase anterior da história do espírito humano, substituída posteriormente pela religião e, finalmente, pela ciência.

Frazer propõe uma teoria do progresso evolucionário da humanidade por estágios de magia, religião e ciência. Utiliza o método comparativo e entende que “[...] um selvagem está para

um homem civilizado assim como uma criança está para um adulto” (2005, p. 108). Para Evans-Pritchard, “além de padecer da influência das teorias psicológicas e evolucionistas correntes, a exposição de Frazer padecia igualmente das deficiências metodológicas correntes” (1981, p. 194). A deficiência metodológica trata-se do método comparativo, adotado pelo evolucionismo de uma forma geral. Isso é bem definido para Frazer, o qual considerava “[...] a bem estabelecida similaridade do funcionamento da mente humana em todas as raças de homens” (2005, p. 120). O objetivo da antropologia era descobrir as leis gerais “que regulavam a história humana no passado e que, se a natureza for realmente uniforme, é de se esperar que a regulem no futuro” (FRAZER, 2005, p. 104).

Evolucionismo: do marxismo à psicanálise

A teoria evolucionista do século XIX ultrapassa as discussões da antropologia e, praticamente, torna-se referência teórica para os demais campos de investigação humana. Essa ideia da barbárie entre a selvageria e a civilização também é adotada por Engels em *A origem da Família, da propriedade privada e do Estado*, por Hegel em *Introdução à filosofia da história*, e pela maioria dos antropólogos do século XIX. Como indica Giddens “[...] a primeira fase da antropologia foi uma taxonomia do estranho, e frequentemente evolucionista” (1997, p. 120). A classificação de Parsons (1969) em sociedade primitiva e complexa, a diferenciação entre comunidade e sociedade de Tonnies e a discussão entre solidariedade orgânica e mecânica de Durkheim (1999) na *Divisão do Trabalho Social* revelam na sua essência a ideia evolucionista, de povos “primitivos” versus a sociedade complexa do ponto de vista tecnológico. Da mesma forma Sumner-Maine, em *Ancient Law*, sustenta que a sociedade “primitiva” evoluiu do *status* para o contrato (EVANS-PRITCHARD, 1981). Certas categorias são clássicas do pensamento dicotômico antropológico como, por exemplo, o conflito

entre o primitivo e o civilizado ou o tradicional e o moderno. Nesse sentido, Viveiros de Castro (2002) destaca como categorias dualistas do pensamento antropológico: a questão do parentesco *versus* o território em Morgan; *status* e contrato em Maine; solidariedade mecânica e orgânica em Durkheim; comunidade *versus* sociedade em Tonnies; sociedades simples e complexas de acordo com Spencer; dom e mercadoria ou dom e contrato em Mauss; tradicional e racional em Weber; holismo e individualismo em Dumont; história fria e quente ou pensamento selvagem *versus* domesticado em Lévi-Strauss.

Para Millar (1735-1801), as sociedades humanas estavam divididas em quatro estados, ou estágios: caçadores, pescadores, pastores e agricultores; para McLennan, (1827-1881), a reconstrução da história é possível considerando que todos os povos passam pelos mesmos estágios; e Maine acreditava firmemente no método histórico e comparativo (EVANS-PRITCHARD, 1981). Ainda, explica Evans-Pritchard, “Durkheim era um fanático evolucionista que queria explicar os fenômenos sociais em termos de origens pseudo-históricas” (1981, p. 211). Por sua vez, Laplantine acrescenta:

Em 1861, Maine publica *Ancient Law*; em 1861, Bachofen, *Das Mutterrecht*; em 1864, Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*; em 1865, MacLennan, *O Casamento primitivo*; em 1871, Tylor, *A Cultura Primitiva*; em 1877, Morgan *A Sociedade Antiga*; em 1890, Frazer os primeiros volumes do *Ramo de Ouro*. [...] Todas essas obras, que tem uma ambição considerável – seu objetivo não é nada menos que o estabelecimento de um verdadeiro corpus etnográfico da humanidade – caracterizam-se por uma mudança radical de perspectiva em relação à época das luzes: o indígena das sociedades extra-europeias não é mais o selvagem do século XVIII, tornou-se o primitivo, isto é, o ancestral do civilizado, destinado

a reencontrá-lo. A colonização atuará nesse sentido. Assim a antropologia, conhecimento primitivo, fica indissociavelmente ligada ao conhecimento da nossa origem, isto é, das formas simples de organização social e de mentalidade que evoluíram para as formas mais complexas das nossas sociedades. [...] Procuremos ver mais de perto em que consiste o pensamento teórico dessa antropologia que se qualifica de evolucionista. Existe uma espécie humana idêntica, mas que se desenvolve (tanto em suas formas tecno-econômicas como nos seus aspectos sociais e culturais) em ritmos desiguais, de acordo com as populações, passando pelas mesmas etapas, para alcançar o nível final que é o da civilização (2003, p. 65).

Os fundamentos principais do evolucionismo clássico podem se dividir em alguns tópicos. Primeiramente, a ideia central da universalidade dos períodos sucessivos, de estágio a estágio. Esse modelo permitia uma análise de toda a sociedade humana. Em essência, essa trajetória era unilinear e ascendente (CASTRO, 2005). Outro aspecto é o método comparativo, utilizado por todos os evolucionistas do século XIX. Cultura era utilizada no singular, como um projeto único, basicamente entendida como civilização. Ainda, para completar o quadro teórico evolucionista, a noção de sobrevivências, ou seja, o resíduo acumulado e sucessivamente transmitido nessa trajetória evolucionista (MARCONI; PRESOTTO, 2005). Conforme destacam Marconi e Presotto, para Frazer, “[...] o selvagem é um documento humano, um registro dos esforços do homem para se elevar acima do nível da besta” (2005, p. 121). Os autores complementam: “em suma, a selvageria é a condição primitiva da humanidade, e, se quisermos entender o que era o homem primitivo, temos que saber o que é o homem selvagem hoje” (FRAZER, 2005, p. 107-108).

Outros dois aspectos importantes devem-se destacar da teoria evolucionista clássica: o caráter profundamente eurocêntrico de suas premissas e o fim político colonialista. A maior crítica ao evolucionismo é feita nas palavras Laplantine quando destaca que “[...] o evolucionismo aparece logo como a justificação teórica de uma prática: o colonialismo” (2003, p. 69).

O evolucionismo implica uma visão curta sobre a diversidade humana, reproduzindo a perspectiva etnocêntrica do projeto civilizatório, ou do projeto colonialista, pois ambas as palavras se confundem em sua dimensão histórica. A humanidade não possui uma direção, “[...] não evolui num sentido único. E se em determinado plano, esta parece estacionária ou mesmo regressiva, isso não quer dizer que, sob outro ponto de vista, ela não seja sede de importantes transformações” (LÉVI-STRAUSS, 1952, p. 78).

A ideia de povos na infância da humanidade, como queria a teoria evolucionista, não existe do ponto de vista da diversidade humana. Isso porque passou-se a utilizar os parâmetros técnicos da sociedade industrial para medir o avanço humano dos povos, equívoco determinante da teoria evolucionista. Adverte Lévi-Strauss que, “todas as vezes que somos levados a qualificar uma cultura humana de inerte ou de estacionária, devemos, pois, perguntamo-nos se este imobilismo aparente não resulta da nossa ignorância sobre os seus verdadeiros interesses” (1952, p. 50). Torna-se evidente que os interesses humanos são diferentes entre uma sociedade industrial comparada com os povos considerados pelo evolucionismo como primitivos, ou bárbaros. É que a sociedade europeia, iluminista e industrial, passou a ter na produção e no gasto de energia seu parâmetro de desenvolvimento, ou seja, os meios mecânicos, e agora tecnológicos, são os únicos critérios adotados como padrão humano. Agora, por outro lado, em outros territórios, como o das relações humanas, da organização política, das questões ambientais, espirituais e estéticas, a diversidade cultural humana possibilita outras formas de aprendizagem e crescimento.

Como no caso do parentesco, exemplifica Lévi-Strauss, que sobre a organização da família “[...] os australianos, atrasados no plano econômico, ocupam um lugar tão avançado em relação ao resto da humanidade, que para compreender os sistemas de regras por eles elaborados [...] têm-se que apelar para as formas mais refinadas das matemáticas modernas” (1952, p. 53).

Isso significa que a ideia das sobrevivências, defendida por Tylor, parece ser infundada, pois as transformações sociais não obedecem a nenhum critério cumulativo, pois: “A humanidade em progresso nunca se assemelha a uma pessoa que sobe uma escada, acrescentando para a cada um dos seus movimentos um novo degrau a todos aqueles já anteriormente conquistados” (LÉVI-STRAUSS, 1952, p. 41). A humanidade, considerando a diversidade cultural dos povos, caminha em direções anacrônicas, assimétricas, às vezes pontos em comuns, outros completamente desiguais e independentes. Contudo, as ideias evolucionistas atingiram no século XIX um poder de difusão extraordinário, influenciando as bases teóricas fundamentais, como o materialismo histórico e a própria psicanálise. Darwin, Marx e Freud possuem no substrato de suas teorias o evolucionismo antropológico. Como acrescenta Laplantine, “disso decorre a identificação – absolutamente incontestada tanto pela primeira geração de marxistas quanto pelo fundador da psicanálise – dos povos primitivos aos vestígios da humanidade” (2003, p. 66). Ocorre que o evolucionismo clássico da antropologia é o resultado de um processo histórico da dominação colonialista, cuja fundamentação teórica iluminista tratou-se de um racismo científico completamente eurocêntrico. O evolucionismo não se esgotou no século XIX, posteriormente, criou escola, século XX, sobretudo com Leslie A White, Gordon Childe, Julian Steward e outros nomes expressivos do neoevolucionismo (MARCONI; PRESOTTO, 2005).

Racismo Científico

Desde o século das luzes, a imagem do homem branco superior foi referendada pela ciência, desde naturalistas, médicos, físicos e artistas. Como expõe Silveira:

Em 1758, Lineu em sua célebre obra *Systema Naturae*, classificou o ser humano em quatro grandes tipos: O homem branco como sanguíneo, ardente, cabelos louros, abundantes, olhos azuis, leve, fino, engenhoso, que usa roupas estreitas, e é regido pelas leis. Já o homem asiático como melancólico, severo, fastoso e avaro, regido pela opinião. O homem americano é apresentado como vermelho, bilioso, cabelos negros, lisos e abundantes, narinas amplas, queixo quase imberbe, teimoso, alegre, erra em liberdade, pinta-se de linhas curvas vermelhas, e é regido pelos costumes. Finalmente o homem africano, com cabelos crespos, lábios grossos, pele oleosa e nariz simiesco, de temperamento indolente, de costumes dissolutos [...] vagabundo, preguiçoso, negligente (1999, p. 90).

Com a ascensão da burguesia e as revoluções políticas do século XVIII, a ciência passou a deter a prerrogativa da verdade sobre a natureza humana. O cientista torna-se definitivamente uma espécie de oráculo da modernidade, sua palavra possui força de lei. Dessa forma, o projeto civilizatório, como autoconsciência da corte, de fundo iluminista, e servindo aos interesses políticos do colonialismo, tem na ciência e nas letras sua última palavra. A grande maioria dos cientistas do século XVIII e XIX defende algum tipo de racismo científico. A modernidade depende do cientista, como o evolucionismo do racismo científico. Médicos, químicos, físicos, astrônomos, todos são figuras notórias e públicas. Segundo Silveira, “[...] os químicos

Lavoisier, Fourcroy, Chaptal e Berthollet, os matemáticos Condorcet, Laplace, Monge e Fourier, os naturalista Saint-Hilaire, Lamarck, Cuvier e Lacépède, os astrônomos Bailly, Lalande, e Delambre, os físicos Borda e Coulomb” (1999, p. 92), todos assumiram postos políticos e administrativos no período pós-revolucionário. O autor também acrescenta que, "o cientista, desde então, tornou-se um homem público da maior importância, sem o qual a modernidade nunca poderia ter sido construída" (1999, p. 92).

A tarefa da modernidade era organizar cientificamente a humanidade, tendo como modelo o homem europeu, iluminista, branco, cientista. Para Buffon – químico, geólogo, o mais famoso naturalista francês do século XVIII – a mais bela raça da humanidade encontra-se na Europa (GERBI, 1996). Em 1780, Caspar Lavater apresentou a teoria fisiognomônica, segundo a qual as qualidades do indivíduo podem ser conhecidas pela fisionomia. A pele escura era sinal do temperamento pervertido e a branca, de nobreza de caráter. Da mesma forma, o médico austríaco naturalizado francês Franz Josef Gall, que no início do século XIX criticou a fisiognomia, defendendo a importância da caixa craniana, pois podia-se, pelo volume e formato desta, explicar e classificar a humanidade, destacando, porém, o cérebro privilegiado do homem branco (SILVEIRA, 1999). Assim como o holandês Willem Vrolik utilizou a mensuração da pelve, para conhecer a superioridade ou inferioridade racial (SILVEIRA, 1999). Todos esses modelos científicos concluíam a superioridade do homem branco europeu. Conforme Silveira, “[...] desde a primeira metade do século XIX, a craniologia tinha dividido os seres humanos em dolicocefalos (cabeças alongadas) e braquicefalos (cabeças redondas), estes últimos sendo considerados inferiores aos primeiros” (1999, p. 136).

Os cientistas, ao lado do missionário, do padre, do militar e do homem de negócios, tornam-se “marqueteiros da expansão ocidental” (SILVEIRA, 1999, p. 94). O racismo científico vai culminar nas teses nazistas da superioridadeariana. Como

por Chamberlain em 1899, quando publicou *Os Fundamentos do Século XIX*, defendendo a superioridade racial dos arianos, como também por Georges Vacher de Lapouge (1854-1936), além da influência extraordinária das ideias de Gobineau sobre o mal da mistura das raças (MORIN, 2009). Nessa direção, relata Morin que “[...] de fato a ciência antropológica científica, sem ser nazista, durante muito tempo defendeu que as raças eram qualitativamente distintas, afirmando a superioridade de algumas” (2009, p. 93).

Segundo Gobineau, “[...] por si sós as raças amarelas e negras estariam condenadas a bestialidade eterna” (SILVEIRA, 1999, p. 108). Estava a ciência a serviço do projeto eurocêntrico civilizatório.

Conclusões

Percebe-se que o conhecimento acadêmico, ou parte significativa dele, ou aquilo que se chamou por ciência ao longo da história mais recente, esteve comprometido com a dominação e a supremacia racial e cultural. Os povos tradicionais que foram batizados como indígenas, passaram a ser vistos de inúmeras formas, mas sempre com o substrato estigmatizado pela inferioridade. São os “campeões” como vítimas do preconceito e da exclusão, uma espécie de humanidade rebaixada, ou retirada do mundo civilizacional. Ainda hoje, certamente, o evolucionismo toma conta das cabeças da maioria, do senso comum, das mídias, dos poderes da república, das políticas dominantes. Continuam no pé da escada evolucionista, atrasados, incompetentes, desprovidos dos bens materiais e imateriais que essa fabulosa civilização fracassada pode ofertar, esquecendo que na realidade, somos uma história repleta de escuridão, com a maioria da população não indígena no mundo carente das condições básicas de dignidade. Fica meu imenso agradecimento a professora Thais Colaço. Obrigado!

Referências

- CASTRO, Celso. (Org.). **Evolucionismo cultural**: textos de Morgan, Tylor e Frazer. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005.
- CASTRO, Eduardo Viveiros de. **A inconstância da alma selvagem**. São Paulo: Cosac Naify, 2002.
- ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1974.
- EVANS-PRITCHARD, E. E. **História do Pensamento Antropológico**. Lisboa: Edições 70, 1981.
- FRAZER, James George. O escopo da antropologia social. In: CASTRO, Celso. **Evolucionismo cultural**: textos de Morgan, Tylor e Frazer. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005.
- GERBI, Antonello. **O Novo Mundo**: história de uma polêmica 1750-1900. São Paulo: CIA das Letras, 1996.
- GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. (Org.). **Modernidade Reflexiva**. São Paulo: Ed. Unesp, 1997.
- LAPLANTINE, François. **Aprender antropologia**. São Paulo: Brasiliense, 2003.
- LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. Rio de Janeiro: Zahar, 2004.
- LÉVI-STRAUSS, Claude. **Raça e história**. Lisboa: Presença, 1952.

MARCONI, Marina de Andrade; PRESOTTO, Zélia Maria Neves. **Antropologia**: uma introdução. São Paulo: Atlas, 2005.

MATIAS, Rabelo Glauber. Aspectos do Evolucionismo Antropológico em O Processo Civilizatório de Darcy Ribeiro. In: **Revista Urutáguá** (DCS/UEM), Maringá, n. 15 abr./maio/jun./jul. 2008. Disponível em: <<http://www.urutagua.uem.br/015/15matias.htm>>. Acesso em: 1º out. 2009.

MORGAN, Lewis Henry. A sociedade antiga: ou investigações sobre as linhas do progresso humanos desde a selvageria, através da barbárie, até a civilização. In: CASTRO, Celso. **Evolucionismo cultural**: textos de Morgan, Tylor e Frazer. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005.

MORIN, Edgar. **Cultura e barbárie européias**. Rio de Janeiro: Bertrand, 2009.

SILVEIRA, Renato da. Os selvagens e a massa papel do racismo científico na montagem da hegemonia ocidental. **Afro-Ásia**, Salvador: UFBA, n. 23, p. 87-144, 1999.

SHIRLEY, Robert Weaver. **Antropologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SUMNER-MAINE, Henry. **El derecho antiguo**: parte general. Madrid: Alfredo Alonso, 1893.

TYLOR, Edward Burnett. A ciência da cultura. In: CASTRO, Celso. **Evolucionismo cultural**: textos de Morgan, Tylor e Frazer. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2005.

REFLEXÕES SOBRE O PLURALISMO JURÍDICO E O DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL PELA PERSPECTIVA DA INTERCULTURALIDADE

Monica Ovinski de Camargo Cortina¹

Introdução

Segundo o censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2010), 817 mil pessoas se autodeclararam indígenas no Brasil, divididas em 305 diferentes etnias e 174 línguas. O incremento de mais 84 mil pessoas nesse índice, entre 2000 e 2010 é notável e ultrapassa qualquer explicação demográfica (IBGE, 2012). Some-se aos indígenas, os negros, os pardos, os brancos e os estrangeiros aqui residentes em um país continental de extenso território e obter-se-á um cenário da diversidade étnica e cultural. Esse contingente compõe a população brasileira e está supostamente integrado em um mesmo território, com pessoas reunidas em uma mesma "nação", que se comunicam por um idioma oficial, tendo suas relações reguladas por um único direito, que em uma visão monista, é emanado exclusivamente pelo estado.

¹ É doutora em direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e mestra em direito na mesma universidade. Graduada em direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), Paraná. É docente na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC) e membro do NIEGen, Núcleo Interdisciplinar de Estudos de Gênero.

No entanto, esse modelo de organização social, marcado pela herança do processo colonizador e pelas práticas do capitalismo avançado, abriga diversas contradições, rupturas e conflitos, notadamente os relacionados à falta de efetividade da justiça. Ao se pretender único e se contrapor a pluriculturalidade que abrange, esse estado passa a ser excludente, pois não representa a realidade plural que pretende regular. Discute-se a construção de outro modelo de direito², que não apenas admita "reconhecer" a pluralidade de pensamentos e visões de mundo, relacionada a uma visão multiculturalista, mas incorporar a si os valores dessa diversidade. Para tanto, esse modelo deve ser pontual na resolução de demandas em torno das situações de violação de direitos, o que se aproxima de uma perspectiva intercultural.

Nesse sentido, em oposição ao viés monista ou centralista do direito, ligada ao modelo clássico de legalidade positiva, emerge um certo tipo de pluralismo jurídico, enquanto outro referencial de modelo normativo. Por meio do pluralismo é possível admitir e incorporar a produção de normas jurídicas por outras formas de organização social, que não exclusivamente o estado.

O objetivo desse artigo é pontuar algumas reflexões sobre o pluralismo jurídico no Brasil, tendo em vista os direitos indígenas e sua relação com o direito estatal. Parte-se do contexto da formação colonial, que gerou um modelo de nação que se pretende uniforme e, para tanto, desconsidera a dimensão numérica crescente e as demandas das populações indígenas, vistos como povos dizimados, remanescentes de um passado distante e sem relevância atual.

² Direito aqui entendido não apenas como ordenamento jurídico, mas sua dogmática interpretativa e o modelo de acesso à justiça.

Para cumprir com o objetivo proposto, o trabalho será dividido em três etapas. Na primeira, examinar-se-á o projeto de colonização e construção da nação brasileira, com o intuito de relacionar a aparente integração das diferentes culturas e sua unificação em torno de uma nação, que se pretendia homogênea. Nesse momento, faz-se o recorte para a formação eurocêntrica do direito estatal, em meados do século XIX até início do século XX, e o papel dado aos direitos indígenas. Em seguida, cumpre apresentar alguns fatores que intensificaram o desprezo pelos direitos indígenas e sua não admissão pelo direito estatal, especialmente pelo contato interétnico e pela visão assimilacionista relacionada a esses povos, que permearam a cultura e o direito indígena. Por fim, na última etapa, serão tecidas considerações sobre o pluralismo jurídico, os matizes que o constituem a partir da interculturalidade e os caminhos para a construção de um novo constitucionalismo latino americano, como instrumento não somente de reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, mas de inclusão em suas constituições.

A proposta central do artigo é visualizar os caminhos para o resgate e a inclusão desses direitos, e não apenas o chamado "reconhecimento" de sua existência. Tais estudos apontam para a construção de um novo projeto político de poder, que nos moldes das constituições do Equador e da Bolívia, incluíram os povos indígenas, seus idiomas e seus direitos.

Importa inicialmente observar dois pontos de partida que nortearão este artigo. O primeiro, é que este estudo transita entre a antropologia e o direito³, com incursões na História, em

³ A antropologia jurídica emergiu como ciência no século XIX, ao se considerar os sistemas jurídicos dos então chamados "povos exóticos", a fim de compreender esses povos e traçar as escalas evolutivas, em voga naquele período (COLAÇO; DAMÁZIO, 2012).

uma dinâmica que se pretende interdisciplinar. O segundo, a partir da visão de Sally Engle Merry (2007), é a perspectiva de que, se considerados de forma ampla, todo o sistema jurídico é plural, independente de ter ou não passado por um processo de colonização. Isso porque não há sistema jurídico estanque, divorciado de seu entorno e das influências externas plurais que o compõem. Isso deve ser aplicado aos conceitos de direito estatal e de direito indígena, pois ambos sofreram a diversidade de intervenções resultantes dos contatos externos e das forças internas. Todavia, questiona-se o grau de influência que os direitos indígenas tiveram sobre o direito estatal brasileiro e o que este fato revela sobre os problemas do direito estatal atualmente, especialmente sobre o possível déficit de efetivação de justiça e de exclusão da realidade plural para o qual se dirige.

A formação da nação brasileira e o projeto colonizador: a construção de um direito como estratégia de colonização

Para compreender algumas nuances do processo de formação da nação brasileira, em específico a elaboração do direito a partir de 1822⁴, bem como o contexto do projeto de

⁴ Definiu-se essa data por conta da proclamação da independência do Brasil com Portugal, evento que marcou a necessidade de se "livrar" de toda a legislação portuguesa, herança vista como indesejada naquele momento por se opor à visão liberal, que norteava a nascente burocracia brasileira. Conforme Adorno, o liberalismo foi introduzido no Brasil por conta do fato dos filhos dos senhores feudais irem estudar direito na Europa, na França e em Portugal, para voltar à colônia e compor os quadros da burocracia. Essa formação fez com que essa elite brasileira ficasse conhecida como "letrados", defensores dos ideais iluministas, tão em voga na europa da época é comum nos meios

colonização⁵, importa esclarecer alguns conceitos como nação e nacionalidade, visto sua importância para o estudo que aqui se empreende.

Parte-se da visão de Benedict Anderson para o qual a nação e a nacionalidade são "artefatos culturais de um tipo especial" (1991, p. 23). O autor define a nação da seguinte forma: "é uma comunidade política imaginada - e que é imaginada como intrinsecamente limitada e soberana." (1991, p. 25). Portanto, a nação é algo imaginado porque não possui a coesão que supostamente deveria conter, inclusive o termo é empregado justamente para dar aderência e unidade a algo que não possui. Nesse sentido aduz o autor que: "De facto, todas as comunidades maiores do que as aldeias primordiais, onde havia contacto cara a cara (e talvez mesmo estas) são imaginadas." (ANDERSON, 1991, p. 26). Assim, o que diferencia as comunidades não é o fato de serem falsas ou verdadeiras, mas a forma como foram imaginadas.

No Brasil colônia, a formação da imagem de uma nação se deu sem grandes rupturas, afinal o processo de passagem de colônia portuguesa para estado soberano a partir da

intelectuais brasileiros, incluindo clérigos e maçons (ADORNO, 1988). Contudo, os liberais brasileiros eram de uma linha mais moderada, que buscavam aliar os avanços da legislação europeia à manutenção da escravidão no Brasil (CAMARGO, 2004).

⁵ O colonialismo, segundo Quijano, pode ser assim compreendido: "refere-se estritamente a uma estrutura de dominação/exploração onde o controlo da atividade política, dos recursos de produção e do trabalho de uma população determinada domina outra de diferente identidade e cujas sedes centrais estão, além disso, localizadas noutra jurisdição territorial. Mas nem sempre, nem necessariamente, implica relações racistas de poder." (QUIJANO, 2010, p. 84).

proclamação da independência foi feito por um representante da monarquia portuguesa, que manteve sua descendência no poder até 1889, quando houve a proclamação da república. Observa-se que, como a nação é um artefato humano, sua construção é processo ainda em andamento, no sentido de prover contínuos reforços para que as pessoas alimentem representações que as identifiquem como parte daquela nação. Nesse sentido, há a contribuição da história, que ressalta alguns pontos que são "lembrados", para que outros sejam sumariamente esquecidos, como um artefato de construção da sociedade (história, memória e esquecimento) (ANDERSON, 1991). No Brasil, a história lembrada é que houve uma proclamação da independência e a construção de uma nação forte e soberana, mito elaborado para esconder as estratégias de contenção das pressões políticas locais e de manutenção dos laços e do poder da monarquia portuguesa sobre o Brasil.

A própria visão de uma sociedade simplificada, homogênea, sem conflitos, apaziguada e liderada pelo monarca português, que preferiu libertar sua colônia e permanecer ligada a ela, constituiu-se como parte do projeto colonial e da construção da nação brasileira. O contributo colonial mais significativo para a invenção de uma nação é a definição de uma língua como oficial, o que ocorreu mesmo diante de uma rica diversidade linguística, como foi no Brasil.

Segundo Marilena Chauí, a língua foi o elemento de identificação que deu força ao processo de expansão da nação como estado, para se alargar fronteiras conquistando novos territórios: "por isso o estado-nação precisou contar com uma elite cultural que lhe fornecesse não só a unidade linguística, mas lhe desse os elementos para afirmar que o desenvolvimento da nação era o ponto final de um processo de evolução" (CHAUÍ, 2000, p. 15-16). No caso brasileiro, a elite cultural que se apropriou do processo foi a ligada à nobreza de Portugal, que aqui estendeu seu alcance pela burocracia liberal, pelos senhores

rurais, para aqueles a quem foi dada autorização para gerir o poder.

A emigração europeia para as Américas foi um episódio de dimensões descomuns em relação às populações indígenas, que trouxe consigo um aparato militar, econômico e tecnológico. Esse aporte propiciou a garantia de continuidade cultural europeia, bem como da supremacia política local aos colonizadores (ANDERSON, 1991, p. 252). Como parte desse aparato, destaca-se o direito português que aqui foi implantado durante o processo de colonização e que foi obedecido até a independência, constituindo-se como o direito do estado. Conforme Wolkmer:

o processo colonizador, que representava o projeto da metrópole, instala e impõe numa região habitada por populações indígenas toda uma tradição cultural alienígena e todo um sistema de legalidade 'avançada' sob o ponto de vista do controle e da efetividade formal. O empreendimento do colonizador lusitano [...] trazia consigo uma cultura considerada mais evoluída, herdeira de uma tradição jurídica milenar proveniente do direito Romano. O direito Português, enquanto expressão maior do avanço legislativo na península ibérica, acabou constituindo-se na base quase exclusiva do direito pátrio (WOLKMER, 1998, p. 45-46).

Mesmo nesse período, Wolkmer relata que é possível constatar o mito da centralidade jurídica, visto que coexistia ao direito colonial um outro direito, informal, praticado nas comunidades de índios e negros no Brasil, ou seja, nos quilombos e nas reduções indígenas lideradas pelos jesuítas, concebido

como pluralismo jurídico (2001)⁶ do tipo comunitário. Mesclando elementos do direito estatal ao direito indígena, esse modelo de pluralismo revela uma tradição jurídica ignorada, muito eficaz e que se opunha às amarras jurídicas impostas pelo centralismo do direito colonial. No mesmo sentido, a justiça estatal e seu modelo de legalidade nunca reconheceram ou incorporaram as práticas legais dos povos indígenas, relegando as mesmas, no máximo, o caráter de uma "experiência costumeira de caráter secundário" (WOLKMER, 2001, p. 50-52).

Em suma, esse era o cenário do direito do período colonial no Brasil. Convém agora examinar algumas legislações do período pós-independência, para investigar qual foi o tratamento às populações indígenas nesses documentos legais. Como não se pretende a exaustão, o estudo vai se dirigir à constituição de 1824, ao código criminal do Império, de 1830 e ao código de procedimento criminal, de 1832, sempre com o recorte para a inclusão dos direitos indígenas e para as referências feitas para a tutela dos povos indígenas.

Com a independência declarada, aceleraram-se os trabalhos da assembleia constituinte, que foi instituída antes mesmo da independência, em 3 de maio de 1822, mas tomou posse somente após a independência, em 1823 (DEIRÓ, 2006). Sob a forte influência dos Andradas⁷, que tinham um viés mais

⁶ O pluralismo jurídico, em que pese a polissemia do termo, nos limites deste trabalho é compreendido como a "multiplicidade de manifestações ou práticas normativas existentes em um mesmo espaço sociopolítico, interligadas por conflitos ou consensos, podendo ou não ser oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais" (WOLKMER, 2001, p. 219).

⁷ Os três irmãos eram: José Bonifácio, Antônio Carlos e Martim Francisco (DEIRÓ, 2006).

liberal, os trabalhos da constituinte seguiram o rumo de uma firme discordância com as vontades de D. Pedro I, que achou por bem dissolver a assembleia eleita e impor uma carta constitucional que lhe desse maior amplitude de poderes. Uma comissão de seis ministros foi formada e, com a anuência do monarca, foi elaborada a constituição de 1824, sob as linhas dos ideais liberais da revolução francesa, do constitucionalismo francês, de Benjamin Constant (WOLKMER, 1998) e do constitucionalismo inglês (NOGUEIRA, 2012). As influências europeias da constituição de 1823 foram combinadas com institutos insólitos, como a manutenção da escravidão, a posição de inferioridade dada às mulheres e o ensurdecido silêncio sobre a condição dos povos indígenas⁸ (MOREIRA, 2010), para assim caracterizar o liberalismo conservador, que reconhecia literalmente na Constituição o direito à igualdade, mas apenas para os que "naturalmente" fossem iguais (WOLKMER, 1998, p. 32).

Em 1831, instaurou-se para as populações indígenas o regime dos órfãos, como instrumento de docilização para o trabalho, nos moldes coloniais. Imperava a visão de que os indígenas, em geral, não gostavam do trabalho, que eram "rústicos e ignorantes". A política indigenista da época se estabeleceu sob o propósito de integrar os indígenas, afastando as práticas

⁸ A política indigenista do Brasil império, orientada por um projeto de José Bonifácio de Andrada e Silva, previa o amansamento dos índios bravos por um lado e, por outro, a visão integracionista, que pretendia integrar os povos indígenas à população brasileira dita civilizada através da educação, do casamento com brancos, entre outros. Em relação ao amansamento, ilustrativo é o documento *Apontamentos para a civilização dos índios bravos do império do Brasil*, um dos primeiros sobre os povos indígenas do período imperial, mas que não foi incorporado ao texto da constituição de 1824 (MOREIRA, 2010).

escravistas e fomentando a miscigenação para constituir a "nova raça brasileira" (COLAÇO, 2006).

A partir da influência inglesa dada a constituição de 1823, era de se esperar que as demais legislações do período imperial também fossem elaboradas sob o influxo dos preceitos europeus, como se essa prática de importação legislativa fosse conceder às nascentes leis brasileiras o *status* de civilizadas, modernas e liberais. E assim foi. As legislações do período imperial traduziam esse amálgama, eram liberais e avançadas em alguns pontos e eram "envergonhadas" (SOUZA FILHO, 1992) em relação a outros. Prova disso foi a reticência sobre os povos indígenas e os negros escravos, que no dizer de Carlos F. Marés de Souza Filho, mais pareciam expressar a vergonha sobre a existência ou condição desses povos no Brasil: "O código criminal do império, de 1830, é singularmente omissivo e de sua leitura isolada se poderia deduzir da inexistência de índios no Brasil." (1991, p. 154). O código de 1830, elaborado a partir do projeto de Bernardo de Vasconcelos, era aproximado do ideário liberal e teve influências iluministas, conforme a obra do nobre italiano, o Marquês de Beccaria, *Dos delitos e das Penas*, com a inclusão de modernos princípios como a legalidade e igualdade. O moderno código minorou os castigos físicos previstos nas anteriores Ordenações Filipinas e serviu de base para várias legislações penais da América do Sul. Todavia, se nem ao mínimo citou a existência de indígenas, muito menos poderia se esperar que dos direitos indígenas recebesse alguma contribuição (WOLKMER, 1998, p. 85).

Por fim, o código de procedimento criminal, de 1832, equivalente ao que hoje se designa como código de processo penal, também repetiu os modernos ares do código criminal, importando o *writ* do *habeas corpus* do direito inglês, onde o instituto foi lentamente talhado durante seis séculos de lutas contra os arbítrios punitivos do poder estatal (1998, p. 72). Além desse inovador instrumento, o código de procedimento criminal também reconheceu o sistema de jurados, o que representou

oposição às elites judiciais da época, ao democratizar os julgamentos, e modificou toda a estrutura do sistema de justiça criminal arcaico, herdado do modelo colonial português. O código recebeu influência novamente de similares legislações europeias, a francesa e a inglesa (1998, p. 87/97).

De todo o exposto até aqui foi possível observar o desprezo às diversas manifestações dos direitos indígenas e da insignificante tutela jurídica dada aos mesmos no período imperial. Não houve sequer o reconhecimento da existência desses direitos ou da jurisdição exercida sobre os povos a eles sujeitos. O direito estatal durante o período imperial se constituiu como instrumento de expansão do modelo colonial e de projeto de nação, a par de todas as invenções a ela agregadas, enquanto artefato de cultura. O direito estatal como algo inventado foi caracterizado pela substituição de signos e pela junção de elementos do direito europeu, relacionada a invenção de uma cultura que é moldada de uma forma seletiva, "manifestando sistematicamente a intenção de impor uma certa agenda, política ou de outro tipo" (BRIONES, 1994). Apesar desse processo não produzir um desencanto, ele revela que a seleção dos elementos constitutivos do direito e do aparato de justiça estatal deixou à margem os direitos nativos. Em uma perspectiva do pluralismo jurídico, ambos os direitos foram continuamente elaborados sob diversas influências, mas nada sugere que o direito estatal tenha, naquele momento histórico, recebido ou reconhecido as esferas dos direitos nativos.

O modelo colonial no período pós-independência alçou nova etapa, possivelmente de um colonialismo interno, institucional, que demarca um tipo de opressão que não é estrangeira, mas se configura entre "grupos culturais heterogêneos, distintos" dentro de um mesmo território, quando alguns se julgam mais aptos para governar (GONZÁLEZ CASANOVA, 2009, p. 146). No Brasil, a composição da própria assembleia constituinte demarca as forças do poder político da época, que ao lado do imperador, foi representada pela elite dos senhores rurais,

de setores da igreja, da alta magistratura, da administração burocrática do Estado, dos letrados e dos militares (HOMEM DE MELLO, 1863, p. 10). O resultado desse tipo de colonialismo é que designou a construção de um direito estatal de franca filiação à legislação europeia, considerada mais avançada, complexa e que se colocava como superior aos direitos indígenas.

O contato interétnico e os índios misturados: o pluralismo jurídico e os direitos dos povos indígenas

A desconsideração dos direitos dos grupos tradicionais, como os dos indígenas, foi intensificada pelo fato de que passaram pelo contato interétnico, processo que se aprofundou desde o começo da colonização. Paira a ideia de que o contato com a cultura europeia retira dos indígenas a "pureza originária", relegando aos mesmos uma contaminação que os descaracterizaria como povos tradicionais, trazendo-os para uma assimilação ou integração (MONTEIRO, 2001). Com base nesse tipo de argumento, defende-se a classificação dos indígenas em puros e contaminados, relegando aos mesmos o tratamento e reconhecimento jurídico diferentes. O binômio puro/contaminado tem sido objeto de estudo na antropologia, os quais serão brevemente expostos a seguir, para então se compreender como tal visão interfere na inclusão dos direitos indígenas.

Para se pensar os processos de contato interétnico após a colonização europeia, nas relações entre os membros das sociedades tribais e os da sociedade nacional, importa introduzir algumas reflexões sobre a concepção de fricção interétnica. A ideia preliminar a ser abordada é a de que o contato nem sempre é harmônico e de trocas voluntárias, mas pode envolver conflitos, onde vigoram interesses e valores contraditórios. Tais relações de oposição entre as sociedades, vistas em um contexto colonial, sobrepe-se a tendência de que "a existência de uma tende a negar a da outra" (OLIVEIRA, 1981, p. 30). Um segundo ponto a se considerar nas situações de fricção interétnica é a

"distância cultural entre a sociedade indígena e a sociedade regional" (OLIVEIRA, 1981, p. 32), para que caso a caso seja examinada a possibilidade de comunicação.

O contato entre os grupos étnicos, como entre os indígenas e os que pretendiam a colonização nem sempre foi de concordância, mas incluiu circunstâncias de conflito. Considera-se que desse contato interétnico decorreram três diferentes resultados: alguns grupos étnicos foram totalmente extintos, outros ofereceram resistência e persistiram e, por fim, houve grupos que se reinventaram em novas formações étnicas (MONTEIRO, 2001, p. 56).

Ao estudar as sociedades, Fredrik Barth constata que as mesmas não devem ser interpretadas como se fossem homogêneas, cristalizadas, institucionais. A visão que concebia as sociedades como fechadas e autoexplicáveis foi substituída pela perspectiva de que elas são compreendidas através de seus conflitos, como produto de suas relações, de sua pluralidade e de sua historicidade, pois estão em constante modificação (BARTH, 2010). Logo, os grupos étnicos não podem ser pensados de forma estática, como se fossem isolados e fechados a qualquer forma de ingerência externa. Tantos os conflitos internos como as influências externas, advindas dos contatos com outros grupos étnicos, tradicionais ou não, provocam constantes reformulações nos grupos, em sua cultura e em suas relações.

Dentre os processos culturais resultantes do contato interétnico da expansão europeia, a etnogênese é entendida como a reformulação ou reinvenção de novos grupos étnicos. Todavia, não é possível apreender a etnogênese "apenas a partir das relações entre sociedades subalternas e as estruturas de dominação e de poder" (MONTEIRO, 2001, p. 56), é preciso avançar nessa compreensão de que o processo de etnogênese foi deflagrado por conta dos conflitos internos e, no caso brasileiro, entre indígenas e afro-americanos. A reação ao conflito interétnico e as situações de fricção por parte dos indígenas incluiu a

"contestação, a criatividade cultural e uma visão de ação consciente" (2001, p. 56). A etnogênese é uma forma de reinvenção das culturas, aproveitando alguns elementos obtidos pelo contato e reformulando outras práticas e tradições.

No Brasil, as questões de contatos interétnicos acabaram por desconsiderar ainda mais a possibilidade de adoção dos direitos indígenas pela implementação e aceitação da visão assimilacionista. No contexto do estudo do colonialismo francês e do governo direito imposto as colônias africanas, Sara Araújo tece considerações sobre a doutrina da assimilação:

Coerente com as teorias evolucionistas, o assimilacionismo partia de um pressuposto de superioridade da cultura e da civilização francesas, concebendo a colonização não só como legítima, mas como um dever da França, que tinha uma missão civilizadora (ARAÚJO, 2008, p. 121-139).

Mesmo durante o século XX, passados muitos anos da experiência colonial, a assimilação foi tomada como parte da política pública brasileira no trato com os indígenas, como requisito para obtenção da cidadania e para "integrá-los" à ordem jurídica e cultural por meio da educação, da prática do indigenato. Tal pode ser visto no próprio estatuto do índio, como é chamada a lei nº 6001/1973, que é marcada por uma visão tutelar do indígena, quando considerado isolado ou em vias de integração, e expõe que a integração ou assimilação é objetivo central, inscrito na literalidade do art. 1º: "o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional" (BRASIL, 1973). O objetivo do estatuto, em poucas palavras, é fazer com que o indígena, de forma gradual e sucessiva, deixe de ser indígena, sendo que os direitos ali garantidos serão válidos apenas durante esse período de "transição" (ARAÚJO, 2006, p. 32). Essa legislação, ao prever a tutela jurídica e o reconhecimento de direitos próprios a sua condição

apenas para os indígenas isolados ou em vias de integração, demarca que as situações de contatos interétnicos influenciam na percepção da identidade indígena para o direito estatal. Quanto mais integrado for o indígena, ou seja, se ele ou ela dominar a língua portuguesa, conhecer os usos e costumes da chamada "comunhão nacional", ter habilidade para atividade "útil", conforme descrito no art. 9º do estatuto do índio, maiores serão as chances de sair do regime tutelar e passar a ser visto como "integrado", como se isso tivesse o condão de despi-lo de sua condição indígena e, ao mesmo tempo, vesti-lo com os direitos e deveres da ordem jurídica do direito estatal.

Por outro lado, refletindo sobre a admissão do direito indígena no direito estatal, quanto menos for prestigiada e reconhecida a condição indígena, menor serão as chances de seu direito ser integrado ou compartilhado pelo direito estatal, relegando aos direitos indígenas um papel secundário e, por vezes, invisível aos olhos do direito estatal. O desprezo ao direito indígena demarca um dos eixos entrelaçados da colonialidade, relacionado a concepção do eurocentrismo como perspectiva única do conhecimento, que conforme Catherine Walsh: "descarta a existência e a viabilidade de outras racionalidades epistêmicas e outros conhecimentos que não sejam dos homens brancos europeus ou europeizados"⁹ (2008, p. 137, trad. nossa). Nesse sentido, o modelo assimilacionista se concebe como superior e complexo, diante da inferioridade e simplicidade do assimilado.

⁹ "[...] descarta la existencia y la viabilidad de otras racionalidades y conocimientos epistémicos distintos a los del hombre blanco europeo o europeizado" (WALSH, 2008, p. 137).

Pluralismo jurídico e interculturalidade: para além do reconhecimento, a busca pela inserção dos direitos indígenas no direito estatal

A existência de sistemas jurídicos entre os indígenas atualmente é amparada pela constituição federal de 1988, que os designa como povos e nações originárias, que possuem direitos próprios, inclusive o de autodeterminação. Essa é a admissão de um pluralismo jurídico, o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas. Apesar da literalidade constitucional não abrigar o direito consuetudinário indígena, forma pela qual esses sistemas de direitos são intitulados pelo direito estatal, há base legal para se definir a jurisdição indígena no âmbito dos seus territórios (VERDUM, 2014, p. 109). A constituição federal de 1988 também trouxe avanços para a política pública em relação aos povos indígenas, ao superar o modelo assimilacionista definido no estatuto do índio:

A verdade é que, ao reconhecer aos povos indígenas direitos coletivos e permanentes, a constituição abriu um novo horizonte para o país como um todo, criando 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 (ARAÚJO, 2006, p. 45).

Contudo, observa-se que "mesmo em delitos praticados dentro das terras indígenas, entre indígenas, os Tribunais têm-se considerado competentes para o julgamento" (SOUZA, 2008, p. 5). A lógica do direito estatal é sempre de se sobrepor às instâncias internas dos sistemas jurídicos indígenas, que prezam pela resolução de conflitos via direito consuetudinário. Isso porque, em primeiro lugar, o estatuto do índio e sua leitura

assimilacionista ainda está vigente na ordem jurídica interna, em que pese seu desacordo frontal com a determinação constitucional. E este mesmo estatuto assim determina em seu artigo 57: "Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte" (BRASIL, 1973). A expressão "tolerada" expressa exatamente a forma como os direitos indígenas e sua jurisdição são vistos pelo direito estatal, como uma mera tolerância, uma permissibilidade controlada em limites nem sempre bem traçados, como um favor concedido e que pode ser negado a qualquer tempo, conforme o alvitre do juiz.

Essa tolerância está relacionada com a visão multiculturalista conservadora e, dada sua limitação e o objetivo assimilacionista das culturas e tradições consideradas inferiores, não atende à inclusão dos direitos indígenas. Para Ferrazzo: "A interculturalidade configura-se como um terreno aberto a novas culturas, um horizonte de negociação, de diálogo equitativo. Na perspectiva da interculturalidade, nenhuma cultura seria absoluta, nem mesmo superior ou privilegiada" (2016, p. 152). Por isso, um dos requisitos para a construção da interculturalidade é a criação condições para que os povos indígenas expressem seus valores, sua autonomia e vontade, bem como o seu direito, com sua própria voz (2016, p. 155).

Um caso que ilustra muito bem como a voz e o direito dos povos indígenas é tratado pelas instâncias oficiais de justiça, narrado por Souza (2008, p. 6), foi o julgamento do indígena do povo Macuxi¹⁰ (SANTILLI, 2004). Basílio Alves

¹⁰ Os Macuxi são linguisticamente filiados ao Karíb, habitam no Brasil em Roraima, mas fazem parte dos povos indígenas das Guianas, que em conjunto com outros povos formam a etnia

Salomão foi acusado de homicídio praticado contra outro indígena da mesma etnia, Valdenisio da Silva, morto na aldeia em que ambos habitavam. O laudo antropológico, requerido pelo ministério público federal, mostrou que Basílio tinha sido julgado pelos Tuxauas, líderes do grupo, e condenado à pena de desterro, de trabalhos forçados e submissão, sem a possibilidade de exercer direitos como membro do grupo.

A pena estava de acordo com os costumes do seu povo, em julgamento no qual ele, a família da vítima e a comunidade foram ouvidos. No momento do laudo, Basílio estava cumprindo sua pena que, de início, seria de 10 (dez) anos. Tudo estaria resolvido nos parâmetros do direito indígena, perante o modelo de justiça comunitária. Todavia, não perante o poder judiciário, para o qual essa sentença ficou quase sem valor. O juiz federal do caso ignorou o laudo antropológico, não observou a tolerância prevista no art. 57 do estatuto do índio para admitir a sentença dada pelos seus iguais, conforme seus costumes. Basílio foi levado a julgamento pelo tribunal do júri, em decisão emitida pelo juiz federal, sob a alegação de que Basílio era "aculturado e integrado" e, logo, deveria ser levado à justiça estatal. De forma impressionante, o conselho de sentença reconheceu que Basílio foi o autor do crime, mas o absolveu, por conta do seguinte argumento: "[...] os jurados consideraram que o fato de Basílio ter sido julgado e condenado segundo os costumes de sua comunidade indígena era suficiente para isentá-lo de pena no julgamento realizado pela justiça federal". Foi a vontade dos jurados que prevaleceu, mas não foi a priori o pensamento do juiz, do promotor e até do advogado da Fundação

maior dos Pemon. Uma das Terras Indígenas dos Macuxi é a TI Raposa Serra do Sol (SANTILLI, 2004).

Nacional do Índio (FUNAI) que atuaram no caso (SOUSA, 2008)¹¹.

Mesmo ciente da supremacia do texto constitucional, casos como esse ilustram o ponto de vista de uma interpretação rasa do direito estatal, que lê a lei ordinária e a válida, mesmo em desacordo com a constituição. Para essa visão, que é de grande parte dos juristas, o direito consuetudinário indígena não tem o mesmo valor, enquanto fonte do direito, que o direito que provém das leis elaboradas conforme o rito formal, previsto na constituição. Observe-se que os jurados do conselho de sentença somente admitiram que a penalidade imposta conforme as tradições do povo Macuxi fosse admitida em substituição à penalidade prevista no código penal, porque ambas se "assemelhavam" (SOUSA, 2008), ou seja, se fossem díspares, a substituição não teria sido tolerada.

Essa é a visão da legalidade formal do direito. E nesse sentido, conforme Fajardo, observa-se que:

Nos países pluriculturais, a imposição de um sistema jurídico único, a proteção oficial de uma única cultura, religião, língua e grupo social, deu origem a um modelo de "estado de exclusão". Neste modelo, a institucionalidade jurídico-política não representa nem expressa a realidade plural, marginaliza grupos sociais ou povos que não estão oficialmente representados e reprime as suas expressões de diversidade cultural, linguística, religiosa e

¹¹ A autora esclarece que todos esses atores jurídicos expressaram seus argumentos com fundamento da visão assimilacionista, questionando o grau de integração de Basílio e da legalidade ou não de seu julgamento com base nessas premissas (SOUSA, 2008).

normativa. Mas apesar da proscrição oficial da diversidade, isto não significou necessariamente o desaparecimento empírico de diferentes línguas, culturas ou sistemas legais. Os aparelhos do estado tendem a reprimi-los, desaparecer ou cooptá-los, e tiveram de aprender a adaptar e reutilizar as instituições criadas pelo estado para os manter vivos. Os sistemas "não oficiais" sobreviveram em condições de ilegalidade de estado e subordinação política, adquirindo formas clandestinas e marginais¹² (FAJARDO,1999, p. 11-31, trad nossa).

É preciso avançar na inclusão dos direitos indígenas no direito estatal, para que instrumentos jurídicos de maior coercibilidade possam ser utilizados. Dessa feita, emerge uma concepção avançada de pluralismo jurídico, que vai além do

¹² "En países pluriculturales, la imposición de un sólo sistema jurídico, la protección oficial de una sola cultura, religión, idioma y grupo social, ha dado lugar a un modelo de "Estado excluyente". En este modelo, la institucionalidad jurídico-política no representa ni expresa la realidad plural, margina a los grupos sociales o pueblos no representados oficialmente y reprime sus expresiones de diversidad cultural, lingüística, religiosa y normativa. Pero, a pesar de la proscripción oficial de la diversidad, ello no necesariamente ha significado la desaparición empírica de los distintos idiomas, culturas o sistemas legales. Los aparatos estatales han tendido a reprimirlos, desaparecerlos o cooptarlos y aquellos han debido aprender a adaptarse y reutilizar instituciones creadas por el Estado para mantenerse vivos. Los sistemas "no oficiales" han sobrevivido en condiciones de ilegalidad estatal y subordinación política, adquiriendo formas clandestinas y marginales" (FAJARDO,1999, p. 11-31).

reconhecimento legal de outras ordens jurídicas ou de sistemas paralelos de justiça, que funcionem de forma alternativa ou em jurisdições indígenas. Trata-se de uma visão de interculturalidade, que ainda não foi alcançada, mas que se apresenta como modelo a ser construído:

Ao contrário do multiculturalismo - que pressupõe a existência de uma cultura dominante que aceita, tolera ou reconhece a existência de outras culturas no espaço cultural onde domina - a interculturalidade pressupõe o reconhecimento recíproco e a disponibilidade para enriquecimento mútuo entre várias culturas que partilham um dado espaço cultural (SANTOS, 2010, p. 9).

A inserção de preceitos dos direitos indígenas no corpo das constituições pode ser visualizada a partir da construção do novo constitucionalismo latino-americano, de matriz participativa e pluralista. Esse terceiro ciclo do novo constitucionalismo latino-americano, com estampado nas constituições da Bolívia e do Equador¹³, traça outros princípios de orientação em relação

¹³ Escapa aos limites deste trabalho a possibilidade de se aprofundar no estudo dessas constituições, mas observa-se que elas avançaram em um ponto jurídico crucial, que é a mudança na estrutura principiológica de interpretação das normas, espinha dorsal de todo o ordenamento jurídico. Na constituição brasileira, os princípios da dignidade humana, da liberdade e da igualdade, de matriz liberal, constituem o ponto máximo dessa estrutura. Na constituição do Equador, de 2008, por exemplo, foram acrescentados os princípios do *buen vivir*, de matriz dos direitos indígenas, e os direitos relacionados à biodiversidade, além designação de um estado plurinacional. A Bolívia, por sua

aos direitos indígenas, que vão além do mero reconhecimento ou tolerância de sua existência:

tais textos políticos expressariam um constitucionalismo plurinacional comunitário, identificado com um outro paradigma não universal e único de Estado de Direito, coexistente com experiências de sociedades interculturais (indígenas, comunais, urbanas e camponesas) e com práticas de pluralismo igualitário jurisdicional (convivência de instâncias legais diversas em igual hierarquia: jurisdição ordinária estatal e jurisdição indígena/camponesa) (WOLKMER, 2010, p. 153).

O novo constitucionalismo latino-americano tem ganhado fôlego diante dos reflexos da inefetividade do modelo estatal de justiça, de forma a institucionalizar as identidades políticas dos movimentos indígenas e de fortalecer o processo de ampliação da cidadania naqueles países (ROQUEFEUIL, 2012). Em que pesem nesse sistema as críticas de possíveis alienações de identidades mestiças, de pessoas que se sentem parte de comunidades indígenas e não indígenas ao mesmo tempo, o avanço representado por essa nova ordem de inclusão de direitos é notável, pois pretende ir muito além do reconhecimento formal nas constituições (ROQUEFEUIL, 2012).

vez, se auto declara em seu preâmbulo constitucional como um estado intercultural, pluricultural e multilíngue. Em seu artigo 5º, determina como oficial, além do castelhano, outras 36 línguas provenientes dos povos indígenas. Para conhecer melhor tais mudanças, consulte-se: (ACOSTA; MARTÍNEZ, 2009); (ACOSTA, 2009); (SHAVELZON, sd).

Para finalizar, para que a constituição brasileira alcance de forma similar e adequada as inovações inseridas nas constituições boliviana e equatoriana, é preciso aprimorar os mecanismos de democracia participativa que inclua os movimentos indígenas no Brasil (VERDUM, 2009). Dessa forma será possível avançar na inserção dos direitos indígenas no direito estatal, como deve ser, parte da constituição brasileira.

Conclusões

Esse artigo pretendeu trazer reflexões para que o tema do pluralismo jurídico e da inclusão dos direitos indígenas, pelo viés da interculturalidade, pudessem ser contrapostos com elementos da recente história colonial brasileira e de sua invenção antropológica, como artefato humano de cultura. Uma nação inventada como única, com uma única língua oficial, um único povo com um mesmo direito estatal que se pretende homogêneo e superior, que reconhece ou tolera os direitos indígenas, enquanto ordem jurídica plural e que assim permanece em pleno século XXI. Essa nação inventada se defronta com as vizinhas nações latino-americanas, que como o Equador e a Bolívia se reinventaram, declaram-se agora como plurinações, como várias nações dentro de uma só, que instituem sua interculturalidade ao declarar 36 línguas dos povos indígenas que os compõem, como oficiais.

Para o avanço do pluralismo jurídico no Brasil é preciso também reinventar a nação brasileira, talvez no caminho das plurinações vizinhas, com a percepção de que o modelo atual de justiça estatal ainda está focado numa visão colonial, atrelada ao direito estrangeiro, que pouco traduz a diversidade étnica e cultural do país. Os avanços da constituição federal de 1988 nesse campo foram significativos, mas ainda não conseguiram alcançar a modificação da legislação ordinária, que como o estatuto do índio, permanece ligado a concepção assimilacionista da aculturação indígena, visão ultrapassada e

desconectada dos atuais estudos antropológicos e jurídicos, haja vista a supremacia constitucional que é desprezada. A leitura constitucional e antropológica também não faz parte da mentalidade de boa parte dos juristas, que ainda atuam no exercício da aplicação da lei em relação aos direitos indígenas, sem o compasso constitucional.

A reinvenção da nação brasileira passa certamente por um novo pacto político, uma nova constituição que expresse com mais exatidão as vozes de outras visões de mundo que compõem esse país, que não sejam apenas "reconhecidas", mas incorporadas nessa nova nação. Talvez assim seja possível superar a perspectiva do direito estatal que se sobrepõe às demais ordens jurídicas, que as tolera, mas não as aceita.

Referências

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**. O bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

ANDERSON, Benedict. **Comunidades Imaginadas**: reflexões sobre a origem e a expansão do nacionalismo. Lisboa: Edições 70, 1991.

ARAÚJO, Ana Valéria (*et al.*). **Povos Indígenas e a Lei dos "Branços"**: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Museu Nacional, 2006.

ARAÚJO, Sara. Pluralismo jurídico em África: ficção ou realidade? In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 83, dez. 2008, p. 121-139.

BARTH, Fredrik. Por um Maior Naturalismo na Conceptualização das Sociedades. In: **O Guru, o Iniciador e outras variações antropológicas**. Rio de Janeiro: Contracapa Livraria, 2000, p.167-186.

BRASIL. Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre o Estatuto do Índio**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm> Acesso em: 18 jul. 2016.

BRIONES, Claudia. Con la tradición de todas las generaciones pasadas gravitando sobre la mente de los vivos: usos del pasado e invención de la tradición. In: **Rev. Runa**, v. 21, n.1, Buenos Aires, 1994, p. 99-129.

CAMARGO, Monica Ovinski de. O habeas-corpus no Brasil império: liberalismo e escravidão. IN: **Rev. Sequência**, n. 49, p. 71-94, dez., 2004.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. **O Índio e o Mundo dos Brancos**. Brasília: UnB/ Pioneira, 1981.

CHAUÍ, Marilena. **Brasil: mito fundador e sociedade autoritária**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

COLAÇO, Thais Luzia; DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter (Orgs.). **Novas perspectivas para a Antropologia Jurídica na América Latina: o direito e o pensamento decolonial**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

COLAÇO, Thais Luzia. A trajetória do reconhecimento dos povos indígenas do Brasil no âmbito nacional e internacional. In: **XV Congresso Nacional do CONPEDI**, 2006, Manaus. Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

DEIRÓ, Pedro E. da Silva. **Fragmentos de estudos da história da Assembleia Constituinte do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2006. Disponível em:

<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/1117/752967.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

FERRAZZO, Débora. **Pluralismo jurídico e descolonização constitucional na América Latina**. 2015. 464 f. Dissertação (Mestrado) - Direito, PPGD, Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2015. Disponível em: <<http://ppgd.ufsc.br/>> Acesso em: 29 jul. 2016.

GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo. El colonialismo interno. In: GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo; ROITMAN ROSENMAN, Marcos (comp). **De la sociología del poder a la sociología de la explotación: pensar América Latina en el siglo XXI**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Clacso, 2009, pp. 129-156.

HOMEM DE MELLO, Francisco Ignácio Marcondes. **A constituinte perante a história**. Rio de Janeiro: Actualidade, 1863. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/224213>> Acesso em: 17 jul. 2016.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Os indígenas no Censo Demográfico de 2010**. Rio de Janeiro, 2012. Disponível em: <http://indigenas.ibge.gov.br/images/indigenas/estudos/indigena_censo2010.pdf>. Acesso em: 13 jul. 2016.

MERRY, Sara Engle. Pluralismo Jurídico. In: MERRY, Sara Engle; GRIFFITHS, John; TAMANAHA, Brian Z. **Pluralismo jurídico**. Tradução de Libardo Ariza Higuera e Daniel Bonilla Maldonado. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007, p. 89-141.

MONTEIRO, John M. Entre o etnocídio e a etnogênese. In: **Tupis, tapuias e historiadores**. 2001. 235 f. Tese de Livre Docência. Área de Etnologia, Subárea História Indígena e do Indigenismo. Professor Livre Docente - Departamento de Antropologia. Campinas: UNICAMP, 2001, p. 53-78.

MOREIRA, Vânia Maria Losada. De índio à guarda nacional: cidadania e direitos indígenas no Império (Vila de Itaguaí, 1822-1836). In: **Topoi**, Rio de Janeiro, v.11, n.21, p.127-142, dez. 2010. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2237-101X2010000200127&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 18 jul. 2016.

NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições brasileiras**. v.1. 3 ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/137569>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (orgs.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez Editora, 2010. p. 84- 131.

ROQUEFEUIL, Guilhem de. Beyond constitutional recognition: public challenges for the defense of indigenous rights in Latin America. In: **Journal of Politics & Society**, v. 23, n.2, p. 152-187, 2012. Disponível em:

<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:kvgLmvxt_VQJ:https://academiccommons.columbia.edu/download/fedora_content/download/ac:170101/CONTENT/Roquefeuil-update.pdf+%&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br&client=firefox-b-ab> Acesso em: 14 jul. 2016.

SANTILLI, Paulo. **Povos Indígenas no Brasil. Macuxi.** 2004.

Disponível em: <<https://pib.socioambiental.org/pt/povo/macuxi/734>> Acesso em 20 jul. 2016.

SOUZA FILHO, Carlos F. Marés de. O direito envergonhado (o direito e os índios no Brasil). In: **Revista IIDH**, v. 15, 1992, p.

146-164. Disponível em: < <http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06852-5.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2016.

SOUZA, Estela Libardi de. **Povos indígenas e o Direito à Diferença:** do colonialismo jurídico à pluralidade de direitos. 2008.

Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33234-42224-1-PB.pdf>> Acesso em: 18 jul. 2016.

VERDUM, Ricardo. Justiça, interculturalidade e os direitos indígenas sob pressão no Brasil que cresce. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés; FERREIRA, Heline Silvini; NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente (orgs.). **Direito Sociambiental:** uma questão para a América Latina. Curitiba: Letra da Lei, 2014.

VERDUM, Ricardo. Povos indígenas no Brasil: o desafio da autonomia. In: VERDUM, Ricardo. **Constituições e reformas políticas na América Latina.** Brasília: INESC, 2009.

WALSH, Catherine. Interculturalidad, plurinacionalidad y decolonialidad: las insurgencias político-epistémicas de refundar el Estado. In: **Tabula Rasa**, n. 9, p. 131-152, Bogotá/Colômbia, jul/dez, 2008.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. 2010. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/antoniowolkmer.pdf>> Acesso em 19 jul. 2016.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**. Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito. 3 ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

PLURALISMO JURÍDICO: delimitações do fato social entre a sociologia e a antropologia jurídica

Lucas Machado Fagundes¹

Introdução

É inegável que o pluralismo jurídico, temática que desconstrói o monismo legislativo estadista como fonte hegemônica do direito, representa um ponto de convergência para as mais variadas análises ao interior dos estudos jurídicos. O pluralismo jurídico, é uma temática ampla e controversa, que tem as mais variadas definições teóricas e complexidades práticas.

Tendo isso em vista, o presente estudo objetiva analisar as matrizes disciplinares do tema. Para tal tarefa, se encontra dividida em duas etapas que buscam dar uma delimitação ao pluralismo jurídico, ora como tema da sociologia jurídica, ora como assunto da antropologia jurídica. Tal ideia visa problematizar as abordagens do pluralismo jurídico, tendo em conta que

¹ Pós-doutor em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Professor do Mestrado em Direitos Humanos e Sociedade da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Professor visitante no Mestrado em Direitos Humanos da Universidad Autónoma de San Luis de Potosí (UASLP/México). Pesquisador GT-Clacso (Conselho Latino-americano de Ciências Sociais).

a temática pode ser refletida por diversos ângulos mas, para isso, precisa de determinações específicas.

Logo, a busca está concentrada em analisar a questão do pluralismo jurídico na sociologia jurídica especificamente, compreendendo que este fenômeno tem inserções por diversas outras áreas como a antropologia jurídica, a história do direito, a teoria e mesmo a filosofia do direito. E isso se dá pelo fruto das suas origens historicista e filosófica que consta também das influências que sofre a sociologia jurídica em suas vertentes/nascedouros nas doutrinas sociológicas, políticas e, propriamente, jurídica (TREVES, 2004).

Portanto, abaixo se encontra uma proposta de aproximação delimitativa da abordagem do pluralismo jurídico, para que se tenha maior clareza quando do seu debate pelos campos e categorias da sociologia jurídica ou da antropologia jurídica, e mesmo para que possam ser dimensionadas os pontos de colaboração entre estas diferentes áreas dos estudos jurídicos. Assim, cabe alertar o(a) leitor(a) sobre o não esgotamento do debate nas linhas que seguem; primeiro, porque tal debate não se limita ao curto espaço do artigo e, em segundo lugar, pelo fato de que a complexidade da temática dificulta e torna ingrata tal empreitada. Nada mais aqui se encontra uma aproximação delimitativa, uma abertura, ou mesmo uma condição de possibilidade para o debate das questões pertinentes ao tema principal e que possam facilitar uma abordagem crítica.

Direito como fenômeno social: delimitação para a pesquisa sócio-jurídica crítica na América Latina

Para a tarefa de reflexão sobre a delimitação sociojurídica do pluralismo jurídico, vale a pergunta: qual seria o marco sociológico do direito na América Latina? Caso a resposta seja a lei, está-se de maneira reducionista limitando os aspectos da abordagem apenas ao campo da regulação ou mesmo da coação, olvidando a jurisprudência como desdobramento

interpretativo e mesmo as instituições jurídicas que compõem a esfera de elaboração ou aplicação desta, exemplos apenas para limitar-se ao campo de abordagem tradicional estadocêntrica.

Contudo, se for invertido o polo da pergunta, e destacar qual seria o marco do direito na sociedade, e não se está pensando aqui em efeitos ou eficácia como anteriormente, mas na possibilidade de que o direito seja um fenômeno social antes que a viciada proposta mitológica do pensamento jurídico formal (GROSSI, 2004) em abarcá-lo como produto dado que regula as relações sociais.

Ora, o que se está buscando é a esfera de identificação do direito como fenômeno social, fato social, como será visto na opinião de alguns autores, elemento de composição da sociologia jurídica.

Sendo assim, cumpre localizar o tema como forma de melhor delinear a análise proposta nas próximas linhas e mesmo com finalidade de esclarecer as terminologias quanto ao âmbito e ao alcance do debate. Tendo isso em vista, reivindicar o pluralismo jurídico como tema da sociologia jurídica, não se trata de ignorar as outras análises, mas sim de pontuar a problemática específica que este setor acadêmico trata quando da análise do direito e de sua manifestação na sociedade, ainda compreendendo de forma ampla a sociologia jurídica como subsetor da sociologia em geral. (LISTA, 2013)

Essa proposta teórica busca localizar o fenômeno social como manifestação de interação com o campo jurídico, em destaque:

As normas de conduta formais (geralmente normas escritas) não têm em si mesmas sentimentos, ideia e volição, mas cristalizam simbolicamente determinados *siv*. Assim, as normas formais, em si mesmas, nem agem socialmente, nem sofrem ação social: não interagem. São, porém, produtos de interação e anuláveis ou modificáveis por interação. A

interação social pertinente às normas formais se refere aos compostos *siv* (dados individuais da composição social) que possam afirmá-las, modificá-las ou negá-las. (SOUTO, 1971, p. 2).

Veja-se que o sociólogo do direito brasileiro quer destacar a incapacidade da norma jurídica estatal em acompanhar as relações sociais na sua constante transformação. No que se refere à interação seria o elemento pontual em que as leis, compreendidas como pilar do direito moderno, não abarcariam o conteúdo que emana da sociedade em termos de normatividade, pois captaria apenas um âmbito da sua manifestação, reduzindo-o à esfera legislativa e aos debates das câmaras estatais.

A dinâmica social determina através da interação entre os agentes envolvidos a evolução da normatividade, nesse caso inclusive a jurídica. Logo, afirma que:

O direito é um fenômeno social e, por isso mesmo, a sua visualização numa perspectiva sociológica é de todo adequada. De fato, o fenômeno jurídico é uma conduta social, muito embora específica. A diferença, portanto, entre uma conduta social qualquer e uma conduta social tida como jurídica (fenômeno jurídico), está na composição específica desta última. (SOUTO, 1971, p. 12).

Eis que se apresenta um problema típico de uma análise sociológica: verificar e descobrir a conduta que tipifica o fenômeno normativo como jurídico, pois se atrelada for à concepção formalista, utilizará a perspectiva estatal como fonte de embasamento e de justificação do conteúdo que dá especificidade ao fenômeno jurídico como direito (legislado). Agora, se for expandido o campo da verificação para uma esfera plural do fenômeno jurídico, muda o enfoque e aparecem outros elementos

que podem enriquecer a análise. Entretanto, em torno ao reducionismo do formalismo jurídico, que de imediato emerge como categoria para determinar a característica da juridicidade ou não de uma manifestação social, vale o alerta de Claudio Souto acerca da possibilidade de se perder a riqueza do objeto:

De fato, as explicações sobre a origem e desenvolvimento do direito tem sido intensivamente procuradas nas proposições coercíveis, enquanto que a explicação do fenômeno social jurídico se deveria tentar quanto ao fenômeno básico mesmo, o homem, que representa o objeto vivo, e isso em relação a seu comportamento social e aos padrões fundamentais desse comportamento. Pois as proposições coercíveis já são formas que se dão a algum conteúdo, não raro fórmulas escritas e às vezes velhas fórmulas. (SOUTO, 1971, p. 101).

A advertência é justificada pela preocupação em torno da ação do pensamento jurídico formal vir após a determinação do conteúdo, sugerindo uma mirada nos passos anteriores a este movimento de consolidação autorreferencial de determinadas camadas da sociedade, galgando patamares de normatividade oficial. Soma-se a esta o enfoque – da perspectiva sócio-jurídica do autor – não somente o desdobramento coercitivo ou regulatório do fenômeno jurídico formal, mas interessa para Claudio Souto o sujeito, que se relaciona em busca da produção da vida², ou seja, o critério é uma intersubjetividade (SOUSA

² Inspirado na filosofia da libertação e no pensamento de Franz Hinkelammert, o autor mexicano Alejandro Rosillo esclarece em torno desta perspectiva da produção da vida pelo sujeito: “A FL tem como um tema central da sua reflexão o “sujeito

JR., 2011, p. 175) em busca da própria sobrevivência, o que em última análise não se traduz como objetivo do direito, mas da sociedade, a própria noção de busca em produzir os meios materiais para a vida em sua plenitude.

Já na segunda parte da citação aparece a relação dialética que molda e caracteriza uma forma jurídica, sendo o comportamento social e as formas de postura para obter essa produção da vida organizada em interrelação com seus pares e tendo o mesmo objetivo; por si esse tipo de afirmação anuncia de imediato que o direito não é um produto da coerção e da regulação social, mas antes que isso se trata de um elemento de organização social para fins de produção vital. Ainda na segunda parte, o autor refere que o desdobramento do direito seria então fruto do acordo gerado nas contradições da busca desse objetivo, ou seja, a divergência social gerada na esfera dialética das diferenças oportuniza a capacidade de organização coletiva, a qual por meio do consenso estabelece um acordo

vivo”, e em conexão com ele a satisfação das necessidades para a vida. A recuperação do sujeito não só é referida a um sujeito intersubjetivo e a um sujeito da práxis de libertação, mas também ao sujeito como sujeito vivo, como um ser corporal, pelo que a satisfação das necessidades se constitui como um fato radical”. E prossegue: “O sujeito vivo evita que o sujeito da práxis fique tão só em um sujeito pragmatista que aplica a razão instrumental em função do cálculo de utilidade. Esta é uma forma de exercer a razão que faz impossível a reprodução da vida, pois eventualmente significa o suicídio. Hinkelammert assinala que entre os séculos XIV e XVI, nos inícios da Modernidade, racionalidade meio-fim, que é a racionalidade concebida a partir do indivíduo e se caracteriza por ser a racionalidade econômica hegemônica, se impõe - ou se pretende impor - à sociedade inteira” (ROSILLO, 2014, pp. 16-17).

sobre os padrões do comportamento social do grupo; o conteúdo desse consenso já por si aufere capacidade de leitura jurídica.

Obviamente, essa leitura é particularizada a cada esfera social, logo se aqui não se logra verificar a produção sociojurídica, tentar-se-á abaixo melhor exemplificar os fenômenos jurídicos com base na sociedade³.

De imediato se começa a perceber no pensamento desse autor que o fenômeno jurídico acaba por emergir no dissenso, tendo no consenso a construção da sua forma. No entanto vale lembrar que, para outro sociólogo do direito brasileiro, essa afirmação se traduz em:

[..] compreender o direito como fato social, e não apenas como um conjunto de normas que formam um sistema lógico, disciplinador da vida em sociedade. [...] A realidade do mundo contemporâneo e

³ Entretanto, o que se pretende anunciar com a ideia de ir além da leitura jurídica do consenso, é verificar a crítica construída desde a perspectiva da insurgência anti hegemônica produzida no dissenso, conforme os ensinamentos de Enrique Dussel na esfera política: “O poder dominante se funda em uma comunidade política que, quando era hegemônica, unificava-se pelo consenso. Quando os oprimidos e excluídos tomam consciência de sua situação, tornam-se dissidentes. A dissidência faz perder o consenso do poder hegemônico, o qual, sem obediência, se transforma em poder fetichizado, dominado, repressor. Os movimentos, setores e comunidades que formam o povo crescem em consciência da dominação do sistema” (2007, p. 99). Essa perspectiva se verá na continuação do texto tem um aparato crítico na repolitização do campo jurídico, refletido desde uma perspectiva dos ausentes da historicidade.

a superação inevitável dos formalismos estéreis, pela procura imperativa de soluções aos problemas humanos de convivência, vêm impondo que se encarar o fenômeno do direito como fato, ou seja, fato social que condiciona suas manifestações e, sobretudo, sua adequada compreensão. (ROSA, 2004, p. 32).

Essas afirmações em conjunto não buscam negar a pretensiosa hegemonia do pensamento tradicional voltado às normas e às instituições do direito estatal, mas sim afirmá-la como incompleta e defasada pela sua própria abrangência, no sentido de que os elementos utilizados para legitimar a postura monista acabam por excluir uma gama amplíssima de possibilidades que também possuem seus conteúdos jurídicos próprios.

Dentro de tal pensamento é produzida a redução do fenômeno plural a uma matriz extremamente restringida, tratando a esfera legislativa como principal âmbito de verificação do direito, fazendo com que a ampliação ocorra por meio dos resultados da produção legislativa (efeitos gerados para toda a sociedade).

Todavia nessa perspectiva o alcance do produto gerado já não abarca mais a totalidade de onde emergiu seu germe, pois as conflitualidades e o jogo de tensão e interesses políticos institucionais, somados aos interesses midiáticos, tão em voga atualmente, pautaram uma construção normativa alheia à diversidade, que é reduzida em concepções autorizadas, para não dizer legitimadas, de um processo legislativo.

Sendo assim, trata-se de recuperar as ideias que estes e outros autores abordam quando das suas preocupações em verificar o direito como fenômeno ou fato social. Mais que realizar contraposição às perspectivas monistas, trata-se de demonstrar aquilo que as tendências doutrinárias olvidam como jurídico no âmbito social (a pluralidade).

Para tal tarefa, deve-se justificar esse tipo de abordagem segundo aquilo que recorda a pesquisadora cubana Mylai Burgos Matamoros:

Para estudar o fenômeno social devemos levar em conta seu ambiente. Uma disciplina social que se considera crítica deve estudar os fenômenos sociais levando em conta a realidade como totalidade social. Perceber a realidade como uma totalidade social é compreender que os fenômenos sociais a serem compreendidos são produto e se desenvolvem no movimento dialético das relações sociais, ou seja, em constante processo de contradição – processo denominado práxis social. Esse processo contraditório, dialético e complexo da realidade social penetra na própria estrutura do fenômeno cognitivo. Portanto, a percepção dos fatos sociais pelo pesquisador sempre terá mediações, ou seja, condicionamentos socioeconômicos e culturais decorrentes de seu contexto histórico.(MATAMOROS, 2013, p. 113).⁴ (tradução nossa)

⁴ Tradução nossa: “Para estudiar el fenómeno social debemos tener en cuenta su entorno. Una disciplina social que se considere crítica deberá estudiar los fenómenos sociales teniendo en cuenta la realidad como totalidad social. Percibir la realidad como totalidad social es entender que los fenómenos sociales a comprender son producto y se desarrollan dentro del movimiento dialéctico de relaciones sociales, es decir, en constante proceso de contradicción – proceso denominado praxis social -. Este proceso contradictorio, dialéctico y complejo de la realidad social penetra hasta la estructura misma del fenómeno cognoscitivo. Por tanto, la percepción de los hechos sociales por el

Quando se trata de analisar o fenômeno jurídico alheio a essas circunstâncias, de imediato já se estão abreviando elementos que poderiam compor o resultado final de uma legislação ou de uma normatividade. Prontamente, o que enseja a crítica presente é auferir que o nascedouro de uma legislação qualquer não se confunde com a magnitude do fenômeno jurídico; este tampouco possui em seu desabrochar a ideia de consenso, pois esse viria depois da emergência e do desdobramento daqueles conflitos condicionantes, que foram mencionados acima pela pesquisadora cubana. O consenso não é a fonte do direito; ao contrário, aquele é a conformação performativa deste após a ebulição enquanto fruto de uma lógica conflituosa de disputa.

Nesse sentido, obrigatoriamente há que se aceitar a natureza do direito enquanto pluralidade jurídica, seja na sociedade em que for, pois a ordem jurídica estatal oficial nada mais se trata do que um âmbito restringido de perspectivas jurídicas as quais se convertem em hegemonia sobre outras, hierarquizando desde pretensões de poder, um modelo de juridicidade, como recorda Claudio Souto, “[...] estado - o qual, como se viu, mesmo em nossas sociedades globais, não é senão um dos inumeráveis grupos sociais, embora o grupo social de importância acentuada” (SOUTO, 1981, p. 99).

Dessa forma, o que se pretende quando da análise do fenômeno pelas lentes da ciência social é recuperar uma concepção crítica que oferece sua perspectiva mais ampla do exame do fenômeno, e não apenas a extensão do seu resultado final, mediado por instrumentos privilegiados e politicamente

investigador siempre va a tener mediaciones, es decir, condicionamientos socioeconómicos y culturales producto de su contexto histórico”.

hegemonizados por classes sociais dominantes, e com condições de disputa na seara social. Segundo Mylai Burgos Matamoros:

Portanto, levando em conta que a ciência social é crítica se for crítica, - como descrito na segunda seção deste ensaio - então, o direito de constituir a ciência social deve ser estudado a partir de um profundo exercício reflexivo de questionar o que é padronizado e oficialmente consagrado ao nível do saber, do discurso e do comportamento numa dada formação social, na totalidade social. Sem ficar apenas no uso da crítica, ao mesmo tempo, será possível detectar, discutir e conceber outras formas emergentes, diferenciadas e pluralistas de práxis sociojurídica. (MATAMOROS, 2013, p. 122).⁵ (tradução nossa)

Eis a práxis sócio-jurídica como fonte da emergência do fenômeno jurídico na totalidade social. Essa ideia é a matriz do embasamento para a análise do pluralismo jurídico de caráter

⁵ “Por tanto, teniendo en cuenta que la ciencia social lo es si es crítica, - como se describe en el segundo apartado de este ensayo - entonces, el derecho para constituir ciencia social, deberá ser estudiado a partir de un profundo ejercicio reflexivo de cuestionamiento de lo que se encuentra normatizado y oficialmente consagrado en el plano del conocimiento, del discurso y del comportamiento en una determinada formación social, en la totalidad social. Sin quedarnos solamente en el empleo de la crítica, a la vez, se podrán detectar, dialogar y concebir otras formas emergentes, diferenciadas y pluralistas de la praxis sociojurídica”.

crítico. Sendo assim, ao perder-se essa configuração na pesquisa, perdem-se muitos elementos constitutivos da originalidade do fenômeno jurídico enquanto desdobramento do fenômeno social, pois a conduta e a coerção, que são desdobramentos deste, já compõem o âmbito da consolidação do conteúdo do direito como fruto das contradições, ou seja, ocupam a seara da perspectiva consensual, ainda que em seus desdobramentos processuais se venha a assistir a demasiadas disparidades, estas seriam resíduos daquelas matrizes as quais foram olvidadas.

Portanto a pluralidade jurídica é um fato social, compreendendo por “social” toda agrupação humana, e não apenas as urbanas, mas também as campestres, autóctones ou outros grupos culturais não inclusos na ideia de civilização moderna ou até mesmo crítica a esta, para os quais talvez a denominação mais adequada fosse comunitária; porém no âmbito aqui proposto essa estaria inserida na ideia de social, enquanto adequação proposital.

Isto posto, o que caberia realizar a sociologia jurídica enquanto disciplina crítica e problematizadora do fenômeno jurídico? Para responder a essa indagação, Claudio Souto faz questão de afirmar a tarefa primordial da sociologia jurídica, mencionando que:

A tarefa fundamental da sociologia jurídica é, de certo, definir o direito como fato social. E defini-lo do modo mais preciso que se possa. Todas as outras tarefas possíveis da sociologia jurídica pressupõem a delimitação – ainda que essencialmente provisória e retificável – do campo social do jurídico. É, de fato, inconcebível que uma sociologia do direito possa operar racionalmente sem que saiba, com um mínimo de precisão, o que é direito. Ora, nem mesmo esse mínimo de precisão necessariamente terá sido atingido, e isso mais ainda põe em relevo a necessidade de uma preocupação intensiva

da parte dos sociólogos do direito com a delimitação deste como fato social. Delimitação que deve ser feita a partir de uma observação a mais ampla possível da realidade social total. (SOUTO, 1971, p. 13).

Essa tarefa nada mais sintetiza que a busca pelo resgate do fenômeno jurídico nas suas origens, ou seja, não como um retorno sintético de um produto para a sociedade, conforme a pergunta realizada no início desta etapa, mas sim enquanto fim da sociedade organizada para a produção da vida, algo que deve ser compreendido na medida da perspectiva de inversão de postura da pesquisa jurídica, não desde os desdobramentos e resultados, mas ante os próprios fatos geradores, que pela sua natureza somente podem estar na sociedade mesma. Esta inversão se pode chamar de anti-pragmatista, pois não tem por fim apenas dar um produto acabado como resposta imediata, mas antes reconsiderar as posturas do embasamento e o ponto de partida da pesquisa jurídica, ampliando o horizonte do objeto investigado para percepção da realidade social total e a totalidade em que estão inseridos os elementos desta, algo que necessariamente vai provocar uma distorção no conceito operacional do direito, que deverá ser problematizado juntamente.

Em termos provocativos à dogmática jurídica se afirma o pluralismo jurídico como profanador⁶, no caso jurídico essa

⁶ “[...] El concepto de profanos, según Bordieu, es el que recoge a aquellos hombres probos que resuelven conflictos pero que desconocen el derecho y no obstante hacen uso de él [...] 2) Los profanadores del derecho son todos aquellos que desconocen el derecho y no son reconocidos como expertos, pero no obstante resuelven conflictos con elementos del propio derecho” (ARIZA, 2010, p. 25)”.

profanação se explica nas palavras do sociólogo e jurista colombiano Rosember Ariza:

Reviendo o que fazer com os profanos em termos amplos, o dilema da justiça informal fortalecendo a lógica autonomista desses administradores da justiça, versus a lógica daqueles que então seriam colocados entre os administradores da justiça do Estado. [...] os contornos do subcampo onde se cumprem fundamentalmente as seguintes ações sociais que o caracterizam: uma ação clara de coesão social; [...] uma ação evidente de inclusão; [...] uma decisão mediada por critérios não jurídicos; [...] um exercício de autonomia e o reconhecimento de algumas formas de autorregulação. [...] O subcampo do profano é então o campo do social onde também se configura como campo de participação democrática e realização do social.(ARIZA SANTAMARÍA, 2010, p. 269).⁷ (tradução nossa)

⁷ “Revisando que hacer de los profanos del derecho en términos amplios, el dilema de las justicias informales fortalecimiento de la lógica autonomista de estos administradores de justicia, versus la lógica de los se situaría entonces entre los administradores de justicia del Estado. [...] los contornos del subcampo donde fundamentalmente se cumplen las siguientes acciones sociales que lo caracterizan: una clara acción de cohesión social; [...] una acción evidente de inclusión; [...] una decisión mediada por unos criterios no legales; [...] un ejercicio de autonomía y el reconocimiento de unas maneras de autorregulación. [...] El subcampo de los profanos es entonces el campo de lo social donde éste se configura además como un campo de participación democrática y de realización de lo social”.

Diante disso, o que é proposto pelo sociólogo colombiano é a mesma mirada que vem sendo delineada na busca dos conteúdos propriamente jurídicos e no resgate da relação social. A profanação da seara jurídica normativa estatal encontra seu lugar no reposicionamento da perspectiva do pensamento jurídico e mais: quando se trata da sociologia jurídica, não apenas utilizando essa como elemento que analisa os efeitos do conteúdo jurídico oficial na sociedade, mas como resultado referendado de uma concepção do direito.

Cabe destacar que é possível visualizar ao contrário; a tarefa do sociólogo e jurista é justamente problematizar o próprio conteúdo normativo em sua constituição, na busca de elementos e categorias necessárias para ampliação e melhor delimitamento do que se compreende por direito e sistema jurídico.

Soma-se a isto aquilo que recorda José Geraldo de Sousa Jr., ao recuperar a tarefa da sociologia a partir da obra de Roberto Lyra Filho, com subsídios importantíssimos para essa empreitada de inversão da postura de observação, frente ao processo histórico-social, da qual é tarefa da sociologia resgatar a práxis jurídica que possibilitaria o encontro do fenômeno jurídico com a vida social. (LYRA FILHO *apud* SOUSA JR., 2011, p. 131).

A totalidade social não é sempre algo desconectado e pontual em uma análise jurídica; recordando a historicidade social, através da lembrança de Jesús A. de La Torre Rangel, em citação a Rafael Altamira⁸ (RANGEL, 2010): os fenômenos

⁸ “[...] don Rafael Altamira - 1866-1951 -, que entendía muy bien a la historia jurídica ligada a la historia social, al sostener que había que explicar lo jurídico ‘como una resultante de las cosas extrajurídicas’”. Aprofunda o autor em parágrafo anterior: “[...] No son historia de las instituciones jurídicas, sino que pretenden ser una historia de la juridicidad, quiero decir de lo jurídico

sociais também escondem em seus meandros e complexidades o que a análise mais formalista deixa escapar, gerando desconformidade no resultado final da pesquisa. Estas distorções comportariam os resíduos “incompreensíveis” para os fenômenos jurídicos, ainda mais quando esses resíduos são forçosamente encaixados no consenso que gera o âmbito formal do direito – regulação.

Vale referir, diante dos ensinamentos de Roberto Lyra Filho (1982), que a práxis jurídica está necessariamente mergulhada em condicionamentos da construção histórica e do apinhado dialético das contradições destas na condução da cotidianidade da esfera social, os quais só adquirem sentido na perspectiva do resgate da composição de que fazem parte. Essa tarefa histórica e sociológica, recordada nas palavras do jurista brasileiro, perfaz a complexidade e a dificuldade da análise do Pluralismo Jurídico, impõe à racionalidade indolente da modernidade (SANTOS, 2011) uma tarefa que não lhe importa estudar por sua própria preguiça e postura política frente à legitimação de um produto no qual pode embasar sua cultura monista, trazendo para o direito a mesma percepção – reducionismo (des)caracterizador do campo jurídico, sendo sistematizado em no esquema legicêntrico do estado moderno.

A necessidade de uma sociologia jurídica crítica desde a América Latina

Assim, como foi mencionado, busca-se uma sociologia jurídica crítica e mais, uma sociologia jurídica crítica voltada

inmerso en lo social, en la medida que el derecho se explica cabalmente por la realidad social, y ésta tiene una explicación compleja, jugando en ello un papel importante el derecho mismo” (RANGEL, 2010, p. XX).

para a análise dos meandros da realidade periférica latino-americana, e essa deve encarar a tarefa objetivando encontrar os pontos de integração do fenômeno jurídico na vida social. Desarte, como se definiria então uma sociologia jurídica que leva em consideração esses elementos? Ou ainda, para diferenciar-se das sociologias jurídicas tradicionais? A resposta vem da proposta de Claudio Souto:

Essa definição poderia ser a seguinte: sociologia jurídica é o ramo do saber científico que investiga o fenômeno social jurídico, na totalidade de seus aspectos e de sua dinâmica, em correlação funcional com a totalidade dos aspectos da realidade social e de sua dinâmica. Ou seja, de modo bem simples: a sociologia do direito estuda o direito em correlação com a realidade social total. Ou ainda, se se prefere: a sociologia jurídica indaga a realidade social total em função do direito, estudando as relações recíprocas existentes entre tal realidade social total e o direito. (SOUTO, 1971, p. 17).

Essa proposta teórica definida nas palavras do sociólogo brasileiro traduz as necessidades de uma sociologia jurídica para o contexto regional; ainda que não tenha mencionado a historicidade como elemento identificador dos atores e das perspectivas por analisar, mencionou a ideia de totalidade social e seu desenvolvimento, que somente deve compreender-se enquanto produto de uma dinâmica histórica contextualizada por fenômenos intensos, tais como a título de exemplo para a América Latina deve ser mediada pelo colonialismo e a colonialidade no cenário de uma totalidade capitalista dependente.

Vale recordar que este tipo de definição não busca ignorar as demais, porém visa a destacar um ponto de partida investigativo que valoriza o contexto próprio do pensamento regional; estas ideias da tarefa sociológica em consideração à

práxis sociológica da realidade social e a inversão anti-pragmática mediada pela reconstrução desmistificadora da historicidade crítica, são indícios históricos de uma sociologia jurídica própria, que em sua matriz teórica ainda dialoga com as vertentes externas, mas que em sua materialidade se insurge com autenticidade e originalidade, por meio dos imperativos constitutivos como disciplina marginal na contextualidade jurídica regional.

Dessa maneira, não se pode deixar de verificar a busca de tal sociologia enquanto ampliação do conceito de direito, se ao mesmo tempo em que esta sociologia definida desde a geopolítica e a geoepestêmica própria do continente busca destacar seu lugar na ciência, também intenta desestabilizar os paradigmas produzidos pela racionalidade jurídica moderna, fruto do trabalho investigativo com estes aparatos antes mencionados; lógico que isso redunde em uma concepção do direito também adequada aos seus propósitos,

[...] uma classificação operacionalmente importante, do ponto de vista do conhecimento científico do direito será aquela que distinga este último em direito refletido e direito espontâneo. Tudo indica que tal distinção seja de grande utilidade para o estudo científico das relações de influência recíproca entre direito e manifestações típicas da vida social total. De fato, valerá distinguir o direito como produto de conhecimentos científicos refletidos e atualmente insuperáveis (direito refletido) e o direito como produto de certos conhecimentos espontâneos, daqueles que a ciência atual não possa contradizer ou inovar – conhecimentos esses correspondentes a todo um mundo de espontaneidade social (direito espontâneo). Observe-se, pois, que as regras jurídicas espontâneas não são menos racionais que

as regras jurídicas que se firmaram de maneira refletida. (SOUTO, 1971, p. 114).

Essa distinção realizada informa para os desdobramentos fetichistas⁹ do fenômeno jurídico, pois a perspectiva do ensinamento pode ser refletida enquanto ao âmbito do reducionismo produzido pelo modelo científico tradicional. Claudio Souto quer delinear, com estas definições do direito, concepções mais completas dos fenômenos jurídicos, mas também observar para a diminuição operada na concepção monista enquanto validade da ordem jurídica estatal, reduzindo o impacto da espontaneidade ao aparato institucional legitimador.

Para uma pesquisa que envolva a ideia de pluralismo jurídico, o direito espontâneo ocuparia o mesmo lugar que o direito refletido, que se torna apenas mais um na seara social,

⁹ “Llamamos fetichización al proceso por el que una totalidad se absolutiza, se cierra, se diviniza. La totalidad política se fetichiza cuando se adora a sí misma en el imperio (3.1.5) o en el totalitarismo nacionalista (3.1.6). La totalidad erótica se fetichiza cuando es constituida por la fascinación del falo perverso de la ideología machista (3.2.5-2.6). La totalidad cultural se fetichiza cuando la ideología imperial o ilustrada elitista aliena la cultura popular (3.3.6) o castra al hijo (3.3.5). El fetichismo es la muerte de la totalidad, del sistema, del discurso” (DUSSEL, 2011, p. 155). Desse ensinamento da filosofia da libertação de Dussel deduzimos que o fetichismo jurídico é produzido quando a concepção de direito é reduzida ao monismo legal do pensamento e da cultura jurídica moderna, ao encerrar a compreensão jurídica dentro dessa lógica se olvida o pluralismo de produção normativa social e jurídica, se diminui o impacto de uma interpretação jurídica mais ampliada e despolitiza o direito em sua capacidade de libertação.

contudo sendo priorizado na análise o primeiro, pela sua própria natureza. Isso equivaleria situar a sociologia jurídica latino-americana como quebra de paradigma na racionalidade moderna operada pela razão metonímica¹⁰ a que se refere

¹⁰ “A razão metonímica é obcecada pela ideia da totalidade sob a forma de ordem. Não compreensão nem acção que não seja referida a um todo e o todo tem absoluta primazia sobre cada uma das partes que o compõem. Por isso, há apenas uma lógica que governa tanto o comportamento do todo como o de cada uma das partes. Há, pois, uma homogeneidade entre o todo e as partes e estas não têm existência fora da relação da totalidade. As possíveis variações do movimento das partes não afetam o todo e são vistas como particularidades. A forma mais acabada de totalidade para a razão metonímica é a dicotomia, porque combina, do modo mais elegante, a simetria com a hierarquia. A simetria entre as partes é sempre uma relação horizontal que oculta uma relação vertical” (SANTOS, 2006, p. 95). Em termos explícitos se trata de uma racionalidade de produção da monocultura, operando na monocultura do saber, que possui na sua esfera de particularidade a ignorância, a monocultura do tempo linear, fundada na dicotomia avançado/atrasado, monocultura da naturalização da diferença, que serve para naturalizar hierarquias sociais, resultando na dialética superior e inferior, ainda, operando na lógica de escalas dominantes entre o universal e local, e por fim a ideia que fundamenta o desenvolvimentismo moderno, calcado na lógica de monocultura produtivista capitalista (dicotomia do improdutivo/preguiçoso). Resumindo seria a produção do ignorante, residual, o inferior, o local e o improdutivo/preguiçoso. Estas instâncias têm o objetivo primordial de resumir o presente ao que existe, ou ao que é permitido por esta razão existir, como preparação

Boaventura de Sousa Santos, ao saber que esta encontra-se calcada no reducionismo das experiências validadas pela concepção científica moderna, bem como legitimada em processos de produção do conhecimento em que métodos pré-estabelecidos pelo centro geopolítico mundial definem como válidos, ou então pelos “templos” teóricos que ecoam no mundo ocidental através de perspectivas epistêmicas colonizadas.

Afinal, trata-se de desmitificar essa falácia reducionista e, no caso da América Latina, importa a tarefa de descolonizar esta leitura científica e ampliar o cânone moderno desde a destabilização a partir da existência de outras perspectivas não referendadas pela ciência na modernidade, ao contrário encobertas pela racionalidade positivada que esta produziu. Contudo, desde uma perspectiva sociojurídica, visualizando a pluralidade de juridicidades que irrompem na cotidianidade fática das zonas marginais, enquanto produção da autonomia e da autodeterminação desde as necessidades que lhe dão conteúdo e, se os paradigmas que justificam esta racionalidade não aceitam desde a justificação interna de seu pensamento é, pois, tratar-se de reafirmar o modelo colonialista desde o seu âmago hegemônico, em que a aceitabilidade de uma contra hegemonia seria um movimento propício em parte a esta reafirmação; algo limitado em vista de um projeto mais amplo, já que sua própria concepção de aceitabilidade contra hegemônica poderia surtir efeitos imediatos, mas se dobraria frente aos resultados mediatos da racionalidade proléptica.¹¹

para um futuro, inalcançável, infalível, incontrolavelmente controlado pelas experiências comprovadas da ciência moderna.

¹¹ “A razão proléptica é a face da razão indolente quando concebe o futuro a partir da monocultura do tempo linear. Esta monocultura do tempo linear, ao mesmo tempo que contraiu o presente, como vimos atrás ao analisar a razão metonímica, dilatou

Consequentemente a estes fatores, o que se trata de objetivar diante dos princípios profanadores e que verificam o direito desde a esfera da facticidade social na geografia da periferia sócio-histórica-econômica-política é a produção de anti hegemonia, como crítica radical a totalidade social colocada como periférica.

Desta forma, é importante retomar a perspectiva do debate sobre Direito e fato social, no qual cabe recordar a observação que vem acompanhada do desdobramento da classificação que realiza o sociólogo pernambucano Claudio Souto:

O direito, fator que é da vida social total, haverá de ser estudado tomando-se em consideração as diversas manifestações típicas dessa vida social, que mantém entre si correlações funcionais, e com as quais, por sua vez, o fenômeno social jurídico, como fenômeno social particular, mantém correlações de influências recíprocas. Cumpre, porém distinguir,

enormemente o futuro. Porque a história tem o sentido e a direção que lhe são conferidos pelo progresso, e o progresso não tem limites, o futuro é infinito. Mas porque o futuro está projetado numa direção irreversível ele é, como bem identifica Benjamim, um tempo homogêneo e vazio. O futuro é, assim, infinitamente abundante e infinitamente igual, um futuro que, como salienta Marramao, só existe para se tornar passado. Um futuro assim concebido não tem de ser pensado, e é nisto que se fundamenta a indolência da razão proléptica". (SANTOS, 2006, p. 115). Portanto com o alargamento do futuro se instala a Razão Proléptica, se entende estar fechado e concluído no paradigma epistemológico da modernidade ocidental, legitimada por um sistema jurídico mecânico e legitimador de um sistema a-político reduzido ao dado ou permitido.

como vimos, o direito como produto de conhecimentos científicos refletidos e atualmente insuperáveis e o direito como produto de certos produtos de conhecimentos científicos refletidos e atual – não possa contradizer ou inovar – conhecimentos esses correspondentes a todo um mundo de espontaneidade social. As regras jurídicas espontâneas, portanto, não são menos racionais que as regras jurídicas firmadas de modo refletido a partir de dados de ciência. (SOUTO, 1971, p. 169).

Essa perspectiva estaria inserida em uma sociologia jurídica mais atualizada naquela ideia das sociologias das ausências e das emergências que recorda Boaventura de Sousa Santos (2004, p. 777-821), pois é visualizada desde o confronto de concepções jurídicas típicas das sociedades envolvidas em contextos complexos, dada a realidade histórica construída pela produção da marginalidade ou da exclusão social, e mesmo pela postura de um modelo jurídico alimentado em fontes científicas que reduzem o fenômeno ao âmbito institucional autolegitimado em esquemas estruturais (sistemas políticos) que o sustentam.

A ampliação ao direito espontâneo trata novamente de expor ao campo tradicional do direito um apelo à verificação de outras facetas da produção do justo, com categorias e elementos próprios, uma reflexão atualizada e insurgente, crítica e reflexiva desde as contingências que forçam sua geração enquanto espontaneidade natural de qualquer organização social que busca elaborar meios adequados à produção da vida.

Contudo, vale referir que essa proposta não se encontra permeada de certezas transcendentais, nem tampouco é imune à crítica; trata-se apenas de uma insinuação que visa a escapar da opressora visão científica tradicional do direito, verificado sob o âmbito social como produto de um determinado nicho societário e produzido para esse, olvidando a ampla maioria em

suas perspectivas, porém submetidas aos efeitos do reducionismo mencionado. Justamente ao mergulhar o fenômeno jurídico em seu habitat original antes de ser aparelhado e sistematizado por um âmbito formal, ou seja, antes da deformação sintética da concepção monista, Claudio Souto visa a dimensionar a complexidade do desenvolvimento do fenômeno jurídico frente à realidade total que se propõe regular ou organizar.

A inversão antipragmática busca primeiro compreender a amplitude do fenômeno e seus desdobramentos frente à contingência geradora da sua síntese normativa, trata-se de um trabalho de maior complexidade, mas que encontra aí a pluralidade de juridicidades que é evidenciada quando do resultado concreto do fenômeno jurídico já dado em seus desdobramentos processuais.

As dificuldades recordadas se resumem no problema da classificação sociojurídica operacional do direito plural:

Assim como a sociologia não consegue classificar os grupos sociais senão de modo essencialmente relativo e operacional, em uma situação análoga se situa a Sociologia jurídica quanto ao problema da classificação do direito. Ou seja: esta classificação não consegue ser senão essencialmente relativa, a depender da perspectiva porque se encare o fenômeno jurídico, e operacional – e isso quando não chegue a ser equivocada. (SOUTO, 1971, p. 165).

Este tipo de incerteza não caberia dentro da concepção científica da modernidade indolente, pois não teria uma resposta ou produto significativo para os fins políticos de dominação, elementos necessários para reproduzir a perspectiva colonizada no campo jurídico para América Latina. A dificuldade de compreensão da práxis jurídica na totalidade histórica e social da realidade do continente não se traduz em abandono proposital por falta de qualificação científica; estaria mais

envolvida na descaracterização produzida pela mentalidade colonizada como instrumento de dominação para imposição de um pensamento jurídico alheio.

O que o autor anuncia acima não se trata de uma concepção desestimulante ou mesmo desconstrutivista da pesquisa; ao contrário, particularmente se interpreta que, ao inverter o polo de observação da pesquisa sociojurídica, em especial no continente, tendo em conta a historicidade, a práxis social e a conjugação ampliada do direito espontâneo, são imprevisíveis quaisquer resultados concretos para a reprodução de um sistema jurídico operacionalizado dentro da lógica em que trabalha o direito moderno; logo este tipo de análise logra desestabilizar a acepção jurídica monista, ampliando o debate e, conseqüentemente, a compreensão do direito desde um horizonte que visa às contingências locais dos sujeitos históricos.

Portanto, desde esta exposição, em que comportaria analisar a perspectiva da sociologia jurídica? Trata-se da busca da afirmação de uma concepção jurídica crítica, recuperando aquilo que se trata da principiologia do *Direito Achado na Rua*, em que o objetivo é: “[...] atribuir propriamente direito ao que emerge de sua fonte material –o povo – e de seu protagonismo a partir da rua – evidente metáfora da esfera pública” (SOUSA JR., 2011, p. 14); compreendendo, conforme o pesquisador da Universidade de Brasília, que o direito se faz no processo histórico de libertação (LYRA FILHO *apud* SOUSA JR., 2011, p. 18).

Deve-se mostrar nas contradições da lei e da justiça a abertura da consciência libertadora, superando as contradições, e mais que isso: na mirada histórica comprometida com o social, uma superação histórica das mazelas que geram as contradições dialéticas, visando as alternativas no horizonte transcendente da totalidade moderna e alcançando uma postura crítica ana-dia-lética (DUSSEL, 2011).

Novamente revisitando as fontes de Roberto Lyra Filho por José Geraldo S. Jr., uma importante distinção que

estabeleceu em torno da sociologia do direito e jurídica, até o presente momento não foi estabelecida, assim vale referir que:

Neste ponto, Lyra Filho oferece uma distinção singular, uma vez que todos os demais autores empregam indistintamente as expressões “sociologia jurídica” e “sociologia do direito”, expressões que, segundo ele, representam duas maneiras de ver as relações entre sociologia e direito, constituindo, portanto, abordagens diferentes, apesar de interligadas em um intercâmbio constante. Assim, “falamos em sociologia do direito, enquanto se estuda a base social de um direito específico” e se faz a análise, por exemplo, de como o direito positivo oficial reflete a sociedade na qual se aplica; já a “sociologia jurídica, por outro lado, seria o exame do direito em geral, como elemento do processo sociológico, em qualquer estrutura dada”, de tal sorte que lhe pertence, por exemplo, o estudo do direito como instrumento, ora de controle, ora de mudanças sociais. (LYRA FILHO apud SOUSA JR., 2011, p. 41).

Isso pode delimitar melhor a diferenciação na postura ampliada do direito, pois ao tratar de um conceito jurídico no campo sociológico, conforme se vem operando desde a inversão anti pragmática, a ideia de sociologia jurídica cumpre a tarefa de recuperar a importância do processo sociológico para o direito como um todo, ao passo que a especificidade da sociologia do direito trataria de abarcar a especificação de uma parcela (oficial) da concepção jurídica social.

Se ao menos essa tipificação serve para delimitar algumas posturas, estaria em perfeito acordo com este estudo, ainda que se possa fundamentar melhor a distinção; contudo, da maneira que está, cumpre sua tarefa presente, deixando-se para outros espaços sua discussão acerca da divisão estabelecida.

Mesmo assim, cabe considerar que aquilo que se denominou direito na perspectiva sociológica, encontra-se dentro da compreensão normativa do que Lyra Filho compreende: “[...] o direito, assim, não como a norma em que se exteriorize, senão como ‘enunciação dos princípios de uma legítima organização social da liberdade’” (LYRA FILHO *apud* SOUSA JR., 2011, p. 46); insinuações que não encerram o debate, mas conduzem a outros espaços em que a teoria do direito seria melhor despida como campo de reflexão.

Diante disso, o objetivo da postura em verificar o direito como fato social, e por essa via contestar a pergunta inaugural da presente etapa, em torno do marco do direito na sociedade, não apenas pensando em buscar os fundamentos oriundos do fenômeno jurídico, mas antes pensando em recuperar uma identidade sociojurídica politizada e comprometida com a leitura da realidade própria, que possa levar à construção do pensamento original e autêntico para uma sociologia jurídica latino-americana, algo que se pode recordar nas palavras de José Geraldo de Sousa Jr., em citação à filósofa Marilena Chauí, como a capacidade transformadora do direito politizado. (CHAUÍ *apud* SOUSA JR., 2011, p. 134).

O fato de colocar o direito oficial como apenas uma das manifestações sociais de juridicidade inaugura uma posição doutrinária insurgente, em que fica comprovado que a pureza do direito não reside em sua configuração como fenômeno homogêneo, bem como não está em sua desconexão com o mundo dos fatos. O direito deve acompanhar a história e as transformações sociais. Talvez a análise jurídica se encontre mais rica quando do exame da impureza do direito, encontrado na sua forma “bruta” e “natural” junto da sociedade de onde emerge livremente, contrariando o movimento kelseniano de purificação do direito.

No entendimento de outro estudioso da temática sociológica, Joaquim Falcão (1988), existe uma função na pesquisa do pluralismo jurídico que é constatada pela importância do tema

no campo dos fatos sociais, ou seja, no âmbito da sociologia jurídica.

Essa perspectiva busca analisar a desconexão do direito oficial com a realidade como campo específico em que brota a insurgência de um direito calcado nas circunstâncias e nos fatos oriundos das contingências históricas geradas pelas mazelas de uma totalidade dominadora, hegemônica e opressiva. Assim, percebe o autor que a convergência da necessidade fática com conjunturas dessa desconexão legal do estado gera os fatores para o rompimento da ordem estatal, logo:

De tudo resulta que a explicação teórica pretendida não pode ser unilateral. O principal desafio é explicar a natureza das relações entre direito estatal e as manifestações normativas não-estatais. A explicação tem que ser abrangente. O pluralismo jurídico não se confunde, pois com a defesa do direito não-estatal. Seu principal esforço teórico é explicar a convivência contraditória, por vezes consensual e por vezes conflitante, entre os vários direitos observáveis numa mesma sociedade. (FALCÃO, 1988, p. 115).

Diante disso, tendo em conta a leitura dos conflitos vivos na sociedade, trata-se de lutar por transformações. A partir do referido, entende-se no âmbito do estudo que os sociólogos jurídicos destacam um importante trabalho teórico de reconstrução do sentido da legitimidade no campo do direito, resgatam também o sentido social da normatividade e observam que existe uma compreensão de justiça legal e uma compreensão de justiça social, que muitas vezes entram em forte contradição, evidenciando algo de errado nos aparatos normativos e na postura política do estado.

Recorda Antonio C. Wolkmer, também com base em Lyra Filho, que:

É preciso notar, consoante Lyra Filho, que a principal “[...] inversão que se produz no pensamento jurídico tradicional é tomar as normas como direito e, depois, definir o direito pelas normas, limitando estas às normas do estado e da classe e grupos que o dominam”. [...] A tarefa de pensar e transformar a ordem existente obriga a ter presente que a estrutura social é atravessada pela coexistência conflitual e pelo pluralismo de normas jurídicas geradas pela divisão de classes entre dominantes e dominados. É no bojo do pluralismo jurídico insurgente não-estatal que se tenta dignificar o direito dos oprimidos e dos espoliados. (LYRA FILHO *apud* WOLKMER, 2001, p. 213).

Ademais, reconhecendo o caráter do direito advindo das necessidades populares, inserido no processo de superação das contradições entre o direito oficial e o direito não oficial – que nasce das ingerências dos movimentos sociais na realidade fática pela exigibilidade de uma justiça social –, e recordando a experiência do direito achado na rua, é natural relacionar o pluralismo jurídico com a libertação, para assim expandir o tema para além do reconhecimento dos direitos, localizando tal temática no âmbito da superação dos suportes históricos opressores produzido pelo direito oficial.

Nesse sentido, salienta o teórico do direito Luiz Fernando Coelho:

Mas idêntico discurso pode legitimar a produção normativa engendrada a partir dos movimentos sociais: seu projeto não é a mera atribuição ou reconhecimento normativo social: não é uma procura de novos critérios limites do direito positivo, nem a substituição dos fundamentos metafísicos do

direito por fundamentos éticos ou sociológicos. Seu projeto político é o da conquista dos espaços normativos pela organização social dos oprimidos, primeiro passo no sentido da libertação. (COELHO, 2003, p. 443).

Esses limites da postura ou da estratégia política estariam inseridos no âmbito da denúncia acerca da possibilidade emancipatória do direito, que é problematizar, sob uma perspectiva sociológica de libertação, a libertação como superação da totalidade histórica colonizada. Contudo, isso ajuda a fundamentar uma definição do direito mais evidente que aquela acima mencionada, pois agora já se tem bem definido qual a finalidade de uma sociologia jurídica latino-americana pensada a partir da realidade de libertação e que anuncia os objetivos que se propõem insurgentes; trata-se de:

Reconhecemos que o direito é lei, um conjunto de normas, mas não é só isso, elas também constituem direitos subjetivos, faculdades de pessoas e grupos sociais sobre o que é seu, e mais ainda, lei são as coisas e/ou comportamentos devidos a outros, este é justo objetivo, como concretização da justiça. Por outro lado, o Estado não é a única fonte de produção jurídica. Os usos e costumes, os princípios gerais do direito, a própria realidade, natureza e história dos seres humanos e das coisas, produz a juridicidade. O direito nasce do povo; das relações inter-humanas, das lutas e reivindicações de vários

grupos. (DE LA TORRE, 2010, p. 58).¹² (tradução nossa)

Em outro espaço aparece:

Com efeito, o direito, a juridicidade, é um fenômeno social complexo que não se esgota nas leis ou normas legais, que são o sentido mais usual que se dá ao termo “direito”. O fenômeno jurídico, o mundo do direito, também é formado por outros direitos subjetivos ou faculdades das pessoas ou grupos sociais, que constituem a base propriamente dita dos direitos humanos; pelas ideias, aspirações e concretizações de justiça e pelo reconhecimento sistemático do próprio fenômeno jurídico, que constitui o objeto da ciência do direito. (DE LA TORRE, 2004, p. 314).

A abordagem realizada acima, é um exercício de situar o fenômeno jurídico como manifestação social complexa e produto da realização humana em sua capacidade intersubjetiva,

¹² “Reconocemos que el derecho es ley, conjunto de normas, pero no sólo es eso, constituyen también derechos subjetivos, facultades de las personas y los grupos sociales sobre lo suyo, y además, derecho es las cosas y/o conductas debidas a los otros, esto es lo justo objetivo, como concretización de la justicia. Por otro lado, el Estado no es la única fuente de producción de lo jurídico. Los usos y costumbres, los principios generales del derecho, la realidad misma, naturaleza e historia, del ser humano y de las cosas, produce juridicidad. El derecho nace del pueblo; de las relaciones interhumanas, de las luchas y reivindicaciones de diversos colectivos.”

também é possível afirmar que o mesmo fenômeno jurídico está imerso nos seguintes fatores: nas relações sociais complexas e multifacetadas, em um processo histórico conturbado – primeiro pelo colonialismo e atualmente pela colonialidade do poder e do saber –, em uma ordem econômica injusta, privatista e individualizante, em resumo capitalcêntrica adjetivada de modernidade.

Nesse cenário, aparecem manifestações jurídicas na margem do direito oficial, que são resultado das necessidades de sobrevivência que perpassam os sujeitos sociais em suas diversas demandas de materialidade para produção da vida em sua plenitude, algo que se encaixa na proposta do direito achado na rua – que resgata um conteúdo politizado e comprometido com a justiça social –, e também recupera a faceta jurídica inserida nos elementos mencionados acima.

Segundo De La Torre Rangel (DE LA TORRE, 2004, p. 314), as necessidades ganham força jurídica no momento em que se transformam em exigências e busca de satisfação materializada em processos políticos de exigência. De acordo com o professor mexicano, isso seria:

Da perspectiva dos direitos subjetivos – dos direitos humanos expressados como necessidades, como reclamos, como demandas – é questionado o sistema social, o político e o econômico. E é dessa forma que o mundo jurídico é sacudido em sua integridade, pela provocação à justiça que fazem as comunidades pobres. O começo do pluralismo jurídico fundase – radica-se – na exigência de direitos. (DE LA TORRE, 2004, p. 314).

Consequentemente, provocar reflexões dentro da perspectiva sociológica do campo jurídico como fenômeno advindo da complexidade dialética das relações sociais incluídas em processos históricos de marginalização e de dominação, busca

incessante pelas matrizes plurais para superação ana-dia-lética da totalidade moderna.

Ora, a inserção do pluralismo jurídico nessa seara de pesquisa visa a ampliar o debate pelo viés da criticidade como vertente desestabilizadora da racionalidade tradicional do pensamento jurídico formal.

Não obstante, o jurista espanhol David Sánchez Rubio consolida o pensamento sócio-histórico em termos da leitura do pluralismo jurídico, quando afirma:

Minha conclusão da história, dirigida tanto ao estudante como aos leitores desta obra, é a seguinte: quando falamos do fenômeno do pluralismo jurídico, nosso posicionamento dependerá não apenas da concepção que temos sobre o que é direito (como um pântano relacionado a muitos fatores que fazem com que não seja possível reduzi-lo a si mesmo), mas também da disposição e capacidade que temos de visualizar, relacionar e vincular os distintos elementos do mundo no qual vivemos e somos parte, no qual o jurídico é uma das partes integrantes. (SÁNCHEZ RUBIO, 2010, p. 52).

A interpretação que se pode fazer da citação é a necessária conexão da leitura da Sociologia Jurídica pluralista com a esfera do sistema-mundo (WALLERSTEIN, 2005) e da interdisciplinaridade que deve operar na pesquisa jurídica quando atrelada à ciência social como disciplina que amplia o cânone de leitura para formação da criticidade.

Logo, especifica Sánchez Rubio, como operar pela edificação sócio-histórica a partir da realidade concreta e dos sujeitos:

Ainda há que se ter em conta quais são os atores sociais que consideramos como parte do processo de

criação da realidade e, no caso do direito, do processo de sua criação, interpretação e uso. Por essa razão podemos conceber o mundo jurídico como um sistema único, independente do contexto histórico, social, cultural, político e econômico, ou, ao contrário, compreendê-lo como um sistema ou vários sistemas inter-relacionados e vinculados com diversos elementos que constituem a vida em sociedade, na qual os seres humanos participam de muitas formas no processo de construção de sentido das normas jurídicas. [...] Nesse processo de distinção e diferenciação conceitual, adotaremos uma concepção mais monista-estatista ou mais pluralista segundo nossa concepção acerca do ponto no qual reside a centralidade e as chaves fundamentais do campo do direito. (SÁNCHEZ RUBIO, 2010, p. 52).

Localizado o âmbito de delimitação do direito como fato social pela perspectiva desestabilizadora do pensamento jurídico moderno, como tarefa de uma sociologia jurídica, em especial atenção aos aspectos sócio-históricos sob uma mirada concreta do sujeito oprimido, inserido na relação dialética de uma sociedade complexa. Posto dessa forma, agora pode-se avançar para a segunda etapa do estudo.

Enfoques do pluralismo jurídico: a divisão sociológica e antropológica do tema

Diante da exposição acima, em que o pluralismo jurídico foi refletido na ordem da sociologia jurídica, em especial enfoque dado para América Latina, vale ter em conta os elementos que logram diferenciar a abordagem do mesmo tema realizada por outras disciplinas, entre essas a antropologia jurídica, afinal causa certa dificuldade no momento de estabelecer os limites fronteiriços dos dois enfoques – o sociológico e o antropológico.

Antes disso, cabe destacar apenas alguns elementos que poderiam servir de justificativa para a abordagem pela sociologia jurídica, não contendo a intenção de causar uma separação estanque, ao contrário, apenas delimitar os campos de percepção, sem, contudo negar a relação interdisciplinar.

Para tal empreitada, é útil a perspectiva de Boaventura S. Santos no âmbito do estudo do pluralismo jurídico, quando delimita teoricamente as abordagens:

Assim, o primeiro desafio de qualquer estudo sobre pluralidade jurídica é a definição do direito. Atualmente, com a ampliação do escopo de análise do pluralismo jurídico, essa tarefa torna-se ainda mais árdua. Como expliquei em outro lugar (SANTOS, 1979b, p. 65-66), essa necessidade de rever o conceito de direito à luz do novo pluralismo jurídico também pode ser explicada pelas transformações sofridas pela divisão do trabalho científico entre sociologia e ciência .antropologia da segunda metade do século XX. Em geral, a sociologia e a antropologia do direito compartilhavam trabalhos científicos de tal forma que a primeira se dedicava ao estudo das sociedades industrializadas, enquanto a segunda se dedicava ao estudo das sociedades 'primitivas'. O que aconteceu foi que a partir dos anos sessenta, com a independência dos países colonizados, as fronteiras do campo de conhecimento de ambas as disciplinas foram ampliadas. Dessa forma, a sociologia passou a se dedicar ao estudo das sociedades 'subdesenvolvidas', do terceiro mundo, e a antropologia também voltou sua atenção para as sociedades

industrializadas. (SANTOS, 2009, p. 55).¹³ (tradução nossa)

É perceptível aquilo que separa os dois campos disciplinares de análise justificada pelo contexto do objeto estudado: com a mudança na geopolítica mundial amplia-se e confundem-se os elementos contextuais, havendo uma mescla e colocando como perspectiva de estudo o diálogo interdisciplinar e complementar entre ambas.

Até então, o que se tem em mãos seria essa afirmação que em muito pouco auxilia na dimensão delimitativa que se pretende nessa breve incursão.

¹³ “De ahí que el primer reto de cualquier estudio sobre la pluralidad jurídica sea la definición del derecho. Actualmente, con la ampliación del ámbito de análisis del pluralismo jurídico, esta tarea se hace aún más ardua. Como expliqué en otro lugar (SANTOS, 1979b, p. 65-66), esa necesidad de revisar el concepto de derecho a la luz del nuevo pluralismo jurídico también puede ser explicada por las transformaciones que sufrió la división del trabajo científico entre la sociología y la antropología a partir de la segunda mitad del siglo XX. De manera general, la sociología y la antropología del derecho se repartían el trabajo científico de forma tal que la primera se dedicaba al estudio de las sociedades industrializadas, mientras que la segunda se dedicaba al estudio de las sociedades ‘primitivas’. Lo que ocurrió fue que a partir de la década de los sesenta, con la independencia de los países colonizados, se ampliaron las fronteras del campo de conocimiento de ambas disciplinas. De ese modo, la sociología pasó a dedicarse al estudio de las sociedades ‘subdesarrolladas’, del tercer mundo, y la antropología volcó su atención también en las sociedades industrializadas”.

Contudo curiosamente os autores colombianos Mauricio Villegas e Cesar Rodriguez¹⁴, verificam na pesquisa que envolve o pluralismo jurídico uma análise que comportaria três dimensões: cultural, sociológica e institucional, as quais se entendem como proposta de divisão material para pesquisa.

Sendo assim, na primeira dimensão se encontra o campo da Antropologia Jurídica, mas com algumas incursões pela sociologia jurídica. Os autores começam por explicar a inexistência do ponto de vista do fenômeno jurídico na América Latina; claro que estão ignorando a perspectiva colonial das jurisdições dos vice-reinados que reconheciam um campo jurídico específico às comunidades autóctones, conforme verificado em outro estudo¹⁵.

¹⁴ “Con base en estos y otros numerosos estudios sobre el pluralismo jurídico en la sociología del derecho internacional, es posible distinguir tres puntos de vista complementarios desde los cuales se puede analizar este fenómeno. Uno de ellos hace énfasis en la presencia de diferentes órdenes jurídicos, correspondientes a diferentes culturas que conviven en un mismo espacio y tiempo. Una segunda perspectiva más general analiza este fenómeno como un hecho social que pone de presente la coexistencia de varios órdenes normativos. Finalmente, este fenómeno puede ser visto como el resultado de la aplicación selectiva del derecho por parte del Estado, de tal forma que en la práctica una misma norma es aplicada de manera distinta a diferentes grupos e individuos. Estas tres visiones pueden ser consideradas, respectivamente, como las dimensiones cultural, sociológica e institucional del pluralismo jurídico” (GARCÍA VILLEGAS; RODRÍGUEZ, 2003, p. 47).

¹⁵ Sobre o tema ver o livro: Machado, L.; Lixa, I. F. M. **Cultura jurídica latino-americana: entre o pluralismo e o monismo na condição da colonialidade**. 1. ed. Curitiba: Multideia, 2018.

Apesar disso, os autores reconhecem um pluralismo jurídico de fato, devido às complexidades e à falta de consolidação de um ordenamento jurídico homogêneo e coerente.

Contudo, situam que o pluralismo jurídico no contexto regional é fruto de uma hibridez cultural¹⁶, em razão disso o estudo pode estar duplamente permeado tanto pela antropologia como pela sociologia jurídica (GARCÍA VILLEGAS; RODRÍGUEZ, 2010).

No entanto um fator deixa espaço para o entendimento que, no campo cultural, recebe primazia a Antropologia Jurídica, pois ao afirmar que o Pluralismo Jurídico de matriz indígena seria o melhor exemplo como autêntico Pluralismo Jurídico latino-americano:

Entre muitos, possivelmente o exemplo atual mais notório de pluralismo jurídico de natureza cultural é a existência e consolidação de regimes jurídicos indígenas. De fato, o protagonismo dos movimentos indígenas na última década e a articulação de suas

¹⁶ “América Latina es pues una región de una gran riqueza en materia de pluralismo jurídico debido a la hibridez cultural que la caracteriza. El panorama cultural latinoamericano se caracteriza no sólo por imbricaciones e interconexiones entre sistemas de valor, promiscuidad de las herencias, mezcla de identidades, sino también por el contraste entre espacios sociales relativamente homogéneos y espacios sociales en donde prevalece la diversidad y la hibridez valorativa. Es por eso que aquí se encuentran muestras de todas las posibilidades del espectro socio-cultural, desde las más modernas hasta las más arcaicas; desde las más contractualizadas hasta las más violentas; desde las más rutinarias hasta las más explosivas” (GARCÍA VILLEGAS; RODRÍGUEZ, 2003, p. 48).

demandas em termos de reconhecimento do direito constitucional à diversidade (incluindo o direito de administrar a justiça de acordo com os usos e costumes de cada povo) tem sido um dos fenômenos sócio-jurídicos mais transcendentais da história recente da região. (GARCÍA VILLEGAS; RODRÍGUEZ, 2003, p. 48).¹⁷ (tradução nossa)

Sendo assim, pela especificidade da identificação étnica como fator predominante desse tipo de pluralidade jurídica, parecem mais apropriados os elementos e categorias que envolvem o estudo da antropologia jurídica, embora no próprio texto já haja referências a que essas perspectivas jurídicas aos poucos começam a migrar para o sistema constitucional do estado-nação em que estariam envolvidas, entrelaçando juntamente a concepção étnica também com elementos que envolvem a seara das perspectivas políticas e de reelaboração da concepção estatal nacional.

Por fim, apesar de inicialmente aproximar-se de uma perspectiva antropológica, não devem ser descartados os desdobramentos e adequações que possibilitam uma análise também como fenômenos sociológicos.

¹⁷ “Entre muchos, posiblemente el ejemplo actual más notorio del pluralismo jurídico de tipo cultural es la existencia y consolidación de los regímenes jurídicos indígenas. De hecho, el protagonismo de los movimientos indígenas en la última década y la articulación de sus demandas en términos del reconocimiento del derecho constitucional a la diversidad (incluyendo el derecho a administrar justicia de acuerdo con los usos y costumbres de cada pueblo) ha sido uno de los fenómenos sociojurídicos más transcendentales de la historia reciente de la región.”

Já na segunda dimensão, seria propriamente a sociológica¹⁸, o elemento para definição como campo de estudo da sociologia jurídica encontra-se na hipótese que se apresenta como objeto a ser problematizado é identificado dentro de determinado sistema jurídico do estado moderno e o alcance que logra no desenvolvimento da sociedade capitalista. Logo, com esse enfoque - no estado moderno e na sociedade capitalista - por não considerar elementos étnicos na sua abordagem inicial, o objeto estudado pela sociologia jurídica é explorado como consequência dos efeitos das sociedades industrializadas, ou seja, em ambiente social no qual as organizações são estabelecidas na lógica jurídica da carga cultural projetada por um processo de modernização.

O ponto central pode ser encontrado no fato da vinculação com o sistema jurídico estatal, logo o contexto geográfico da pesquisa é o espaço territorial nacional e a ordem política interna; vale destacar o que segue:

[...] olha para o fenômeno do pluralismo jurídico de acordo com sua localização em um espaço específico. Enquanto até recentemente os ordenamentos

¹⁸ “Esta es la aproximación clásica del pluralismo jurídico y se refiere a la coexistencia de una pluralidad de sistemas de derecho en el seno de una unidad de análisis (local, nacional o global) determinada. [...] Dos enfoques resultan de especial interés en esta aproximación. El primero de ellos relaciona los órdenes jurídicos según el tipo de vinculación que tienen con el derecho oficial, de tal manera que cada caso queda ubicado en un espectro de posibilidades que van desde un extremo dominado por la violencia y la contradicción hasta otro caracterizado por la simple separación” (GARCÍA VILLEGAS; RODRÍGUEZ, 2003, p. 49).

jurídicos eram analisados no espaço colonial nacional – e muitas vezes nacional –, hoje as interconexões entre os níveis local, nacional e global passaram a desempenhar um papel essencial na análise (Santos, 2001). No caso dos países latino-americanos, sua localização na semiperiferia e na periferia do sistema econômico global acentua sua sujeição à influência das ordens normativas internacionais, cuja concepção e aplicação correspondem aos países centrais e às organizações internacionais por eles controladas. (v. gr., a Organização Mundial do Comércio e o Banco Mundial). (GARCIA VILLEGAS; RODRÍGUEZ, 2003, p. 50).¹⁹ (tradução nossa)

Foi verificado que o desdobramento do fenômeno global age como acirramento da complexidade social nas sociedades modernas capitalistas, provocando alterações nas relações no âmbito dos fenômenos jurídicos que tipicamente podem ser explorados como objeto da sociologia jurídica. Isso se justifica pelos elementos que compõem a esfera relacional entre os sujeitos

¹⁹ “[...] mira el fenómeno del pluralismo jurídico según su ubicación en un espacio específico. Mientras hasta hace poco los órdenes jurídicos eran analizados en el espacio nacional –y con frecuencia nacional – colonial–, hoy en día las interconexiones entre los niveles local, nacional y global han pasado a jugar un papel esencial en el análisis (Santos, 2001) . En el caso de los países latinoamericanos, su ubicación en la semiperiferia y la periferia del sistema económico global acentúa su sujeción a la influencia de órdenes normativos internacionales, cuya concepción y aplicación corresponde a los países centrales y a los organismos internacionales controlados por éstos (v. gr., la Organización Mundial del Comercio y el Banco Mundial)”.

envolvidos em um determinado tipo de sociedade – que é produzida como efeito do desenvolvimento nacional – , por essa razão ganha sentido a perspectiva da ideia de nação projetada que atua como lógica de imposição ao contexto cultural, resultando em uma realidade socialmente construída dentro de um modelo alienígena à ideia de nação histórica (VILLORO, 1998, p. 17). Eis então alguns indícios para separação entre objeto da sociologia jurídica em primazia não excludente dos estudos da antropologia jurídica.

Por último, o campo da análise institucional (pluralismo jurídico interno), se identifica com a seguinte postura:

A intervenção do Estado na sociedade não é a única causa de grande parte da exclusão e hierarquização social. Isso também acontece quando o Estado não intervém. Essa segunda perspectiva é frequentemente subestimada na literatura sociojurídica latino-americana devido à prevalência de uma concepção idealizada da sociedade civil como um espaço de exclusão da dominação. (GARCIA VILLEGAS; RODRÍGUEZ, 2003, p. 52).²⁰ (tradução nossa)

Aparece evidente um fenômeno da sociologia jurídica, mas também da sociologia política, por envolver a perspectiva

²⁰ “La intervención del estado en la sociedad no es la única causa de buena parte de la exclusión y la jerarquización social. Esto también sucede cuando el estado no interviene. Esta segunda perspectiva es con frecuencia subestimada en la literatura sociojurídica latinoamericana debido a la prevalencia de una concepción idealizada de la sociedad civil como espacio en donde la dominación está excluida”.

sob a dimensão institucional do poder, caracterizado no estado como manifestação organizada.

Dessa forma, como foi visto, existem elementos que compõem o interesse de análise das duas disciplinas, algo que obriga a leitura contextualizada dos fenômenos pesquisados pela ótica de ambos os setores.

Assim, tratando-se do objeto estudado pode ser obtida uma especificidade comum, diferenciando-se apenas pelo enfoque e também pela localização histórica e geográfica em que pretende implantar seus métodos para obtenção do resultado no estudo.

Diante disso, esse último campo seria o que mais estaria alheio ao âmbito da antropologia, aproximando-se da sociologia em geral. Vale ressaltar que este tipo de separação não visa a isolar a temática do pluralismo jurídico em um campo de análise unívoco, e sim apenas separá-la dentro de uma determinada área para delimitar suas perspectivas de estudo, método e influir no resultado final prático de qualquer pesquisa.

Entretanto, isso não significa torná-las impermeáveis aos demais elementos que possam penetrar e influenciar-se mutuamente, mas sim apenas compartimentar melhor aquilo que se analisa.

A partir desse viés, volta-se à introdução da problematização de alguns elementos que são caros ao pluralismo jurídico no âmbito da sociologia jurídica; trata-se da definição e da importância do fenômeno jurídico e de suas condições normativas enquanto fato social e desenvolvimento em uma realidade cotidiana que se interrelacionam, com a participação dos sujeitos submetidos ao projeto da modernidade/colonialidade periférica; conforme estabelecido anteriormente, seria mais adequado situar o estudo desta pesquisa no âmbito do segundo e do terceiro espaço dimensional proposto acima.

Justifica-se esse recorte pela perspectiva da análise que ainda considera o processo sócio-histórico. Logo, este estudo não está embasado desde uma composição étnica, originária ou

autóctone que estrutura determinado contexto cultural, mas propriamente o mesmo contexto cultural já influenciado pela perspectiva social da modernidade. Assim, a concepção sócio-histórica visa a explorar as mazelas que compuseram tal contexto social no sentido de compreender a transformação do sistema de exploração e de dominação, não ignorando o âmbito de outras visões encobertas, mas considerando como elementos disjuntivos da proposta que a sociologia quer problematizar.

Portanto o enfoque que se pretende é localizado desde a problemática da ideia de sistema jurídico ou sistema de direito já concluído no processo da modernidade, o qual foi delineado no âmbito monista. Isso se faz não menos para recortar a abordagem, mas também para tratar de demonstrar por quais espaços pode o pluralismo jurídico explorar fissuras específicas na sociedade latino-americana.

Resta ainda, resgatar uma breve análise que possa especificar do que se trata a questão da sociologia jurídica na América Latina (FALS BORDA, 1968), estabelecendo alguns indícios teóricos.

Portanto, ao situar o problema da pesquisa no recorte disciplinar da sociologia jurídica, relembando aquilo que Sally Merry menciona como: “o pluralismo jurídico é uma questão central na reconceituação da relação entre direito e sociedade” (2007, p. 89)²¹, se percebe que as fronteiras entre sociologia e antropologia são por si difíceis de especificar, talvez pela mesma fonte dos fenômenos que ambas disciplinas estudam²².

²¹ Tradução nossa: “El pluralismo jurídico es un asunto central en la reconceptualización de la relación entre derecho y sociedad”.

²² “No século 19, sob a influência do positivismo, surgiram como ciência a antropologia e a sociologia, dentre outras áreas do conhecimento. Nesse sentido explica Paulo Raposo (2007)

Todavia, a tarefa de diferenciá-las não cabe como objetivo deste estudo; novamente vale recordar que os interesses se esgotam em dar privilégio esclarecedor do enfoque da abordagem sociológica do pluralismo jurídico no continente. Mesmo assim, visando delimitar o campo de análise de alguns elementos, abaixo serão expostas algumas perspectivas de separação entre as disciplinas quando do estudo do pluralismo jurídico.

Logo, ao que parece, cabe à sociologia jurídica, em termos de pluralismo jurídico, a análise da relação de outros direitos com o direito oficial e os desdobramentos disso nas sociedades modernas, ao passo que para a antropologia jurídica restaria a exploração dos caracteres culturais/étnicos dos agrupamentos humanos sob aspecto da conformação histórica e do desenvolvimento da composição dos variados povos (originários, autóctones, etc.) na esfera das suas culturas (também da cultura jurídica).

Essa poderia ser uma hipótese válida, porém destaca a antropóloga do Direito e pesquisadora aposentada da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC -, Thais Luzia Colaço, que existem estudos de antropologia jurídica com o intuito de analisar as juridicidades de povos originários em conexão com o direito nacional:

Em 1973, Jane F. Collier publicou *Law and Society in Zinacatan*, um tema moderno da antropologia jurídica e legal, no qual realiza um estudo no México

que a antropologia e a sociologia constroem-se ambas como disciplinas acadêmicas no século XIX como resposta e como produtos de uma emergente modernidade ocidental. A sociologia gradualmente tomou essa modernidade como seu específico objeto de conhecimento, enquanto a antropologia se especializou-se na pré-modernidade[...]” (COLAÇO, 2011, p. 17).

entre o direito Zapoteca e as leis nacionais mexicanas, “por intermédio dos Tribunais do Cacique e do Serviço Nacional do Índio do país”. Trabalhos semelhantes foram realizados na África. (COLAÇO, 2011, p. 17).

Isso acaba por confundir a hipótese acima e desmembrar a correlação entre outros tipos de direito e o direito nacional como campo de estudo exclusivo da sociologia jurídica.

Com o mesmo efeito, pode-se tratar o assunto dos direitos consuetudinários, com o estudo revisional da teoria do pluralismo jurídico a partir da América Latina. Muitos antropólogos e sociólogos se debruçaram na pesquisa destes tipos de normatividade jurídica não escrita, dando o enfoque que lhes parece mais adequado para o resultado final, confundindo ainda mais os campos fronteiriços entre uma e outra disciplina.

Ademais, vale também referir à confusão que se faz entre as disciplinas quando do tratamento em relação ao ensino do direito no Brasil; recorda a autora catarinense que:

A partir de 2004 houve uma reaproximação acadêmica entre a antropologia e o direito pela obrigatoriedade do seu conteúdo nos cursos de graduação em direito, no eixo de formação fundamental, da grade curricular, determinada pela Resolução CNE/CES No. 9 de 29/09/2004, que institui as diretrizes curriculares nacionais dos cursos de graduação em direito. O conteúdo de antropologia poderá ser tratado como um subitem da sociologia, ou poderá ser ministrado em disciplina específica de antropologia, ou da disciplina de antropologia jurídica. A última opção, a nosso ver, é a proposta mais apropriada, uma vez que será mais factível aos alunos de direito, por trazer uma contribuição teórica e prática, levando os estudantes a refletirem e

tornarem-se conscientes de situações concretas da nossa sociedade heterogênea, pluriétnica e multicultural. (COLAÇO, 2011, p. 39).

Isso equivale a considerar quais seriam os temas de cada área, salientando que parece faltar uma identidade para definição da antropologia jurídica como área autônoma dentro da ciência jurídica, aliás, em conjunto na presente resolução, ambas as disciplinas parecem formar um mesmo conteúdo.

A pesquisadora aposentada da UFSC, ex-professora de antropologia jurídica nos cursos jurídico de graduação e pós-graduação, separa alguns temas como: cultura, diversidade, alteridade, etnocentrismo, relativismo cultural, multiculturalismo, etnografia, religião, conflitos étnicos, pluralismo jurídico, questões de gênero (COLAÇO, 2011, p. 39), os quais podem ser trabalhados tanto pela sociologia jurídica como pela antropologia, essa especificação de categorias vem facilitar a tarefa de delineamento e adequação a uma ou outra perspectiva jurídica.

Diferente possibilidade se aventura pela separação entre a análise de comportamento grupal de comunidades ou sociedades como campo da antropologia jurídica e a ideia de relação social no tocante à sociologia jurídica: a presente divisão demonstra propriamente uma bifurcação entre um fundamento de análise voltada a explicar as conjunções dos vários elementos não jurídicos (religião, influências geográfica, costumes e práticas cotidianas) no campo jurídico, enquanto que o segundo setor se encarregaria de tentar demonstrar os frutos dos desdobramentos das sociedades modernas em seu desenvolvimento histórico e como se organizam em termos de relação interpessoal, extraindo daí as esferas que possam conduzir a análise do campo jurídico que se forma.

Por fim, mesmo com essa divisão precária, passível de discussão e de aprofundamento na tentativa de delinear melhor o que toca a cada campo de pesquisa, é possível concordar com que a soma entre os elementos direito e cultura logra dar

privilégio ao campo da antropologia jurídica, ao passo que as perspectivas que envolvem os indícios das formas jurídicas em sociedades historicamente inseridas na “modernidade” do ponto de vista da sua própria organização social e arcabouço estrutural confeccionado em projetos político-econômicos, caberiam ao campo da sociologia jurídica.

Em sentido parecido, relembra a pesquisadora Thais Colaço, que na tentativa bastante palpável de distinção entre ambas as áreas se encontram os debates no congresso da rede latino-americana de antropologia jurídica realizado no ano de 2010, em que se destacava:

A antropologia jurídica que nasceu do interesse em compreender as relações entre direito e cultura, para a qual dispõe de ferramentas conceituais e metodológicas para o estudo do vínculo entre sistemas normativos e cultura, e para facilitar a compreensão cultural de normas, autoridade, poder, gênero e relações geracionais por trás de sistemas normativos, etc. Da mesma forma, dispõe de ferramentas que permitem analisar a coexistência de vários sistemas normativos que representam diferentes sistemas culturais em determinadas sociedades ou no espaço geopolítico de um Estado, ou seja, situações de pluralismo jurídico e cultural. Da mesma forma, permite compreender o tratamento dado pela lei dominante a outros sistemas culturais ou jurídicos subordinados. (COLAÇO, 2011, p. 41).²³ (tradução nossa)

²³ “La antropología jurídica que nace por el interés de comprender las relaciones entre derecho y cultura, por lo que tiene herramientas conceptuales y metodológicas para el estudio de la vinculación entre los sistemas normativos y la cultura, y para

Nesse sentido, essa etapa de maneira alguma tentou separar as disciplinas e desconectá-las dos meandros que envolvem os objetos que investigam. Em realidade o privilégio dado neste estudo foi para o enfoque da sociologia jurídica, pois intenta descobrir uma maneira de ler as manifestações sociais e políticas da sociedade periférica continental pelos aspectos que conformam uma pluralidade jurídica, ainda que considerando inerente os indícios culturais e a carga histórica que conformam os caracteres de algumas populações no continente, pois os mesmos influem também no resultado social.

Conclusões

Finalmente, o presente estudo cumpriu um dever de informar acerca das delimitações que vão conformando a pesquisa sobre pluralismo jurídico. A partir dessas delimitações, vale recordar que foi verificada inicialmente a importância de observar o direito como fenômeno social e logo a constatação da iminente pluralidade jurídica existente na história e na realidade latino-americana, resgatando concepções que abrem o campo de pesquisa da temática dentro do estudo a ser desenvolvido.

facilitar una comprensión cultural de las normas, la autoridad, las relaciones de poder, de género y generacionales detrás de los sistemas normativos, etc. Igualmente, tiene herramientas que permiten analizar la coexistencia de diversos sistemas normativos que representan distintos sistemas culturales en ciertas sociedades o en el espacio geopolítico de un estado, esto es, situaciones de pluralismo jurídico y cultural. Así mismo, permite entender el tratamiento que da el derecho dominante a otros sistemas culturales o jurídicos subordinados”.

Portanto, neste estudo se delimitou e justificou o porquê da abordagem pela lente da sociologia jurídica e não da antropologia jurídica, elencando elementos para uma ou outra análise. Mesmo que se tenha privilegiado o campo sociológico do direito, os elementos da antropologia jurídica são aplicados nas culturas urbanas modernas como uma antropologia urbana e daí dialogam com as formas sociais que vão dando dinâmica à vida social. Quiçá o mais evidente deste estudo é que, apesar da divisão disciplinar, a complementação e colaboração dos resultados entre ambas nas áreas jurídicas, auxiliam em compreender que o campo do direito legislativo monista é um campo incompleto, inacabado, reduzido da práxis normativas das sociedades modernas.

Como potencialidade crítica das formas modernas de organização social, opera tanto a antropologia jurídica como a sociologia jurídica. A primeira denunciando a lógica estadocêntrica como encobridora de outras formas jurídicas autóctones, originárias ou mesmo transmodernas, logo revelando uma realidade pluralista quanto as formas jurídicas; enquanto a Sociologia Jurídica nomeia como pluralismo jurídico as práxis sócio-históricas críticas da forma estadocêntrica moderna como forma política de invisibilização, opressão e despotencialização de outras formas de relação social potencializadoras de outros direitos, direitos estes forjados na legítima organização intersubjetiva comum para a libertação descolonizadora da modernidade (entendida atualmente como globocolonialidade capitalocêntrica).

Referências

ARIZA SANTAMARÍA, Rosembert. **El Derecho Profano**: justicia indígena, justicia informal y otras maneras. Colômbia: Universidade Externado, 2010.

COELHO, Luiz Fernando. **Teoria crítica do Direito**. 3º Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

COLAÇO, Thais Luzia. **Incapacidade indígena: tutela religiosa e violação do direito guarani pré-colonial nas missões jesuíticas**. Curitiba: Juruá, 2000.

COLAÇO, Thais Luzia. O despertar da Antropologia Jurídica. Em: COLAÇO, Thais Luzia (Org.). **Elementos de antropologia jurídica**. Segunda edição, São Paulo: Editorial Conceito, 2011.

COLAÇO, Thais Luzia. O direito guarani pré-colonial e as missões jesuíticas: a questão da incapacidade indígena e da tutela religiosa. 1998. 468 f. **Tese** (Doutorado) - Curso de Direito, CCJ, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1998b.

COLAÇO, Thais Luzia. O Direito indígena pré-colonial. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Direito e justiça na América indígena: da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. **Derecho y liberación: pluralismo jurídico y movimientos sociales**. Bolivia: Editorial Verbo Divino, 2010.

DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. Pluralismo Jurídico enquanto fundamentação para a autonomia indígena. In: WOLKMER, Antonio Carlos. **Direito Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

DUSSEL, Enrique. **20 Teses de Política**. 1º Edição. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO; São Paulo: Expressão Popular, 2007.

DUSSEL, Enrique. **Filosofía de la Liberación**. México: FCE, 2011.

FALCÃO, Joaquim. Justiça social e justiça legal: conflitos de propriedade no Recife. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de (Org.). **O direito achado na rua**. Brasília: UnB, 1988.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. RODRÍGUEZ, César A. (EDS.). **Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos**. Bogotá: ILSA, 2003.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

LISTA, Carlos. Entrevista ao professor Carlos Alberto Lista, Universidad Nacional de Córdoba. Córdoba, set. 2013. **Sociología jurídica en América Latina y Caribe**. Disponível em: <[http:// sociologiajuridica.org/category/entre-vistas/](http://sociologiajuridica.org/category/entre-vistas/)>. Acesso em: 30 jun. 2014.

LYRA FILHO, Roberto. **O que direito**. 11° Ed. São Paulo: Editora Brasiliense, 1982.

Machado, L. & Lixa, I. F. M. **Cultura jurídica latino-americana: entre o pluralismo e o monismo na condição da colonialidade**. 1. ed. Curitiba: Multideia, 2018.

MATAMOROS, Mylai Burgos. El Derecho como Ciencia Social. Análisis crítico filosófico. In: MATAMOROS, Mylai Burgos; et al. **Imaginando otro derecho: contribuciones a la teoría crítica desde México**. San Luis de Potosí, México: Cenejus, 2013.

RANGEL, J. A. de la Torre. **Lecciones de historia del derecho mexicano**. México: Porrúa, 2010.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. **Sociologia do direito: o fenômeno jurídico como fato social**. 17 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

ROSILLO, Alejandro Martínez. Repensar direitos humanos no horizonte da libertação. In: **Cadernos IHU ideias**. Instituto Humanitas Unisinos. Ano 12, nº 215, vol. 12. São Leopoldo: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 2014.

SÁNCHEZ RUBIO, David. Pluralismo Jurídico e emancipação social. In: WOLKMER, Antonio C. LIXA, Ivone Morcilo F. et al (Org.). **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício de experiência**. 8º edição. Portugal: Cortez, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política** (Coleção para um novo senso comum; V. 4). São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das Emergências. In: SANTOS, B.S. (org.), **Conhecimento Prudente para uma vida decente**. São Paulo: Cortez Editora, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho**. Madrid: Trotta, 2009.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. **Direito como liberdade: o direito achado na rua.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2011.

SOUTO, Claudio. **Introdução ao direito como ciência social.** Brasília: Editora Universidade de Brasília; Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1971.

SOUTO, Claudio; SOUTO, Solange. **Sociologia do direito.** Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos; São Paulo: EDUSP, 1981.

TREVES, Renato. Renato Treves. **Sociologia do direito: origens, pesquisas e problemas.** 3ª edição. Tradução de Marcelo Branchini. Barueri-SP: Manole, 2004.

VILLORO, Luis. **Estado plural, pluralidade de culturas.** México: Paidós, 1998.

WALLERSTEIN, Immanuel. **Análisis de sistema-mundo: una introducción.** México: Siglo XXI, 2005.

ALTERIDADE, CULTURA E DIREITO: incertezas e desafios para as questões identitárias

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger¹

Aline Luciane Lopes²

Introdução

Este texto aborda algumas reflexões sobre a relação entre alteridade e cultura nas sociedades contemporâneas. Procura por meio dessas categorias refletir sobre o que foi o processo de globalização e das inúmeras facetas e complexidades oriundas de um processo ainda incerto, ambíguo, marcado por incertezas sociais, econômicas, culturais e existenciais. Ganha destaque nesta abordagem a questão da identidade (temática

¹ Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Mestre em Direito pela UFPR. Professora-adjunta da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Professora dos cursos de Graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP - RS. Professora pesquisadora do CNPq e FAPERGS.

² Advogada. Mestre em Direito, Desenvolvimento e Cidadania pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI. Pesquisadora em Direitos Humanos.

hoje talvez superada), alteridade, cultura e direito, sendo que em tempos de globalização as identidades surgiram com novas roupagens, num processo de amplas mudanças, impossibilitando, assim, uma visão única sobre essa temática. Centrado na questão da identidade cultural, o trabalho reflete sobre a necessidade de se trabalhar as diferenças, estimulando a integração e a mudança da forma de pensar e de ver a vida, rompendo com o pensamento padronizado e inculcando a necessidade de compreensão da alteridade diante de contextos e realidades complexas, como a que estamos vivendo no ano de 2020. Nesse sentido, percebe-se que o mundo passa por uma grave crise, causada pela pandemia do COVID-19. Ainda não é possível compreender os impactos que tal surto ocasionará, embora já se possa cogitar de que as soluções aos inúmeros problemas advindos da pandemia dependerão de mudanças sociais, políticas, econômicas, comportamentais e valorativas, bem como interpretações jurídicas que revisitarão inclusive institutos já aparentemente sedimentados.

Assim a pandemia deve aprofundar mudanças de paradigmas na sociedade e acelerar novas tendências, epistêmicas, em economia, tecnologia, saúde, educação, direito e nas demais categorias como as questões identitárias, alteridade e relações sociais como um todo. Esta crise sanitária é sinal de uma crise civilizatória.

Da identidade à alteridade: o que mesmo interessa nos novos contextos

Segundo Colaço,

a partir dos estudos da antropologia, pode-se afirmar que a cultura está inserida no processo de socialização de cada ser, que se constitui no convívio comunitário, no qual são assimiladas as normas, os

padrões, a conduta, a religião, a língua, enfim, o conjunto que compõe o estilo de vida (2011, p.14).

Tal reflexão é importante também para a constituição da alteridade e da formação das identidades.

Esse novo momento possui uma “identidade” própria, e parece caminhar para a fragmentação/desfragmentação de conceitos, de ideias, enfim, do próprio conhecimento. Neste sentido, assevera Giddens (2000, p. 19), “o mundo está sofrendo grandes transformações, que afeta a todos, tanto para o bem como para o mal, estamos sendo empurrados para uma nova ordem que ainda não compreendemos na sua totalidade, mas cujos efeitos já se fazem sentir”. Isso foi dito há 20 anos, e hoje mais uma vez estamos sendo empurrados para uma nova ordem que também não sabemos e/ou não compreendemos.

Em outras palavras, o século XXI está sendo dominado pela ação de organizações econômicas globais, cujas consequências não são ainda devidamente avaliadas, embora afetem e transformem significativamente a realidade atual. Com essa ruptura dos laços sociais, geradora de tantas incertezas e inseguranças, intensifica-se o vazio existencial, cuja consequência maior está no fato de os indivíduos buscarem alternativas num consumo exagerado e no individualismo exacerbado.

Bauman (2005) define a identidade nacional a partir de um cenário que chama de líquido-moderno. Segundo Bauman citado por Szwako (2006, p. 1), processos como os de precarização dos padrões de emprego e rotinas de trabalho e "terceirização internacionalizada", junto ao retraimento das funções sociais do Estado, produzem níveis patológicos de insegurança e ansiedade, bem como uma desarticulação interna das demandas por políticas sociais. Segundo Szwako (2006, p. 1), estes níveis de insegurança, por sua vez, produziriam formas sociais neocomunitárias, cuja ideologia tem base racista e xenófoba. Conceitos de alteridade e “outridade” parecem distantes e ou esquecidos nos dias atuais.

A alteridade para Frei Betto é ser capaz de apreender o outro na plenitude da sua dignidade, dos seus direitos e, sobretudo, da sua diferença. Quanto menos alteridade existe nas relações pessoais e sociais, mais conflitos ocorrem. Percebe-se, nessa linha de raciocínio, que os conceitos de identidade e alteridade apresentam uma estreita ligação, ou seja, existe uma relação de reciprocidade. Assim, do mesmo modo que a noção da alteridade se constitui só a partir de um marcado “eu”, a mera presença do outro diferente de mim possibilita o pensar e ou o repensar sobre as condições desta minha identidade. Para Nancy Rita Vieira Fontes, o conceito de uma alteridade interior quebra com a visão de grupo homogêneo “nós” e levanta o assunto sobre a construção da identidade (FONTES, s.d., p. 65).

Stuart Hall ao examinar o conceito de identidade, destaca dois componentes determinantes. (a) A noção da identidade cultural que corresponde à perspectiva de uma história em comum que representa a experiência de um determinado coletivo. A partir desta vivência acumulada, estabelece-se um contexto cultural que funciona como código comum e influi, de alguma maneira, em todo indivíduo pertencente ao coletivo. Esta visão representa uma concepção de relativa continuidade e da representação homogênea de uma entidade unida. (b) A outra componente se refere à heterogeneidade dentro de um todo coletivo. Esta segunda percepção apresenta um conceito de construção e transformação permanente mediante uma negociação contínua da identidade de cada sujeito. Pode-se denominar esta visão de posicionamento individual, de maneira que a identidade do sujeito se define como balanceamento de uma representação individual dentro de pontos de identificação um contexto cultural estabelecido (HALL, 2005, p. 68-75).

A questão da identidade e da cultura possibilita inúmeros olhares nas mais diversas direções. Em tempos de globalização não há uma única resposta para a questão da identidade; ao contrário, as identidades surgem ou ressurgem com muitas roupagens, impossibilitando, assim, uma visão única sobre essa

temática. As velhas identidades, que por muito tempo davam sustento ao mundo social, estão em declínio, envolvendo-se hoje a questão da identidade num processo de amplas mudanças que ainda se alargará diante do contexto de crise pandêmica. Insere-se na mesma problemática a questão da cultura e da sua importância no fortalecimento dos laços sociais, bem como na formação da identidade de um povo, tornando-se, por isso, a cultura e a alteridade elementos essenciais para a compreensão das sociedades e para a análise de suas diferenças.

A condição da sociedade atual é e será marcada pelo surgimento de novas formas de política identitária em todo o mundo, as quais intensificarão as tensões entre as diversas culturas existentes. As lutas identitárias se fazem mundialmente presentes, sendo que as reivindicações identitárias de gênero, raça, etnia e orientação sexual são um desafio para os estados-nação e para a democracia. Visualiza-se certa integração global juntamente com a desintegração sociocultural e com o surgimento de resistência por parte de interessados em proteger o local, seus modos de vida, sua autonomia e seus valores.

Os movimentos para manter a pureza e as particularidades de uma cultura chocam-se, no entanto, com certas questões democráticas, como esclarece Benhabib:

De um ponto de vista filosófico, não acredito na pureza das culturas, ou inclusive na possibilidade de identificá-las como totalidades significativas diferenciadas. Acredito que as culturas são práticas humanas complexas de significação, de organização e de atribuição, divididas internamente por relatos em conflito. As culturas se criam a partir de diálogos complexos com outras culturas (BENHABIB, 2006, p. 10).

A luta pelo reconhecimento do diálogo intercultural pode levar à separação, como também à compreensão e ao

aprendizado mútuo, algo muito necessário diante de contextos em que a solidariedade é mais que necessária. Num estado democrático de direito preservar a cultura de uma minoria étnica significa enaltecer a democracia, algo mais que necessário nos atuais contextos. As reivindicações de diversos grupos na preservação de sua identidade cultural constituem assunto controvertido na esfera pública e nas democracias capitalistas, pois geralmente dizem respeito ao reconhecimento de sua autonomia, bem como à justa redistribuição de terras, como no caso dos indígenas brasileiros. Neste sentido, Charles Taylor assevera que a política de reconhecimento é fundamental, uma vez que o diálogo intercultural é fator preponderante para a formação da identidade cultural do indivíduo, mesmo porque o indivíduo está em constante relação com outros sujeitos, ou seja, para Taylor a pessoa não é um ser isolado, mas sim um ser dentro de uma cultura. Em outra obra assevera:

A política de reconhecimento comporta reconhecer a pessoa em sua cultura, a identidade cultural da pessoa e, como derivado, a prática pelo Estado de uma política da diferença que abandone as estratégias de assimilação das culturas à cultura dominante, e disponibilize recursos para que as culturas se mantenham e prosperem sem perder sua identidade (TAYLOR, 1998, p. 85-86)

Constatam-se no Brasil manifestações explícitas de não-reconhecimento, principalmente com relação aos índios, pois a imagem estereotipada de “selvagem”, “vadio” e tantos outros adjetivos atinge diretamente a autoestima, a identidade e a história desses povos. Entender que a cultura indígena tem valor próprio é um critério fundamental para o reconhecimento da alteridade e do respeito às suas identidades.

Identidade, cultura e sentimento de pertença

A identidade cultural possui uma ligação com a pertença: pertencer a uma cultura é também sentir-se parte de uma comunidade, é estar seguro, pois nela, segundo Soriano, “apresentam-se mais facilmente oportunidades de vida, especialmente se o grupo for próspero; as relações sociais são mais leais, há mais contato entre as pessoas do grupo, sendo que a formação da identidade da pessoa está ligada ao grupo que pertence” (SORIANO, 2004, p. 43).

A relevância da pertença cultural é um marco na identidade da pessoa, na qual sua liberdade pode ser desenvolvida, já que esta é também moldada por valores culturais. A identidade não é algo com que se nasce, mas um sistema de representação cultural, Segundo Hall, “as pessoas não são apenas cidadãos/cidadãs legais de uma nação; elas participam da idéia da nação tal como representada em sua cultura nacional”. Ainda nas palavras desse autor,

As culturas nacionais são uma forma distintivamente moderna. A lealdade e a identificação que, numa era pré-moderna ou em sociedades mais tradicionais, eram dadas à tribo, ao povo, à religião e à região, foram transferidas, gradualmente, nas sociedades ocidentais, à cultura *nacional*. As diferenças regionais e étnicas foram gradualmente sendo colocadas, de forma subordinada, sob aquilo que Gellner chama de “teto político” do estado-nação, que se tornou, assim, uma fonte poderosa de significados para as identidades culturais modernas (HALL, 2005, p. 45).

O anteriormente explicitado quer significar que as culturas nacionais dão sentido à nação, a qual leva ao sentimento de pertencer, de se identificar, construindo, assim, as

identidades. A cultura nacional expressa uma conexão com as memórias do passado, com o desejo de se viver em conjunto e com a perpetuação da herança. Essa retomada da dimensão comunal da vida deve-se em parte a uma reação ao atual e talvez ao futuro processo que o fenômeno da globalização poderá ainda desencadear, que traz como uma de suas características a desestabilização do sentido de identidade. No entendimento de Gelner, a cultura é também uma manifestação contrária ao esvaziamento do espírito e à falta de alternativas sociais:

a cultura é agora o meio partilhado necessário, o sangue vital, ou talvez, antes, a atmosfera partilhada mínima, apenas no interior da qual os membros de uma sociedade podem respirar e sobreviver e produzir. Para uma dada sociedade, ela tem que ser uma atmosfera na qual podem todos respirar, falar e produzir; ela tem que ser, assim, a mesma cultura (GELNER, 1993, p. 38).

A cultura busca unificar os membros de uma sociedade numa identidade comum, independente de classe, gênero ou raça, sendo todos pertencentes à mesma identidade nacional. A cultura é um elemento primordial que dá unidade a uma sociedade, não podendo haver cultura sem sociedade, nem sociedade sem cultura, pois é por meio dela que uma sociedade se reconhece como tal. Para Benhabib o conceito de cultura pode ser assim entendido:

Cultura deriva da raiz latina *colare* e se associa com as atividades de preservação, atenção e cuidado. Os romanos consideravam a agricultura a atividade “cultural” por excelência. O surgimento da modernidade ocidental, a economia capitalista mercantil, a visão científica e racionalizada do mundo e o controle burocrático administrativo têm alterado de

forma radical o significado primário de cultura. [...] [a cultura] representa os valores, significados, signos linguísticos e símbolos compartilhados por um povo, em si mesmo considerado uma entidade unificada e homogênea. [...] Refere-se a formas de expressão por meio das quais se expressa o “espírito” de um povo, diferenciado dos demais (BENHABIB, 2006, p. 32).

A cultura representa valores, costumes e tradições de um povo, possuindo um caráter dinâmico, pois sofre transformações e influências decorrentes do processo histórico. Não pode, por isso, ser tratada como algo unificado, embora tentativas de unificação cultural possam ser verificadas ao longo da história, principalmente no que diz respeito aos povos indígenas. Essas tentativas de supressão da diferença pela imposição de uma só cultura se mostraram, no entanto, ineficazes, pois não há nação alguma composta apenas por um “único povo”, uma única cultura ou etnia. Como lembra Stuart Hall, as nações modernas são, todas, híbridos culturais (HALL, 2005, p. 45).

O processo de globalização, caracterizou-se pela compressão tempo/espaço e as identidades culturais acabaram sofrendo transformações, pois o ritmo de integração global aumentou muito, possibilitando uma maior interação econômica e cultural entre as nações. Devido à nova conjuntura que estamos vivendo ainda não se sabe os rumos de tudo isso. Talvez as tendências sejam as mesmas. De acordo com Hall, a) as identidades nacionais estão se desintegrando e podem se desintegrar ainda mais; b) há um reforço das identidades locais como resistência a globalização e isso pode se acentuar; c) e ou as identidades nacionais estão em declínio, mas novas identidades – híbridas – estão tomando seu lugar (HALL, 2005, p. 69).

A primeira possível consequência da integração global econômica e cultural sobre a identidade diz respeito à desintegração da identidade nacional diante da identidade “global”,

ou seja, com o aumento do intercâmbio cultural e do consumismo nasce um tipo de identidade que é compartilhada por todos os consumidores, como o desejo pelos mesmos bens, produtos e serviços, o que tem implicação direta na identidade cultural, pois, frente à interação global do conhecimento e da tecnologia, se torna impossível manter uma cultura intacta. Segundo Hall,

quanto mais a vida social se torna mediada pelo mercado global de estilos, lugares e imagens, pelas viagens internacionais, pelas imagens da mídia e pelos sistemas de comunicação globalmente interligados, mais as identidades se tornam desvinculadas - desalojadas - de tempos, lugares, histórias e tradições específicos e parecem “flutuar levemente” (HALL, 2005, p. 75).

Mediada pelo consumismo, a identidade passa a ser definida pelo mercado, levando à “homogeneização cultural”. Todavia, ao lado da tendência à homogeneização há também uma fascinação pela diferença e pela alteridade, surgindo um novo interesse pelo local, o que sinaliza para uma segunda possível consequência do processo de globalização sobre a identidade. Tal fenômeno estabelece uma nova relação entre as culturas locais e a cultura global, o que acaba enaltecendo as identidades culturais específicas instaurando o respeito à diferença, à relação com o outro, redescobrimo assim, as particularidades.

Identidade e diferença andam juntas, uma necessitando da outra para se constituir. É um processo que envolve compartilhamentos comuns como a língua, a religião, as artes, o trabalho, os esportes, as festas, entre outros. Garantir a multiplicidade e a diversidade é tarefa que envolve muito diálogo entre diferentes sujeitos. Quando a cultura local é ameaçada pelas consequências do processo de globalização é que se manifesta o

sentimento de identidade, na tentativa de solidificar a fluidez característica da época atual.

A terceira possível consequência à identidade da integração global econômica e cultural elencada por Hall diz respeito a uma nova identidade, chamada por ele de híbrida, caracterizada pela fusão entre diferentes tradições culturais, produzindo assim novas formas de cultura. Há o argumento de que essa fusão entre diferentes culturas é mais apropriada à pós-modernidade do que as velhas e contestadas identidades do passado (HALL, 2005, p. 91).

Por certo, o atual momento mostra-se indeterminado e ambíguo, principalmente quando se trata de identidade e cultura, sendo que diversos autores tratam da temática sob olhares variados e nenhum dos caminhos apontados nos leva a algo definitivo. Tomando por base a visão iluminista do projeto da modernidade, esperava-se, mais especificamente no final do século XX, que as identidades se tornassem mais universalistas, cosmopolitas ou internacionais. Ocorre, no entanto, um crescente movimento inverso de apego ao local e ao particular, ocasionado, tudo indica, por um massivo desenraizamento cultural produzido pelo processo de globalização. Segundo Hall, “de acordo com essas ‘metanarrativas’ da modernidade, os apegos irracionais ao local e ao particular, à tradição e às raízes, aos mitos nacionais e às ‘comunidades imaginadas’, seriam gradualmente substituídos por identidades mais racionais e universalistas” (HALL, 2005, p. 91). Apesar desse projeto inconcluso da modernidade ocidental, não se observa o triunfo do global sobre o local, sendo muitas as contradições nesse processo em constante construção e transformação, em especial no que se refere à questão das identidades socioculturais.

Ao abordar a questão da identidade, Ortiz assim se expressa: “toda identidade é uma construção simbólica (a meu ver necessária), o que elimina, portanto, as dúvidas sobre a veracidade ou a falsidade do que é produzido”, ou seja, não há uma identidade única e autêntica, mas identidades plurais,

construídas por diferentes grupos sociais em diferentes momentos históricos (ORTIZ, 1996, p. 8). Boaventura de Sousa Santos também contribui para o debate da identidade, afirmando que “a identidade só pode ser compreendida como resultados transitórios e fugazes de processos de identificação [...] Identidades são, pois, identificações em curso” (SANTOS, 2003, p. 135).

Identidade e alteridade: categorias em (re)construção

Pelo visto, a identidade não pode ser compreendida como algo estático, por estar sempre em construção e reconstrução. Para Sousa Santos, a identidade é uma categoria política, pois se torna a defesa de um grupo ou coletividade, uma defesa de si frente a uma possível ameaça do outro (SANTOS, 2002, p. 27). A identidade, a alteridade, cultura e a globalização não são processos consensuais, sendo que a globalização busca legitimar-se a partir da superestrutura, conforme esclarece o autor:

Em verdade, ela é um vasto campo de conflitos entre grupos sociais e formas de expressar seus interesses que se esconde na tranquilidade dos artifícios homogêneos. Por todas as suas divisões internas, o campo hegemônico atua na base de um consenso que não só confere à globalização às suas características dominantes como também legitima estas últimas como as únicas possíveis ou as únicas adequadas (SANTOS, 2002, p. 27).

Paradoxalmente, a globalização produz e produziu a homogeneização de muitos valores, práticas e gostos, mas também é propulsora de diferentes expressões culturais. O cenário atual é amplamente marcado pelos valores advindos das relações capitalistas, deixando na periferia a solidariedade e as forças sociais alternativas. Nesse viés, a dominação cultural é

bastante clara como forma de solidificação das bases capitalistas, das políticas de economia de mercado, do pensamento dominado pela razão científica, da propagação do individualismo.

Em oposição a esse cenário hegemônico, o meio de vida local torna-se uma grande saída para reafirmar a identidade, que está intimamente ligada à língua e à cultura de um povo. A localização proporciona uma relação de originalidade, de pertencimento, e isso é muito visível nas comunidades de emigrantes, os quais conseguem manter relações estreitas com sua cultura, alimentando assim o vínculo espiritual. Como lembra Bauman, a retomada da questão da identidade se dá a partir do momento em que a condição de pertencer fica ameaçada – caso do atual processo de globalização homogeneizante e uniformizador –, ou seja, a ideia de identidade nasce a partir de uma crise de pertencimento:

A ideia de “identidade”, e particularmente de “identidade nacional”, não foi “naturalmente” gestada e incubada na experiência humana, não emergiu dessa experiência como um “fato da vida” autoevidente. Essa ideia foi forçada a entrar na *Lebenswelt* de homens e mulheres modernos – e chegou como uma ficção. Ela se solidificou num “fato”, num “dado”, precisamente porque tinha sido uma ficção, e graças à brecha dolorosamente sentida que se estendeu entre aquilo que essa idéia sugeria, insinuava ou impelia, e ao *status quo ante* (o estado de coisas que precede a intervenção humana, portanto inocente em relação a esta). A idéia de “identidade” nasceu da crise de pertencimento e do esforço que esta desencadeou no sentido de transpor a brecha entre o “deve” e o “é” e erguer a realidade ao nível dos padrões estabelecidos pela idéia – recriar a realidade à semelhança da ideia (BAUMAN, 2005, p. 25).

Pelo fato de todo ser humano ter fortes laços com o local em que se insere, existe um forte sentimento de pertencimento para qualquer indivíduo, razão pela qual o lugar se torna importante para a cultura, para a natureza, para a economia e principalmente para a identidade. Segundo Escobar e outros, “o lugar – como a cultura local – pode ser considerado ‘o outro’ da globalização, de maneira que uma discussão do lugar deveria oferecer uma perspectiva importante para repensar a globalização e a questão das alternativas ao capitalismo e à modernidade” (ESCOBAR, 2005).

Da mesma forma para Zaoual, o local acaba ganhando corpo diante de um mundo totalmente globalizado, pois os pequenos elos ainda estão na comunidade. E é a partir do local que se busca uma solução para os conflitos, pois o indivíduo está mais ligado ao local do que ao global, tendo em vista a necessidade de se inserir em um lugar no mundo e de pertencer a uma comunidade. Na visão do autor,

[...] em todos os lugares, cada vez mais, as pessoas sentem necessidade de crer e de se inserir em locais de pertencimento. Assim, à medida que cresce o global, também se amplia o sentimento do local. As razões desse paradoxo são múltiplas, entre as quais mencionamos a seguinte: a globalização, sinônimo de mercantilização do mundo, introduz localmente um tipo de incerteza e de vertigem na mente humana. Uma das maneiras de reagir a isso consiste na busca da certeza de que somente a proximidade pode garantir, até certo ponto, o sentimento de pertencer. Esses processos ocorrem sob formas múltiplas, tocando todos os aspectos da vida humana. A volta da espiritualidade, a difusão da ecologia, a adesão a movimentos religiosos e culturais, mais ou menos radicais e, até, em certos casos, violentos, são

aspectos que resultam da falência do economicismo (ZAOUAL, 2003, p. 25)

Essa defesa do lugar permite enfatizar quatro direitos que são fundamentais: a identidade, o território, a autonomia política e o desenvolvimento. Para os indígenas, por exemplo, o território é considerado espaço fundamental para a preservação cultural de suas comunidades. Por outro lado, o desenvolvimentismo, tal como se dá atualmente, relega justamente a memória e o território, além de transformar a natureza em mercadoria. Nesse sentido para Colaço e Damázio,

O discurso do “desenvolvimento” tem sido amplamente difundido desde a metade do século XX até a atualidade. Este discurso passou a incluir variações como desenvolvimento local, microdesenvolvimento, endodesenvolvimento, etnodesenvolvimento e desenvolvimento sustentável.

A palavra “desenvolvimento” sugere que existe um padrão considerado como desenvolvido; e, é claro, este modelo a ser seguido é sempre estabelecido pelo Ocidente. Ou seja, repete-se o imaginário do ponto zero que teria o poder de estabelecer o que é melhor para todo planeta.

Desta forma, a ideia de desenvolvimento e o seu oposto, o subdesenvolvimento, contribuiu significativamente para perpetuar a relação de superioridade entre seres humanos e os povos e assim, da subalternização de determinados saberes, os “locais” (COLAÇO; DAMÁZIO, 2018, p. 85).

Nesse sentido, acredita-se que é com a defesa do lugar e da identidade que se poderá lutar em prol de políticas públicas que defendam as culturas locais e, conseqüentemente, as identidades. No dizer de Oliveira, “possuir uma identidade é

uma realidade que se impõe no mundo da vida como algo primordial” (2006, p. 34), pois quando há o reconhecimento da cultura local e da identidade o diálogo poderá acontecer, direitos poderão ser igualados e a participação de grupos excluídos nas decisões políticas e governamentais podem tornar-se realidade.

A identidade cultural indígena, por exemplo, foi sistematicamente desvalorizada pelo fato de possuir características próprias e distintas daquelas da sociedade não-índia. Por isso, o desafio nos dias de hoje consiste em como manter a sobrevivência sociocultural desses povos, em seu contato com a sociedade envolvente. No entendimento de Sparemberger (2008, p. 97), a interação entre as diversas culturas pode gerar o reforço da identidade indígena, uma vez que o conhecimento da diversidade cultural pode reforçar as diferenças externas e a integração de povos culturalmente diferentes. Já Benhabib elenca algumas características que devem ser seguidas de forma democrática e normativa para que haja o reconhecimento da diversidade cultural juntamente com o respeito à dignidade humana e que estão explicitamente imbricados na declaração dos direitos humanos:

1. Reciprocidade igualitária. Os membros de minorias culturais, religiosas e outras não devem merecer menos direitos civis, políticos, econômicos e culturais que a maioria;
2. auto-adesão voluntária. Uma pessoa não deve ser incluída num grupo cultural, religioso ou linguístico em virtude de seu nascimento. [...] Seria conveniente que em certo momento de suas vidas adultas, lhes perguntassem se aceitam continuar pertencendo a suas comunidades de origem;
3. liberdade de saída e de associação. A liberdade de uma pessoa para sair do grupo a que pertence não deve ter restrição alguma (BENHABIB, 2006, p. 31).

Segundo a autora, essas condições são necessárias para que o pluralismo cultural cumpra com os objetivos da diversidade e da igualdade democrática, sem comprometer, contudo, a cultura das minorias étnicas. Na mesma linha vai o entendimento de Paviani sobre o conceito de cultura:

A cultura não pode ser entendida como algo individual. Ela, por origem e essência, é obra coletiva, situa-se no tempo e no espaço de cada grupo ou comunidade e no conjunto da sociedade. Disso, igualmente, decorre que ela é comunicação com os outros, unidade constituída pela multiplicidade. Por isso, a exigência da singularidade ou regionalidade requer a dimensão da universalidade na determinação de sua particularidade (expressiva). Esse desdobramento dialético faz com que uma manifestação autenticamente “nossa” seja reconhecida por todos. É o que se afirma quando se diz que a cultura autêntica, verdadeiramente assumida pela consciência social, possui ao mesmo tempo raízes locais e significações universais. Em síntese, as relações culturais trazem consigo as marcas do grupo e da época. São essas marcas que instauram o sentido individual e universal da existência humana (PAVIANI, 2004, p. 77).

A cultura é a presença humana no espaço social, mas com o aumento da desigualdade social as relações culturais se tornam limitadas, de forma que a grande maioria da população não se beneficia da cultura. Para Paviani, “o não-reconhecimento do Outro numa comunidade ou sociedade, ou em relação a outro grupo, produz acomodação dos desníveis culturais e do bem-estar social” (2004, p. 77). A noção de cultura traz sempre presente a perspectiva de sua revisão, tendo em vista a

diversidade teórica de que se reveste, em termos sociais, individuais, estruturais, etc.

Constitui-se, desta forma, um grande mosaico cultural, no qual cada cultura tem seu espaço territorial definido, do que resulta uma grande rede de relações que se mesclam e interagem, dividindo espaços comuns. Na opinião de Benhabib, “deveríamos considerar as culturas humanas como constantes criações, recriações e negociações de fronteiras imaginárias entre “nós” e “eles”, os “outros”. O outro sempre está também dentro de nós e é um de nós (BENHABIB, 2006, p. 33).

As lutas por reconhecimento surgem de um esforço em acabar com a falta de respeito, com a dominação e com a desigualdade, impostas a muitas minorias ao longo da história, pois reconhecer o outro e respeitá-lo como um ser dotado de dignidade requer a aceitação de sua diferença cultural sem imposição de dominações unilaterais. Isso faz com que a cultura seja dinâmica, ocasionando inevitavelmente trocas culturais, assim como o desaparecimento e o fortalecimento de certas expressões culturais. Neste sentido se pronuncia Appiah:

No sistema global de trocas culturais há, de fato, processos de homogeneização em curso, de certa forma assimétricos, e há formas de vida humana que desaparecem. Nenhum desses fenômenos é particularmente novo, mas sua amplitude e velocidade, provavelmente, o são. No entanto, assim como formas de cultura desaparecem, outras formas são criadas localmente, o que significa que elas trazem as marcas regionais que o cosmopolita festeja. O desaparecimento de formas culturais antigas é coerente com a manutenção de uma rica variedade de formas de vida humana apenas porque novas formas culturais, que diferem entre si, também são criadas o tempo todo (APPIAH, 1999, p. 131).

A cultura, portanto, constitui-se em uma troca que só terá concretude se cada grupo possuir sua própria identidade, razão pela qual a aceitação das diferenças entre os grupos depende do reconhecimento do outro. Para Montiel e outros, “a cultura é uma elaboração comunitária mediante a qual os indivíduos se reconhecem, se auto-representam e assinalam significações comuns ao mundo que os rodeia” (2003, p. 133). Mendonça, por sua vez, com relação ao contato entre culturas, entende que,

[...] na visão convencional, os povos tradicionais testemunham momentos passados da experiência humana, e por isso são considerados primitivos, atrasados, inferiores. Encontram-se, na estrutura de pensamento linear, justificativas para subjugá-los. Na visão sistêmica e complexa, eles simplesmente seguiram caminhos diferentes, fizeram opções diferentes. Não há julgamento sobre suas escolhas. Não há justificativas para o estabelecimento de relações hierárquicas (MENDONÇA, 2005, p. 82).

O contato entre diferentes culturas pode tanto estimular a compreensão mútua quanto a negação do outro, pois a aceitação do outro não é algo fácil num contexto de uma grande diferença de poder entre as culturas. A cultura indígena, por exemplo, sempre foi ofuscada pela sociedade dominante, a qual, a partir de estereótipos e pré-conceitos, se nega a aceitar o diferente como diferente. Ou seja, a cultura contém um impulso propagador de seus atributos, reforçando assim a identidade de uma comunidade, mas também pode servir de escudo impedindo que culturas contrárias se aproximem. Nesse sentido assevera Boff:

Não basta o reconhecimento da alteridade. Esse ato de respeito ordena-se ao aprendizado dos valores

dos outros, ao desenvolvimento da reciprocidade (troca de experiências e saberes) e da complementaridade mútua. Nenhuma cultura expressa a totalidade do potencial criativo humano. Por isso, uma cultura pode complementar a outra. Todas juntas mostram a versatilidade do mistério do ser humano e as distintas formas de realizarmos nossa humanidade. Por isso, cada cultura representa uma riqueza inestimável (língua, filosofia, religião, artes, técnicas; numa palavra, as formas de habitar o mundo), sejam as culturas singelas da Amazônia ou as culturas assim chamadas modernas, técnico-científicas. Toda essa imensa diversidade cultural não se deverá perder num processo de globalização homogeneizador pelo único modo de produção capitalista (BOFF, 2002, p. 60).

O modelo de produção capitalista é avassalador para a diversidade cultural, e nesse contexto, é que o papel do estado se torna fundamental como protetor da diversidade e promotor do diálogo intercultural. Pois, apesar da diversidade cultural, a humanidade é uma. A cultura é um importante vetor para o pleno desenvolvimento humano, e ela encontra-se no centro dos debates atuais sobre identidade cultural.

Pensar na preservação dos espaços de constituição das diversas identidades culturais torna-se uma questão fundamental. Mas a construção da convivência com respeito às diferenças é um desafio possível. Para tanto não se pode olhar o outro culturalmente diferente como uma ameaça; ao contrário, a convivência, o compartilhamento com essa outra cultura deve propiciar constantes inovações, o que possibilita interessantes negociações dialógicas com relação aos dilemas compartilhados.

Ao se fazer prevalecer a ética da alteridade, é preciso partir da ideia de que a cultura é dinâmica. Ao mesmo tempo, porém, é preciso ter consciência de que a tentativa de impor um

pensamento único neste processo consegue, muitas vezes, exterminar culturas inteiras. Tome-se, por exemplo, o caso dos povos indígenas, quando sobre eles recai o desrespeitoso projeto de inseri-los culturalmente na realidade não-índia. Esse conflito cultural vem assim detalhado por Cabral:

Normalmente numa comunidade que tem seus costumes e tradições, sobreviventes de uma organização de seus mestres, chefes e pajés, a cultura é passada, em muitos casos, oralmente, e por modos e comportamentos ensinados e usados por todos. É o caso de grupos que ainda mantêm seus rituais em momentos tristes e alegres da tribo. E que se sentem violentados com os costumes impostos como o dever de saber ler, escrever e viver dos “brancos”. [...] Imagine o índio “puro” em sua essência que ainda não teve contato com os “brancos”, mas vive isolado na mata, e, de repente, por iniciativa de uma ONG e de estudiosos interessados em “preservar” e divulgar essa cultura para outros (que não tem o mesmo objetivo de seus habitantes – uma vez que a linguagem do “branco” não faz parte da cultura indígena) invade a tribo com uma máquina moderna capaz de mostrar o mundo lá fora e poder divulgar a vida daquele grupo. Será que isso ajudaria “realmente” na preservação da cultura desse povo ou seria mais um ingrediente para modificá-la? (CABRAL, 2008, p. 3).

A principal razão de uma cultura não ter o direito de controlar a outra está no fato de que ela sempre se formou das inter-relações simbólicas vividas no interior de uma sociedade. Levada aos campos econômico e político, pode-se afirmar que a cultura desempenha um importante papel na sobrevivência

da democracia, no sentido de que as mudanças institucionais devem orientar-se pelos valores e crenças das pessoas comuns.

No mundo globalizado da atualidade, a construção/reconstrução da identidade enquanto expressão cultural de um povo acontece de forma conflitiva, muitas vezes antagônica, tendo, como pólos de oposição, de um lado as políticas homogeneizantes ideologicamente impostas, na forma de um pensamento único, pelos grupos culturalmente dominantes no mundo ocidental, e, por outro, inúmeros grupos minoritários, com práticas consagradas de especificidades culturais, que necessitam lutar por sua preservação, embora de forma não excludente para não reproduzir a mesma lógica de cultura única. Note-se, contudo, que essa luta pela preservação de valores culturais específicos e diversificados não exclui uma saudável partilha intercultural, pela qual se estabelecem valores de caráter universalizante em termos de direitos fundamentais.

Nesse intenso processo de mescla cultural muitos são os caminhos que podem ser trilhados num mundo globalizado. Ao mesmo tempo em que se observa um respeito pela pluralidade de culturas, constatam-se também reclusões identitárias, na forma de diásporas de grupos culturais mais fechados de migrantes, usualmente denominados *guetos*. Na mesma linha incluem-se os fundamentalismos de caráter religioso. Trata-se, neste caso, de uma radicalização ao inverso, como tentativa de recuperar raízes e identidades individuais destroçadas pelo “império sem imperador” que é o atual sistema de mercado.

Guéhenno define esse contexto pós-moderno como “idade imperial”, nos seguintes termos:

A idade que abandonamos, a idade das instituições e da política, reconhece a diferença, porém a organiza e a enquadra. Ela identifica e separa aqueles que decidem dos que obedecem; aqueles que legiferam, aqueles que julgam etc. Ela organiza o conflito para poder transcendê-lo. A idade imperial não

tolera o conflito, o qual chama de desentendimento. Ela precisa da semelhança. Ela opõe os benefícios do trabalho em equipe à estrutura hierárquica. Ao invés da polarização da força, prefere uma circulação cada vez maior da informação cujo objetivo é dissolver o conflito via uma multiplicidade de micro ajustes preventivos (GUÉHENNO, 1999, p. 80).

O conformismo faz parte dessa nova idade: “[...] todos admitem que a mudança é a regra da idade imperial, o princípio motor. Mas todos entendem que a mudança foge da alçada do homem. Seja empresa ou nação, evita-se planejar o futuro, contenta-se em desenvolver a ‘capacidade de adaptação’” (GUÉHENNO, 1999, p. 80). Decorre daí a angústia, pois se trata do império dos signos sem significado, restando o dinheiro como último signo, como denominador comum. Na análise do mesmo autor, na abstração desse mundo imperial, as religiões voltam-se mais para os rituais e para a magia do que para a racionalidade metafísica, num claro processo de auto-exclusão. Ao falar da renovação do islã, assim se expressa:

Os neofundamentalismos que sucederam ao islamismo não propõem uma nova ordem mundial, porém, mais modestamente, a proximidade de uma comunidade, imitando, nas relações individuais, essa sociedade justa que já desistiu de alcançar no plano político. Esse pessimismo profundo explica por que os militantes neofundamentalistas fazem pouco proselitismo e ao mesmo tempo são tão intolerantes. Sua ambição principal não é a de ampliar a comunidade dos crentes, mas constituir uma comunidade homogênea, ainda mais confortável e segura por ser fechada e introspectiva. Nesse sentido, o militantismo islâmico reproduz alguns traços de

outras seitas. Só se chega à comunhão pela exclusão (GUÉHENNO, 1999, p. 96).

Assim, nas sociedades das redes e da economia global, ao desaparecer o grupo tradicional, os homens ficam desamparados e sem vínculo. Como saída, nos países pobres do terceiro mundo apela-se para a religião, que não sofre restrições por parte do sistema, enquanto nos países ricos, como decepção a respeito do político, essa aspiração “religiosa” aparece mais nas organizações humanitárias, renunciando à esperança de achar numa ordem política as soluções para a infelicidade dos homens. Procura-se criar solidariedades concretas num mundo abstrato demais. Nas palavras de Guéhenno:

[...] a busca do universal, longe de dar sentido aos nossos destinos individuais, resulta em medo. A ação humanitária oferece, assim, aos ricos a mesma reflexão sobre uma experiência moral individual, porém compartilhada, que o Islã oferece aos pobres. Não procura-se mais curar, de forma abstrata, a miséria do mundo. A miséria tem agora um rosto, e uma solidariedade imediata instaura-se, surgida da urgência e do sofrimento. Tendo perdido a ilusão de uma solução política que poria fim à infelicidade, para tornar a multiplicidade dos destinos humanos uma comunidade, nós nos consagramos a alguns homens, e não mais à raça humana (GUÉHENNO, 1999, p. 96).

É essa, pois, a função da religião na idade imperial: afirmar a diferença quando tudo leva ao universal, dividindo e excluindo ao invés de juntar e incluir, à maneira das funções da nação na idade institucional: “No mundo da uniformidade e da homogeneização, a religião permite que escapemos da abstração universal para reencontrar, no arquipélago da solidão

moderna, o sentimento da nossa individualidade” (GUÉHENNO, 1999, p. 96).

O capitalismo, por sua vez, dentro da lógica puramente mercantilista, trabalha a globalização cultural, pelas ações das indústrias culturais, tendo como referência o lucro e a acumulação de capital em nível mundial. A respeito assim se expressam Cesnik e Beltrame (2005, p. 25-47): “Sem dúvida que a globalização é um canal aberto para incursões mais elaboradas do capitalismo, mas precisamos ver de que maneira a cultura escuta seus apelos para saber como e contra o que resistir”. Na visão dos autores,

[...] a globalização reforçou as possibilidades de compartilharmos diversas identidades ao mesmo tempo, pois nos movemos com maior facilidade de uma cultura a outra, aprendemos línguas com rapidez, somos filiados aos valores da democracia, que nos fez mais tolerantes e podemos sentir com instantaneidade as angústias de um povo distante de nós. Essas possibilidades não mutilam a relação original com sua cultura, que até se reforçam pela percepção da diversidade (CESNIK; BELTRAME, 2005, p. 25-47).

Nesse alargamento do multiculturalismo, há também culturas que preservam algumas crenças que são repudiadas pelos direitos humanos, como por exemplo, a circuncisão feminina em alguns países asiáticos. Ou seja, a cultura nos mais diversos cantos do mundo pode se manifestar de forma anti-social, violenta, contrária ao pensamento de outros grupos ou sociedades. O paradoxal é que, embora seja determinante em certos países, grupos ou comunidades, pois reflete a maneira de pensar e de se relacionar dos indivíduos, tal expressão cultural dificulta, quando não nega, princípios universalizantes de expressão dos direitos humanos.

Para Benhabib, os efeitos do processo de globalização, proporcionam “o enfrentamento entre diferentes culturas que podem estar produzindo uma comunidade de diálogo e também de interdependência” (BENHABIB, 2006, p. 76). Para essa autora, a globalização criou e continua criando um enfrentamento entre as culturas, línguas e nações, que acabam incidindo sobre a vida das pessoas, para tanto, o diálogo intercultural é uma importante ferramenta de pacificação. Contudo, no raciocínio da mesma autora,

[...] é provável que a reciprocidade igualitária jamais possa realizar-se em uma comunidade mundial em que estados e povos se encontram em distintos níveis de desenvolvimento tecnológico, econômico e militar e estão sujeitos a distintas estruturas e coações sociais, históricas e culturais. O que estas normas de respeito universal e reciprocidade igualitária articulam são pautas para nossas intuições; constituem princípios normativos para guiar nossos juízos e deliberações em situações humanas complexas (BENHABIB, 2006, p. 76).

O fato é que, num contexto geral, as particularidades devem ser levadas em conta para que ocorra o diálogo intercultural, pois há formas culturais aceitáveis e outras que podem parecer uma aberração. O contato com outras culturas, facilitado pelas técnicas de informação, reflete diretamente nas identidades dos sujeitos. Importa, no entanto, não esquecer que o processo de globalização cultural não é de todo nocivo, desde que não imponha sua uniformização ou o fim da diversidade. Impõe-se, por isso, a crescente necessidade do exercício da tolerância, que significa a não-interferência nos comportamentos culturais distintos, preservando o respeito e o reconhecimento nos planos ético e jurídico, em especial no que se refere às minorias étnicas.

Um novo olhar: o papel do direito e as novas tendências do constitucionalismo no respeito à identidade e à alteridade das minorias étnicas

A relação entre cultura, direito e identidade e alteridade inseriram-se, nos últimos anos, ao debate em torno do conteúdo e do papel das constituições, tanto no que tange aos direitos das minorias, às reivindicações territoriais, à proteção dos direitos culturais, à língua, aos currículos escolares, quanto aos preceitos que fundamentam as constituições. É necessário que se reconheça a pluriétnicidade e a pluriculturalidade que está presente na formação da maioria dos estados, o que vem justificar a afirmação de que os estados não possuem uma composição homogênea e com isso, o reconhecimento e a tutela de todos os grupos presentes em sua formação é imprescindível para que a dignidade humana seja realmente protegida e respeitada.

A respeito da identidade nacional ou cultural, Paviani explica que a identidade de um povo ou de uma cultura aponta para um conjunto de costumes, comportamentos, valores, obras e para elementos socioculturais, como a língua e a religião. Alerta o autor, porém, que o conceito de identidade nacional pode se tornar um instrumento equivocado da realidade cultural de um povo, uma vez que toda identidade é constituída sobre a diferença. Dessa forma, na procura da identidade não se pode esquecer as diferenças. Mesmo que em relação aos seres humanos exista algo em comum, como os direitos fundamentais, por exemplo, as diferenças entre eles devem ser admitidas (PAVIANI, 2004, p. 76-77).

Alguns avanços estão sendo alcançados, em setembro de 2007, a Assembléia da ONU, e vários países reunidos aprovaram a *Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas*, encerrando mais de duas décadas de debates e justificativas na busca de ampliar direitos individuais para uma nova categoria de sujeitos considerados agora coletivamente. A *Declaração*

avança assim para o reconhecimento dos *povos indígenas* como nações preexistentes aos Estados nacionais republicanos, outorgando às suas demandas a legitimidade necessária para exigir de cada governo a efetivação dos seus direitos. Na América Latina, a *Declaração* adquire particular importância porque a região abriga 10% do contingente indígena do mundo. Nesta região, as estimativas avaliam que a população de indígenas oscila entre 8 a 12%, o equivalente entre 30 e 50 milhões de pessoas, acumulando altos índices de mortalidade, analfabetismo e incidência de extrema pobreza (COMISSÃO ECONÔMICA, 2006). Assim, em alguns países como a Guatemala, a Bolívia, o Peru e o Equador, a população indígena equivale, e pode até superar, à dos indivíduos não indígenas. Em outros, a superfície habitada por comunidades indígenas é considerada proporcionalmente superior à ocupada pelo resto da sociedade. No caso brasileiro, por exemplo, uma população indígena de 0,4% ocupa mais de 12% do território nacional, um espaço particularmente rico em biodiversidade, recursos hídricos, madeiras preciosas e jazidas de minérios, exigindo do governo repensar o relacionamento com os povos indígenas como base para o desenvolvimento estratégico nacional³.

³ COMISSÃO ECONÔMICA PARA A AMÉRICA LATINA. CEPAL. **Panorama Social de América Latina**. Santiago de Chile: ONU/CEPAL, Santiago de Chile: ONU/CEPAL, 2006. Ver também em BARIÉ, Cletus Gregor. **Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama**. Bolívia: Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas/Gobierno de México/Abya Yala/Banco Mundial, 2003 MARÉS, Carlos Frederico de Souza Filho. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Ed. Juruá, 1998. URQUIDI, Viviam; TEIXEIRA, Vanessa, LANA, Eliana. **Questão indígena na América Latina: direito internacional, novo**

Alguns exemplos de avanço neste campo foram e são os processos constituintes da Bolívia e do Equador, que sem dúvida resultaram de uma longa luta de resistência e articulação indígena. Essas constituições se caracterizam, explicitamente, num projeto de descolonização que buscou reverter a exclusão histórica dos povos originários na configuração, gestão e participação nos estados. O fundamento dessa luta, recuperou o princípio da interculturalidade, da alteridade e do reconhecimento destes povos, lhes garantiu autonomia e jurisdição dentro de seus territórios, direitos de participação dentro e fora destes. Os povos aparecem como sujeitos de amplos direitos coletivos, alguns de caráter interno, outros por meio de aparatos públicos e outros pelo diálogo intercultural com a sociedade.

Conclusões

Diante de todo o exposto com relação à identidade, alteridade e à cultura, o momento é de reflexão, para poder visualizar-se um caminho que seja dialógico entre as mais diversas culturas, sem que se neguem mutuamente, o que implica a aceitação da diversidade e a compreensão da humanidade do ser. Tanto a identidade individual quanto a ideia de alteridade e cultura sofrem mudanças constantes, variando consideravelmente seus conceitos e concepções nesse novo modelo de mundo. O interessante neste momento de fragilidade da vida humana é que o indivíduo entenda seu papel no mundo, como parte integrante de um todo e não como dono do mesmo e nisso o direito tem um papel fundamental – de auxiliar na concretização da cidadania étnica para o desenvolvimento do direito

constitucionalismo e organizações dos movimentos indígenas. **Cadernos Prolam** –USP, vol. 1, ano 8, 2008.

dessas populações que pode e deve ser favorecido pela abertura efetivamente democrática e participativa para que estas minorias sociais desenvolvam estruturas necessárias para a organização e abertura da esfera pública de direitos.

Referências

APPIAH, Kwame Anthony. Cultura, comunidade e cidadania. In: HELLER, Agnes et al. **A crise dos paradigmas sociais e os desafios para o século XXI**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

AZCONA, Jesús. Las barreras de las culturas identitarias: Migración y límites sociales. In: GARCIA, Manuel Calvo (org). **Identidades Culturales y Derechos Humanos**. Dikison: Madrid, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**: sobre a fragilidade dos laços humanos. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Identidade**: entrevista a Benedetto Vecchi/Zygmunt Bauman. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

BECK, Ulrich. **La Sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A. Edición en castellano, 1998. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás, 2002.

BEDIN, Gilmar Antonio. **Os direitos do homem e o neoliberalismo**. 3. ed. rev. e ampl. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.

BENHABIB, Seyla. **Las reivindicaciones de la cultura**: igualdad y diversidad en la era global- Tradução de Alejandra Vassallo. Buenos Aires: Katz, 2006.

BOFF, Leonardo. **Do iceberg à Arca de Noé**: o nascimento de uma ética planetária. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

BOFF, Leonardo. **Ética e eco-espiritualidade**. Campinas, SP: Verus Editora, 2003.

BOFF, Leonardo. **Ética da vida**. Rio de Janeiro: Sextante, 2005.

BOFF, Leonardo. **Saber Cuidar: Ética do Humano – Compaixão pela terra**. Editora Vozes. 2001, 7 ed. Petrópolis, Rio de Janeiro.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

BRUIT, Héctor Hernan. **Bartolomé de Las Casas e a simulação dos vencidos** – Ensaio sobre a conquista hispânica da

América. Campinas: Editora da Unicamp; São Paulo: Iluminuras, 1995.

CABRAL, Eula D. Taveira. **Os índios brasileiros e a inclusão digital**. Disponível em:
<<http://www.comunicacao.pro.br/setepontos/8:indios.htm>
>. Acesso em: 05 de agosto de 2008.

CANCLINI, Nestor García. **La globalización imaginada**. Barcelona: Paidós, 2000.

CASTELLS, Manuel. **O Poder da identidade**. Tradução de Klaus Brandini Gerhardt. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 2002.

CASTRO, Mary Garcia; ABRAMOVAY, Miriam. **Gênero e meio ambiente**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Cortez; Brasília: UNESCO: UNICEF, 2005.

CARVALHO, Edgard de Assis. Complexidade e ética planetária. In: PENA-VEJA, Alfredo; ALMEIDA, Elimar Pinheiro de. **O pensar complexo: Edgar Morin e a crise da modernidade**. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CASTORIADIS, Cornelius. Para si e subjetividade. In: PENA-VEJA, Alfredo; ALMEIDA, Elimar Pinheiro de. **O pensar complexo: Edgar Morin e a crise da modernidade**. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

CESNIK, Fábio de Sá; BELTRAME, Priscila Akemi. **Globalização da cultura**. Barueri, SP: Manole, 2005. (Entender o mundo; v.8).

CIOMMO, Regina Célia Di. **Ecofeminismo e educação ambiental**. São Paulo: UNIUBE, 1999.

CLASTRES, Pierre. **A Sociedade contra o Estado**: pesquisas de antropologia política. Tradução de Theo Santiago. São Paulo. Cosac Naify, 1978.

COLAÇO, Thais Luzia (org.). **Elementos de Antropologia Jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

COLAÇO, Thais Luzia; DAMÁZIO, Eloise Peter. **Antropologia Jurídica**: uma perspectiva decolonial para a América Latina. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2018.

CORRÊA, Darcísio. **A construção da cidadania**: reflexões histórico-políticas. 4. ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006.

CORRÊA, Darcísio. Ética, cidadania e educação ambiental. **Revista Habeas Data**: reflexões sobre o Direito - Instituto Cenequista de Ensino Superior de Santo Ângelo, Ijuí: Ed. Unijui, ano 1, n. 1, jan/jun. 2002.

CORRÊA, Darcísio et al. **Cidadania, biodiversidade e identidade cultural na Reserva Indígena do Guarita**. Ijuí. Ed. Unijui, 2007.

DAMATTA, Roberto. **Relativizando**: uma introdução à antropologia social. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

ELIAS, Norbert. **A sociedade de indivíduos**. Organizado por Michel Schröter. Tradução: Vera Ribeiro. Revisão técnica e notas: Renato Janine Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1994.

- ESCOBAR, Arturo. O lugar da natureza e a natureza do lugar: globalização ou pós-desenvolvimento. In: LANDER, Edgardo (org). **A colonialidade do saber e Ciências Sociais: perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005.
- FALK, Richard. **Globalização predatória: uma crítica**. Tradução de Rogério Alves. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
- FLORIANI, Dimas. **Conhecimento, meio ambiente e globalização**. Curitiba: Ed. Juruá, 2004.
- FONTES, Nancy Rita Vieira. **Identidade e alteridade em João Ubaldo Ribeiro: um brasileiro em Berlim**. Texto s.d.
- FUENTE, Oscar Pérez La. **Pluralismo cultural y derechos de las minorías: una aproximación iusfilosófica**. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. Dykinson S.L, Madrid, 2005.
- GARCÍA, Manuel Calvo (Org). **Identidades culturales y derechos humanos**. Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati. Dykinson, 2002.
- GIDDENS, Anthony. **As Consequências da modernidade**. Tradução de Raul Filker. São Paulo: Ed. Universidade Estadual Paulista, 2000.
- GIDDENS, Anthony. **Modernidade e identidade**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.
- GIDDENS, Anthony. **O mundo na era da globalização**. Lisboa: Presença, 2000.
- GUÉHENNO, Jean-Marie. **O fim da democracia : um ensaio profundo e visionário sobre o próximo milênio**. Tradução de

Howard Maurice Johnson e Amaury Temporal. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

GELLNER, Ernest. **Nações e nacionalismo**. Lisboa: Gradiva, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **La inclusión del otro**. Estudios de Teoría Política. Barcelona: Paidós, 1999.

HAESBAERT, Rogério; PORTO-GONÇALVES, Carlos. **A nova des-ordem mundial**. São Paulo: Editora Unesp, 2006.

HALL, Stuart. **A identidade cultural na pós-modernidade**. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopez Louro. 10. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

HARRISON, Lawrence E. (org). HUNTINGTON, Samuel P. (org). **A cultura importa**. Tradução de Berilo Vargas. Rio de Janeiro: Ed. Record, 2002.

IANNI, Octavio. **A Era do globalismo**. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

IANNI, Octavio. **A Sociedade global**. 4 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

JUNQUEIRA, Carmen. **Antropologia Indígena: uma introdução**. São Paulo: EDUC, 2002.

KROTZ, Estebán (org.). **Antropología Jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho/edición de Esteban**

- Krotz Rubi. Barcelona: Anthropos Editorial; México: Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa, 2002.
- MAFFESOLI, Michel. **O ritmo da vida**: variações sobre o imaginário pós-moderno. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2007.
- MENDONÇA, Rita. **Conservar e criar**: natureza, cultura e complexidade. São Paulo: Editora Senac, 2005.
- MÉTRAUX, Alfred. The Caingang. In: Steward, J. H. (ed.), **Handbook of South American Indians**, Washington: Smithsonian Institution, 1:445-475, sd.
- MONTIEL, Edgar. A nova ordem simbólica: a diversidade cultural na era da globalização. In: SIDEKUM, Antônio (Org.). **Alteridade e multiculturalismo**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003.
- MORIN, Edgar. **As duas Globalizações: complexidade e comunicação**: uma pedagogia do presente. Tradução de Juremir Machado da Silva. 2. ed. Porto Alegre: Sulinas; EDIPUCRS. 1999.
- MORIN, Edgar. **Politique de Civilisation**. Paris: Arléa, 1997.
- PENA-VEGA, Alfredo; NASCIMENTO, Elimar Pinheiro (orgs.). **O pensar complexo**: Edgar Morin e a crise da modernidade. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.
- PENA-VEGA, Alfredo; STROH, Paula. Viver, compreender, amar. In: PENA-VEGA, Alfredo; NASCIMENTO, Elimar Pinheiro (orgs.). **O pensar complexo**: Edgar Morin e a crise da modernidade. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.

- OLIVEIRA, João Pacheco de. *Cidadania, racismo e pluralismo: a presença das sociedades indígenas na organização do Estado-Nacional brasileiro*. In: **Ensaio em Antropologia Histórica**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1999.
- OLIVEIRA, Roberto Cardoso. **Caminhos da identidade: ensaios sobre etnicidade e multiculturalismo**. São Paulo: Editora Unesp; Brasília: Paralelo, 2006.
- ORTIZ, Renato. **Mundialização e cultura**. São Paulo: Brasiliense, 1996.
- PAVIANI, Jayme. **Cultura, humanismo e globalização**. Caxias do Sul, RS: Educs, 2004.
- PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs). **História da cidadania**. São Paulo: Contexto, 2003.
- POTIGUARA, Eliane. **Desafio sobre gênero na questão indígena**. Disponível em: <<http://www.elianepotiguara.org.br>>. Acesso: 31 de outubro de 2005.
- RAMOS, Alcida Rita. **Sociedades Indígenas**. São Paulo: Editora Ática S.A, 1988.
- RAZ, Joseph. **La ética en el ámbito público**. Barcelona: Gedisa, 2001.
- ROBERTSON, Roland. Identidade nacional e globalização: falácias contemporâneas. In: BARROSO, João Rodrigues (coord.). **Globalização e identidade nacional**. São Paulo: Atlas, 1999.
- ROGER, Emilio. Uma antropologia complexa para entrar no século XXI: chaves de Compreensão. In: PENA-VEJA, Alfredo; NASCIMENTO, Elimar Pinheiro (orgs.). **O pensar complexo**:

- Edgar Morin e a crise da modernidade. Rio de Janeiro: Garamond, 1999.
- ROULAND, Norbert (org.). **Direito das minorias e dos povos autóctones**. Brasília: Editora UnB, 2004.
- SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2000.
- SZWAKO, José. Identidades liquidadas. **Revista de sociologia política**, n.27, Curitiba, 2006. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0104-44782006000200017>>. Acesso em: maio de 2020.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (org). **Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (org). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (org). **A Globalização e as Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.
- SANTOS, Milton. **Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.
- SANTILLI, Juliana (coord.). **Os direitos indígenas e a Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão técnica de Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SIMONIAN, Ligia. **Mulheres indígenas vítimas de violência**. Trabalho apresentado na XIX Reunião da Associação Brasileira de Antropologia. Niterói, 1994.

SILIPRANDI, Emma. Ecofeminismo: contribuições e limites para a abordagem de políticas ambientais. **Revista de Agroecologia e Desenvolvimento Rural Sustentável**. Porto Alegre, v. 1, n. 1, p. 67-68, jan./mar. 2000.

SORIANO, Ramón. **Interculturalismo**: entre liberalismo y comunitarismo. Espanha: Ed. Almuzara, 2004.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalismo**: La política del reconocimiento. Milan: Anabasi, 1993.

TAYLOR, Charles et al. **Multiculturalismo**: examinando a política de reconhecimento. Tradução de Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

TODOROV, Tzvetan. **A Conquista da América - A questão do outro**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

TOURAINÉ, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje. Tradução de Gentil Avelino Tilton. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

UNGER, Nancy Mangabeira. **O encantamento do humano**: ecologia e espiritualidade. São Paulo: Loyola, 2000.

VERGOPULOS, Kostas. **Globalização, o fim de um ciclo: ensaio sobre a instabilidade internacional.** Tradução de Estela dos Santos Abreu. Rio de Janeiro. Contraponto, 2005.

ZAOUAL, Hassan. **Globalização e diversidade cultural.** Tradução de Michel Thiollent. São Paulo: Cortez, 2003.

PROCESSO DE ETNODEMOCRATIZAÇÃO: as (in)congruências entre as demandas e as proposições legislativas sobre “indígenas” (1988-2020)

Antonio Armando Ulian do Lago Albuquerque¹

Introdução

A concorrência e vaidade acadêmica acompanha muitos de nós ao adotarmos uma carreira jurídica acadêmica. Não era diferente nos idos dos anos dois mil, muito embora perceptível a riqueza de relações estabelecidas, alinhadas ou não, entre os mestrandos e doutorandos em suas diferentes linhas de pesquisa do PPGD-UFSC.

Frequentar uma das melhores pós-graduações de direito do País - senão a melhor naquela época - tinha as suas muitas exigências quadrimestrais de leitura, seminários e *papers* quadrimestrais. Comumente, mestrandos advindos de graduações de todos os rincões do Brasil, com níveis completamente diferentes, se agrupavam para auxiliar uns aos outros para além da compreensão de textos, mas também em função do que se passava nas próprias vidas de cada um(a).

Após acompanhar os percalços deste autor na peregrinação por orientadores, comumente abarrotados de orientandos, gentilmente a profa. Thais aceitou orientar aquela que seria

¹ Professor da Universidade Federal do Sul da Bahia, Porto Seguro, e da Universidade do Estado de Mato Grosso. Doutor em Ciência Política (IESP-UERJ). Mestre em Teoria e Filosofia do Direito (PPGD-UFSC).

a segunda dissertação a relacionar o direito e povos indígenas do PPGD-UFSC (ALBUQUERQUE, 2003). A primeira havia sido defendida, nos idos de 1999, por Marcos Antonio Lorençette Monte (1999), com a participação da professora Thais na banca. Ela acreditou e disponibilizou não apenas toda a sua biblioteca particular, mas apoiou em amizade durante todo o percurso. Muita gratidão.

O artigo se propõe a correlacionar as diretrizes da participação indígena na Conferência Nacional de Política Indigenista (CONPI) com as proposições legislativas - Projetos de lei ordinárias (PLs), Projetos de leis complementares (PLPs), Propostas de emendas à constituição (PECs) e Propostas de medidas provisórias (MPVs) - para avaliar a congruência e a incongruência de sentidos entre os conteúdos da participação e representação sobre "indígenas". Por um lado, a maior congruência entre ambas aponta para um processo de etnodemocratização. Ou seja, as instituições democráticas pluralizam a execução de políticas públicas, considerando povos indígenas de modo homogêneo ou heterogêneo. Por outro lado, maior incongruência aponta menor possibilidade de etnodemocratização das instituições e, conseqüentemente, maior exclusão dos povos indígenas.

O processo de etnodemocratização pode ocorrer tanto em relação a criação de políticas a estabelecerem medidas para todas as etnias indígenas (etnodemocratização homogênea) ou por meio de proposições reconhecedoras da pluriethnicidade (etnodemocratização pluralista).

O reconhecimento normativo representa apenas parte da realidade. A ineficácia das normas (FERRAJOLI) garantidoras das terras indígenas tem evidenciado não bastar a vigência e a validade das normas jurídicas referentes aos "indígenas", pois a interpretação jurídica comumente desvia o sentido público de afirmação identitária associada a terra indígena, para garantirem o sentido econômico-financeiro privatista de propriedade. A Constituição Federal, no art. 231 e 232, combinada

com o Decreto n. 5.051/2004 e demais legislação infraconstitucional protetiva do meio ambiente e da diversidade cultural possibilitam outras interpretações (ALBUQUERQUE, 2019). Este artigo se subsidiará nas pesquisas que tenham por objeto o estudo da relação entre os espaços participativos e a representação eleitoral nas democracias contemporâneas.

Metodologicamente será utilizada a análise de conteúdo, com formação de unidades de análise a partir a) dos documentos finais das Conferências Nacionais de Políticas Públicas (CNPPs) e b) das ementas e inteiro teor das proposições legislativas (1988-2020). Trata-se de uma pesquisa qualitativa.

A diluição dos dados quantitativos (proposições de leis e demandas sobre indígenas) comparados ao universo obstaria definir o grau de ocorrência de demandas e proposições sobre “indígenas” que possam evidenciar um processo de etnodemocratização em curso. É o recorte da especificidade pluriétnica e cultural que oportuniza avaliar este processo. Este artigo tenta cumprir com pesquisa apenas com o aspecto da diversidade cultural indígena e compreende ser parcial, necessitando da criação de uma agenda de pesquisa sobre a correlação entre as demandas dos espaços públicos com as proposições legislativas referentes aos povos tradicionais, quilombolas e demais “minorias”.

A abordagem da pesquisa ao diminuir a importância da comparação entre a densidade demográfica indígena e não-indígena, em relação às categorias participação e proposições legislativas, enfatiza a densidade cultural, considerando positivamente a influência dos povos indígenas na construção do país desde o processo colonial, tendo maior ou menor inserção política, maior ou menor reconhecimento político-jurídico e efetividade de ações governamentais. Os países de trajetória colonialista (com diversidade cultural) possuem densidade cultural maior ou menor que podem se tornar clivagens para a criação de novas instituições democráticas ou para abordagens

multiculturais por meio de partidos políticos ou de suas entidades representativas (organizações e movimentos).

No levantamento de dados considerou-se todos os documentos finais das CNPPs (1988-2019) (indígenas e não-indígenas) que apresentaram diretrizes vinculadas ao universo “indígenas”. Comparativamente analisou-se todas as categorias da CNPI a partir do conjunto de categorias das CNPPs, reclassificando-as pela recorrência de assuntos e agregando-as, tanto em relação às conferências anteriores à CNPI (2015) como posteriores, derivando quinze novas unidades de análises das 09 categorias originais da Conferência Nacional de Política Indigenista (BRASIL, 2016), conforme Tabela 1 e Figura 2.

A partir das 15 novas unidades de análise da CNPI buscou-se, dentre as nove originais categorias, todas as diretrizes que comportariam inserir-se nas novas unidades. A Tabela 1 indica o desdobramento, o que tornou possível estimar a frequência com que em cada uma das nove categorias originais apareceram diretrizes-categorias referentes às novas unidades de análise (ver Figura 3).

A nova categoria “ações governamentais indigenistas”, por exemplo, compreendeu diretrizes de 8 categorias originais, tendo recorrência em quase todas as categorias da CNPI, enquanto “terras indígenas e territorialidades” tiveram recorrência em 3 categorias originais.

Na categoria “terras indígenas e territorialidade”, por exemplo, foram agregadas as categorias de outras conferências nacionais: demarcação, fortalecimento da agricultura familiar e agroecologia, reforma agrária e democratização do acesso à terra e aos recursos naturais, direito à terra e ao território e a vulnerabilização de grupos sociais rurais, territorialidade e o direito territorial dos povos indígenas, território e mobilidade, ATER e o desenvolvimento rural, ATER para a diversidade da agricultura familiar e a redução das desigualdades, gestão, financiamento, demanda e oferta dos serviços de ATER, metodologias e abordagens de extensão rural.

Tabela 1 - Desdobramento das categorias da CNPI em novas unidades de análise

Categoria da CNPI	Diretrizes	Categorias Desdobradas	Diretrizes	Categoria da CNPI	Diretrizes	Categorias Desdobradas	Diretrizes
1 - Territorialidade e o Direito Territorial	1 - Saúde Indígena		3	5 - Direitos Individuais e Coletivos	6 - Saúde Indígena		1
	2 - Mito de Ocorrência		5		Trabalho, Desenvolvimento Sustentável, Etno-desenvolvimento	7	
	3 - Trabalho, Desenvolvimento Sustentável, Etno-desenvolvimento		7		Educação Indígena	14	
	4 - Educação Indígena		4		Ações Governamentais Indígenas	43	
	5 - Ações Governamentais Indígenas		22		Direitos Humanos - Segurança	6	
	6 - Direitos Humanos - Segurança		8		Diversidade Cultural e Pluralidade Étnica	16	
	7 - Diversidade Cultural e Pluralidade Étnica		1		Mito Análise	1	
	8 - Mito Análise		3		Autonomia e Direito à Consulta e Veto	2	
	9 - Autonomia e Direito à Consulta e Veto		10		Assistência Social	9	
	10 - Território Indígena e Territorialidade		29		13 - Direitos Humanos - Direitos Fundamentais	14	
Subtotal	60 Subtotal	92	5 - Subtotal	198 Subtotal	123		
2 - Participação, Transparência, Controle Social e Regeneração Política	6 - Saúde Indígena		3	6 - Educação	Educação Indígena		39
	Trabalho, Desenvolvimento Sustentável, Etno-desenvolvimento		3		Ações Governamentais Indígenas	1	
	Educação Indígena		8		Diversidade Cultural e Pluralidade Étnica	1	
	Ações Governamentais Indígenas		41		Autonomia e Direito à Consulta e Veto	2	
	Diversidade Cultural e Pluralidade Étnica		16		Segurança Alimentar	1	
	Autonomia e Direito à Consulta e Veto		3		6,5 Subtotal	44	
	Território Indígena e Territorialidade		3		Subtotal	50	
	11 - Assistência Social		1		Subtotal	1	
	Subtotal	90 Subtotal	72		7 - Saúde	1	
	7 - Saúde Indígena		3		Autonomia e Direito à Consulta e Veto	1	
3 - Direito à Consulta, Autonomia, Autodeterminação, Fortalecimento Institucional e Governança	8 - Saúde Indígena		8	8 - Diversidade Cultural e Pluralidade Étnica	69 Subtotal		52
	Educação Indígena		21		Mito de Ocorrência	3	
	Ações Governamentais Indígenas		1		Trabalho, Desenvolvimento Sustentável, Etno-desenvolvimento	2	
	Diversidade Cultural e Pluralidade Étnica		1		Educação Indígena	3	
	Mito Análise		31		Ações Governamentais Indígenas	9	
	Autonomia e Direito à Consulta e Veto		83		Diversidade Cultural e Pluralidade Étnica	41	
	Subtotal	110 Subtotal	2		Autonomia e Direito à Consulta e Veto	3	
	Mito de Ocorrência		31		9 - Subtotal	66	
	Trabalho, Desenvolvimento Sustentável, Etno-desenvolvimento		9		Ações Governamentais Indígenas	1	
	Educação Indígena		18		9 - Direito à Memória e à Verdade	23	
Ações Governamentais Indígenas		40	12 - Segurança Alimentar	27			
Mito Análise		3	9 - Subtotal	24 Subtotal			
Autonomia e Direito à Consulta e Veto		9	132 Total CNPI	429 Total	695		
Subtotal	169 Subtotal	132 Total CNPI					

Fonte: BRASIL, 2016. Elaborado pelo Autor.

O desdobramento das categorias da CNPI possibilitou construir uma escala de 0 a 9 (máximo de categorias da CNPI) de frequência com que as novas unidades e diretrizes foram reagrupadas em razão das categorias e diretrizes originárias. A partir da Tabela 1 definiu-se os seguintes valores: 5 para aquelas categorias que se repetiram entre 9 e 8 vezes nas 9 (nove) categorias originais; 4 para 7 e 6 vezes; 3 para 5 e 4 vezes; 2 para 3 e 2 vezes; 1 para 1 e 0 vezes. Maior frequência aponta a maior recorrência de discussões sobre os assuntos pautados pelos povos indígenas na CNPI. A Figura 3 possibilita às lideranças e movimentos indígenas situarem as articulações e os argumentos em posteriores processos participativos, a fim de fortalecerem suas estratégias e ações.

Nesta pesquisa, as unidades de análises de conteúdo foram construídas a partir das frases que compõem as diretrizes em cada categoria, considerando a construção do sentido

completo, subsumindo-as até constituir um sentido homogêneo distintivo das demais unidades.

O levantamento de dados das proposições legislativas foi realizado no site da Câmara Federal a partir de busca avançada, no período de 05 de março de 1988 a 20 de abril de 2020, utilizando-se a palavra “indígenas” no espaço assunto, selecionando os tipos de proposições em “Projetos de lei ordinárias (PLs)”, “Propostas de emenda à Constituição (PECs)”, “Projetos de lei complementar (PLPs)” e “Medidas provisórias (MPVs)”. O conteúdo das proposições foi analisado a partir da ementa e do inteiro teor de cada tipo normativo, elaborando tabelas constando a ementa, unidade federativa, autoria, data de apresentação, partido político e situação da proposição.

A pertinência temática entre as categorias/diretrizes da CNPI e o conteúdo das proposições legislativas foi analisada a partir da congruência (+) ou incongruência (-) entre os sentidos atribuídos pelos povos indígenas nas suas demandas e os sentidos expressos no inteiro teor de cada proposição legislativa. Congruentes (+) foram consideradas todas as proposições com o mesmo sentido manifestado nas diretrizes da CNPI. Incongruentes (-), todos os conteúdos das proposições (inteiro teor) discordantes das diretrizes. Os dados também oportunizaram apresentar a vinculação partidária dos autores das proposições legislativas, diferenciando-os entre iniciativas do executivo e do legislativo, bem como suas associações ideológicas.

Em períodos eleitorais a análise qualitativa desses dados assume relevância, tanto para a formação de uma coalizão de representações (no âmbito municipal, regional e federal), traduzindo uma frente ampla em defesa da implantação de uma política pública indigenista, como para visibilizar os partidos e período governamentais com maior sensibilidade às demandas indígenas.

Primeiramente, o artigo apresenta o que querem os povos indígenas a partir das diretrizes enunciadas na Conferência Nacional de Política Indigenista (CNPI), mapeando as

reivindicações de criação e execução de políticas públicas. Posteriormente, analisa-se o conteúdo das proposições legislativas correlacionando-os ao conteúdo das diretrizes da CNPI, avaliando a congruência e a incongruência das medidas enunciadas. Espera-se que o resultado da pesquisa auxilie a esclarecer e evidenciar o processo de etnodemocratização, viabilizando aos povos indígenas situar as principais estratégias e ações políticas para reverter a sub-representação política e conquistar maior autonomia no âmbito de seus territórios.

Mapeando as demandas indígenas nas Conferências Nacionais de Políticas Públicas (CNPPs): o que querem os povos originários?

Desde a Constituição Federal de 1934 são garantidos direitos aos povos indígenas (CUNHA, 1987; SANTOS, 1989), mas o sentido multicultural aplicado ao direito é inovação possível apenas com a Constituição de 1988. O decreto n. 5.051/2004 incluiu o princípio da autodeterminação dos povos indígenas na ordem jurídica, devendo ser cotejado em conjunto aos art. 231 e 232 da Constituição (1988) para formar uma matriz interpretativa a respeito dos povos indígenas. Trata-se de inclusão principiológica fundamental a orientar as proposições normativas do estado brasileiro referentes aos povos indígenas. (ALBUQUERQUE, 2003, 2008; DUPRAT, 2015)

A realização de quaisquer atividades (pública ou privada) que possam afetar os povos indígenas exige o consentimento livre e esclarecido, a participação da comunidade em todas as fases de implementação das ações tanto nas suas próprias terras como nos territórios adjacentes.

As iniciativas governamentais, comumente, impulsionam empreendimentos que utilizam os recursos naturais em terras adjacentes aos territórios indígenas. São programas de desenvolvimento, por exemplo, geradores de hidrelétricas, minneradoras, hidrovias, ferrovias e rodovias que, comumente,

impactam diretamente as terras indígenas (TIs) (PACs – Projetos de Aceleração do Crescimento, caso Belo Monte). A ausência de esclarecimento, anuência e participação pluriétnica indígena contraria a Constituição (1988) e o Decreto n. 5.051/2004.

Por um lado, os povos indígenas quando recusam esses tipos de programas projetam alternativas diferentes na relação com o ambiente, porque associam ao desenvolvimento suas especificidades a fim de futuras gerações também usufruírem dos recursos naturais. Por outro, ao serem desprezados como sujeitos históricos, partícipes das decisões que os afetem, têm seus territórios degradados, diminuindo-lhes as chances de subsistência e transmissão intergeracional. Considerar os diferentes modos de relação dos povos originários com a sociedade envolvente, conhecimentos, tecnologias, cosmogonias e seus usos territoriais provoca nas democracias a elaboração e a inclusão de políticas pautadas na participação pluriétnica desses povos: um processo de etnodemocratização da democracia. (ALBUQUERQUE, 2015, 2019) A participação política indígena nos espaços públicos deliberativos (assembleias, conselhos e conferências) tem sido indicativa dessa reorientação.

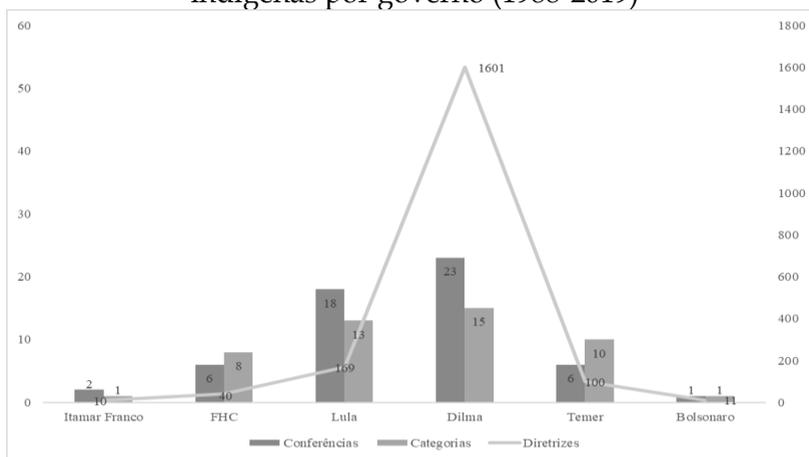
As CNPPs possuem característica consultiva e deliberativa, mas não obriga o governo a observar suas diretrizes finais, embora sejam reconhecidas como referenciais no desenvolvimento de políticas públicas, principalmente pelo amplo processo participativo em escala local, regional e nacional. (POGREBINSCHI, 2010; AVRITZER, 2014)

As diretrizes, embora não vinculantes, influenciam não apenas a iniciativa de leis como a sua correção, principalmente ao inexistir informações suficientes a respeito do assunto a ser legislado. As CNPPs provocam ampliação do sentido de representatividade e maior capacidade de criação de políticas vinculadas aos anseios dos interessados (CAMERON, HERSHBERG, SHARPE; 2012). Experiências de práticas participativas não comprometem a política representativa das instituições democráticas, podem na verdade fortalecê-las e complementá-las

(POGREBINSCHI; SAMUELS, 2014; POGREBINSCHI, VENTURA, 2017).

Ao classificar os dados das CNPPs de acordo com as sucessivas gestões governamentais desde 1988, houve maior concentração de diretrizes durante o governo Lula e Dilma, com 91,6% de demandas indígenas do total de 1931 diretrizes, conforme Figura 1. Comparadas a outros governos houve maior sensibilidade para com as demandas dos povos originários durante o governo do PT, muito embora também se realizaram várias ações estatais refratárias aos indígenas como, por exemplo, os Programas de Aceleração ao Crescimento (PACs).

Figura 1 - Quantidade de conferências, categorias e diretrizes indígenas por governo (1988-2019)



Fonte: CNPPs (1988-2019). Elaboração do autor.

Experiências participativas dos povos indígenas se tornaram frequentes desde as assembleias indígenas nos fins da década de setenta (BICALHO, 2010), e, atualmente, a elas se somaram a participação junto aos conselhos (por exemplo, saúde e educação) e às conferências nacionais. A participação nas

conferências ocorre tanto nas específicas² como também nas não-específicas³. Noutro artigo os dados apontaram maior

² II Conferência Nacional de Saúde para os Povos Indígenas (1993), III Conferência Nacional de Saúde para os Povos Indígenas (2001), IV Conferência Nacional de Saúde para os Povos Indígenas (2006), Conferência Nacional dos Povos Indígenas (2006), I Conferência Nacional de Educação Escolar Indígena (2009), 5^a Conferência Nacional de Saúde Indígena (2015), 1^a Conferência Nacional de Política Indigenista (2015).

³ II Conferência Nacional de Gestão do Trabalho e Educação na Saúde (1994), Conferência Nacional de Direitos Humanos (1996), II Conferência Nacional de Direitos Humanos (1997), III Conferência Nacional de Direitos Humanos (1998), VI Conferência Nacional de Direitos Humanos (2001), VII Conferência Nacional de Direitos Humanos (2002), I Conferência Nacional do Meio Ambiente (2003), IX Conferência Nacional de Direitos Humanos (2004), I Conferência Nacional de Políticas Públicas para Mulheres (2004), I Conferência Nacional de Promoção da Igualdade Racial (2005), II Conferência Nacional do Meio Ambiente (2005), V Conferência Nacional de Assistência Social (2005), III Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (2007), XI Conferência Nacional de Direitos Humanos (2008), I Conferência Nacional de Desenvolvimento Rural Sustentável e Solidário (2008), I Conferência Nacional de Comunicação (2009), VII Conferência Nacional de Assistência Social (2009), II Conferência Nacional de Promoção da Igualdade Racial (2009), 4^a Conferência Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (2010), 2^a Conferência Nacional de Cultura (2010), I Conferência Nacional de Educação (2010), 2^a Conferência Nacional de Políticas Públicas e Direitos Humanos para LGBTs (2011), 4^o Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (2011), 8^o Conferência Nacional de Assistência Social

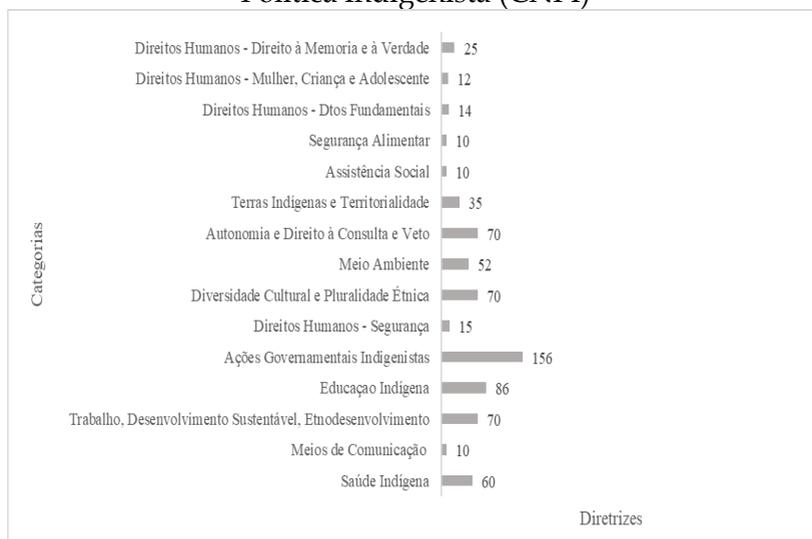
relevância de diretrizes nas conferências não-específicas como, por exemplo, educação, saúde e direitos humanos. (ALBUQUERQUE, 2015) Apenas em 2016 houve a compilação dos dados da CNPI, e apontaram uma inversão não apenas da quantidade, mas da relevância das diretrizes para as conferências específicas.

(2011), 14ª Conferência Nacional de Saúde (2011), 3ª Conferência de Políticas para as Mulheres (2011), 2ª Conferência Nacional de Políticas Públicas de Juventude (2011), 9ª Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (2012), 2ª Conferência Nacional de Desenvolvimento Rural Sustentável e Solidário (2013), 9ª Conferência Nacional de Assistência Social (2013), 4ª Conferência Nacional do Meio Ambiente (2013), 3ª Conferência Nacional de Cultura (2013), 2ª Conferência Nacional de Educação (CONAE) (2014), 5ª Conferência Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (2015), 10ª Conferência Nacional de Assistência Social (2015), 3ª Conferência Nacional de Juventude: mais liberdades e democracia (2015), 2ª Conferência Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária (2015), 3ª Conferência Nacional de Políticas Públicas de LGBT (2016), 4ª Conferência Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (2016), 10ª Conferência Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (2016), 12ª Conferência Nacional de Direitos Humanos: “Democracia, Justiça e Igualdade (2016), 4ª Conferência Nacional de Política para as Mulheres (2016), 2ª Conferência Nacional de Saúde da Mulher (2017), 11ª Conferência Nacional de Serviço Social (2017), 5ª Conferência Nacional Infanto-Juvenil pelo Meio Ambiente (2018), 4ª Conferência Nacional de Promoção da Igualdade Racial (2018), 1ª Conferência Nacional de Vigilância em Saúde (2018), 3ª Conferência Nacional da Educação (2018), 16ª Conferência Nacional de Saúde (2019).

Apenas a CNPI (2016) foi responsável por 45,88% (886) do total das 1931 diretrizes indígenas. No documento final da CNPI as diretrizes foram classificadas em nove categorias originais. Neste artigo foram reclassificadas para atualizá-las com as diretrizes doutras conferências ocorridas posteriormente a 2015.

Tendo por matriz as 09 categorias originais, obteve-se 15 novas categorias, com 695 diretrizes distribuídas, conforme Figura 2.

Figura 2 - Categorias e diretrizes da Conferência Nacional de Política Indigenista (CNPI)



Fonte: BRASIL, 2016. Elaboração do autor.

Maior diversidade de categorias associadas às diretrizes significa pluralidade de discussões e deliberações. Com o desdobramento de dados do documento final houve diminuição da quantidade de diretrizes (886 para 695) devido a repetição das mesmas em categorias diferentes. Por outro lado, ampliaram-se as categorias (09 para 15), apontando maior ou menor

convergência com as diretrizes classificadas originalmente. A partir do desdobramento formou-se a escala de recorrência para mapear as articulações e discussões levadas a efeito no processo deliberativo, conforme a Figura 3.

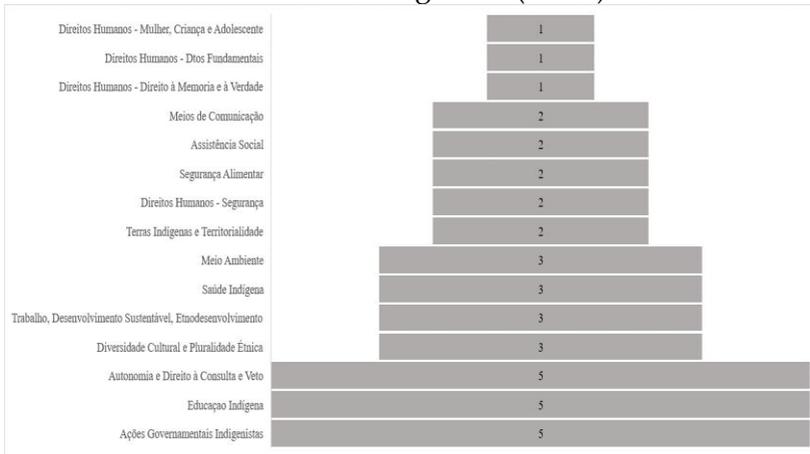
Se “terras indígenas e territorialidade” são considerados assuntos relevantes para as articulações políticas dos povos originários, as mobilizações em futuras discussões nas conferências precisarão multiplicar as diretrizes vinculadas à terra, inclusive para o conseqüente pleito de afirmação autonômica.

A clareza sobre os assuntos deliberados favorece a alteração, a manutenção ou a correção das reivindicações em outras conferências específicas – tanto a quantidade de demandas vinculadas aos problemas discutidos, como os assuntos pautados – objetivando maior coesão e instrumentalização de ações para efetivar as diretrizes.

Menor quantidade de diretrizes nas categorias como, por exemplo, “autonomia”, aponta perda de oportunidade em afirmar outra e nova conjuntura de política indigenista. As conferências são momentos únicos e extremamente relevantes para elaborar o maior número de argumentos para favorecer não apenas o cumprimento das reivindicações suscitadas decorrentes dos problemas levantados, mas principalmente para recompor outras alternativas sociais e democráticas cuja centralidade resida na formação de uma rede e teia entre todos os povos diferenciados.

As deliberações da CNPI apontam mais para demandas a serem cumpridas pelo estado, e pouco indicam a possibilidade de se construir novos arranjos institucionais democráticos. O fortalecimento de diretrizes associadas à “autonomia e direito à consulta e veto”, em novos processos participativos e deliberativos se faz premente, porque não apenas enuncia outra conjuntura de prática política participativa, mas provoca construção democrática e pluriétnica, cuja centralidade se volte para a diversidade cultural.

Figura 3 - Recorrência de categorias na Conferência Nacional de Política Indigenista (CNPI)



Fonte: BRASIL, 2016. Elaboração do autor.

Diretrizes associadas à categoria “terras indígenas e territorialidades” não passaram por todas as nove categorias iniciais, obtendo baixa recorrência. Variável que pode ter contribuído para esse índice se associa a menor força de articulação (nas conferências) das etnias que ainda não possuem suas terras devidamente demarcadas e homologadas. Obviamente que se trata de hipótese a partir das próprias diretrizes e categorias indígenas elaboradas na CNPI, ou seja, a partir da própria discursividade indígena. Entretanto, o documento final não oferece dados em relação à pluriétnicidade da plenária final, dificultando analisar a hipótese de divisão entre os participantes dentre os que já possuem suas terras declaradas e aqueles que ainda a pleiteiam. Por outro lado, as principais lideranças de etnias diferentes têm sido veementes, ao longo de décadas, na defesa de demarcação das TIs a todos os povos originários, demonstrando unidade pluriétnica no discurso, bem como ações concretas em prol da conquista das TIs.

Há outras hipóteses como, por exemplo, a omissão estatal quanto ao trâmite dos procedimentos administrativos das fases de demarcação ou devido a posição partidária (representação eleitoral) refratária às declarações das TIs já identificadas, ou mesmo posição anti-indígena dos governos brasileiros como, por exemplo, na Instrução Normativa n. 09, FUNAI/2020 (Jair Bolsonaro).⁴

A recorrência entre as “ações governamentais indígenas” e a categoria “terras indígenas e territorialidades”, em escalas diferentes, respectivamente 5 e 2⁵, enuncia aos povos originários - principalmente aqueles que já possuem suas terras demarcadas - um enfrentamento unificado multicultural e pluriétnico para a satisfação de demarcação, objetivando não dividir as reivindicações entre aqueles que já possuem terras e demandam ações governamentais a cumprirem com a garantias de bem estar em seus respectivos territórios e os outros que ainda necessitam do reconhecimento de suas terras⁶. Acertada,

⁴ A situação das terras indígenas (ISA, 2020) aponta um total de 722 TIs, dentre as quais: 486 homologadas e reservadas (homologadas pela Presidência da República, adquiridas pela União ou doadas por terceiros), 119 em identificação (em estudo por grupo de trabalho nomeado pela FUNAI), 74 declaradas (declaradas pelo Ministro da Justiça) e 43 identificadas (relatório de estudo aprovado pela presidência da FUNAI).

⁵ Idealmente, as deliberações deveriam se ater à inversão da escala de valores da recorrência, apontando como alicerce fundamental das reivindicações as diretrizes associadas à categoria “terras indígenas e territorialidade”, da qual poderiam derivar ou desdobrar todas as demais.

⁶ Inclusive há diretriz que reconhece essa distinção, “respeitar as diferenças da comunidade indígena, levando em consideração as TI, reservas e áreas de retomada, com devolução

neste sentido, a campanha “Demarcação Já!”, mais ainda frente a governos radicalmente contrários à demarcação de TIs.

As categorias mais recorrentes na Figura 3 estão associadas às diretrizes que exigem previamente o reconhecimento de TIs. Se os anseios mais recorrentes estão a solicitar ações governamentais nos territórios já reconhecidos pode aparentar certa fragilidade da unidade pluriétnica indígena em torno das demandas de povos que ainda não possuem suas terras demarcadas. Se há alguma categoria com força política participativa a fim de unificar as reivindicações indígenas, esta é o “direito à terra” e a “autonomia e direito a consulta e veto” que só se torna possível por meio da coesão de esforços de diferentes etnias, inclusive para a formação de um partido político pluriétnico.

No documento final da CNPI há várias diretrizes em relação à saúde e terras indígenas que enunciam a elevação de qualidade de vida e bem-estar nas comunidades como, por exemplo: saneamento básico com pavimentação, limpeza pública, destino do lixo industrializado, reciclagem, rede de esgoto, rede de água nos centros das regiões administrativas, captação de água por poços artesianos, cacimba, roda de bombeamento de água. (BRASIL, 2016) Essas demandas se afastam do estigma colonial de povos indígenas pré-modernos. Por outro lado, evidencia a superação do problema de demarcação das TIs para alguns povos. A solidariedade pluriétnica indígena se coloca como desafio maior a ser superado para unificar os povos em torno de outros que ainda se encontram sem suas territorialidades, inclusive superando obstáculos tradicionais interétnicos.

Sob a categoria “ações governamentais indigenistas” foram agrupadas todas as diretrizes a exigirem providências

imediate das TIs, que garantirá o modo de ser da cultura indígena” (BRASIL, 2016).

governamentais em várias atividades de interesse dos povos indígenas. São aquelas demandas não cabíveis nas demais categorias específicas, mas que se vinculam às providências estatais de ordem mais ampla, dentre as quais: arquivamento da Portaria 303 da Advocacia Geral da União (AGU) e de decretos supressores ou restritivos de direitos indígenas, acesso aos serviços estatais nas fronteiras, regulamentação do poder de polícia da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), criação do fórum permanente de discussão sobre a gestão compartilhada de TIs e Unidades de Conservação, garantia de cargos e cadeiras exclusivamente para indígenas em todos os entes federados e conselhos associados às causas indígenas.

As diretrizes sobre “educação indígena” vão desde reivindicações de estrutura em todos os níveis educacionais nas TIs, qualificação em agroecologia, economia solidária, cooperativismo, monitoramento digital, legislação ambiental, política e ampliação de políticas afirmativas para ingresso na graduação e pós-graduação, até a realização de concurso específico para professores indígenas, produção de materiais didáticos a partir dos saberes tradicionais e solicitação de implementação dos territórios etnoeducacionais.

“Autonomia, direito à consulta e ao veto” constitui categoria associada tanto com a autodeterminação dos povos indígenas, garantida pelo Decreto n. 5.051/2004 como também ao direito de vetar ações que impactem, direta ou indiretamente, os povos e territórios indígenas. Autonomia é aplicada no sentido de que não sejam determinadas nenhuma providência estatal sem a devida anuência, esclarecimento e consulta aos próprios povos interessados, pois em seus respectivos territórios podem promover todas as ações necessárias para livre se determinarem.

São diretrizes que abarcam desde a solicitação para que se respeite as decisões das assembleias indígenas, reconhecendo o exercício de autonomia jurídico-administrativa sobre seus territórios até a atuação indígena para avaliar os programas que

afetem direta ou indiretamente suas terras e modos de vivência. Também se inserem diretrizes que objetivam: garantir o direito de veto sobre empreendimento público e privado nas TIs, autorizar ou proibir o ingresso de religiões, instituições públicas ou privadas (pesquisadores, turistas, missionários e outros) em seus territórios, criar normas e estatutos internos (pluralismo etnojurídico).

Na categoria “diversidade cultural e pluralidade étnica” foram classificadas as diretrizes associadas à “indianização” das instituições democráticas. São demandas que procuram pluralizar a participação dos povos originários por todas as instituições, garantindo que as políticas sejam desenvolvidas considerando e ouvindo as diferentes etnias. Tem-se diretrizes que visam: garantir a participação dos povos indígenas no Legislativo, em todos os níveis, garantir participação como conselheiros tutelares em número proporcional à população indígena do município, criar núcleo de direitos individuais e coletivos indígenas nas Defensorias Públicas da União (DPUs), criar rubrica orçamentária específica, valorizar os modos de vida pluriétnicos, oficializar as línguas maternas indígenas, exigir o uso do termo “povos originários” ou “povos indígenas”, assegurar o direito de registro civil com nomes tradicionais incluindo campo específico de identificação da etnia.

“Trabalho, desenvolvimento sustentável, etnodesenvolvimento” se associa às diretrizes que visam garantir a implementação de projetos e atividades que reconheçam a economia criativa e diversificada, pois etnias diferentes produzem e valoram bens de modo diferentes, desde atividades burocrática e de segurança como vigilância para proteção das TIs até o cultivo agroecológico, a execução de projetos socioambientais nas aldeias, o escoamento, beneficiamento e armazenamento de produções agroindígenas e a gestão de cooperativas para a manutenção de bancos de sementes, farmácia viva e ecoturismo comunitário.

Na categoria “saúde indígena” as diretrizes dizem respeito a implantação de um sistema de saneamento básico, construção de postos de saúde e casa de apoio aos profissionais, reconhecimento de práticas tradicionais de saúde (pajés, xamãs, parteiras, curandeiros e conhecedores de ervas medicinais) a se incorporarem no subsistema de saúde indígena, criação de um programa de atenção integral à saúde da mulher indígena, estruturação de laboratório de fitoterapia para manipulação de ervas medicinais, construção e reforma das unidades básicas de saúde.

Quanto ao “meio ambiente” tem-se diretrizes que objetivam a criação de políticas públicas de proteção e recuperação das bacias hidrográficas, nascentes e matas ciliares que incidam nas TIs e seu entorno, a implantação de corredores ecológicos ou etnoambientais entre as TIs e outras áreas garantindo a reposição florestal, a elaboração e execução dos Planos de Gestão Territorial e Ambiental (PGTA), a criação de uma guarda ambiental indígena, a estruturação de coleta seletiva e reciclagem do lixo nas comunidades, a conservação ambiental, respeitando os conhecimentos de cada povo, a proteção dos conhecimentos tradicionais, criando banco de dados indígenas sobre a biodiversidade, o enfrentamento à biopirataria, à pesca predatória, à exploração madeireira e minerária em TIs.

As diretrizes agregadas sob a categoria “terras indígenas e territorialidades”, além das já citadas, visam assegurar aos povos indígenas o usufruto exclusivo dos recursos naturais, hídricos e minerais nas TIs de acordo com os seus próprios planejamentos, a ser discutido no âmbito do Estatuto dos Povos Indígenas. Há várias diretrizes que exigem a demarcação e a homologação imediata de todas as TIs e o respeito à integridade do território dos povos isolados, bem como o fortalecimento da FUNAI no acompanhamento dos processos de demarcação das TIs judicializadas, a revisão e a invalidade da tese do marco temporal pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a garantia de recuperação, preservação e o direito de acesso aos locais

tradicionais fora das áreas demarcadas, a manutenção da atribuição exclusiva da FUNAI para identificação, delimitação e demarcação das terras e o respeito às diferenças entre os povos indígenas considerando o estado de reconhecimento das TIs.

As diretrizes de “direitos humanos – segurança” vão desde a criação de um programa específico de segurança pública para fiscalização, monitoramento, proteção territorial e ambiental das TIs e seu entorno; a atuação de indígenas na segurança das aldeias, até a capacitação da Polícia Federal (PF) para atuação qualificada junto às comunidades indígenas.

Sobre “segurança alimentar” as principais reivindicações associam-se: à aquisição de alimentos, para as escolas, produzidos pelas próprias comunidades, preservando os hábitos alimentares e os costumes de cada povo; à efetivação de sustentabilidade a garantir a conservação, o resgate e a preservação de sementes da agrobiodiversidade indígena, a promoção da soberania da segurança alimentar e nutricional de base agroecológica nos territórios.

Na categoria “assistência social” as diretrizes objetivam assegurar atendimento aos povos indígenas, em suas políticas e ações emergenciais diante de calamidades climáticas, assegurar políticas de transferência de renda e direitos previdenciários às especificidades e formas de organizações sociais dos povos indígenas, implantar um subsistema específico indígena no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Quanto aos “meios de comunicação” reivindicam a implantação de sistema de comunicação nas TIs (telefonia e internet de alta qualidade), a inclusão nas legislações do direito à concessão de meios de comunicação (TV, rádios e torres de internet) nas aldeias; o incentivo à criação de mídias alternativas comunitárias.

As diretrizes da categoria “Direitos Humanos – direito à memória e à verdade” dão ênfase às reivindicações que procuram: apurar os crimes e violações aos direitos humanos enfrentados pelos povos indígenas desde a colonização até demandas

que exigem a retratação pública do governo aos crimes relatados no Relatório Figueiredo, a repatriação de todas as memórias materiais e imateriais. “Direito Humanos – Direitos Fundamentais” é categoria em que os indígenas procuram assegurar a dignidade e a proteção dos direitos humanos, a reorientação dos registros públicos para cadastrarem a etnia e o clã nos documentos, a elaboração de processo eleitoral no território indígena, a garantia de transporte escolar fluvial e terrestre de qualidade nas TIs, a garantia de acesso à saúde, educação, segurança, informação. As diretrizes da categoria “Direitos Humanos – Mulher, Criança e Adolescente” visam: criar mecanismos de denúncia, atendimento e proteção em casos de violência contra as mulheres, crianças e adolescentes indígena, revisar o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) à luz dos direitos indígenas, políticas específicas para crianças indígenas com deficiência, assegurar as devidas punições à violência (física, psicológica e moral) contra a mulher indígena.

Se, por um lado, para além de uma discussão de classificação de categorias, essas diretrizes indicam dependência de políticas públicas estatais, por outro, não deixam de ser diferenciadas e contestatórias, principalmente ao contrariarem projetos degradantes ao ambiente ou exigirem formação superior (bacharelada e licenciada) específica. Se, por um lado, inexistente afastamento do sistema econômico, por outro, há sensibilidade quanto à sustentabilidade ambiental e a produção agroecológica para as gerações futuras. Se, não cabe afirmar que os povos indígenas reivindicam outro sistema de mercado a partir de suas práticas culturais, ao menos indicam outros meios de atuação com seus recursos naturais, privilegiando a satisfação comunitária, o compartilhamento e o cuidado com a natureza e suas potencialidades.

Essa dubiedade entre a dependência de iniciativas estatais fortalecedoras das comunidades e o anseio de autonomia frente ao estado mantém-se constante em várias diretrizes. As demandas incluídas representam oposição indígena à

deliberada omissão e menosprezo estatal ao longo de décadas. São críticas à estratégia de extermínio e/ou controle dos povos originários, ou seja, um repertório de ação para rememorar aos governos a importância desse mosaico cultural como múltiplas possibilidades criativas de políticas heterogêneas.

A formação educacional em todos os níveis e modalidades constitui um instrumento fundamental como estratégia a estabelecer ações multiculturais e etnodesenvolvimentistas, pois ocasiona a partir dos saberes e práticas tradicionais e indígenas, um sistema próprio e diferenciado de conhecimento a fortalecer o processo autônomo e elevar a qualidade de vida desejável por cada comunidade. (ALBUQUERQUE, et al, 2016).

A diversidade cultural e pluriethnicidade indígenas influenciam mais rapidamente a transição para uma etnodemocracia pluralista, porque modifica o sentido homogêneo de política pública fundando-a na multiculturalidade crítica (MCLAREN, 1997). Ao encontro dessa abordagem solicitam, dentre as várias diretrizes, o uso da terminologia “povos indígenas” ou “povos originários”, pois contribui para qualificar uma política multicultural, contemplando as singularidades dos povos, reconhecendo a pluralidade de epistemologia indígena a partir das práticas de pajelança, do partejar, da aplicação de medicina tradicional, ou seja, dos modos do bem viver indígena. Embora tão-somente a construção de outros significantes não implica noutras possibilidades econômicas, acabam por pressionar uma redistribuição mais equânime e diferenciada, pois afirmam a diferença cultural ao reconhecer valores diferentes para bens produzidos culturalmente de modo diferente daqueles hegemonicamente homogeneizados. (ALBUQUERQUE, 2008, p. 134-136)

As reivindicações de proteção da diversidade cultural indígena incidem mais no âmbito de reconhecimento, inserção e manutenção da expressão cultural artística e linguística por todos os setores da sociedade envolvente que propriamente a inclusão como política pluricultural institucional em várias

instituições. A diversidade cultural e pluriétnicidade são caracteres principiologicos a serem incorporados nas instituições, pluralizando a definição de políticas para além de apresentações e manifestações culturais, também importante para a valorização da cultura indígena, mas insuficientes para etnodemocratizar a democracia (ALBUQUERQUE, 2017, 2019).

As diretrizes, brevemente resumidas, apontam para iniciativas que alteram o desenvolvimento de política estatal aos povos indígenas para uma política com os povos originários. Primeiramente devido a participação direta em todas as atividades públicas e privadas que possam impactar seus territórios e adjacências, posteriormente por uma nova articulação e construção de política indigenista pelo estado, e, finalmente, exigem o cumprimento de direitos já reconhecidos e a criação d'outros ainda inexistentes, numa perspectiva autonômica.

A correlação entre as deliberações dos espaços participativos com as proposições legislativas, a (in)congruência entre ambas tem sido investigada por alguns estudiosos⁷ quanto a

⁷ URBINATI, Nadia. *Representative Democracy: Principles and Genealogy*. Chicago, Chicago University Press, 2006.; GURZA LAVALLE, Adrian; HOUTZAGER, Peter; CASTELLO, Graziella. *Democracia, Pluralização da Representação e Sociedade Civil*. Lua Nova, n. 67, 2006, p. 49-103; CASTIGLIONE, Dario; WARREN, Mark. Rethinking Representation: Eight Theoretical Issues. Trabalho apresentado na *Conference on Rethinking Democratic Representation*, University of British Columbia, Vancouver, 18-19 de maio, 2006; AVRITZER, Leonardo. *Experiências Nacionais de Participação Social*. São Paulo: Cortez, 2010; AVRITZER, Leonardo; SOUZA, Clovis Henrique Lima (orgs.). *Conferências Nacionais: Atores, Dinâmicas Participativas e Efetividade*. Brasília, Ipea, 2013; DONAGHY, Maurren. *Do Participatory Governance Institutions Matter? Municipal Councils and Social*

influência que a participação política exerce na representação. Para Pogrebinschi e Ventura (2017),

os dados e testes empíricos realizados mostram, de uma forma geral, que as CNPPs tornam o Congresso Nacional mais responsivo. Os espaços participativos permitem que os representantes eleitos por meio do voto conheçam mais e melhor as preferências da sociedade, aumentando as chances de formularem políticas que a contemple ou dela se aproxime. A constatação de que partidos de orientações ideológicas distintas convergem em torno da agenda de políticas demandada pela sociedade civil indica que inovações democráticas como as CNPPs têm potencial de somar representação e participação agregando mais qualidade à democracia. (POGREBINSCHI; VENTURA, 2017, p. 34)

Housing Programs in Brazil". Comparative Politics, vol. 44, 2011, pp. 83-102; POGREBINSCHI, Thamy; SANTOS, Fabiano. *Participação como Representação: O Impacto das Conferências Nacionais de Políticas Públicas no Congresso Nacional*. DADOS, Revista de Ciências Sociais, vol. 54, n o 3, 2011, p. 259-305; POGREBINSCHI, Thamy; SAMUELS, David. *The Impact of Participatory Democracy: Evidence from Brazil's National Public Policy Conferences*. In: Comparative Politics. v. 46, n. 3, 2014; WAMPLER, Brian; TOUCHTON, Michael. *Improving Social Well-Being through New Democratic Institutions*. Comparative Political Studies, vol. 47, n. 10, 2013; KATZ, Gabriel; MORLINO, Leonardo. *What Qualities of Democracy in Latin America?*, Rome, 2013.

O universo deste artigo se propõe tão-somente a visibilizar a (in)adequação das proposições legislativas em relação às diretrizes dos povos originários na CNPI, considerando as variáveis congruência e incongruência quanto à receptividade pelo legislativo das diretrizes indígenas.

Proposições normativas sobre indígenas: o que não querem o executivo e o legislativo

A busca por meio da ferramenta de “pesquisa avançada” no *site* da Câmara Federal, a partir do espaço “assunto” / “expressão textual”, com a palavra “indígenas”, no período entre 05 de outubro de 1988 a 20 de abril de 2020, dos tipos de proposições “Projetos de lei ordinárias (PLs)”, “Propostas de emenda à Constituição (PECs)”, “Projetos de lei complementar (PLPs)” e “Medidas provisórias (MPVs)”, retornou 240 proposições, algumas anteriores a 1988 e outras que adotaram o termo “indígena” apenas figurativamente, totalizando após essa filtragem 222 propostas das quais 154 PLs, 45 PECs, 19 PLPs e 04 MPVs.

A CNPI agregou um conjunto de demandas indígenas elaboradas e partilhadas em conferências anteriores, criando um acumulado de diretrizes consequentes da mobilização de lideranças desde a década de setenta (BICALHO, 2010; LACERDA, 2014). A avaliação temporal entre a criação de diretrizes e as proposições legislativas é desnecessária nesta pesquisa, porque já comprovada por Pogrebinski e Ventura (2017) a relação crescente entre a formulação de proposições no Legislativo conforme aumenta a institucionalização das CNPPs.

Demandas criadas a partir de um processo político participativo tendem a influenciar as legislaturas, mas não é possível estabelecer se a proposição normativa foi criada devido à ocorrência desta ou daquela conferência, no mesmo ano ou em anos muito anteriores à apresentação na Câmara. Isto nada tem a dizer sobre a inexistência de relação entre participação e

representação, mas da existência de dependência temporal entre elas. No conjunto de dados analisados por Pogrebinschi e Ventura (2017, p. 20) conseguiram demonstrar a existência de impacto crescente no Legislativo conforme se institucionalizaram as CNPPs.

Se a dimensão temporal pode dizer algo sobre a influência das diretrizes no crescimento das proposições legislativas, a pertinência temática pode apontar sobre o seu conteúdo, pois as diretrizes podem ser avaliadas quanto a sua congruência (+) ou incongruência (-) em relação ao assunto das proposições (justificativas no inteiro teor). Considera-se congruentes (+) as proposições vinculadas ao sentido expresso nas diretrizes e categorias. Incongruentes (-) as proposições que contrariam ou alteram o sentido das diretrizes de modo integral ou parcial.

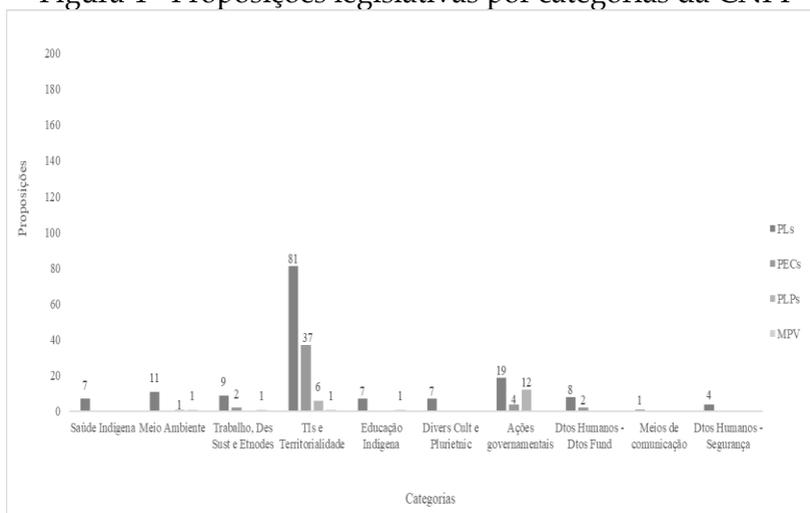
A importância de avaliar a associação de conteúdo entre as diretrizes e as proposições legislativas reside na afirmação da participação como variável a ser considerada na avaliação qualitativa da democracia (PATEMAN, 1970; MANSBRIDGE, 1983; WARREN, 2002; BARBER, 2004; GURZA LAVALLE, HOUTZAGERE, CASTELLO, 2006; FUNG, WRIGHT, 2003).

A dimensão participativa específica dos povos indígenas garante maior representatividade das preferências políticas multiculturais frente à política pública. As instituições que executam políticas públicas, ao considerar o termo “índio” desenvolve, por exemplo, cartilha de educação com ilustrações de um único povo (etnodemocratização homogênea) quando, na realidade, o país é pluriétnico com riquíssimo mosaico cultural a ser considerado a partir de múltiplos exemplos nas “cartilhas” ou com “cartilhas diferenciadas” (etnodemocratização pluralista). Aquela mais associada à afirmação da democracia e ampliação inclusiva de indígenas nas instituições, menos autônoma. Esta mais afeita à inclusão pluriétnica nas instituições, propensa a autodeterminar-se a partir das peculiaridades pluriétnicas indígenas, alterando o sentido homogêneo das políticas públicas indígenas. Ambas as dimensões são importantes no contexto

indigenista brasileiro, pois existem níveis diferentes de relação dos povos indígenas entre si e entre a sociedade não-índia, mas a condição fundamental reside na conquista e afirmação do território.

No quadro geral de correlação entre as diretrizes e as proposições legislativas tem-se um total de 222 proposições, das quais não ocorreu correlação com 05 categorias: “autonomia e direito à consulta e veto”, “segurança alimentar”, “assistência social”, “direitos humanos – mulher, criança e adolescente” e “direitos humanos – direito à memória e à verdade”. Das categorias correlacionadas a única que obteve diretrizes em todas as proposições foi “terras indígenas e territorialidade”.

Figura 4 - Proposições legislativas por categorias da CNPI



Fonte: BRASIL, 2020. BRASIL, 2016. Elaboração do Autor.

A análise da correlação entre as diretrizes e as proposições de leis recai sobre a congruência ou incongruência entre os assuntos das proposições com as diretrizes. Os assuntos

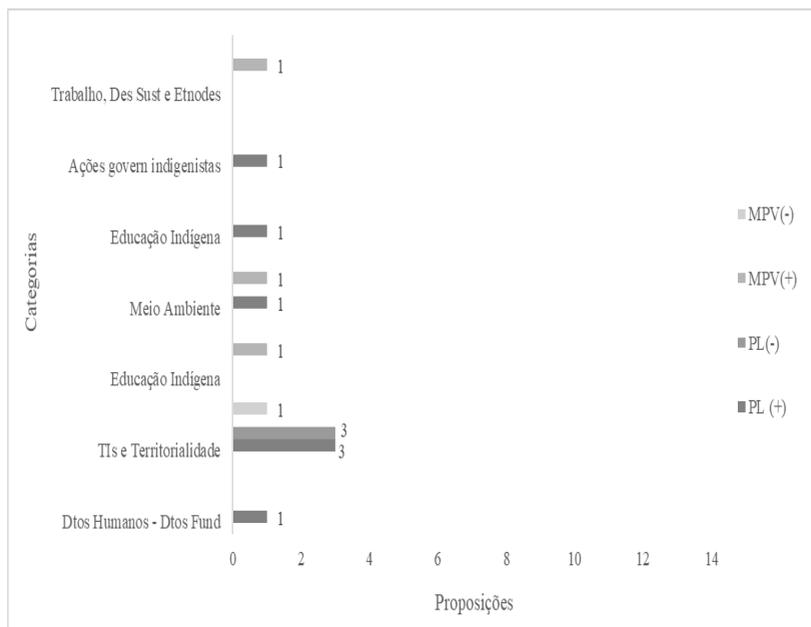
correlacionados⁸ apontam para o processo legislativo reivindicções que pluralizam as instituições democráticas, tanto no sentido etnodemocrático homogêneo como pluralista. Diferenciando as proposições entre as do poder executivo e do legislativo é possível apresentar maior ou menor congruência desses poderes às demandas da CNPI.

A análise sobre a maior ou menor congruência entre o conteúdo das diretrizes da CNPI e as proposições legislativas oportuniza apontar maior ou menor aptidão das instituições desenvolverem ações indigenistas pluralizando a política pública. Quanto menor a pertinência temática entre as diretrizes e as proposições, maior a possibilidade de homogeneização de políticas públicas.

Das 222 proposições, 14 foram de iniciativa do executivo, 10 projetos de leis ordinárias e 04 medidas provisórias. Oito medidas foram transformadas em norma jurídica, 04 arquivadas, 01 está tramitando em conjunto e outra aguarda formação de comissão temporária. A Figura 5 apresenta a pertinência temática, congruência e incongruência, das proposições do executivo com as categorias das diretrizes indígenas.

⁸ As iniciativas arquivadas seguem o regimento interno da Câmara que obriga o arquivamento de todas as proposições ao final da legislatura, e, posteriormente, por ocasião de reabertura das sessões, os(as) deputados(as) interessados(as) podem pedir o desarquivamento para a continuidade do trâmite.

Figura 5 - Pertinência de proposições do executivo com as categorias da Conferência Nacional de Política Indigenista (CNPI)



Fonte: BRASIL, 2020. BRASIL, 2016. Elaboração do Autor.

De um modo geral os dados apresentam 10 proposições congruentes e 04 incongruentes. A maior inadequação de medidas do executivo reside sobre a categoria “TIs e Territorialidade”, indicando dubiedade do estado, pois existem 3 projetos de leis congruentes e 3 incongruentes. Essa dubiedade já foi apontada por Perrone-Moisés (1992) ao analisar criticamente, em texto já clássico, a legislação indigenista vigente do século XVI ao XVIII.

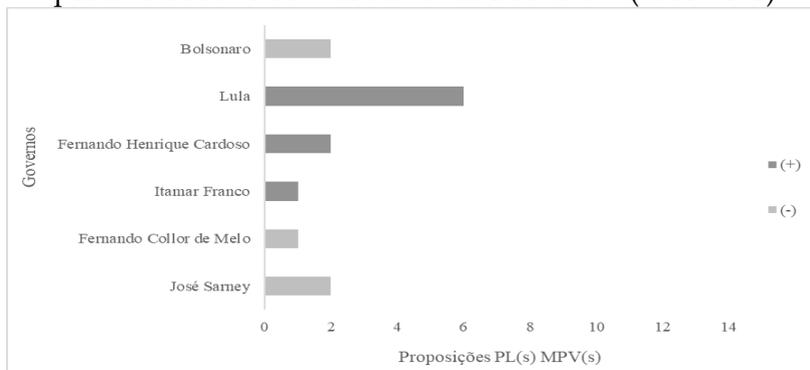
Ao mesmo tempo que o estado se propõe a criar medidas congruentes aos anseios indígenas em relação aos seus territórios (devido às pressões e mobilizações indígenas) como, por exemplo, obrigar a averbação da TI na matrícula de

propriedade se a área for localizada em domínio privado, garantindo que não possa ser “alienada” pelo proprietário, também tenta editar proposições para alterar a competência de demarcação da FUNAI para o MAPA, ou ainda, tenta autorizar a exploração de minérios em área indígena sem o devido esclarecimento, consentimento e participação dos povos originários.

Dentre as proposições congruentes, 03 foram arquivadas e 06 transformadas em normas jurídicas⁹. As congruentes associam-se aos governos Fernando Henrique Cardoso (FHC) (2 medidas transformadas em norma), Itamar Franco (01 arquivada) e Lula (4 medidas transformadas em norma e 2 arquivadas), enquanto as incongruentes vinculam-se ao governo de Jair Bolsonaro, Fernando Collor de Melo e José Sarney. Durante o governo Dilma não consta proposições de autoria do executivo que tenham tramitado a partir do unitermo “indígenas”.

⁹ Provavelmente a menor aprovação de medidas incongruentes vincula-se à atenta observação de lideranças indígenas e suas associações (movimentos indígenas), bem como núcleos de pesquisa e entidades indigenistas, ao trâmite das proposições legislativas, deflagrando mobilizações (nacionais e internacionais) para impedir a criação de leis contra os anseios dos povos originários como, por exemplo, a atuação referente à PEC n. 215.

Figura 6 - Pertinência temática das proposições legislativas do poder executivo com as demandas da CNPI (1988-2020)



Fonte: BRASIL, 2020. Elaborado pelo Autor.

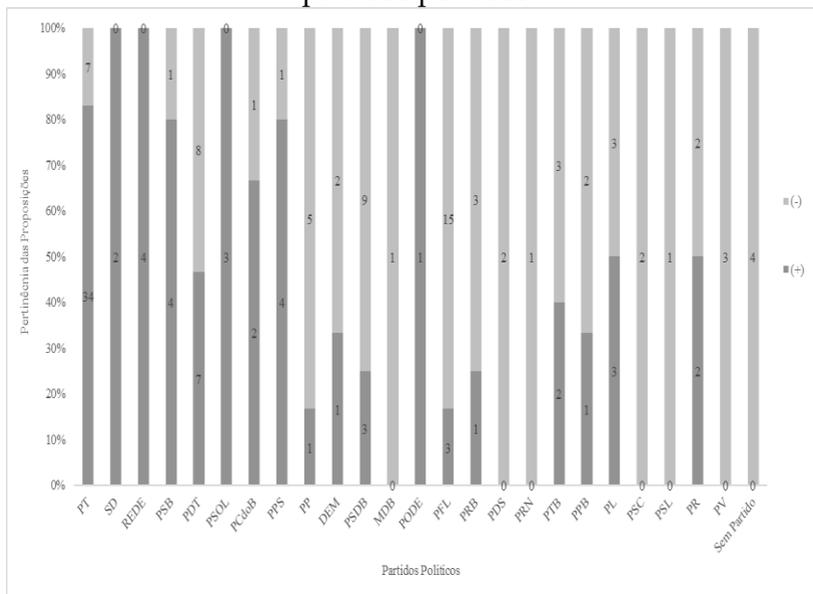
A variável ideologia partidária, com larga discussão na literatura política sobre partidos brasileiros¹⁰ (esquerda, centro

¹⁰ ZUCCO JR., C. *Esquerda, direita e governo: a ideologia dos partidos políticos brasileiros*. POWER, T. J.; ZUCCO JR., C. (Ed.). O Congresso por ele mesmo: autopercepções da classe política brasileira. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011. p. 37-60. TAROUCO, G. D. S.; MADEIRA, R. M. "Esquerda e direita no sistema partidário brasileiro: análise de conteúdo de documentos programáticos". *Revista Debates*, v. 7, n. 2, p. 93-114, 2013. SCHEEFFER, F. *Ideologia e comportamento parlamentar na Câmara dos Deputados: faz sentido ainda falar em esquerda e direita?* Orientador: Yan de Souza Carreirão. 2016. 291 f. Tese (Doutorado em Sociologia Política) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016. RODRIGUES, L. M. *Partidos, ideologia e composição social: um estudo das bancadas partidárias na Câmara dos Deputados*. São Paulo: Edusp, 2002. OTERO FELIPE, P.; ZEPEDA, J. A. R. *Measuring political representation in Latin America: a study of the*

e direita), pode ser avaliada para melhor alinhamento político entre os e dos povos indígenas, tanto para a urgente formação de um partido pluriétnico, como também para melhor se situarem ante os futuros pleitos eleitorais, assim como se posicionarem frente às forças políticas enquanto perdurar a subrepresentatividade eleitoral.

ideological congruence between parties and voters. American Political Science Association, Washington, p. 1-39, 2010. MAINWARING, S.; MENEGUELLO, R.; POWER, T. *Partidos conservadores no Brasil contemporâneo: quais são, o que defendem, quais são suas bases*. São Paulo: Paz e Terra, 2000. EPSTEIN, D. J. *Clientelism Versus Ideology: Problems of Party Development in Brazil*. *Party Politics*, v. 15, p. 335-355, 2009. DIAS, M. R.; MENEZES, D. B.; FERREIRA, G. da C. "A quem serve o Graal?". Um estudo sobre a classificação ideológica dos partidos políticos através de seus projetos de lei". *Civitas*, Porto Alegre, v. 12, n. 2, p. 209-235, maio/ago. 2012. LEONI, Eduardo. "Ideologia, democracia e comportamento parlamentar: a Câmara dos Deputados" (1991-1998). *Dados - Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 45, n. 3, p. 361 a 386, 2002. GIMENES, É. R. et al. "Partidarismo no Brasil: análise longitudinal dos condicionantes da identificação partidária (2002-2014)". *Revista Debates*, v. 10, n. 2, p. 121-148, 2016. NICOLAU, J. M. *Multipartidarismo e democracia: um estudo sobre sistema partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 1996.

Figura 7 - Pertinência temática das proposições em relação aos partidos políticos



Fonte: Brasil, 2020. Elaborado pelo Autor.

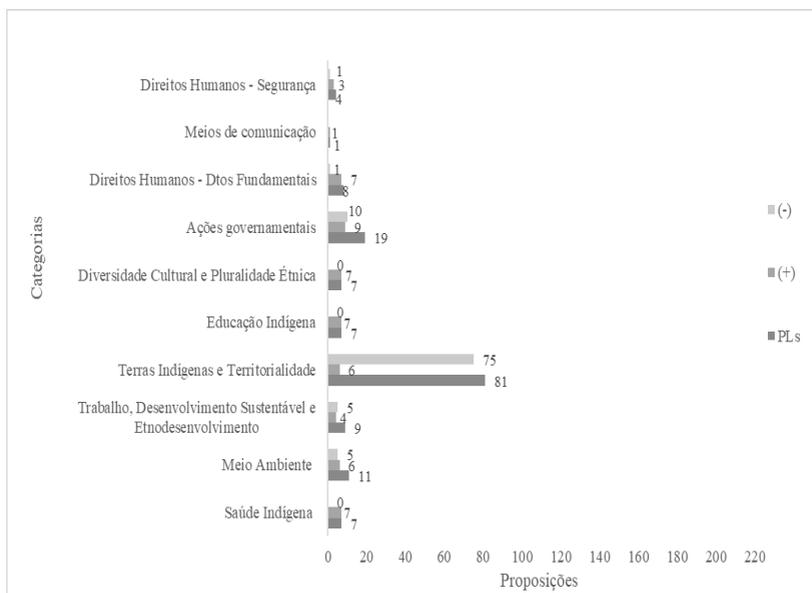
Embora ausente o substrato teórico específico para discutir a classificação ideológica partidária brasileira - a ser elaborado noutro momento - os dados da Figura 7 apresentam maior congruência das iniciativas advindas dos partidos mais alinhados à esquerda e centro-esquerda e maior incongruência das proposições mais à direita e centro-direita. Corresponde aos dados da Figura 1, pois durante os governos Lula e Dilma ocorreram mais conferências e produções de diretrizes referentes aos povos indígenas que em outras gestões governamentais. Também confirma os estudos de Pogrebinschi e Ventura (2017), mas na dimensão de correlação entre os conteúdos das diretrizes e das proposições, cuja resposta confirma o aumento das proposições legislativas conforme se institucionalizam as CNPPs.

Por outro lado, os dados da Figura 7 não permitem confirmar, como apontam Pogrebinschi e Ventura (2017), a

existência de convergência entre partidos políticos de orientações ideológicas distintas - ao menos quando se trata especificamente de assuntos indígenas - pois há grande concentração de propostas incongruentes no bloco de partidos de direita e centro-direita.

Em relação a pertinência temática dos PLs - ausente a variável partidos -, os dados indicam certa estabilidade quanto a congruência e a incongruência com a maioria das categorias da CNPI, apontando dubiedade do legislador no tratamento de medidas legislativas em relação aos povos indígenas. Exceção à regra reside na categoria “TIs e Territorialidades”, pois o legislativo preponderantemente tem tentado criar várias medidas incongruentes às reivindicações indígenas.

Figura 8 - Pertinência temática de PLs do legislativo (1988-2020) correlacionados às categorias da CNPI



Fonte: BRASIL, 2020. BRASIL, 2016. Elaboração do Autor.

Dentre as principais incongruências nos 75 PLs do total de 81, analisados a partir das respectivas justificativas inclusas no inteiro teor das proposições, tem-se: a) restrições ao uso da terra enquanto não publicado o decreto homologatório das TIs, b) vedação de qualquer averbação sobre a demarcação de TI na matrícula da propriedade até a publicação do decreto homologatório; c) alteração da competência de demarcação das TIs da FUNAI para o Congresso Nacional, d) regulamentação da extração de recursos minerais fora do contexto do Estatuto dos Povos Indígenas e sem a anuência dos povos originários, e) indenização dos detentores de títulos de propriedades sobre as TIs.

Há pouca congruência entre as proposições do legislativo e as demandas dos povos indígenas quando se trata de TIs. Dentre as 06 proposições, por exemplo, tem-se: a) alteração do Estatuto do Índio para tipificar a intrusão em TIs (proposição retirada pelo autor), b) a criação de reserva do Fundo de Participação dos Municípios para município que possuam em seus territórios unidades de conservação da natureza ou TIs (arquivada), c) destinação de recursos para proteção da Amazônia.

A maioria dos representantes do congresso nacional estão não apenas dissociados da realidade indígena, mas pouco interessados em conhecê-la, além de contrários à demarcação e ampliação das terras aos povos originários, notadamente porque representam outros interesses. A maior representatividade reside em profissionais que comumente contrariam os interesses indígenas. O infográfico¹¹ da Câmara quanto ao perfil da

¹¹ Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/internet/agencia/infograficos-htm15/composicaocamara2019/index.html>>. Acesso: 20 abr. 2020.

última legislatura é indubitável neste sentido, exceção à única deputada indígena eleita, Joênia Wapichana (REDE, 2019-2023).

As proposições do tipo PLs e PECs possuem mais medidas incongruentes com as diretrizes, enquanto as LPPs e MPVs são mais congruentes, exceto a categoria “TIs e Territorialidade”. Inexiste dubiedade de proposições no legislativo ao tratar de TIs, os parlamentares mais alinhados à direita e centro-direita são hegemonicamente contrários às reivindicações indígenas. A Tabela 2 apresenta a pertinência temática de atuação político-normativa (legislativo e executivo) na criação de proposições legislativas sobre indígenas em relação às categorias da CNPI.

Tabela 2 - Percentual (in)adequação entre as proposições (1988-2020) e as categorias

Categorias da CNPI	PLs	(+)	(-)	PECs	(+)	(-)	PLPs	(+)	(-)	MPV	(+)	(-)
Saúde Indígena	7	7	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Meio Ambiente	11	6	5	0	0	0	1	0	1	1	1	0
Trabalho, Desenvolvimento Sustentável e Etnodesenvolvimento	9	4	5	2	1	1	0	0	0	1	1	0
Terras Indígenas e Territorialidade	81	6	75	37	4	33	6	2	4	1	0	1
Educação Indígena	7	7	0	0	0	0	0	0	0	1	1	0
Diversidade Cultural e Pluralidade Étnica	7	7	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Ações governamentais	19	9	10	4	2	2	12	11	1	0	0	0
Direitos Humanos - Dtos Fundamentais	8	7	1	2	1	1	0	0	0	0	0	0
Meios de comunicação	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Direitos Humanos - Segurança	4	3	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Total	154	57	97	45	8	37	19	13	6	4	3	1
Percentual	100%	37,01%	62,99%	100,00%	17,77%	82,22%	100%	68,42%	31,57%	100%	75%	25%

Fonte: BRASIL, 2020; CNPI, 2016. Elaborado pelo Autor.

Predominantemente a incongruência entre as PECs e as diretrizes reside na tentativa, do legislativo e executivo (mais orientados à posição ideológica de direita e centro-direita), de alterar a competência para demarcação de TIs para o Congresso Nacional ou para o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA). Enquanto os assuntos congruentes (mais orientados à posição ideológica de esquerda e centro-esquerda)

tratam desde a criação de vagas especiais na Câmara Federal para as comunidades indígenas, a destinação de porcentagem de imposto sobre propaganda em televisão para os povos originários, até a proibição de ingresso de estrangeiros em TIs.

Em relação à “saúde indígena” os 07 PLs congruentes às demandas da CNPI relacionam-se desde a regulamentação de mecanismos para a proteção, promoção, reconhecimento e exercício da medicina tradicional, das terapias complementares e do patrimônio biogenético das populações indígenas; às condições de funcionamento dos serviços de saúde aos povos indígenas, plano emergencial para enfrentamento ao coronavírus nas TIs, assegurando a garantia de direitos sociais e territoriais, bem como com medidas específicas de vigilância sanitária e epidemiológica para prevenção do contágio e da disseminação da COVID-19, até a inclusão dos povos originários nos programas de combate às neoplasias uterinas, mamárias e prostáticas no SUS.

As proposições sobre “educação indígena” são congruentes com as diretrizes ao tratarem de assuntos sobre a concessão de auxílio financeiro para assegurar a permanência dos estudantes indígenas de graduação em situação de vulnerabilidade socioeconômica, a criação de educação superior dos povos originários nas universidades públicas ou privadas ou criação de uma universidade indígena multicultural; reserva de vagas a candidatos autodeclarados indígenas nos concursos públicos para provimento de cargos do magistério público na educação básica, em locais com maior concentração de povos indígenas; a criação da Fundação Universidade Federal Autônoma dos Povos Indígenas.

Diversidade cultural e pluralidade étnica constitui-se de proposições congruentes, pois os assuntos ligam-se à reivindicação de cooficialização de línguas indígenas em municípios com povos originários, a destinação de ao menos 40% (quarenta por cento) de recursos do Fundo Nacional de Cultura para projetos vinculados à cultura e à arte dos povos negros e indígenas,

a regulação do uso de prenomes indígenas o registro civil, a criação de reserva de vagas no setor audiovisual para indígenas, em processos seletivos financiados com recursos públicos federais e a formação do Conselho Nacional de Direitos Indígenas.

A categoria ações governamentais comportou congruência com as proposições legislativas referentes à regulamentação do Estatuto dos Povos Indígenas, a criação de fundo para reassentamento de ocupantes de boa-fé retirados de TIs, a instituição de gratuidade nos transportes interestaduais para as populações indígenas, a reversão de benefício aos povos originários dos valores arrecadados em pagamento de multas por infração ambiental cometida em TIs, a inclusão de prioridade no Código de Processo Civil para a tramitação de processos de interesse dos povos indígenas.

As proposições incongruentes sobre ações governamentais indigenistas referem-se à retirada de prioridade na aquisição de gêneros alimentícios da agricultura familiar de assentamentos da reforma agrária, comunidades tradicionais indígenas e comunidades quilombolas, a criação de multa para a exploração e comercialização de bens localizados em áreas indígenas, a redefinição da competência e função da FUNAI e a criação de áreas livres para lazer e jogos.

A congruência entre os assuntos da categoria “trabalho, desenvolvimento sustentável e etnodesenvolvimento” estão associados às proposições que tratam desde instituir a Política Nacional de Energia Solar Fotovoltaica (PRONASOLAR), até a permissão aos povos indígenas para praticar atividades agropecuárias e florestais nas TIs, comercializar e gerenciar a produção da renda e a ampliação do limite de recursos financeiros utilizados na alimentação escolar com gêneros alimentícios oriundos das TIS dos povos originários. As medidas incongruentes referem-se às perspectivas de desenvolvimento associadas, por exemplo, à implantação de cassinos nas TIs, a fixação de cota de parceria agrícola com os povos indígenas, a utilização

do solo e dos recursos naturais nas TIs de modo sustentável e a permissão de atividades agrossilvipastoris em TIs.

A categoria meio ambiente é congruente com os assuntos das proposições quando se relacionam à instituir o sistema nacional de redução de emissões por desmatamento e degradação, conservação, manejo florestal sustentável, manutenção e aumento dos estoques de carbono florestal (REDD+), quando estabelecem distância mínima de 150 km para a implantação de indústrias emissoras de gases SO₂, SO₃ e NO_x no entorno de unidades de conservação e em TIs, quando protegem o conhecimento tradicional associado aos recursos genéticos, incluindo tipificação penal em caso de utilização do patrimônio genético indígena, quando implementam a consulta prévia, livre e informada aos povos originários para emissão de licença ambiental para atividades ou empreendimentos que utilizam de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental. As proposições incongruentes relacionam-se à permissão de degradação ambiental em TIs, principalmente para exploração de recursos minerais, desde que se apresente plano de recuperação da degradação.

A incongruência com a categoria “direitos humanos – direitos fundamentais” refere-se à proposição legislativa que visa criminalizar o infanticídio como prática tradicional cultural contrária aos povos originários¹². Os assuntos congruentes

¹² Para maior aprofundamento ver CAMACHO, Wilsimara Almeida Barreto. *“Infanticídio” indígena: um dilema entre a travessia e o permanecer à margem de si mesmo*. 2011. 111f. Dissertação de mestrado em Ciências Sociais. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, São Leopoldo, 2011. RODRIGUES, Guilherme Scotti. *Direitos fundamentais, eticidade reflexiva e multiculturalismo: uma contribuição para o debate sobre o infanticídio indígena no Brasil*.

estão associados desde a afirmação da identidade étnica no registro civil dos povos indígenas, o estabelecimento do direito de ir e vir em região de fronteira em época de paz, a priorização no Judiciário dos processos sobre demarcação de TIs.

Sobre a categoria “meios de comunicação” a congruência refere-se à ampliação para os povos indígenas do direito de prestarem o serviço de radiodifusão comunitária.

Em relação aos “direitos humanos – segurança, congruentes são as matérias que tratam sobre a autorização de posse e porte de arma de fogo a membros de comunidades indígenas para proteção da TIs contra invasores, que versam sobre a formação de brigadas para combate a incêndios florestais, as que tornam hediondos os crimes de homicídio, lesão corporal dolosa de natureza gravíssima e lesão corporal seguida de morte quando praticados contra indígenas. Incongruente é a proposição que objetiva criar nas TIs colônias penais agrícolas e industriais.

Muitas PLs, PECs e MPVs estão sendo criadas a fim de alterar a competência da demarcação de TIs para o Congresso Nacional ou para o MAPA, objetivando suprimir o direito constitucional dos povos indígenas a constituírem a posse tradicional sobre suas terras. Terra para as populações originárias é fonte de vida e riqueza para a própria subsistência de familiares e sustentabilidade ambiental, heranças a serem transmitidas para futuras gerações. A homologação de todas TIs é condição fundamental para o etnodesenvolvimento dos povos. A partir

2011. 155f. Tese de doutorado em Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2011. SILVEIRA, Mayra. *O Infanticídio indígena: uma análise à luz da Doutrina da Proteção Integral*. Florianópolis, 2011. 201f. Dissertação de mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2011.

dela podem ser suscitados reconhecimento de direitos sonegados ou instituição de novos direitos.

Os dados apontam que tanto o executivo como o legislativo não pretendem satisfazer várias demandas indígenas, ao contrário, em relação às TIs, tanto não querem como manifestamente omitem e sonegam direito constitucionalmente reconhecido. Há ainda muitos PLPs para regulamentar direitos constitucionais indígenas suprimindo, por exemplo, a competência da FUNAI para outros órgãos federais. Enquanto os povos indígenas reivindicam a transformação da política indígena com a satisfação de direitos fundamentais e o reconhecimento de seus territórios e pluriethnicidade, o legislativo e o executivo se propõem a criar propostas radicalmente contrárias às demandas indígenas. Os primeiros pleiteiam o direito à vida e a transformação, enquanto os segundos enunciam sonegação e regressão de direitos.

Conclusões

O artigo se propôs a levantar a correlação existente - quanto ao conteúdo associado ao unitermo "indígenas" - entre as demandas indígenas advindas do espaço participativo das conferências e as proposições legislativas junto à Câmara Federal.

Os dados apontam, para os povos indígenas, a necessidade de continuarem articulando suas posições participativas em confronto direto com as proposições em trâmite junto ao Legislativo e Executivo, mas também orientam para a criação de pautas de políticas públicas indígenas, fazendo uso da autonomia ratificada no Decreto n. 5.051/2004, afirmando a pluriethnicidade dos povos e, conseqüentemente, pautando as demandas legislativas e executivas pluriétnicas.

Embora ocorra correlação entre a ampliação de demandas da esfera participativa e o aumento de proposições legislativas, a sub-representação indígena exige articulação política de

âmbito nacional que possa deflagrar maiores conquistas no espaço legislativo pelos próprios povos, ultrapassando as barreiras interétnicas e culturais entre povos diferenciados.

Também é possível afirmar que os dados a respeito das proposições legislativas apresentam maior congruência com as demandas quando iniciadas por partidos de orientação ideológica à esquerda e centro-esquerda que os partidos alinhados à direita e centro-direita.

Outro dado significativo reside na consolidação interétnica dos povos indígenas na defesa intransigente de seus territórios como, por exemplo, a união derredor à campanha “Demarcação Já!”, evidenciando a superação de divisão entre povos com terras já homologadas e povos ainda a conquistarem suas terras. Há comunhão de esforços em prol da afirmação da demarcação e conquista de terras a todos os povos indígenas.

Caso atual, neste sentido, tem sido a atuação (no fechamento deste artigo) contra as ações governamentais que objetivavam obstaculizar a demarcação de TIs como, por exemplo, a Instrução Normativa n. 9, de 27 de abril de 2020, da FUNAI, permitindo a ocupação por não-índios (proprietários particulares) de áreas ainda não homologadas, muito embora tais povos estejam efetivamente na posse de tais terras, aguardando continuidade dos procedimentos demarcatórios. Um grave ataque do governo federal, claramente anti-indigenista, aos direitos indígenas. Atos claramente de desterritorialização dos povos indígenas. Trata-se de medida inconstitucional a ser enfrentada pelos movimentos indígenas, Ministério Público Federal e entidades indigenistas.

Embora seja possível afirmar estar em curso um processo de etnodemocratização, o seu tipo é homogêneo, centrado na afirmação étnica comum de “povo indígena” e não povos a exigirem suas especificidades educacionais e de saúde, por exemplo. Ou seja, embora o processo de etnodemocratização em curso possa elevar a qualidade das instituições democráticas, tende a homogeneizá-la a partir de um sentido único de

povo indígena e não de povos. Neste sentido, os dados não apontam demandas pluriétnicas para institucionalização, nos órgãos competentes, de uma ordem jurídica da diversidade cultural. Ademais, o processo etnodemocrático em andamento tem sofrido vários reveses ante a governança de Jair Bolsonaro, radicalmente refratário à conquista da terra pelos povos indígenas.

Permitem, os dados afirmar que em períodos políticos do governo Lula ocorreu maior participação indígena e menor retrocesso às garantias constitucionais indígenas, mesmo com o ideário de desenvolvimento dos Programas de Aceleração ao Crescimento (PACs). As proposições legislativas e executivas, durante este período possuem maior congruência com as demandas indígenas, demonstrando que os governos alinhados às posições ideológicas à esquerda e centro-esquerda são mais propensos a formularem políticas públicas indigenistas e, portanto, ao processo de etnodemocratização no seu sentido homogêneo

As reivindicações de cooficialização das línguas indígenas nos municípios que possuem TIs constitui um caminho de etnodemocratização pluralista, exemplo de congruência entre o espaço participativo e a representação eleitoral. Do mesmo modo, elaborar proposição de ampliação da representação eleitoral que considere a pluriétnicidade cultural - não apenas a partir do coeficiente demográfico dos indígenas em proporção aos eleitores não-indígenas - pode favorecer o debate político no âmbito da pluralidade interétnica.

A pluralização interétnica indígena na criação de política pública é caminho de maior etnodemocratização pluralista (heterogênea). Entretanto, sua implementação exige aos povos indígenas enfrentar obstáculos político-culturais complexos e ancestrais entre diferentes etnias, além do enfrentamento às medidas anti-indigenistas de governos radicalmente infensos aos direitos dos povos indígenas.

A coalizão de forças indígenas na defesa da territorialidade parece capaz de ultrapassar tais barreiras para afirmar maior interculturalidade e pluriethnicidade a partir da densidade cultural plural, afirmando o consenso em torno do mosaico cultural brasileiro e, conseqüentemente, uma ordem jurídica da pluridiversidade.

Referências

ALBUQUERQUE, Antonio Armando Ulian do. **Multiculturalismo e o direito de autodeterminação dos povos indígenas**. v. I, II. 2003. 353f. Dissertação de mestrado em Direito - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2003.

ALBUQUERQUE, Antonio Armando Ulian do Lago. **Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

ALBUQUERQUE, Antonio Armando Ulian do Lago. **Educação jurídica indígena**. Curitiba: Juruá, 2016.

ALBUQUERQUE, Antonio Armando Ulian do Lago. **Comparação entre a participação indígena boliviana e brasileira: a inserção da atuação indígena brasileira no debate democrático e decolonial latino-americano**. Rio de Janeiro: IESP-UERJ, 2017. 926f. Tese de doutorado em Ciência Política - Instituto de Estudos Sociais e Políticos, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

ALBUQUERQUE, Antonio Armando Ulian do Lago. Princípio constitucional da ecodignidade pluralista: breve introdução aos caracteres do processo de etnodemocratização. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 24, n. 1. Curitiba, 2019.

ALBUQUERQUE, Antonio Armando Ulian do Lago. Etnodemocracia brasileira: ampliação democrática do sistema representativo. In: **Revista Amazônia Legal**, v.6. Cuiabá: EdUFMT, 2015, p. 155-182.

AVRITZER, L. **National conferences in Brazil: a new participatory political model**. Disponível em: <<http://goo.gl/s1HnW>>. Acesso: 19 mar. 2020.

BARBER, Benjamin. **Strong Democracy. Participatory Politics for a New Age**. Berkeley: University of California Press, 2004.

BICALHO, Poliene Soares dos Santos. 2010. 464f. **Protagonismo indígena no Brasil: movimento, cidadania e direitos (1970-2009)**. Tese de doutorado em História - Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Caderno de Propostas da I Conferência Nacional de Política Indigenista**. Brasília: Ministério da Justiça, FUNAI, 2016.

BRASIL. **Conferência Nacional Infanto-Juvenil pelo Meio Ambiente**, 2018a.

BRASIL. **4ª Conferência Nacional de Promoção da Igualdade Racial**, 2018b.

BRASIL. **1ª Conferência Nacional de Vigilância em Saúde**, 2018c.

BRASIL. **3ª Conferência Nacional da Educação**, 2018d.

BRASIL. **16ª Conferência Nacional de Saúde**, 2019.

CAMERON, M. A., HERSHBERG, E., SHARPE, K. E. **New Institutions for Participatory Democracy in Latin America: voice and consequence.** New York: Palgrave Macmillan, 2012.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos dos Índios.** Ensaios. Documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987.

DUPRAT, Deborah (Org.). **Convenção n. 169 da OIT e os Estados Nacionais.** Brasília: ESMPU, 2015.

FUNG, Archon; WRIGHT, Erik Olin. **Deepening Democracy: Institutional Innovations. In Empowered Participatory Governance.** London: Verso, 2003.

GURZA LAVALLE, Adrian; HOUTZAGER, Peter; CASTELLO, Graziella. Democracia, Pluralização da Representação e Sociedade Civil. In: **Lua Nova**, n. 67, 2006, p. 49-103.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Situação atual das terras indígenas no Brasil.** Disponível: <<https://terrasindigenas.org.br/>>. Acesso: 08 abr. 2020.

LACERDA, R. F. **Volveré, y Seré Millones:** Contribuições Descoloniais dos Movimentos Indígenas Latino Americanos para a Superação do Mito do Estado-Nação. v. I, II. 2014. 491f. Tese de doutorado em Direito - Universidade de Brasília, Brasília, 2014.

MANSBRIDGE, Jane. **Beyond Adversary Democracy.** Chicago: University of Chicago Press, 1983.

MCLAREN, Peter. **Multiculturalismo crítico.** São Paulo: Cortez, 1997.

PATEMAN, Carole. **Participation and democratic theory**. Cambridge University Press, 1970.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: **História dos índios no Brasil**, São Paulo: Cia das Letras, 1992, p. 116-132.

POGREBINSCHI, Thamy. **Entre representação e participação: as conferências nacionais e o experimentalismo democrático brasileiro**. Relatório Final da Pesquisa Brasília. Brasília: Ministério da Justiça, Série Pensando o Direito, 2010.

POGREBINSCHI, Thamy; SANTOS, Fabiano. Participação como Representação: O Impacto das Conferências Nacionais de Políticas Públicas no Congresso Nacional. In: **Dados**. Revista de Ciências Sociais, vol. 54, n. 3, 2011, p. 259-305.

POGREBINSCHI, Thamy; SAMUELS, David. The Impact of Participatory Democracy: Evidence from Brazil's National Public Policy Conferences. In: **Comparative Politics**. v. 46, n. 3, 2014.

POGREBINSCHI, Thamy; VENTURA, Tiago. Mais participação, maior responsividade? As conferências nacionais de políticas públicas e a qualidade da democracia no Brasil. In: **Dados**, v. 60, n. 1, 2017, p. 7-43.

SANTOS, Sílvio Coelho dos. **Povos indígenas e a Constituinte**. Florianópolis: UFSC, Movimento, 1989.

TAROUCO, Gabriela da Silva. MADEIRA, Rafael Machado. Partidos, programas e o debate sobre esquerda e direita no Brasil. In: **Revista de Sociologia e Política**, v. 21, n. 45, Curitiba, 2013, p. 149-165.

WARREN, Mark. What Can Democratic Participation Mean Today?. In: **Political Theory**, vol. 30, n. 6, 2002, p. 677-701.

POVOS INDÍGENAS E DIREITO À CONSULTA PRÉVIA: caminhos para sua implementação pelo Ministério Público brasileiro

Fernando da Silva Mattos¹

Introdução

O presente ensaio tem por objetivo analisar a atuação do ministério público no sentido de dar concretude a um dos instrumentos normativos indispensáveis para a autodeterminação das comunidades indígenas, qual seja o direito à consulta prévia, previsto na *Convenção 169* da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e na *Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas* da Organização das Nações Unidas (ONU).

Para tanto, estabelecer-se-á um conceito para o direito à consulta, serão apresentadas suas características principais, bem como algumas considerações a respeito dos instrumentos jurídicos existentes que legitimam o ministério público a exigir dos poderes públicos a sua imediata observância.

¹ Doutor e mestre em direito pelo programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPDG-UFSC). Graduado em direito e em filosofia pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Especialista em direito público pela Universidade Potiguar. Especialista em direitos humanos, teoria e filosofia do direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Foi membro do Grupo de Pesquisa em Antropologia Jurídica entre os anos de 2014 e 2015.

O texto será construído com base em entendimentos já consagrados acerca de determinados institutos jurídicos, transportando-os para o tema objeto do presente artigo. Ademais, conceitos próprios também serão apresentados, haja vista que se trata de temática com pouca literatura específica a seu respeito.

O direito à consulta prévia: contextualização e previsão legal

Historicamente, tratando-se especificamente do Brasil, as comunidades indígenas foram vítimas de todo tipo de opressão tendente ao completo aniquilamento do seu modo de organização, seus usos, costumes, crenças e tradições, pelo que se convencionou denominar política integracionista – e assimilacionista, a fim de que se adequassem ao modelo normativo e de estado existente e aplicável à sociedade em geral. Com efeito, segundo Thais Luzia Colaço, “observa-se em todas as constituições, projetos e emendas, a intenção do governo brasileiro de integrar o indígena à comunidade nacional, aniquilando a cultura indígena e desrespeitando as suas diferenças e o reconhecimento de povos” (2007, p. 6).

Nessa perspectiva, caso não fosse mais considerado isolado, por interagir com a sociedade envolvente, o índio² não seria mais reconhecido como tal e, por consequência, deixaria de estar sob a égide das disposições normativas específicas

² Para Manuela Carneiro da Cunha, discordando das definições estabelecidas pelo art. 3º da lei 6.001/73, “Índio é quem ‘se considera pertencente a uma dessas comunidades e é por ela reconhecido como membro’; e “Comunidades Indígenas são aquelas ‘que se consideram segmentos distintos da sociedade nacional em virtude de uma consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas” (1985, p. 36-37).

voltadas à proteção das comunidades indígenas, pois, como enfatiza Helder Girão Barreto:

Sob esse enfoque o índio é um ser “primitivo” e “em processo de evolução” para a condição de “civilizado” ou, com os termos empregados pela legislação, a caminho da integração à “comunhão nacional”. Desde que integrado, além da própria identidade, perde o sistema especial de proteção que o envolvia (BARRETO, 2011, p. 36).

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, houve uma mudança de paradigma, pois:

se acabaram as perspectivas assimilacionistas e integracionistas das constituições anteriores: o índio adquire o direito à alteridade, isto é, respeita-se a sua especificidade étnico-cultural, garantindo-lhe o direito de ser e de permanecer índio” (COLAÇO, 2012, p. 111).

Nesse novo contexto, não mais se coaduna com a atual realidade jurídica brasileira a adoção de medidas tendentes à busca pela integração das comunidades indígenas aos costumes, usos e hábitos da sociedade envolvente, para que, dessa forma, possam ser titulares dos direitos fundamentais que são garantidos a todas as pessoas, como vida, educação, saúde, lazer, trabalho, habitação etc.

Com efeito, conforme assinala Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2012, p. 84), restringir o acesso das comunidades indígenas aos Direitos Humanos com base em critérios relacionados à verificação da integração ou não deles à sociedade é transformar em parcial o princípio da universalidade que lhes caracteriza, pois:

quando pensamos em sociedades inteiras que estão fora dos sistemas jurídicos nacionais, que se regem por leis próprias, temos que reconhecer que aquela universalidade criada pela constituição impositiva é parcial, porque não alcança toda a população, mas somente a que está integrada, ainda que de forma relativa, ao sistema. E o que fazer com essa outra ou outras sociedades que vivem à margem do estado e da constituição, representados especialmente pelos povos indígenas? (SOUZA FILHO, 2012, p. 84).

Diante desse novo marco teórico e jurídico representado pela quebra do paradigma integracionista, o ordenamento jurídico e as instituições protetoras de direitos devem, a fim de se adaptar à realidade constitucional atual, zelar pela livre escolha dos índios no que tange à manutenção de seus usos, costumes e tradições, assegurando-lhes, ainda, acesso às diretrizes de cidadania trazidas pela Constituição Federal, consubstanciadas, em suma, na consagração dos direitos fundamentais³, preceitos básicos consagradores do princípio da dignidade da pessoa humana⁴ (art. 1º, III, CRFB, 1988) independentemente da análise

³ Para Dirley da Cunha Júnior, os direitos fundamentais “são todas aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana, que se encontram reconhecidas no teto da Constituição formal (fundamentalidade formal) ou que, por seu conteúdo e importância, são admitidas e equiparadas, pela própria Constituição, aos direitos que está formalmente reconhece, embora dela não façam parte (fundamentalidade material)” (2008, p. 153).

⁴Segundo Luis Roberto Barroso: “Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao

de aspectos relacionados à integração ou não à sociedade envolvente.

Imperioso ressaltar ainda que não basta apenas o reconhecimento formal de direitos e alcinhá-los de fundamentais para que se tenha uma efetiva observância ao princípio da dignidade da pessoa humana. É necessária sua implementação na vida de todas as pessoas⁵. Nesse sentido, apregoa Ingo Wolfgang Sarlet:

na esteira da oportuna lição de Dieter Grimm, ilustre publicista e magistrado aposentado do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, a efetividade dos direitos fundamentais em geral (e não apenas dos direitos sociais a prestações) não se alcança com a mera vigência da norma e, portanto, não se

patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade” (2001, p. 38).

⁵Em relação especificamente às comunidades indígenas, oportuna a doutrina de Carlos Frederico Marés de Souza Filho, ao apontar a pouca aplicação das normas constitucionais a estas: “Atualmente, desde 1988, a constituição da república dedica um capítulo para os índios, reconhecendo seus direitos, suas terras, seus costumes, suas línguas; já o braço executor do estado nega esses direitos, invade suas terras, desrespeita seus costumes, omite suas línguas, e o judiciário ou se cala ou simplesmente não é obedecido” (2012, p. 76) .

resolve no plano exclusivamente jurídico, transformando-se em um problema de uma verdadeira política dos direitos fundamentais (SARLET, 2005, p. 265).

Ou seja, tão importante como o reconhecimento de direitos indispensáveis para a existência de uma vida digna num documento escrito dotado de superioridade normativa e a constatação de sua incidência também em benefício das comunidades indígenas, é sua concretização no mundo da vida, por meio de mecanismos hábeis e suficientes para tanto, pois, conforme ensina Konrad Hesse:

As normas que integram o direito constitucional não são mandatos (Sollensätze) abstratos que, alheios à realidade, a esta se contrapõem de forma totalmente desconexa, o que dialética, correlativamente ou de que modo seja, coordenam-se com essa realidade por meio de uma genética inter-relação. Estas normas restam letra morta quando seu conteúdo não se incorpora à conduta humana mediante sua aplicação e observância diárias. Só enquanto o direito constitucional é realizado por e nesta conduta, alcança a realidade de uma ordem vivida, formadora e conformadora da realidade histórica, capaz, portanto, de cumprir sua função na vida da comunidade. [...] Do ponto de vista dessa “realização” do direito constitucional, como assinalou F. Müller, a norma não pode ser isolada da realidade, pelo contrário, a realidade em suas circunstâncias (o âmbito normativo), as quais são afetadas pelo mandato da norma (o programa normativo), é parte integrante e constitutiva da norma mesma (HESSE, 1991, p. 166).

Tem-se em vista a perspectiva de que o legislador constituinte dotou seus destinatários de instrumentos capazes de fazer frente ao poder político e econômico a fim de impor a eles observância dos direitos fundamentais. Entre esses instrumentos, destacam-se *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular, ação civil pública, ações diretas de in/constitucionalidade, arguição de descumprimento a preceito fundamental, além de ações ordinárias, tendo em vista o princípio do acesso à Justiça e da inafastabilidade da tutela judicial (art. 5º, XXXV, CRFB, 1988). Tais instrumentos previstos na Constituição Federal são comumente utilizados em face do poder político, com o objetivo de impor a este a observância de determinado direito fundamental, pois, segundo estabelece o art. 5º, §1º (CRFB, 1988), as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, ou seja, como regra, não precisam de regulamentação para que tenham eficácia, vinculando a todos diretamente.

Em relação às comunidades indígenas, além dos instrumentos já previstos na legislação interna que podem ser utilizados para a proteção dos seus direitos, há a previsão de outros constantes em normas internacionais, principalmente a *Convenção 169* da Organização Internacional do Trabalho, aprovada pelo congresso nacional através do decreto legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002 e promulgada pelo decreto nº 5.051 de 19 de abril de 2004, e a *Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas da Organização das Nações Unidas*, que independe de qualquer procedimento formal de aprovação ou ratificação, na medida em que o estado brasileiro já se manifestou favorável a esta em assembleia da Organização das Nações Unidas. Tais documentos preveem de forma expressa o direito à consulta às comunidades indígenas em relação a qualquer medida administrativa ou legislativa que possam afetá-las.

A fim de auxiliar a compreensão do significado do direito à consulta e a sua abrangência, é imperioso que se faça uma leitura dos dispositivos que a estabelecem. O primeiro

previsto no art. 6º da *Convenção 169* da Organização Internacional do Trabalho e o segundo previsto no art. 19 da *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*, cujas transcrições seguem abaixo:

Artigo 6º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho:

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Artigo 19 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas:

Os Estados consultarão e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem.

Analisando o teor das disposições normativas retrotranscritas, é possível constatar ser a consulta, acima de tudo, um direito que os povos indígenas possuem de efetivamente influenciar a tomada de decisões administrativas e legislativas que possam lhes afetar. Conforme salienta Raquel Yrigoyen Fajardo:

Os direitos de participação, consulta e consentimento se fundam no princípio de que os povos indígenas têm igual dignidade em relação a todos os povos e culturas e têm igual capacidade de controlar suas instituições e determinar livremente suas formas de vida e seu modelo de desenvolvimento. Assentam novas bases na relação entre as comunidades indígenas e o Estado e permitem a superação do modelo tutelar baseado na ideologia da inferioridade e da incapacidade indígena (FAJARDO, 2009, p. 375).

As características principais do mencionado instrumento jurídico contidas nas normas transcritas serão analisadas no tópico seguinte.

Características do direito à consulta prévia

O direito à consulta põe fim a qualquer possibilidade de manutenção de políticas tendentes à integração forçada das comunidades indígenas. Tão importante quanto esta constatação,

é a delimitação adequada das características do mencionado direito, a fim de que suas disposições não se tornem letra morta, sem efetividade prática. Para os fins do presente trabalho, serão apresentadas também propostas próprias de delimitação de sentido de cada uma das características do direito à consulta, não restritas à mera reprodução de entendimentos apresentados por doutrinadores que tratam do tema.

Segundo consta na *Convenção 169* e na *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*, são características do direito à consulta: a) trata-se de um dever do Estado; b) envolve medidas legislativas e administrativas; c) deve ser executada de boa-fé; d) deve ser prévia, livre e informada.

Procurar-se-á estabelecer noções básicas a respeito de cada uma das características apontadas, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, o que seria impossível de ser feito nos limites estreitos do presente trabalho.

Consulta como dever do estado

Ao mencionar que a realização de consulta se consubstancia em um dever do Estado, conforme se extrai do art. 6º, 1. da *Convenção 169*, afasta-se a possibilidade de se entender que tal procedimento pode deixar de ser observado por qualquer motivo, na medida em que ausente a discricionariedade administrativa na análise da sua conveniência/oportunidade.

Conforme salienta Raquel Yrigoyen Fajardo “por este direito o estado está obrigado a implementar processos de diálogo de boa-fé com os povos indígenas antes de adotar medidas administrativas ou legislativas concretas que possam afetá-los”⁶ (2009, p. 383, trad. nossa).

⁶ “[...] por este derecho el Estado está obligado a implementar procesos de diálogo de buena fe con los pueblos indígenas antes

Dever é imperativo, comando, cujo descumprimento, diferentemente de mero conselho ou pedido, acarreta ao violador algum tipo de sanção, além de gerar ao beneficiário do comando o direito de exigir o seu cumprimento. Ou seja, em havendo a intenção de se realizar qualquer medida de ordem administrativa ou legislativa que possa afetar comunidades indígenas, estas devem ser previamente consultadas.

Imperioso salientar que, embora a consulta seja um dever para o estado, para os indígenas não o é, ou seja, as comunidades indígenas não podem ser compelidas a aceitar o procedimento de consulta. Outro não é o entendimento de eminente jurista espanhol Bartolomé Clavero:

A consulta é um direito, não uma obrigação, para os povos indígenas. É uma garantia de direitos, não uma cortesia. O Estado não pode impor a consulta aos povos indígenas com base no facto de ser um dever do Estado. Não é um dever se as pessoas com quem deseja consultar declararem que não darão o seu consentimento e que não consideram apropriado entrar num procedimento para chegar a um acordo. A consulta agora complementa a autonomia, não a substitui, mesmo nos casos em que a autonomia indígena não está organizada⁷ (CLAVERO, 2012).

de adoptar medidas administrativas o legislativas concretas que puedan afectarles” (FAJARDO, 2009, p. 383).

⁷ “La consulta es un derecho, no una obligación, para los pueblos indígenas. Es garantía de derechos, no trámite de cortesía. El Estado no puede imponer la consulta al pueblo indígena con el argumento de que para él sí que constituye un deber. No lo es si el pueblo con el que quiere consultar manifiesta que no

Consulta em face de medidas legislativas e administrativas

A consulta deve ser realizada tanto em face de medidas administrativas, como legislativas. Isso significa que, conforme já dito, antes da prática de qualquer ato administrativo que tenha por fim mediato ou imediato adquirir, modificar, extinguir, resguardar e declarar direitos ou impor obrigações a si própria ou aos administrados e que afetem direitos das comunidades indígenas, deve o estado realizar uma consulta a estas. Da mesma forma em relação a iniciativas de ordem legislativa, em todos os âmbitos, seja municipal, estadual ou federal. Havendo qualquer alteração, inovação, revogação ou regulamentação de normas que de alguma forma afetem direitos das comunidades indígenas, a consulta deve ser realizada. Nesse sentido, ensina Raquel Yrigoyen Fajardo:

De acordo com a Convenção 169 da OIT e a Declaração, os direitos de participação e consulta aplicam-se a todos os tipos de domínios em que o estado vai adoptar políticas, tomar medidas ou implementar programas que possam afectar os povos indígenas. Isto é, nos domínios económico, social, político, cultural, educativo, laboral, da saúde, da

prestará su consentimiento y que no considera procedente entrar en un procedimiento para alcanzar un acuerdo. La consulta ahora complementa a la autonomía, no la sustituye ni siquiera en los casos en los que no esté organizada la autonomía indígena” (CLAVERO, 2012).

justiça, da segurança, etc. Nenhum campo está isento⁸ (FAJARDO, 2009, p. 372).

Desta forma, o direito de consulta prévia não pode ter seu âmbito de atuação restringido a determinados atos. É o que assevera André Fernando Baniwa:

Nesse sentido, o direito de consulta prévia não pode ser interpretado como um instrumento exclusivo para tratar sobre o aproveitamento específico de algum recurso natural, mas deve ser objeto de uma dimensão política mais ampla, para pensar a forma como se dará a participação do povo na definição de políticas públicas que lhe digam respeito. Assim, a consulta prévia deve abranger todos os aspectos que envolvam uma atividade e suas consequências futuras (BANIWA, 2012, p. 53).

Caso não haja obediência ao procedimento de consulta o ato administrativo deve ser considerado nulo e a medida legislativa padecerá de vício de ilegalidade.

⁸ “De acuerdo al Convenio 169 de la OIT y la Declaración, los derechos de participación y consulta se aplican a todo tipo de campos en los que el Estado va a adoptar políticas, tomar medidas o implementar programas que puedan afectar a los pueblos originarios. Esto es, en el campo económico, social, político, cultural, educativo, laboral, de salud, justicia, seguridad, etc. Ningún campo queda exento” (FAJARDO, 2009, p. 372).

Consulta de boa-fé

Embora talvez possa parecer desnecessário se estabelecer de forma expressa a necessidade de que a consulta seja realizada de boa-fé, haja vista que seria desarrazoado entender como possível a sua realização de má-fé e ainda assim sua manutenção de forma legítima, em se tratando de direitos indígenas, se faz indispensável a menção a tal circunstância. Isto porque as relações que os povos indígenas historicamente travaram com o Estado foram marcadas por uma violenta desigualdade e pela sempre presente tentativa de imposição a estes do arbítrio cultural dominante (aqui valem os ensinamentos de Bourdieu ao tratar do tema “poder simbólico”).

Ao estabelecer que a consulta deva ser feita de boa-fé, tem-se que o estado deve estabelecer com as comunidades indígenas uma relação marcada pela preponderância de deveres objetivos de conduta tendo como supedâneo fundamental a lealdade, em todas as fases do procedimento de consulta.

Pode-se recorrer ao instituto da boa-fé objetiva de índole eminentemente civilista, mas também considerado como princípio geral de direito, a fim de se estabelecer o núcleo essencial que deve limitar as relações do estado com as comunidades indígenas.

A boa-fé objetiva pode ser definida, em suma, como regra de conduta que determina às partes de uma determinada relação jurídica que ajam em obediência a parâmetros de honestidade e lealdade esperados e compatíveis com o objeto da relação travada. Tal situação se evidencia ainda mais em se tratando de relações estabelecidas com o estado, haja vista que este possui maior força para imposição da sua vontade quando em comparação com o particular. Não se confunde com a boa-fé subjetiva, já que não se torna necessária à análise de aspectos relacionados à intenção, à vontade dos sujeitos.

A doutrinadora Judith H. Martins Costa, diferencia a boa-fé objetiva da subjetiva da seguinte forma:

A expressão 'boa-fé subjetiva' denota 'estado de consciência', ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se 'subjetiva' justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem. [...] já por 'boa-fé objetiva' se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da 'common law' – modelo de conduta social, arquétipo ou 'standard' jurídico, segundo o qual 'cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade'. [...] a boa-fé objetiva qualificar, pois, uma norma de comportamento leal. É, por isso mesmo, uma norma necessariamente nuançada, a qual, contudo, não se apresenta como um 'princípio geral' ou como uma espécie de panaceia de cunho moral incidente da mesma forma a um número indefinido de situações. Não é possível, efetivamente, tabular ou arrolar, a priori, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso (COSTA, 1999, p. 410).

Do princípio da boa-fé objetiva, extrai-se também que não pode uma das partes de uma determinada relação jurídica agir de forma contrária às expectativas legítimas que sua conduta anterior gerou, o que a doutrina convencionou denominar de “vedação ao comportamento contraditório”, conceituado por Paulo Luiz Lobo Netto da seguinte forma:

Entre tantas expressões derivadas do princípio da boa-fé pode ser destacado o dever de não agir contra ato próprio. Significa dizer que a ninguém é dado valer-se de determinado ato, quando lhe for conveniente e vantajoso, e depois voltar-se contra ele quando não mais lhe interessar. Esse comportamento contraditório denota intensa má-fé, ainda que revestido de aparência de legalidade ou de exercício regular de direito. Nas obrigações revela-se, em muitos casos, como aproveitamento da própria torpeza, mas a incidência desse dever não exige o requisito de intencionalidade (NETTO, 2005, p. 88).

Não pode o poder público, assim, encetar um procedimento de consulta, nos termos do que determina a *Convenção 169* da OIT e, após o consentimento ou o não consentimento da comunidade indígena, agir ou deixar de agir nos termos manifestados por esta, o que violaria o mencionado princípio.

A incidência do princípio da boa-fé objetiva em face do estado⁹ é reconhecida pela doutrina, pois, conforme leciona Claudio Godoy:

⁹ Imperioso ressaltar que a lei n° 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que trata do processo administrativo, prevê de forma expressa o princípio da boa-fé no art. 2º, parágrafo único, IV.

expandiu-se a boa-fé objetiva como uma exigência de eticização das relações jurídicas, a ponto, inclusive de espriar seu campo de abrangência a outras áreas do direito privado, que não só a do contrato, e mesmo a outras áreas do direito, como por exemplo a do direito público (GODOY, 2004, p. 100).

Obra de forma compatível com a boa-fé objetiva o poder público quando realiza o procedimento de consulta prévia às comunidades indígenas de maneira leal e quando atende a deliberação tomada por estas. Do contrário, estará tornando letra morta o comando normativo contido no art. 6º da *Convenção 169* da OIT.

Assim, na consulta prévia o estado deve garantir o diálogo e a negociação observando a boa-fé objetiva. Em relação à situação de inexistência de consenso ao final do procedimento, Raquel Yrigoyen Fajardo defende que, em respeito à boa-fé, deve o estado:

assegurar que a medida proposta irá beneficiar as pessoas em questão, de modo a que se possa chegar a acordo ou consentimento para a medida. Se, após um processo de diálogo, as pessoas em questão não aceitarem, em princípio, a medida proposta, poderá ser iniciado um processo de negociação com vista a alcançar um acordo, no qual ambas as partes possam rever as suas abordagens iniciais. Se for alcançado um acordo, o estado fica vinculado. Se não se chegar a acordo, o estado tem o poder de tomar uma decisão. Contudo, isto não é um acto arbitrário, mas, como qualquer ato estatal, o estado é obrigado a dar razões para tal. Em termos processuais, o

estado deve explicar como tem aplicado o direito de consulta e como tem tido em conta as propostas indígenas. Do lado substantivo, mesmo que não se chegue a acordo, o estado deve ainda assim assegurar o máximo respeito possível pelo direito de consulta¹⁰ (FAJARDO, 2009, p. 384, trad. nossa).

Ou seja, inexistindo consenso, deve-se encetar um procedimento de negociação tendente a possibilitar que cada uma das partes revise o seu posicionamento. Caso mesmo assim não seja possível o acordo, caberá ao estado decidir, sem olvidar do necessário máximo respeito aos direitos indígenas e do dever de motivar adequadamente o ato.

¹⁰ “asegurar que la medida propuesta beneficiará al pueblo en cuestión, de tal modo que ello permita lograr el acuerdo o el consentimiento de la misma. Ahora, si instalado un proceso de diálogo, el Pueblo en cuestión, en principio, no acepta la medida propuesta, cabría entrar en un proceso de negociación orientado a llegar a un acuerdo, donde ambas partes puedan revisar sus planteamientos iniciales. Si se llega a un acuerdo, el Estado queda vinculado. Si no se llega a un acuerdo, el Estado tiene la atribución de tomar una decisión. Sin embargo, no se trata de un acto arbitrario, sino que, como todo acto estatal, el Estado está obligado a motivarlo. En cuanto a lo procesal, el Estado debe explicar cómo aplicó el derecho de consulta y cómo ha tenido en cuenta los planteamientos indígenas. En cuanto a lo sustantivo, aunque no se llegue a un acuerdo, el Estado debe asegurar igualmente el máximo respeto posible” (FAJARDO, 2009, p. 384).

Consulta prévia, livre e informada

A consulta tem por objetivo possibilitar que as comunidades indígenas interfiram diretamente em eventuais tentativas de supressão ou atenuação de seus direitos, obstando-as. Tem o propósito de dificultar a violação arbitrária e unilateral de direitos indígenas. Desta forma, não pode ser realizada sem critérios e em momento em que as comunidades indígenas já não possam evitar o dano, por menor que seja, em face da medida a ser adotada. Por isso a previsão de que o consentimento das comunidades indígenas ao objeto da consulta deva ser prévio, ou seja, antes mesmo da medida ser iniciada.

Em havendo a intenção de se iniciar qualquer procedimento, seja de natureza administrativa ou legislativa, antes, deve-se consultar as comunidades indígenas. Sem o consentimento destas nesse momento incipiente, o procedimento não pode ter seguimento, sob pena de violação a *Convenção 169* da OIT e a *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*. Nesse sentido inclusive vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, conforme se pode constatar com a leitura do seguinte julgado (suspensão de liminar e de sentença 001745 de 24/04/2013):

A Convenção em destaque, como relatado, foi promulgada pelo Decreto nº 5.051/2004, estando, portanto, passível de aplicação no país. Sendo assim, de acordo com o texto da Convenção, quando houver alguma medida administrativa tendente a afetar, de modo direto, às comunidades indígenas e tribais, o Governo deverá promover consultas de modo a inseri-las no contexto participativo de tomada de decisão.

Trata-se, portanto, de consulta de natureza prévia que deve ser realizada pelo Poder Público sempre que o empreendimento que se pretende implantar

puder, de algum modo, afetar diretamente as comunidades indígenas e tribais. Sem embargo, ao contrário do que decidido pelo em. Relator do Agravo de Instrumento nº 0019093-27.2013.4.01.0000, não vislumbro como meros estudos preliminares, atinentes tão-somente à viabilidade do empreendimento, possam afetar, diretamente, as comunidades envolvidas.

O que não se mostra possível, no meu entender, é dar início à execução do empreendimento sem que as comunidades envolvidas se manifestem e componham o processo participativo com suas considerações a respeito de empreendimento que poderá afetá-las diretamente.

Em outras palavras, não poderá o Poder Público finalizar o processo de licenciamento ambiental sem cumprir os requisitos previstos na Convenção nº 169 da OIT, em especial a realização de consultas prévias às comunidades indígenas e tribais eventualmente afetadas pelo empreendimento. Além disso, não há uma regulamentação específica que exija que a consulta deverá se dar antes mesmo do início dos estudos de viabilidade do empreendimento, decorrendo daí a possibilidade de, obedecido o princípio de preservação dos direitos fundamentais dessas comunidades, a consulta se dar concomitante às avaliação e estudos, pois, nesse caso, ao meu sentir, não haverá "medida administrativa" tendente a afetar diretamente as comunidades envolvidas.

Depreende-se dos autos que o Governo Federal tem promovido os debates e reuniões com as lideranças indígenas envolvidas e que podem ser afetadas pelo empreendimento. Esse comportamento, a toda evidência, denota o cumprimento do art. 6º, 2, da

Convenção, o qual determina que as consultas devem ser regularmente realizadas ao abrigo da boa-fé e de maneira apropriada às circunstâncias do caso, com vistas a se chegar a um acordo e "conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Faz-se uma crítica à decisão somente no ponto em que especifica que, como não há uma regulamentação específica exigindo que a consulta deva ocorrer antes mesmo do início dos estudos de viabilidade do empreendimento, há a possibilidade desta ser efetivada de forma concomitante as avaliações e estudos, pois, nesse caso não haveria "medida administrativa". Isso porque a Convenção 169 da OIT é clara no sentido da necessidade de realização de consulta "prévia" a qualquer ato administrativo ou legislativo. Não menciona consulta concomitante a determinados atos, como, por exemplo, o estudo de viabilidade.

Ademais, ao contrário do quanto dito, despiciendo se faz uma regulamentação no sentido de dizer o que significa o vocábulo "prévio" para fins do mencionado ato normativo. Prévio, por uma questão de lógica, é sempre o que vem antes. Logo, antes do início de qualquer ato administrativo ou legislativo, seja de que natureza for e mesmo incipiente e mesmo que o ato por si só não possa afetar as comunidades indígenas, mas o que lhe sucede como consequência lógica sim, a consulta deve ser realizada.

Da mesma forma entende Raquel Yrigoyen Fajardo, no sentido de se exigir a realização de consulta em todas as fases de um ato complexo, incluindo os estudos de impacto ambiental:

A consulta tem a característica de ser anterior à medida a ser adotada pelo Estado. No caso de actos complexos ou processos longos, tais como

actividades extractivas em que o Estado adota várias medidas ao longo de um ciclo de projecto, deve assegurar-se que as populações estão envolvidas em todas as fases do projecto em questão. Além disso, devem ser implementadas consultas atempadas antes da adoção de medidas concretas: por exemplo, antes da lotação, concessão, expansão, exploração, estudos de impacto ambiental, etc. Também devem ser realizadas consultas para ações específicas, tais como a determinação de possíveis lucros, ou possíveis danos, e, por conseguinte, uma indemnização. A realização de uma consulta para um acto específico não isenta o Estado de consultas para outras medidas. Por exemplo, se a consulta é realizada apenas para estudos de impacto ambiental, isto não autoriza a atividade de exploração em si. Ou se for realizada uma consulta relativamente a uma concessão mineira sob certos parâmetros, não autoriza, por exemplo, a extensão de barragens de rejeitos¹¹ (FAJARDO, 2009, p. 384, trad. nossa).

¹¹ “La consulta tiene la característica de ser previa a la medida que va a adoptar el Estado. Si se trata de actos complejos o procesos largos como actividades extractivas donde el Estado adopta varias medidas a lo largo del ciclo de un proyecto, deberá garantizarse que los pueblos participen en todas las fases del proyecto en cuestión. Además, deberá implementarse consultas puntuales antes de la adopción de medidas concretas: por ejemplo, antes de una lotización, concesión, ampliación, explotación, explotación, estudios de impacto ambiental, etc. Igualmente deberán convocarse consultas para acciones concretas, como la determinación de posibles ganancias, o de posibles daños y perjuicios, y por tanto indemnizaciones. La realización de

Malgrado tal crítica, a decisão não deixa de ser um avanço, haja vista que reconhece de forma expressa a obrigatoriedade de o Estado realizar o procedimento de consulta prévia sempre que houver alguma medida que possa afetar as comunidades indígenas.

Ademais, deve o consentimento ser obtido de forma livre, ou seja, sem coação. Além disso, deve todos os aspectos que envolvem a consulta serem bem informados aos indígenas. Em relação a tais características, assevera Bartolomé Clavero:

Indo além da Convenção 169, considerando todos os direitos dos Povos Indígenas à autodeterminação, a Declaração como regra geral requer não só consulta, mas também consentimento, e consentimento prévio, plenamente informado e livre por parte dos povos Indígenas¹² (CLAVERO, 2011, p. 07).

una consulta para um acto puntual no exime al Estado de las consultas por otras medidas. Por ejemplo, si se hace una consulta respecto de estudios de impacto ambiental solamente, ello no autoriza a la realización de la actividad de explotación en sí. O si se realiza una consulta respecto de una concesión minera bajo ciertos parámetros, ello no autoriza la extensión de canchas de relave, por ejemplo” (FAJARDO, 2009, p. 384).

¹² “Avanzando más allá del Convenio 169 por considerar que todos los derechos de los Pueblos Indígenas en el de libre determinación, la Declaración como regla general no sólo requiere consulta, sino también consentimiento, y un consentimiento con carácter previo, con información completa y con libertad plena por parte de los Pueblos Indígenas” (CLAVERO, 2011, p.07).

Será livre a consulta que dê plenas condições às comunidades indígenas de manifestarem a sua vontade. A estas deve ser assegurada ampla liberdade para manifestação no sentido de: 1) aceitar ou não aceitar a submissão de determinado ato à consulta; 2) estipular o que melhor lhes convier caso aceite o procedimento de consulta. Do contrário a consulta não será livre, mas imposta e estará em descompasso com o art. 6º da *Convenção 169*, com o art.19 *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas* e também com o art. 1º, I, IV da Constituição Federal que assegura a livre iniciativa e art. 3º, I do mencionado diploma legal que estabelece como objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Além de ser prévia e livre, deve a consulta ser bem informada. Com efeito, não é possível se falar em democracia sem o pleno respeito pelo direito à informação e à participação efetiva dos cidadãos nas decisões políticas. Não se deve imaginar a democracia apenas como regime democrático de governo, mas como *ethos*, atitudes e sentimentos dos indivíduos de uma sociedade que marcam suas manifestações políticas, culturais e econômicas. Em específico, os povos indígenas têm direito à informação e à participação em relação a todas as decisões políticas e econômicas que os afetem (VILLARES, 2009, p.87).

Luiz Fernando Villares (2009, p. 87) ressalta também o fato de ser o direito um processo comunicativo, em que a norma e realidade não são dois campos distantes, mas estão inseridos numa mesma sociedade em constante modificação, o que torna a informação uma ferramenta essencial para a interpretação da condição humana e do mundo que a molda. Afirma que:

Essa ferramenta é indispensável na busca da racionalidade e do consenso exigido pelo direito. Paulo Affonso Leme Machado destaca que a informação serve para o processo de educação de cada pessoa e

da comunidade e visa ao pronunciamento do cidadão sobre a matéria informada (VILLARES, 2009, p. 87).

Efetivamente a informação adequada é instrumento indispensável para que haja uma real participação dos indígenas nas decisões que os afetem, do contrário haverá um procedimento meramente formal, sem qualquer condão de efetivamente refletir a vontade destes. Conforme Luiz Fernando Villares:

Uma sociedade que se quer democrática e multicultural, que respeita as mais diversas etnias e culturas, exige o nivelamento da informação a todos. É um comprometimento que o estado e os agentes privados têm de transmitir à população e aos setores interessados as informações de seu conhecimento, de forma acessível, adequada e em tempo hábil, para o debate público e democrático e a posterior tomada de decisão. A informação é um pressuposto para a escolha consciente e a participação democrática (VILLARES, 2009, p. 88).

Os estados devem adotar medidas que possibilitem aos indígenas entenderem e serem entendidos em atos políticos, jurídicos e administrativos. Deve ser conferido aos índios o direito de estabelecerem seus próprios meios de informação em seus próprios idiomas, garantido a eles o acesso a todos os demais meios de informação não indígenas, sem qualquer discriminação (VILLARES, 2009, p. 88).

Nesse sentido, a consulta prévia não pode ser compreendida como uma mera audiência pública, um evento, uma reunião ou um encontro. Deve haver um processo mutuamente acordado, que poderá estar composto por vários eventos de diferentes naturezas, como reuniões, oficinas, seminários,

assembleias etc, nos termos deliberados pelas partes, e com tempo suficiente (BANIWA, 2012, p. 11).

Analisadas as características principais do direito à consulta, será examinada a atuação de um dos órgãos de maior relevância para a proteção dos direitos das comunidades indígenas, qual seja o ministério público, no sentido de fiscalizar o efetivo respeito por parte do estado do mencionado direito, bem como serão apresentados os mais relevantes instrumentos jurídicos que possui para tal mister.

O Ministério Público como instrumento de concretização do direito à consulta prévia

Ao ministério público, nos termos constitucionais, incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CRFB, 1988). De tal preceito já se extrai a imensa relevância desta instituição para a defesa dos interesses mais importantes à vida em sociedade.

Com efeito, ao ministério público foram conferidos poderes para controlar os atos do poder público, a fim de que os direitos fundamentais não fiquem restritos ao plano jurídico, mas para que se tornem verdadeiramente algo atinente ao plano político, para que ganhem concretude e sejam incorporados à vida das pessoas¹³. Nesse sentido, extrai-se da doutrina de Alexandre de Moraes:

¹³ Da mesma forma, para Hugo Nigro Mazzilli: “O Ministério Público moderno está encarregado de assegurar o acesso à Justiça, bem como defender todos os direitos sociais, e também os individuais, se indisponíveis. Para isso, dispõe dos seguintes instrumentos: a) ação penal pública (para processar os criminosos); b) inquérito civil (para investigar lesão ao meio ambiente,

Portanto, também é função do Ministério Público, juntamente com os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, garantir ao indivíduo a fruição de todos os seus *status* constitucionais. Essa ideia foi consagrada pelo legislador constituinte de 1988, que entendeu por fortalecer a Instituição, dando-lhe independência e autonomia, bem como a causa social para defender e proteger. Um órgão, no dizer de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “de promoção da defesa social desses direitos” (Direitos humanos fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1995.p.126).

Corroborando a ideia da importância da atuação do Ministério Público na efetividade dos direitos humanos fundamentais, Smanio afirma que

“rompeu o constituinte de 1988 com o imobilismo da tradicional teoria da separação de poderes, atribuindo função de atuação a determinado órgão do Estado, que é o Ministério Público, para assegurar a eficácia dos direitos indisponíveis previstos pela própria Constituição” (Criminologia e juizado especial criminal. São Paulo: Atlas, 1997.p. 71) (MORAES, 2011, p. 42-43).

consumidor, patrimônio público e social, e outros interesses metaindividuais); c) ação civil pública (para buscar a responsabilização civil de causadores de danos a interesses da coletividade); d) ombudsman (para ouvir reclamações, investigar, fazer audiências públicas e tomar providências para que os serviços públicos e de relevância pública observem os direitos assegurados na Constituição)” (2007, p.89).

Compete ao ministério atuar sempre que os interesses da sociedade estejam sendo violados por ação ou omissão de quem quer que seja, sendo que, no caso específico das comunidades indígenas, além da previsão geral antes mencionada, há previsão expressa da necessidade de atuação no art. 129, V da Constituição Federal (CRFB, 1988).

Nesse sentido, em se tratando a consulta de um direito positivado no ordenamento jurídico pátrio e considerando ser esta instrumento que visa à implementação da democracia participativa em relação às comunidades indígenas, cabe ao ministério público a função de exigir que seja realizado o procedimento de consulta sempre que houver a intenção da prática de qualquer ato administrativo ou legislativo que possa lhes afetar. Além de exigir a realização da consulta, também deve o ministério público, estadual ou federal, zelar para que todas as suas características sejam plenamente observadas.

Nesse contexto, importante ressaltar que, com a quebra do paradigma integracionista e assimilacionista, não se justifica a manutenção de uma divisão rígida de atribuições entre os órgãos do ministério público que dificulte aos povos indígenas o acesso aos direitos fundamentais acessíveis aos componentes da sociedade envolvente e a seus direitos específicos, como a consulta.

Uma hermenêutica constitucional que vise a potencialização dos efeitos dos direitos fundamentais, autoriza que se identifique a possibilidade de atuação também do ministério público estadual para a defesa do direito à consulta das comunidades indígenas¹⁴.

¹⁴ Pode-se ainda, cogitar da atuação do ministério público em espaços não oficiais de satisfação de necessidades e carências das comunidades indígenas, no que se denomina de pluralismo

Com efeito, de acordo com o princípio da máxima efetividade, a Constituição Federal deve ser interpretada de forma a possibilitar a maior amplitude possível de acesso aos direitos fundamentais a seus destinatários, pois, conforme preleciona Gomes Canotilho:

é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais) (CANOTILHO, 2002, p. 227).

Nesse contexto, restringir o acesso das comunidades indígenas ao ministério público estadual para a defesa de um direito é de alguma forma impor mais um obstáculo a estas para acesso aos direitos fundamentais dos quais também são titulares, reduzindo a efetividade destes. Importa, ainda, em reforçar a negativa histórica aos direitos elementares acessíveis aos demais cidadãos e em violação ao princípio da igualdade¹⁵, pois, conforme afirma Luiz Fernando Villares:

jurídico, definido por Antonio Carlos Wolkmer como sendo “a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interligadas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais e culturais” (2001, p. 219).

¹⁵ Ao estabelecer as características dos direitos fundamentais, Sérgio Cademartori (1999, p.34-35) ressalta a necessidade de observância ao princípio da igualdade em relação a estes, haja vista que “ao contrário dos direitos subjetivos conferidos por

Os povos indígenas não vivem em situação de igualdade dentre os diversos componentes da população brasileira. Alguns grupos indígenas, ainda hoje, são perseguidos e têm suas vidas e culturas ameaçadas por inteiro, chegando a ser dizimados enquanto povos, culturas, línguas e costumes; são impedidos de se beneficiarem dos mesmos direitos civis, políticos e econômicos, sociais e culturais comuns a outros grupos da sociedade; são inferiorizados a um papel secundário, não lhes sendo possível na prática ter a mesma posição social, profissional e os mesmos bens que outros cidadãos.

A declaração da igualdade de todas as pessoas perante a lei nunca bastou em relação à desigualdade racial e étnica existentes. É necessário o seu desdobramento em demais princípios e normas que exijam esse postulado diariamente. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 3º, estabelece como objetivo fundamental do estado brasileiro a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O Estado está a serviço de todos, sem exceção ou discriminação. Não pode ser perpetuador da situação atual, agente da continuidade da discriminação e da desigualdade entre diferentes grupos sociais. Ao contrário, o Estado tem como meta, dever, procurar a igualdade de todos os cidadãos (VILLARES, 2009, p. 54-55).

Desta forma, entende-se que tanto o ministério público estadual como o ministério público federal têm atribuições para a defesa de direitos indígenas, entre os quais se inclui o direito à consulta.

lei, tais como o direito de propriedade, que se exercem *excludenti alios* esses direitos são *inclusivos*, isto é, não pode cada um gozar dos mesmos bens se os outros também não usufruem deles.”

Resta delimitar os instrumentos jurídicos que o ministério público brasileiro possui para efetiva fiscalização da observância do direito à consulta prévia.

Prima facie, registra-se que a atuação ministerial não ocorre somente em juízo. A atuação extrajudicial e resolutiva, após a Constituição Federal de 1988, se mostra inclusive com maior preponderância que a judicial, principalmente no que tange a proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

O ministério público dispõe principalmente dos seguintes instrumentos para fiscalização do cumprimento pelo Estado do direito à consulta:

- a) Atendimento ao Público: através do atendimento ao público o membro do ministério público tem condições de ouvir as carências e necessidades das comunidades indígenas sendo informado, de forma célere, de eventuais primeiros contatos informais feitos pelo poder público ou por particulares no sentido de praticar determinado ato administrativo ou legislativo que possam afetá-los. Tendo conhecimento, desde já pode adotar as medidas necessárias a fim de garantir que a consulta seja realizada de forma regular e no momento oportuno.
- b) Audiência Pública: trata-se de um mecanismo fulcral na democracia participativa e extremamente útil para a obtenção de informações e realização de debates atinentes a assuntos de interesse da sociedade. Pode o agente ministerial, convocando uma audiência pública, ouvir uma comunidade indígena em um único momento e lugar (sem prejuízo do desmembramento da audiência ou

convocação de outras caso necessário), colocando a esta questões que a envolve, a fim de que sejam amplamente discutidas e auxiliem a tomada de providências posteriores. É também um espaço adequado para a comunidade indígena apresentar ao ministério público situações que tornam necessária a realização de consulta prévia.

- c) Inquérito Civil e Procedimento Preparatório: tratam-se, em suma, de procedimentos formais, extrajudiciais, à disposição do ministério público para investigação do cumprimento das leis, da Constituição e do interesse público, pelo Estado ou por particulares. Caso constate que o direito à consulta não esteja sendo observado, em situação em que se justifique, pode o representante do ministério público instaurar inquérito civil ou procedimento preparatório e, nestes, expedir requisições, notificar e ouvir pessoas, realizar inspeções, ou seja, realizar qualquer diligência necessária para esclarecimento do fato, desde que não seja uma diligência que possua reserva de jurisdição. Obtidas as informações, será possível a expedição de recomendação administrativa, a elaboração de termo de ajustamento de conduta ou a adoção de eventual medida judicial.
- d) Termo de Ajustamento de Conduta: através do termo de ajustamento de conduta, o ministério público obtém do poder público ou do particular o compromisso de agir ou deixar de agir de determinada forma, ou de indenizar. Garante a possibilidade de resolução de determinada situação em menor

tempo e com maior efetividade, se comparado com o manejo de ações judiciais. Em sendo constatado que o direito à consulta prévia está sendo violado, pode o ministério público propor a realização de um termo de ajustamento de conduta a fim de que seja observado, estabelecendo suas condições, prazos e a necessária observância das suas características;

- e) **Recomendação Administrativa:** mediante a recomendação administrativa o ministério público alerta o poder público ou particulares a respeito da necessidade de adoção de determinadas providências a fim de que se adequem ao que estabelece a lei ou a constituição, fixando prazo para tanto. Pode a recomendação administrativa, assim, informar o poder público a necessidade de realização de consulta prévia à prática de determinado ato e de obediência às suas características, a fim de que este assim proceda, antes da adoção de ulteriores providências. É um instrumento conferido ao ministério público tendo em vista a sua função constitucional de zelar para que os poderes públicos e os serviços de relevância pública respeitem os direitos assegurados na constituição.
- f) **Ação Civil Pública:** trata-se de um instrumento de atuação jurisdicional do ministério público, e de outros legitimados, regulamentados pela lei 7.347/85 e, também, previsto na Constituição Federal (art.129, III). Pode ser manejada a ação civil pública tanto quando o poder público deixa de realizar a consulta prévia quando é necessário realizá-

la, como quando deixa de observar as suas características essenciais. Visa impedir que o ato administrativo se realize sem a consulta prévia ou que, embora a consulta seja realizada, esta ocorra de forma irregular. Pode ainda ser ajuizada visando à responsabilização do agente público pela prática de ato de improbidade administrativa ou para a reparação de determinado dano causado às comunidades indígenas durante o procedimento de consulta ou em virtude de sua falta.

O ministério público, como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e da sociedade, é um dos principais instrumentos que as comunidades indígenas possuem para que ocorra o efetivo respeito pelo poder público do direito à consulta de que são titulares. Desta forma, indispensável que haja uma adequada interlocução entre ministério público e indígenas, a fim de que, constatada qualquer situação de violação do mencionado direito, as providências sejam devidamente tomadas e de forma célere, com o objetivo de garantir a estas a possibilidade de exercício de seus direitos fundamentais.

Conclusões

A previsão do direito à consulta prévia, embora tenha representado um avanço para as comunidades indígenas em seu processo histórico de luta pelo reconhecimento de direitos, principalmente à autodeterminação, ainda carece de efetiva implementação. Para tanto, indispensável que haja engajamento responsável de todas as autoridades públicas e da sociedade civil, no sentido de possibilitar às comunidades indígenas a exteriorização de seu consentimento a atos administrativos ou legislativos que possam lhes afetar nos termos do que estabelece

a *Convenção 169* da Organização Internacional do Trabalho e a *Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas das Nações Unidas*.

Nesse contexto, assume especial relevância a atuação do ministério público, haja vista que alçado pela Constituição Federal ao posto de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Compete ao ministério público, estadual e federal, assim, zelar pela obediência adequada do direito à consulta prévia pelo poder público, utilizando-se, para tanto, dos instrumentos tradicionais que já possui para proteção dos interesses da sociedade.

Deve o ministério público garantir não só a realização de um procedimento formal de consulta, mas que esta se realize de acordo com as características previstas nos instrumentos normativos que a estabelece, quais sejam, de boa-fé, prévia, livre e informada.

Somente desta forma, garantindo-se também às comunidades indígenas a possibilidade de usufruto de um direito tão caro para a proteção aos seus interesses, como é a consulta, que se poderá afirmar que a República Federativa do Brasil respeita as normas internacionais que em determinado momento aceitou como legítimas. O que será um passo importante para se pensar em continuar a lutar pela concretização dos objetivos da nação insculpidos no art.3º da Constituição Federal, principalmente o inciso I que estabelece como meta a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Referências

BANIWA, André Fernando. O direito de consulta prévia dos povos indígenas no Estado da República Federativa do Brasil. In: **El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina**. La Paz: Fundación Konrad Adenauer (KAS), 2012.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, vol. I, n° 6, setembro de 2001, Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 21 de maio de 2019.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**, 6. ed., Coimbra: Almedina, 2002.

CLAVERO, Bartolomé. **Derechos de los pueblos indígenas: ejercicio y aplicación, avances y retrocesos** (especialmente sobre los del derecho de consulta y consentimiento). IV Encuentro Latinoamericano de Gobiernos Locales para Vivir Bien en Territorios Indígenas, Campesinos y Comunidades Interculturales. 2011. Disponível em: <<http://odhpi.org/wp-content/uploads/2012/08/cCONSULTYA-Y-CONSENTIMIENTO-AVANCES-YRETROCESOS.pdf>>. Acesso em: 20 de maio de 2014.

CLAVERO, Bartolomé. **La consulta en serio** (como mecanismo supletorio de la libre determinación en el derecho internacional y en el estado plurinacional). 2012. Disponível em: <<http://www.bolpress.com/art.php?Cod=2012052903>>. Acesso em 21 de maio de 2014.

COLAÇO, Thais Luzia. A trajetória do reconhecimento dos povos indígenas do Brasil no âmbito nacional e internacional. In: **Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

COLAÇO, Thais Luzia. Os “novos” direitos indígenas. In: WOLKMER, Antônio Carlos et al. **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectiva**. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Judith Hofmeister Martins. **A boa-fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FAJARDO, Yrigoyen Fajardo. De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento: fundamentos, balance y retos para su implementación. In: **Amazônica - Revista de Antropologia**, Vol. 1, No 2, 2009.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2004.

HESSE, Konrad. Limites da mutação constitucional. Tradução por Inocência Mártires Coelho. In: **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª edição. Salvador: JusPODIVM, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Acesso à Justiça e o Ministério Público**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORAES, Alexandre. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2012.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e Povos Indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3.ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

ANTROPOLOGIA JURÍDICA E OS CÍRCULOS DE PAZ NAS COMUNIDADES INDÍGENAS: uma alternativa na contribuição de administração de conflitos de forma restau- rativa

Marina Soares Vital Borges¹

Introdução

O presente artigo trata da cultura da pacificação social e sua implementação no Brasil, no que se refere às comunidades indígenas. Partindo dos marcos teóricos da antropologia jurídica e do pluralismo jurídico, pretende-se apresentar algumas iniciativas de mediação nas comunidades indígenas, promovendo reflexões acerca das dificuldades em manter a imparcialidade do mediador e o respeito à cultura indígena.

Durante meus estudos no GPAJU - Grupo de pesquisa em Antropologia Jurídica coordenados pela Profa. Thais Colação, sempre desenvolvi trabalhos envolvendo a questão judicial, precipuamente no que tange às percepções do poder judiciário tradicional com as demandas das minorias e seus próprios “códigos” como forma de administrar conflitos.

¹ Mestre em Direito pela UFSC em 2007. Graduação em Direito pela UFMT em 2001. Desde 2016 é Gestora do CEJUSC- Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania -TJMT de Primavera do Leste-MT. Também é Facilitadora de Círculo de Paz, Supervisora, Instrutora e Mediadora Judicial cadastrada pelo CNJ. e-mail: marina.borges@tjmt.jus.br

Neste trabalho apresenta-se características da mediação, diferenças entre mediação e conciliação e ainda ferramentas utilizadas na mediação. Todos estes conceitos são fundamentais para que se possa vislumbrar a forma como uma mediação é feita e como essa técnica pode auxiliar nas demandas das comunidades indígenas, apresentando-se algumas experiências nacionais de mediação em comunidades indígenas.

Após apresentar os conceitos de mediação, apresenta-se também os marcos teóricos da justiça restaurativa, explanando acerca das técnicas dos círculos de paz e os diferentes espaços em que podem ser utilizadas. Da mesma maneira busca-se apresentar iniciativas de justiça restaurativa nas comunidades indígenas.

O objetivo deste artigo é trazer contribuições acerca da justiça restaurativa apontando as práticas circulares como uma forma mais adequada para administração dos conflitos indígenas, devido a vários fatores. Dentre eles aponta-se o respeito à comunidade em que o índio está inserido, peça fundamental para o reconhecimento da falta e da aplicação da reparação pelo indígena que possa ter causado danos.

Além de se respeitar a comunidade na responsabilização do delito, vale lembrar que com o envolvimento de elementos da comunidade, de todos os indivíduos envolvidos, mediante a prática circular pode-se acolher a contribuição de cada membro para a administração do conflito aproximando-se mais facilmente da solução do conflito e prevenindo outras demandas que possam advir.

A intenção não é ensinar a comunidade indígena a realizar círculos de paz, porque as práticas circulares já fazem parte da maioria das comunidades indígenas. A intenção é incentivar que os serviços oferecidos pelo Poder Judiciário para essas comunidades indígenas possam englobar práticas circulares uma vez que estas parecem se adequar de forma mais apropriada às necessidades dessas comunidades.

Antropologia jurídica e a justiça restaurativa: conceitos elementares

Antropologia jurídica: uma visão sistêmica

Para iniciar as ideias que se pretende transmitir neste trabalho devemos delimitar aqui alguns conceitos considerados sobre a antropologia jurídica. Em outros capítulos deste livro a tarefa de explanar o marco teórico da antropologia jurídica já foi realizada com excelência. Dentre os limites deste trabalho é importante apresentar o conceito de antropologia como sendo um conjunto de teorias, métodos e técnicas de pesquisa que buscam explicar e compreender as mais diversas práticas dos homens e mulheres em sociedade (SANTOS, 2005, p.19).

Nesse sentido, a antropologia jurídica propõe-se a estudar os direitos de culturas não-ocidentais e, em seguida, com um olhar novo, voltar-se aos direitos das sociedades ocidentais (ROULAND, 2003, p.70).

Como bem define Colaço (2008, p. 19), o antropólogo vai dar voz a quem sempre se calou, por não ser compreendido ou ter “castrada” a sua fala, ou porque nunca foi ouvido. Também fará o papel intermediário entre culturas diferentes, ajudando a manter um diálogo. Independentemente da linha de atuação, os profissionais devem ajudar os povos, populações ou comunidades estudadas nas relações com a sociedade moderna e capitalista, mas sem paternalismo, caridade e dominação.

A antropologia jurídica mostra-nos que outras culturas, africanas ou orientais, descobriram diferentes direcionamentos para problemas que todos enfrentam. O estudo dessas experiências de forma franca e respeitosa, pode contribuir para a administração dos problemas jurídicos das culturas ocidentais. Por exemplo, quando se analisa experiências de justiça

comunitária², elas são compreendidas como uma forma diferente de administrar conflitos e também de vivenciar o fenômeno judicial³.

A antropologia jurídica não se ocupa apenas do direito de povos indígenas e outras “minorias”, mas sim do estudo sem pré-conceitos da cultura do outro, a intenção despretensiosa para olhar o semelhante, trocar com a cultura do diferente e depois aprender/reaprender saídas para seus próprios problemas.

Na antropologia jurídica também o direito não é entendido como norma oriunda unicamente do estado, o reconhecimento do pluralismo jurídico⁴ é um referencial teórico importante. Assim, conforme descreve Shirley (1987, p.12) para a antropologia as regras são feitas a partir de bases sociais e econômicas e precisam ser vistas em seu conteúdo social e cultural. O

² As experiências de justiça comunitária a que se refere, trazidas por López (2000) e Ribeiro e Strozenberg (2001) demonstra que comunidades alijadas do estado, que por algum motivo não tiveram suas demandas atendidas da maneira tradicional descobriram formas não violentas de resolver suas desavenças

³ Para outros exemplos dessa compreensão da justiça comunitária, verificar artigo de minha autoria publicado no livro: COLAÇO, Thais. (org.). *Elementos da Antropologia Jurídica*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

⁴ O paradigma do pluralismo jurídico (WOLKMER, 2001) visualiza uma nova concepção de juridicidade que não se identifica unicamente com os direitos consagrados nos códigos e na legislação dogmática. O principal núcleo para o qual converge o pluralismo jurídico é a negação de que o estado seja o centro único do poder político e a fonte exclusiva de toda a produção do direito.

direito então não é imutável e posto unicamente pelo estado, mas sim construído historicamente.

É com este olhar plural, atento e ávido a aprender com as diferentes formas de se visualizar o direito e a administração de conflitos que pretendemos observar a experiência de administração de conflitos indígenas com a mediação e, por outro lado, apresentar a experiências de indígenas com a justiça restaurativa.

Justiça restaurativa e sua contribuição na administração de conflitos

Antes de se passar para os estudos sobre a mediação e a administração de conflitos indígenas, é importante para este estudo traçar o referencial teórico da justiça restaurativa. Valendo-se das lições de Zehr (2015, p. 13), a expressão “justiça restaurativa” abarca uma ampla gama de programas e práticas, no seu cerne ela é um conjunto de princípios e valores, uma filosofia, uma série de perguntas pragmáticas. Zehr (2015, p.54) afirma que:

Justiça Restaurativa é um processo para envolver, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse em determinada ofensa, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de promover o restabelecimento das pessoas e endireitar as coisas, na medida do possível.

Os princípios da justiça restaurativa podem ser aplicados nos mais diversos contextos, com famílias, escolas, conflitos entre vizinhos, mas sua prática nasceu da tentativa de encontrar outra forma de tratar as infrações penais. Com efeito, cuida-se de um sistema de justiça que interpreta as necessidades e os papéis dos indivíduos envolvidos no crime (infrator, vítima e

comunidade local) de maneira diferente da convencional, buscando a administração daquele conflito de forma efetiva.

No modelo tradicional punitivo, quando ocorre um crime esta ação foi cometida contra o estado e as necessidades da vítima são delegadas a segundo plano, sendo apenas elementos de configuração do processo. A justiça restaurativa como preceitua Zehr (2015, p.27), expande o círculo dos interessados no processo, aqueles que foram afetados ou tem uma posição em relação ao evento ou caso, ampliando-o para além do estado e do ofensor a fim de incluir também aqueles diretamente vitimados e os membros da comunidade. Na justiça tradicional os serviços estão centrados em dar ao ofensor o castigo que merece, na justiça restaurativa a preocupação são as necessidades dos prejudicados, dos que causaram danos e da comunidade onde a situação ocorreu.

Desses fatores, podemos extrair o que Howard Zehr (2008, p. 173) chamou de “dimensões básicas do mal cometido”, cuja demanda consequente será a necessidade de resolução de um conflito: a vítima, o ofensor, a comunidade e os relacionamentos interpessoais. Dentre os limites deste trabalho, o que se pretende trazer é a noção de que a justiça restaurativa vem com o objetivo de responsabilizar e não de punir simplesmente. Saindo um pouco da esfera penal, quando ocorre um dano, os esforços devem estar em reparar os danos causados pelo comportamento do ofensor, mas sempre envolvendo a família e a comunidade.

A inspiração do modelo restaurativo remonta tradições ancestrais, a exemplo dos Maoris, da Nova Zelândia, e das culturas indígenas do Canadá (GOMES PINTO, 2005, p. 23). No Brasil, desde 2010, existem práticas de justiça restaurativa nos

estados do Rio Grande do Sul⁵ e Ceará⁶, mas atualmente ante a edição da resolução n. 225/2016 que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa⁷, na maioria dos tribunais de justiça existem iniciativas que implementam essas práticas cada uma com sua especificidade. Segundo pesquisa realizado no ano de 2017, Vera Pereira de Andrade⁸ da pesquisa “*Pilotando a Justiça Restaurativa: o Papel do Poder Judiciário*”, a pesquisa identificou e mapeou a existência de programas em 19 estados do país.

⁵ No Rio Grande do Sul, as iniciativas de justiça restaurativa remontam do ano de 2010, contando com várias iniciativas em muitas áreas, especialmente na área da educação. O Escola + Paz é um programa, alicerçado no diálogo, nas comunidades escolares dos territórios atendidos pelo POD. Esta iniciativa tem como base a justiça restaurativa, que utiliza as práticas dos círculos de paz. <https://www.escolamaispaz.org.br/>

⁶ Exemplos de experiência de sucesso nesta área é o Instituto Terres des Hommes, na cidade de Fortaleza. O Instituto Terre des hommes Brasil é uma organização de sociedade civil que tem a missão de promover, garantir e defender os direitos de crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade social. A instituição integra o movimento internacional Terre des hommes, cuja sede global é em Lausanne, na Suíça. Maiores informações em: <<https://www.tdhbrasil.org/>>

⁷ Disponível em:

<https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf>

⁸ Disponível em:

<<https://www.cnj.jus.br/pesquisa-identifica-justica-restaurativa-emergente-e-carregada-de-mitos/>>. Acesso em 25 de maio de 2020.

A metodologia da justiça restaurativa pode ser implementada de diferentes maneiras como por exemplo, nas escolas, em processos envolvendo famílias, processos criminais, em empresas, etc. Zehr (2015, p.59) traz várias experiências envolvendo conflitos comunitários, encontros de vítima e ofensor em casos de violência doméstica, conferência de grupos familiares e os círculos de paz aprofundados neste trabalho.

As abordagens circulares entraram no campo da justiça restaurativa, inicialmente mediante as atividades aborígenes do Canadá. Para descrever o processo Zehr (2015, p. 70) menciona o juiz Barry Stuart, em cuja vara, um desses círculos foi reconhecido pela primeira vez através de sentença judicial, escolheu o termo “círculos de construção de paz”. Atualmente os círculos têm inúmeras aplicações, como será visto na última parte, nem sempre quando se tem um conflito em si, mas também círculos de diálogo para melhoria do ambiente escolar, familiar ou de trabalho.

A justiça restaurativa não tem como objeto principal o perdão ou reconciliação e não se trata de mediação propriamente dita. Tal modelo de justiça não foi concebido para forçar que as partes se reconciliem, devendo a decisão conciliatória partir da vontade das partes envolvidas. Em verdade, é criado todo um ambiente favorável à decisão de reconciliação, mas esse não é o principal foco da justiça restaurativa.

Estes são alguns elementos da justiça restaurativa. Nossa intenção neste tópico foi trazer pressupostos elementares sobre a justiça restaurativa, para diferenciá-la da mediação e vislumbrar a possibilidade de que os círculos sejam utilizados com as comunidades indígenas no Brasil.

Conflitos indígenas e a contribuição da mediação

Neste tópico iremos traçar algumas linhas sobre o instituto da mediação utilizado para administrar conflitos e o

contato que as comunidades indígenas têm tido com este instituto. Segundo Censo do IBGE em 2010⁹, no Brasil calculava-se 817.963 pessoas indígenas, o que demonstra um número significativo de indivíduos e seus conflitos.

Mediação e pressupostos fundamentais

Muitas demandas ingressam no poder judiciário em todo o país, nas quais as partes depositam no aparato judicial suas expectativas e anseios, objetivando que os operadores jurídicos possam apontar saídas para seus problemas. Há muitos anos o judiciário tem procurado ferramentas para atender esta demanda crescente e complexa. Frente a esta tarefa hercúlea, várias medidas têm sido adotadas para que este poder possa oferecer uma resposta às pessoas que o procuram.

Dentre as medidas adotadas, no ano de 2010 fora publicada resolução nº 125 do CNJ¹⁰, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses, com a criação dos NUPEMECs (Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos) e CEJUSCs (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania) em todo o Brasil, visando tornar efetivo o princípio constitucional do acesso à ordem jurídica justa, a boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social.

Mais do que uma política pública voltada a diminuir o número de processos, esta política tem contribuído para uma mudança de cultura jurídica voltada à pacificação social,

⁹ Disponível em: <<http://indigenas.ibge.gov.br/graficos-e-tabelas-2>>. Acesso em 28 de maio de 2020.

¹⁰ Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>>. Acesso em 16/05/2020.

empoderamento das partes, tratamento adequado do conflito e um olhar mais humano para o conflito social que está por detrás dos processos.

Da mesma forma, novo Código de Processo Civil, no artigo 165 especificou sobre a mediação e conciliação, determinando que os tribunais deveriam criar centros judiciários de solução de conflitos; e no artigo 334 do CPC, introduziu-se uma mediação como primeiro ato do processo, buscando incentivar a mediação. O conceito de mediação pelo *Manual de Mediação Judicial* do CNJ (2016, p.20) é:

Trata-se de um método de resolução de disputas no qual se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades.

Assim, este método busca contribuir para que as partes possam com a ajuda de um facilitador “sentar e conversar” sobre o conflito que se instalou e traçar caminhos para chegar a uma saída viável para ambas as partes. Fundamentais, então, para a mediação são a participação ativa das partes, o foco em soluções e a diminuição de formalismo.

A mediação como método autocompositivo privilegia as bases a seguir colocada em detrimento dos processos heterocompositivos:

Processos autocompositivos	Processos heterocompositivos
<ul style="list-style-type: none">• Prospectivos• Foco em soluções• Disputa deve ser resolvida• Enfoque pluralista• Uso pragmático do Direito• Formalismo definido pelo usuário • Linguagem e regras simplificadas• Participação ativa das partes• Advogados direcionados a contribuir com soluções negociadas• Foco em interesses• Processo humanizado	<ul style="list-style-type: none">• Retrospectivos• Foco em culpa• Disputa deve ser vencida• Enfoque monista• Uso dogmático do Direito• Formalismo definido pelo prestador• Linguagem e regras tradicionais• Participação ativa dos operadores do direito• Advogados direcionados a atuar no processo para vencer• Foco em direitos e fatos• Processo positivado

Fonte: Manual de Mediação Judicial do CNJ (2016, p.30)

As características da mediação ficam mais claras quando fazemos um comparativo entre conciliação e mediação. Segundo o Conselho Nacional de Justiça, através da 6ª edição do Manual de Mediação Judicial, nas páginas 21 e 22, trouxe diversos pontos de distinção entre a mediação e a conciliação, sugerindo que:

- 1- A mediação visaria à 'resolução do conflito' enquanto a conciliação buscaria apenas o acordo;
- 2- A mediação visaria à restauração da relação social subjacente ao caso enquanto a conciliação buscaria o fim do litígio;
- 3- A mediação partiria de uma abordagem de estímulo (ou facilitação) do entendimento enquanto a conciliação permitiria a sugestão de uma proposta de acordo pelo conciliador;
- 4- A mediação seria, em regra, mais demorada e envolveria diversas sessões enquanto a conciliação seria um processo mais breve com apenas uma sessão;

- 5- A mediação seria voltada às pessoas e teria o cunho preponderantemente subjetivo enquanto a conciliação seria voltada aos fatos e direitos e com enfoque essencialmente objetivo;
- 6- A mediação seria confidencial enquanto a conciliação seria pública;
- 7- A mediação seria prospectiva, com enfoque no futuro e em soluções, enquanto a conciliação seria com enfoque retrospectivo e voltado à culpa;
- 8- A mediação seria um processo em que os interessados encontram suas próprias soluções enquanto a conciliação seria um processo voltado a esclarecer aos litigantes pontos (fatos, direitos ou interesses) ainda não compreendidos;
- 9- A mediação seria um processo com lastro multidisciplinar, envolvendo as mais distintas áreas como psicologia, administração, direito, matemática, comunicação, entre outros, enquanto a conciliação seria unidisciplinar (ou monodisciplinar) com base no direito.

Não é nosso objetivo escrever um tratado sobre a mediação e seus conceitos, mas sim apenas traçar conceitos básicos para compreensão das notícias a seguir.

Indígenas e o processo da mediação

Na sequência passa-se a analisar algumas notícias que tratam da mediação e das comunidades indígenas. Em nossas pesquisas não foi encontrado um programa de mediação indígena em andamento. Trazendo notícias neste sentido, tem-se a intenção de apresentar as iniciativas em que a mediação tem sido utilizada para administrar conflitos indígenas, entre si, envolvendo ou não a comunidade não-indígena.

Desde 2014, existem iniciativas do governo federal de utilizar a mediação para administrar conflitos de terras entre índios e agricultores:

“Mediação é a única saída para conflitos de terras entre índios e agricultores”, diz Cardozo - Publicado em 04/06/2014. O ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, afirmou, nesta quarta-feira (4), que a decisão de intermediar os conflitos por terras entre índios e agricultores na região de Faxinalzinho, no Rio Grande do Sul, foi tomada após o êxito de algumas iniciativas de mediação em outros estados. "A mediação é a única saída", defendeu Cardozo durante audiência na Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural da Câmara dos Deputados.[...] Cardozo citou ainda que, em muitos casos, pessoas não envolvidas nos processos de demarcação acabam participando para tentar interferir no processo. "Há pessoas incitando a violência dos dois lados. Mas se houver violência, os culpados serão punidos, como foram", relatou o ministro, referindo-se à prisão dos índios suspeitos de assassinar os agricultores Alcemar, 41 anos, e Anderson de Souza, 26 anos, em Faxinalzinho. Segundo Cardozo, o ministério planeja a melhoria na instrução dos processos feitos pela Fundação Nacional do Índio (Funai). "O governo estuda mecanismos para melhorar a instrução dos processos de demarcação", disse. O ministro defendeu o

fortalecimento da Funai, com reestruturação dos quadros técnicos e das carreiras. [...] ¹¹

Grandes são os desafios de se praticar a mediação precipuamente no que tange à mediação de conflitos entre indígenas e não indígenas. O mediador como se sabe precisa ser neutro e imparcial. Como equilibrar essa imparcialidade com a necessidade de conhecimento da cultura indígena;

No livro “*A perícia antropológica em processos judiciais*” de Silva, Luz e Helm (1994, p. 57-59), os autores afirmam que o exercício da profissão antropológica, envolve necessariamente a observação participante, no qual o antropólogo, mais do que observa, realmente vivencia o modo de vida de uma sociedade diferente da nossa. O antropólogo se torna apto a atuar como perito judicial em determinado processo desde que conheça a fundo a forma de viver de determinada comunidade.

Neste trabalho o autor descreve que alguns juízes entendem que por causa dessa convivência, aplicando os mesmos preceitos de suspeição que ao juiz (art. 144-145 do CPC), o antropólogo não poderia trabalhar em processo sobre comunidade que teve envolvimento. Caso seja indicado antropólogos que não tenham contato com a comunidade, a própria capacidade de opinar fica prejudicada.

No caso do mediador, seria possível mediar sem conhecer a cultura do povo? É possível que o mediador não indígena tenha condições de apreender a cultura daquela etnia no momento da audiência? A geração de opções e a linguagem

¹¹Disponível em:

<<http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/2847-mediacao-e-a-unica-saida-para-conflitos-de-terras-entre-indios-e-agricultores-diz-cardozo>>. Acesso em maio. 2020.

utilizada não virá unicamente de uma única cultura, aquela do mediador sendo ele indígena ou não?

Não se tem neste momento resposta para esses questionamentos o que se pretende é promover a reflexão sobre este tema. E que se possa entender que a mediação de conflitos indígenas não é tão simples como parece. Não se pode sujeitar o indígena ao instituto da mediação sem que sua cultura seja ali respeitada e seus anseios compreendidos e atendidos na medida em que os acordos forem sendo construídos.

Uma notícia mais recente dá conta da reativação do Polo Indígena de Reconciliação em Roraima:

Polo Indígena de Conciliação será reativado - publicado em 14/10/19. Localizado na comunidade do Maturuca, Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no município do Uiramutã, o primeiro Polo Indígena de Conciliação do Brasil volta a funcionar esta semana em Roraima. A ação faz parte do Mês Estadual da Conciliação, o Concilia RR (Concilia Roraima), promovido pelo TJRR (Tribunal de Justiça do Estado de Roraima). Conforme o cronograma, os trabalhos para a reativação começam nesta quinta-feira, dia 3, e a solenidade de oficialização está marcada para sexta-feira, dia 4, quando a primeira audiência de conciliação totalmente indígena, conduzida por indígenas, depois da volta do funcionamento será realizada. Além da cerimônia de reativação do polo, com as danças de celebração indígenas, e da primeira conciliação indígena do Brasil, a partir da reinauguração, também está programada a certificação de novos conciliadores e a atualização do método com aqueles que foram capacitados há mais tempo. Criado em 2015, o Polo Indígena de Conciliação Maturuca visa dar condições para que os próprios indígenas resolvam conflitos existentes

nas comunidades de maneira pacífica e rápida, sem depender da interferência imediata da Justiça. Segundo o juiz auxiliar da Presidência do TJRR e coordenador do Polo Indígena de Conciliação, Aluizio Vieira, a ação faz parte das políticas de acesso à justiça e tratamento adequado dos conflitos de interesse. “O polo dá condições e autonomia às comunidades indígenas para resolverem seus conflitos de forma diferenciada, de acordo com a cultura e os costumes deles”, explicou. Os conflitos mais recorrentes nas comunidades dizem respeito à reparação de danos causados por animais, atritos com relação ao plantio, falta de cumprimento de regras da comunidade, brigas envolvendo bebidas alcoólicas ou desentendimentos entre famílias. O Polo atenderá todas as comunidades da Terra Indígena Raposa Serra do Sol. Com o trabalho, a expectativa é que os conflitos nas comunidades e, conseqüentemente, as demandas judiciais na Comarca de Pacaraima por parte dos indígenas diminuam com o auxílio da conciliação. Ao mesmo tempo, gere redução dos custos para o TJRR, pois com a diminuição do número de processos diminuem também as diligências para intimação das partes, reduzindo o gasto com combustível e diárias de motorista e oficial de justiça. Histórico. Criado em 2015, na gestão do desembargador Almiro Padilha, o projeto do Polo Indígena de Conciliação Maturuca foi idealizado pelo juiz Aluizio Vieira, quando, à época, era titular da Comarca de Pacaraima. Foi desenvolvido para se adequar a realidade das comunidades indígenas, a fim de atender melhor às demandas específicas,

respeitando a diversidade cultural dessas comunidades.¹²

Não foi localizado no site do TJRR dados sobre a atuação do Polo Indígena, mas segundo a notícia apresentada é louvável a maneira como se pretende executar o trabalho. Com o treinamento dos indígenas para que estes possam mediar seus próprios conflitos sem paternalismo e respeitando as especificidades da cultura indígena.

Da mesma maneira tem acontecido no Estado da Paraíba:

Judiciário estuda implantar unidade Potiguara de solução de conflitos – Publicado em 08/10/19. Um projeto do poder judiciário busca implantar um Centro Judiciário de Solução de Conflitos (Cejusc) para atuar em 32 aldeias Potiguara no Estado da Paraíba. A ideia é criar uma instância extrajudicial composta apenas por indígenas para resolução de conflitos internos. [...] O primeiro e único Cejusc Indígena até o momento foi inaugurado em 2015 na Comunidade Maturuca dentro da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima. Na região, 16 indígenas foram treinados para atuar nas mediações de conflitos que podem surgir na aldeia, como disputas entre famílias e danos materiais. Petrônio Cavalcanti, coordenador regional da Funai em João Pessoa explica que os Potiguara têm um sistema

¹² Fonte: TJRR. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/polo-indigena-de-conciliacao-sera-reativado-em-roraima/>> . Acesso em maio de 2020.

interno de resolução de conflitos, um Código de Ética de Comportamento e um Conselho de Cacicues. Quando há questões internas a serem resolvidas, as comunidades convocam a Funai que realiza a mediação do conflito e o conselho de lideranças faz as deliberações. "Agora, se uma decisão do Conselho por acaso não vier a ser respeitada, será levada para justiça. O juiz homologará a decisão do Conselho que terá força de jurisprudência. Os indígenas poderão estabelecer suas regras próprias que serão respeitadas pela justiça com base em seus usos e costumes", explica o coordenador regional. [...] A previsão agora é de que no início de 2020 comece o treinamento aos indígenas para atuarem no âmbito extrajudicial como mediadores e conciliadores. É necessário que os participantes tenham mais de 18 anos, sejam pacientes a ouvir e sejam pessoas de confiança das comunidades Potiguara. [...].¹³

Novamente um exemplo louvável de atuação no estado da Paraíba, por uma atuação judicial que respeita o sistema interno de resolução de conflitos dos indígenas e as decisões do Conselho de Cacicues. Na Colômbia, (SANCHEZ, 2006, p.11) relata as experiências das *Casas de Justicia y Paz*, envolvendo indígenas e as comunidades tradicionais. São 43 "*Casas de Justicia*" espalhadas por toda a Colômbia, atribuindo acesso à justiça de

¹³ Disponível em:

<<http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/5684-judiciario-estuda-implantar-unidade-potiguara-de-solucao-de-conflitos>>. Acesso em maio de 2020.

grupos vulneráveis, dentre eles comunidades indígenas, valorizando as regras locais e o saber jurídico comunitário.

Semelhantes ao CEJUSC no Brasil, busca aproximar a justiça do cidadão, desburocratizando o acesso à justiça. Contudo, na Colômbia, quando se trata de conflitos indígenas, os preceitos legais apresentados pelas comunidades são respeitados e aceitos para a administração dos conflitos dentro das “*Casas de Justicia*”, respeitando-se a maneira pluralista de se ver tais conflitos.

Em sentido contrário, demonstra Vigourox (1989, p. 79) que retrata a situação dos indígenas do Chile, da etnia Mapuche. Os programas de assistência jurídica municipais atendem a comunidade Mapuche nas condições de menos favorecidos economicamente, mas não há um serviço específico para eles. Segundo o autor, a comunidade indígena não encontra satisfação de suas necessidades de justiça, pois são aplicadas um sistema de normas jurídicas totalmente alheias à sociedade Mapuche, com a inexistência de tribunais especializados, com a atuação de advogados com concepções ocidentais, liberais e privatistas do direito. Ainda assim, não estão ausentes a discriminação e a imposição de critérios para o Mapuche, que não compreende e nem sabe se expressar no castelhano e desconfia das leis que sempre tinham o prejudicado.

Num momento em que se pretende implementar esse trabalho, é importante olhar com mais atenção para os seculares e avançados mecanismos de resolução de conflitos das comunidades indígenas. Iniciativas de mediação que não se preocupem em considerar a cultura indígena e seus métodos de administração de conflitos, não trará bons resultados sequer para nossas próprias demandas. Em vez de pacificar um conflito e resolver uma questão, traria ainda mais desarranjo social, o que, sabidamente, não é a finalidade do direito.

Conflitos indígenas e a abordagem restaurativa

Abordagem teórica dos círculos de paz

Após apresentar algumas experiências de mediação e frente os apontamentos traçados sobre justiça restaurativa, pretende-se aprofundar sobre as práticas dos círculos de paz, a fim de demonstrar que em alguns casos a prática restaurativa se mostra muito mais adequada para administrar conflitos indígenas, uma vez que se coaduna com as características das comunidades.

Retomando, em resumo, quando se trata de administração de um conflito decorrente de um ato que causou danos a alguém, seja ele da seara criminal ou não, Zehr (2012, p. 36) explica:

A Justiça Restaurativa se ergue sobre três pilares ou elementos simples: os danos e as consequentes necessidades (de vítimas em primeiro lugar, mas também da comunidade e dos ofensores); as obrigações (do ofensor, mas também da comunidade) que advêm do dano (e que levaram ao dano); e o engajamento daqueles que detêm legítimo interesse no caso e na solução (vítimas, ofensores e membros da comunidade).

Então, ao contrário do que pode parecer, a justiça restaurativa não busca o perdão simplesmente, mas um processo colaborativo que busca uma solução por um consenso e não importada por terceiros, como o juiz ou o conciliador. Nas palavras de Zehr (2012, p.41), o objetivo é “endireitar as coisas”, sendo, para tanto, preciso tratar o ato lesivo em si, o que inclui seus efeitos, e as causas deflagrações do dano. Essa obrigação recai não só sobre o ofensor, como também sobre a comunidade, que precisa estimulá-lo a cumprir seu dever de reparação,

restauração ou recuperação. Portanto, “para endireitar as coisas” é preciso cuidar dos danos, mas também é preciso abordar as causas do crime. A maior parte das vítimas deseja exatamente isso, saber que medidas estão sendo tomadas para reduzir o perigo para si e para os outros.

Assim, em um esforço sintético, Howard Zehr (2012, pp. 44 e 45) lista os princípios da justiça restaurativa, que adiante se colaciona por fins didáticos:

A lente ou filosofia restaurativa traz cinco princípios ou ações-chave:

1. Focar nos danos e consequentes necessidades da vítima, e também da comunidade e do ofensor.
2. Tratar das obrigações que resultam daqueles danos (as obrigações dos ofensores, bem como da comunidade e da sociedade).
3. Utilizar processos inclusivos, cooperativos.
4. Envolver a todos que tenham legítimo interesse na situação, incluindo vítimas, ofensores, membros da comunidade e da sociedade.
5. Corrigir os males.

Além da seara penal, a justiça restaurativa tem sido utilizada em instituições públicas, Centro de Referência da Assistência Social (CRAS), Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), empresas, escolas públicas e em quaisquer espaços que se queira promover os fortalecimentos dos vínculos. Trataremos a seguir de como se dá o círculo de paz que é uma das técnicas da justiça restaurativa.

Os princípios da justiça restaurativa podem se dar de várias maneiras, muitas vezes até na maneira de analisar um processo judicial, por exemplo. Neste artigo enfatizamos a prática do círculo de construção de paz, sistematizada por, dentre outros, Kay Pranis (2010, p.25). Trata-se de uma forma de reunir pessoas, identificar os danos e necessidades de todas as partes

e chegar a um entendimento mútuo, criando e fortalecendo relacionamentos e resolvendo problemas. No círculo é usado um objeto como bastão da fala que é passado por todos os integrantes do grupo sendo que aquele que o detém, tem a escolha/direito de falar, e os demais devendo escutar com atenção e respeito por todos.

O círculo de paz, como ensina Boyes e Pranis (2011, p.18), oferece um método simples, mas profundo, de criar relacionamentos mais significativos e com mais profundidade um com o outro. É um espaço em que os participantes podem se conectar uns com os outros. Essa conectividade inclui não só a ligação com o facilitador ou a pessoa que trabalha com o jovem (professor, conselheiro etc.), mas também com os outros participantes. Mediante essa ligação é que os consensos podem ser construídos.

O objetivo do círculo de construção de paz se modifica de acordo com o propósito do círculo. Nas escolas, é aplicado prioritariamente, de forma preventiva, para criar um ambiente positivo em sala de aula e resolver problemas de comportamento. Nos locais de trabalho, oferece metodologia eficaz para lidar com conflitos e chegar a consensos. As famílias podem trabalhar questões pontuais buscando aprimorar os relacionamentos. Nos processos judiciais é ferramenta importante para que as partes possam entrar em acordo e construir consensos. Nos conflitos internos indígenas podem envolver a comunidade indígena para encontrar a melhor solução. Nos conflitos indígenas com o não índio também pode traçar abertura para um diálogo franco e respeitoso entre as partes.

No círculo cada pessoa fala de si mesmo, sempre respeitando o bastão da palavra. O facilitador, da mesma forma, participa de todo o processo falando de si, sobre seus pensamentos, ideias e histórias. Cada participante falando na primeira pessoa, e ouvindo os integrantes do círculo sem julgamentos nem apontar culpados.

Cada círculo começa e termina com uma cerimônia de abertura e de encerramento. Essas cerimônias são dinâmicas de grupo, leitura de um texto e/ou música ou trecho de filme. Essas cerimônias são escolhidas pelo facilitador de acordo com o tema do círculo e tem como objetivo fazer um “quebra gelo” com o participante do círculo e acolher a pessoa que está participando. Com o mesmo objetivo, são preparadas lembrancinhas e colocadas sobre as cadeiras que o participante vai sentar, com o objetivo de que ele sinta que este é um momento especial e que possa se sentir à vontade.

Cada círculo é planejado pelos facilitadores previamente, com uma descrição dos princípios da justiça restaurativa e as perguntas norteadoras que serão lançadas para o grupo. Contudo, o facilitador no processo circular não é visto como autoridade, havendo apenas algumas exceções em que pode retomar a palavra nos demais casos, segue o processo do círculo e o respeito aos combinados. Seu planejamento, contudo, atua como certo direcionamento do círculo para que o grupo possa criar um espaço coletivo, onde cada participante possa sentir-se seguro para falar de si, e ser respeitado.

No centro do círculo normalmente feito com cadeiras, é importante que o facilitador use um ou mais objetos apoiados sobre um tapete ou manta, para criar um ponto de convergência, a ideia é que a peça seja algo representativo para aqueles que estão em círculo, podendo ser símbolos individuais ou culturais, algo que possa unir e aconchegar os participantes.

Após a cerimônia de abertura, o círculo começa com uma rodada de apresentação. Assim, o facilitador se apresenta e fala rapidamente como está se sentindo naquele momento e convida que todos façam o mesmo a partir do momento em que o objeto chegue a suas mãos, de modo que todos sejam levados a uma rápida apresentação.

O próximo passo é estabelecer combinados para o círculo. O objetivo desses combinados é descrever os comportamentos que os participantes sentem que farão com que o espaço

seja um lugar seguro para eles. O facilitador deverá anotar todos os combinados sugeridos num quadro ou folha de papel e, ao final, ler a lista completa e perguntar aos participantes se eles aceitam os combinados, em caso de alguma negativa, deverá explorar as objeções, no sentido de achar diretrizes que sejam aceitáveis para todos. Como os participantes elaboram conjuntamente as diretrizes, também são responsáveis mutuamente para observá-las no decorrer do círculo.

Em seguida o facilitador lança uma pergunta a respeito do problema ou preocupação que seja o objetivo do círculo e prossegue com múltiplas rodadas sobre sentimentos, impactos, preocupações relativas ao problema.

Após explorar os problemas, busca-se delinear planos para reparar danos e construir consensos para um futuro melhor. Após as rodadas das perguntas e construção de pensamentos, faz-se uma rodada de *check-out*, em que os participantes compartilharão, sempre fazendo uso do objeto da palavra, seus pensamentos sobre o círculo. Por fim, o facilitador encerra as atividades com uma cerimônia de fechamento.

As cerimônias de fechamento têm o intuito de reconhecer os esforços realizados pelo círculo, afirmar a interconectividade dos presentes, transmitir um sentido de esperança para o futuro e preparar os participantes para que retornem ao espaço de suas próprias vidas.

Com essas noções sobre os círculos de paz tem-se a intenção de dar maiores informações sobre como funcionaria essa prática nas comunidades indígenas.

Experiências existentes no Brasil e no mundo

Para concluir este trabalho pretende-se apresentar algumas iniciativas brasileiras de práticas de círculos de paz nas comunidades indígenas e por fim fundamentar o porquê que as práticas circulares se coadunam com as comunidades

indígenas, sendo muitas vezes uma forma mais adequada de administração de conflitos naquela comunidade.

A mediação é importante ferramenta na administração de conflitos, sendo aplicada muitas vezes como denotam as notícias acima especificadas. Não se quer desqualificar tais iniciativas que, com certeza, trazem resultados favoráveis a todos os lados envolvidos. Apesar da diferença cultural, os índios e suas comunidades, conforme prescreve o art. 232 do CF/88¹⁴, são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, sendo, portanto, absolutamente capazes para participar das sessões de mediação. Mas como já visto, o mediador, para auxiliar na administração de conflitos, poderia conhecer de forma mais aprofundada a cultura indígena em questão para que pudesse, por exemplo, utilizar a ferramenta de geração de opções.

Muitos programas de mediação optaram por treinar os próprios indígenas em técnicas de mediação para que essa questão fosse considerada. Quando se trata de conflitos entre indígenas, realmente essa solução é satisfatória. Contudo, quando se fala em conflitos envolvendo comunidades indígenas e não indígenas é que a situação de um mediador indígena, ou não, se torna relevante. Para conflitos em que houvesse essa diversidade cultural entre as partes talvez a melhor proposta seriam dois mediadores, um indígena e outro não, para se considerar esse diferencial.

Considerando essas questões, este trabalho propõe que seja ampliado a utilização de práticas dos círculos de paz, nas comunidades indígenas, uma vez que estas se assemelham em

¹⁴ Art. 232 da CF/88. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

suas bases à forma como tais comunidades historicamente já tomam suas decisões. Luciano (2006, p.84) explica que uma das principais dificuldades enfrentadas pelas comunidades e pelas organizações indígenas é a de lidar com o modelo burocrático de organização social, política e econômica dos brancos, que são obrigados a adotar nas suas comunidades para garantirem seus direitos de cidadania, como o acesso a recursos financeiros e tecnológicos. O modelo de organização social, no formato de associação institucionalizada, na opinião do autor, não respeita o jeito de ser e de fazer dos povos indígenas, confrontando e ferindo os valores culturais dos seus povos, como o de solidariedade, generosidade e democracia. Nestes termos:

O modelo hierarquizado de uma diretoria de associação formal, por exemplo, além de criar conflitos de poder dentro da comunidade indígena, cria também diferenciações sociais e econômicas e fragiliza o valor da democracia horizontal, na qual o poder de decisão é um direito inalienável de todos os indivíduos e grupos que compõem a comunidade. O modelo associativo geralmente entra em conflito com os modos tradicionais de organização social, política e econômica da comunidade ou do povo indígena e são pouco compreensíveis para as comunidades, impedindo qualquer apropriação consciente e qualificada desse instrumento. No entanto, é o único caminho para o acesso a recursos públicos ou da cooperação internacional. O desafio é como compatibilizar as diferentes lógicas, racionalidades e formas operacionais de tomada de decisão, de distribuição de bens e produtos, de organização das diferentes tarefas e responsabilidades, da noção de autoridade, de poder, de serviço e de representação política. (BANIWA, 2006, p. 82)

Neste sentido, ao eleger lideranças formais para participar das sessões de mediação, o sistema do não-índio impõe à comunidade indígena uma forma de decisão que lhe é estranha. Isto não aconteceria se quando houvesse um conflito este fosse submetido a um círculo de paz que respeita a forma de toda decisão de maneira coletiva.

Ao realizar pesquisas de práticas restaurativas nas comunidades indígenas no Brasil, localizamos apenas uma iniciativa no estado de Mato Grosso do Sul. Segundo Marco Aurélio Luz¹⁵, em artigo que data de 2018, propõe-se a implantação gradativa da justiça restaurativa indígena, para resolver vários conflitos penais, com destaque a resolução de infrações relacionadas a adolescentes autores de atos infracionais e conflitos relacionados à proteção de crianças pois, na cultura indígena, inexistente a etapa de “adolescente” e suas tradições são bem diferenciadas do que trata a justiça retributiva.

O projeto Justiça Restaurativa Indígena foi lançado em Amambai-MS em novembro de 2011¹⁶, em uma demonstração da postura inovadora do juiz¹⁷, que atuou naquela comarca por mais de oito anos e conhece bem a realidade das famílias

¹⁵ LUZ, Marco Aurélio. Escola Nacional de Justiça Restaurativa Indígena Disponível em: <<https://justicarestaurativaemdebate.blogspot.com/2019/04/>>. Acesso em maio de 2020.

¹⁶ Disponível em: <<https://tj-ms.jusbrasil.com.br/noticias/100199518/coordenadoria-da-infancia-e-juventude-realiza-capacitacao-em-amambai>>. Acesso em maio de 2020.

¹⁷ Thiago Nagasawa Tanaka é o autor do projeto, que infelizmente não está mais em andamento em decorrência da remoção do juiz para outra comarca.

indígenas. Amambai tem pouco mais de 34 mil habitantes e, destes, cerca de 30% é composta pelos habitantes das três aldeias indígenas situadas no município.

Em sua tese, Ribeiro (2019, p. 102) relata que o projeto contou com o apoio do Ministério Público, da Defensoria Pública entre outros servidores públicos, como psicólogos, pedagogos, assistentes sociais, professores, bem como da comunidade em geral, mas principalmente, dos caciques das aldeias e dos próprios indígenas que apoiaram a iniciativa.

Desta feita, até mesmo para a implementação do projeto é imprescindível o envolvimento de todos os setores da sociedade e precipuamente das comunidades indígenas. Em entrevista concedida por Thiago Tanaka Nagasawa, idealizador do projeto, a Ribeiro (2019, p.103), o referido magistrado explicou que, o método punitivo tradicional era ineficaz na comunidade Guarani-Kaiowá, etnia da maioria dos indígenas em Amambai, o que contribuía para o aumento dos índices de violência dentro das aldeias, essencialmente em relação aos menores de idade e, este foi um dos pontos de partida para a idealização do projeto.

Para implementação foi priorizada a diminuição ao máximo de participação de não indígenas e fomentada a participação de profissionais indígenas ou aqueles bastante envolvidos com a cultura e o modo de vida das comunidades originárias locais, como uma busca pela valorização da cultura e dos costumes Guarani/Kaiowá, principalmente para que o diálogo fosse capaz de restaurar os relacionamentos, a pacificação social e a harmonia dentro das aldeias. Infelizmente, com a promoção do magistrado para a capital do estado, a comunidade local não pôde dar continuidade ao projeto. Ribeiro (2019, p.104) relata que, enquanto funcionou o projeto, propiciou uma significativa mudança de comportamento nas aldeias, não só da vítima e do infrator, mas, também, dos familiares mais próximos.

Concluindo então verifica-se que mediante a justiça restaurativa pode construir decisões com maior respeito a comunidade indígena, trazendo para o índio maior igualdade na

administração de conflitos entre índios e não índios, simplesmente por respeitar a forma com que tradicionalmente as comunidades tradicionais tomam suas decisões.

Conclusões

Para finalizar esse trabalho é preciso que se tenha claro que mediante os parâmetros teóricos da antropologia jurídica e da justiça restaurativa, pretendeu-se contribuir no sentido de estimular a utilização das práticas dos círculos de paz nas comunidades indígenas.

Nas pesquisas realizadas pela pesquisadora observa-se que ainda é muito incipiente este tipo de trabalho no Brasil. Há várias notícias de utilização das técnicas de mediação com comunidades indígenas. Este artigo não pretende desqualificar este trabalho, mas sim apresentar uma outra forma de administrar conflitos que também pode ser utilizada. A utilização da mediação e/ou dos círculos de paz devem ser analisados caso a caso e não se quer dizer que o trabalho da mediação também não colhe frutos preciosos.

O objetivo deste artigo é demonstrar as iniciativas louváveis da mediação nas comunidades indígenas, precipuamente quando esta considera treinar mediadores indígenas e considerar os “códigos internos” das comunidades como forma de decisão.

Contudo é importante alertar acerca do fato de se estabelecer mediante a mediação, que a comunidade tenha que eleger lideranças que muitas vezes não tem o poder de decisão que se pretende no sistema tradicional, ou ainda, sujeitar o indígena a participar de um sistema judicial que ele não conhece e não confia.

Há também preocupações no sentido de que as mediações realizadas entre indígenas e não indígenas sejam realmente realizadas de forma imparcial, no sentido de que ambas as

partes tenham igualdade de condições para realizar acordos. O vínculo com o mediador também é importante. Assim como sugestão nos casos de mediação com diversidade entre indígenas e não indígenas teria que se estabelecer uma dupla de mediadores que pudessem trabalhar juntos só que respeitando a especificidade de cada uma das comunidades.

A justiça restaurativa, com seu sistema de tomada de decisão, que envolve a comunidade, os ofensores e também os ofendidos, propicia uma forma de administrar conflitos que é familiar às comunidades indígenas, além de se considerar os interesses e necessidades de todos os envolvidos.

O trabalho da justiça restaurativa não é uma ferramenta fácil porque esses vínculos precisam ser construídos com tempo e envolvimento de várias facetas da população, mas os resultados em contrapartida podem ser bastante favoráveis no sentido de que se pode trazer elementos de envolvimento da comunidade que propiciam maior legitimação das decisões e também possibilidade de cumprimento dos acordos.

Neste sentido, pode-se fazer primeiramente círculos de paz nas aldeias para retirar possibilidades de acordos prévios que podem ser levados para a mediação, nos casos em que todas as pessoas não puderem participar dos círculos.

A modalidade do círculo de paz também pode ser realizada de forma preventiva em locais onde houver tensão entre indígenas e não indígenas por disputa de terras, por exemplo, contribuindo para o diálogo.

A justiça restaurativa, apesar de contar com iniciativas em todo o estado brasileiro, ainda possui um caminho a percorrer no que tange a continuidade dos programas e também o acesso a essas iniciativas as comunidades indígenas uma vez que muitas vezes as próprias comunidades são resistentes a este tipo de trabalho trazido pelo homem branco, haja vista anos de história em que os índios muitas vezes se viram prejudicados por movimento desta natureza propostos pelos não indígenas.

Mesmo com essa resistência, as iniciativas existem e demonstram que muitos resultados podem ser colhidos deste trabalho, quando se dá com respeito a cultura de cada etnia.

Referências

ACHIRCH, Lisa e CAMPT, David. **Diálogo para assuntos difíceis: um guia prático de aplicação imediata**. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, 118p.

AMSTUTZ, Lorraine Stutzman e MULLET, Judy H. **Disciplina Restaurativa para escolas: responsabilidade e ambientes de cuidado mútuo**. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012, 118p.

BANIWA, Gersem dos Santos Luciano. **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. Disponível em: <http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/pdf/indio_brasileiro.pdf>. Acesso em maio 2020.

BOYES- WATSON, Carolyn e PRANIS, Kay. **No coração da esperança: guia de práticas circulares: o uso de círculos de construção da paz para desenvolver a inteligência emocional, promover a cura e construir relacionamentos saudáveis**. Tradução: Fátima de Bastiani. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Gráficas, 2011, 282p.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 6.ed. (Brasília/DF:CNJ), 2016.

COLAÇO, Thais. (org.). **Elementos da Antropologia Jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

COLAÇO, Thais. Os novos direitos indígenas. In: WOLKMER, Antonio Carlos, LEITE, José Rubens Morato (Org.) **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003.

GOMES PINTO, Renato Sócrates. Justiça Restaurativa é possível no Brasil. In: SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org) **Justiça restaurativa**. Brasília - DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005.

LÓPEZ, B. Manuel et. Al (org.) **Justicia Comunitaria y Jueces de Paz: Las técnicas de la paciencia**. Medellín: IPC/Corporación Región, 2000.

OLIVEIRA, Frederico José Santos de. **Círculo restaurativo e procedimento judicial: análise de uma axiologia (as)simétrica**. Caruaru/PE: Asces, 2019.

PRANIS, Kay. **Processos Circulares de construção de paz**. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito: antropologia jurídica da modernidade**. Tradução de Maria Ermentina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SÁNCHEZ, Luis Afonso Fajardo. **Los invisibles y la lucha por el Derecho em Colombia**. Bogotá, D.C., Colombia, 2006.

RIBEIRO, Lamartine Santos. **Os direitos humanos como determinante do desenvolvimento local para nações indígenas na América do Sul**. Orientação do Prof^o Dr. Heitor Romero Marques. Campo Grande, MS: 2019. Disponível em: <https://site.ucdb.br/public/md-dissertacoes/1031151-tese-lamartine-snatos-ribeiro.pdf> . Acesso em maio de 2020.

RIBEIRO, Paulo Jorge; STROZENBERG, Pedro. (Org.) **Balcão de Direitos: resolução de conflitos em favelas do Rio de Janeiro: Imagens e linguagens**. Rio de Janeiro: Manad, 2001.

SANTOS, Rafael José dos. **Antropologia para quem não quer ser antropólogo**. Série “Para quem não vai ser”. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2005.

SHIRLEY, Robert Waver. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SILVA, Orlando Sampaio, LUZ, Lúcia e HELM, Cecília Maria Vieira. **A perícia antropológica em processos judiciais**. Florianópolis, Ed. da UFSC, 1994.

VIGOUROUX, Eduardo Castillo. Servicios legales y derechos de los pueblos indígenas de Chile. In: **El Otro Derecho**, número 03. ILSA, Bogotá D.C., Colombia. Julio de 1989.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do no Direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 2001.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Tradução: Tônia Van Accker. São Paulo: Palas Athena, 2015.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: Justiça Restaurativa para o nosso tempo. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, 335p.

DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS: resignificando o Instituto do Indigenato a partir da cosmovisão Guarani

Adriana Biller Aparicio¹

Introdução

O tema em análise, os direitos territoriais indígenas, devem ser pensados hoje a partir da nova dimensão identitária trazida pela Constituição Federal de 1988. Isto porque a nova ordem constitucional democrática rompeu com um longo passado assimilacionista, o que demanda uma interlocução imprescindível do direito com a antropologia.

O presente capítulo faz parte dos aprendizados e compartilhamentos ocorridos no Grupo de Pesquisa em Antropologia Jurídica (GPAJU), coordenado pela professora Dra. Thais Colaço, uma das precursoras na introdução do tema dentro do direito. Este capítulo é produto da tese realizada no programa de pós-graduação em direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD-UFSC).

¹ Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Mestre em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide de Sevilla (UPO). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Fundadora do Grupo de Pesquisa em Antropologia Jurídica (GPAJU/UFSC). Professora Colaboradora da Universidade da Universidade Estadual de Maringá (UEM). E-mail: adrianainvestiga@gmail.com

O fundamento jurídico dos direitos territoriais indígenas, o Instituto do Indigenato, aqui desenvolvido, foi objeto da pesquisa doutoral que entrelaçou história, cultura e territorialidade Guarani, em uma perspectiva muito influenciada pela produção acadêmica e orientações da professora ora homenageada.

Será apresentada, em primeiro lugar, a historicidade dos direitos territoriais indígenas no Brasil, demonstrando como sempre se buscou; em termos normativos, resguardar direitos indígenas e será dada especial ênfase ao Instituto do Indigenato, desenvolvido por João Mendes Júnior, no início do século XX.

Em seguida, será desenvolvida a construção interdisciplinar com a Antropologia, por meio da apresentação da categoria “processos de territorialização”, a partir dos estudos relacionados ao grupo de João Pacheco de Oliveira Filho, do Museu Nacional do Rio de Janeiro, sobre território e etnicidade, articulando a história dos povos indígenas com a construção de sua identidade e cosmovisão territorial.

Após a visão jurídica e antropológica, será apresentada a proposta de ressignificação do Instituto do Indigenato a partir da história, cultura e territorialidade do povo Guarani, trazendo os elementos culturais mais importantes de sua cosmovisão como a aldeia (*tekoa*), as caminhadas (*guata*) e o território-mundo (*yvy rupa*) para articular, desta forma, a concepção de território dentro do novo paradigma constitucional.

Direitos territoriais indígenas e o Instituto do Indigenato

Em artigo de referência ao estudo dos direitos indígenas pós-constituição de 1988, Colaço (2003, p. 75-97) explica que sempre houve previsão de direitos aos povos nativos, porém com o objetivo de assimilá-los aos costumes europeus. Colaço (2003) intitula os direitos indígenas como “novos” direitos porque apesar de todo o histórico legislativo para os povos

indígenas, somente na Constituição Federal do Brasil de 1988 é que se reconheceu seus direitos identitários.

As normas produzidas para os povos indígenas, ao longo de quinhentos anos, eram norteadas pelo etnocentrismo², termo cunhado pelo sociólogo americano William G. Sumner em 1906, mas que é válido para expressar que o objetivo principal da política indigenista era assimilar os povos indígenas aos valores ocidentais, considerados superiores aos dos povos nativos.

O primeiro regime de ocupação das terras brasileiras foram as sesmarias. Lima (1990, p. 40) expõe que as terras eram concedidas para aqueles que dispusessem de posses para a construção de engenhos de açúcar e fortificações, constituindo o marco inicial na constituição dos latifúndios no Brasil.

A política colonial visou assegurar a posse e expandir as terras para Portugal, sendo o Regimento de 17 de dezembro de 1548 um verdadeiro “roteiro de procedimentos” após a conquista, conforme aponta Rita Heloísa de Almeida (1997, p. 53-88)³.

A política estabelecida pelo Regimento buscou, de acordo com Beozzo (1983, p. 21), frear a escravização indiscriminada dos indígenas que impedia os objetivos da colonização,

² O conceito de etnocentrismo é apresentado pelo prof. Dr. Antônio José Guimarães Brito, pesquisador do Grupo de Pesquisa em Antropologia Jurídica (GPAJU - UFSC), no capítulo “Etnicidade, alteridade e tolerância” da obra coletiva organizada pela profa. Dra. Thais Colaço (2008), intitulada *Elementos de Antropologia Jurídica*.

³ De acordo com Eloy Amado (2018, p. p. 174-188) a legislação fundiária aplicada no período colonial era descontínua e dispersa em “avisos, resoluções administrativas, cartas de doações, forais e textos das Ordenações”.

a saber: a conversão dos gentios, o aumento da população e do comércio. Assim, o Regimento determinou a formação dos aldeamentos indígenas perto das povoações das capitâneas, estabelecendo relações de aliança ou de guerra com os povos nativos, conforme aceitassem ou não a fé católica. À Companhia de Jesus foi atribuída a missão de convencer os índios aos “descimentos” das serras pelos bons meios, por meio da lei de 26 de julho de 1596.

Colaço (2009, p. 118), em sua tese doutoral, explica que as missões jesuíticas faziam parte do projeto colonial, buscando concentrar os indígenas em um mesmo local para que, com o contato diário com os missionários, ocorresse a sua conversão e evangelização⁴.

Ao lado do regime de sesmarias, a legislação protetiva, oriunda da tradição jusnaturalista cristã ibérica, estabeleceu direitos originários aos povos indígenas⁵. De acordo com Carneiro da Cunha (1987, p. 58), as cartas régias de 30 de julho de 1609 e 10 de setembro de 1611 são marcos dos direitos territoriais dos povos originários. Estas cartas dispunham que as terras indígenas não poderiam ser expropriadas:

⁴ A professora Dra. Thais Colaço estudou fontes historiográficas primárias para analisar o cotidiano das missões jesuíticas e refletir sobre a atuação assimilacionista sobre os Guarani, concluindo que houve interferência em sua configuração familiar, jurídica, política, sem mencionar a dimensão mais combatida pelos missionários que foi a espiritual, contra a qual os indígenas fizeram forte resistência, das mais diversas maneiras, inclusive com o “desbatismo”.

⁵ Apesar do desenvolvimento do jusnaturalismo da Escola de Salamanca, que favoreceu o surgimento de teses acerca do direito dos indígenas, Wolkmer (2006, p. 84) destaca que o trabalho escravo não foi banido.

Hei por bem que os ditos gentios sejam senhores de suas fazendas nas povoações em que morarem, como o são na serra, sem que lhe possam ser tomadas, nem sobre elas se lhe possa fazer moléstia [...] e o Governador com o parecer dos ditos religiosos, aos que vierem da serra, assinalará lugares para nelles lavrarem e cultivarem [...] como por suas doações são obrigados e das capitánias e lugares que lhe forem ordenados não poderão ser mudados por outros contra sua vontade (THOMAS, 1982, p. 227-228).

De acordo com José Afonso da Silva (2014, p. 876) o alvará régio de 1º de abril de 1680, confirmado pela lei de 6 de junho de 1755, consagrou o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, sempre seria reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas.

No final do século XVIII o pensamento iluminista influenciou a política indigenista com Marquês de Pombal e seu “Diretório dos Índios” (Diretório de 3 de maio de 1757, com diretrizes aprovadas pelo alvará de 17 de agosto de 1758), que afastou os religiosos da administração dos aldeamentos, mas reiterou o Alvará Régio de 1680, no que diz respeito ao reconhecimento dos direitos originários.

Com a vinda da família real inaugurou-se uma política de guerra ofensiva contra os indígenas por meio da Carta Régia de 13 de maio de 1808 e de 5 de novembro de 1808 de João VI. Estas normativas autorizavam, respectivamente, guerra aos Botocudos de Minas Gerais e aos Bugres em São Paulo. Apesar da lógica da guerra justa, Carneiro da Cunha (1987, p. 63) aponta que, na carta régia de 2 de dezembro de 1808, a coroa reconheceu a titularidade das terras conquistadas dos índios inimigos.

A Constituição de 1824, de cunho liberal conservador, não tratou dos direitos indígenas, muito embora é de

importante destacar o projeto de José Bonifácio de Andrada e Silva (2002, p. 183-199) à Assembleia Constituinte em seus *Apontamentos para a civilização dos índios bravos do Império do Brasil*, que propunha uma política assimilacionista.

No final do século XIX o regime de terras no Brasil é marcado pelo surgimento de um novo sistema advindo com a Lei 601 de 18 de setembro de 1850 (Lei de Terras). A lei de terras inseriu o sistema fundiário dentro das aspirações capitalistas, possibilitando, com a titulação formal e a abolição da posse, sua transformação em mercadoria. Além da consolidação da propriedade, estabeleceu normas sobre a mão-de-obra livre pela imigração, para substituir o trabalho escravo.

A Lei de Terras instalou uma política agressiva com relação às aldeias (CARNEIRO DA CUNHA, 1998, p.145). Neste sentido, João Mendes Júnior, jurista paulista, fez a defesa das terras indígenas em conferências na Sociedade de Etnografia e Civilização dos Índios, em 1902, desenvolvendo o instituto do indigenato⁶.

Considerado o fundamento jurídico dos direitos territoriais indígenas na atualidade, o instituto do indigenato, desenvolvido por Mendes Junior (1912, p. 58) tem lastro na legislação colonial e no direito romano:

Os próprios Romanos, que se constituíram por conquista e que davam tanta importância ao dominium ex jure quiritium, tiveram de reconhecer estes efeitos [...]. As leis portuguesas dos tempos coloniaes apprehendiam perfeitamente estas distincções: dos índios aborígenes, organizados em hordas, pode-se

⁶ Suas conferências foram publicadas na obra *Os indígenas do Brasil: seus direitos individuais e políticos* publicada, em 1912, versão aqui utilizada.

formar um aldeamento mas não uma colônia; os índios só podem ser constituídos em colônia, quando não são aborígenes do lugar, isto é, quando são emigrados de uma zona para serem imigrados em outra (MENDES JÚNIOR, 1912, p. 58).

Mendes Junior (1912, p. 60) defendeu que a Lei de Terras não se aplicava aos índios, pois estes seriam possuidores a título primário, congênito e a prova de sua posse era a sua cultura e morada habitual, evocando o Alvará de 1º de abril de 1680:

Parece-nos, entretanto, que outra é a solução jurídica: - Desde que os índios já estavam aldeados com cultura e morada habitual, essas terras por elles occupadas, si já não fossem delles, também não poderiam ser de posteriores posseiros, visto que estariam devolutas; em qualquer hypothese, suas terras lhes pertenciam em virtude do direito à reserva, fundado no Alvará de 1º de abril de 1680, que não foi revogado, direito esse que jamais poderá ser confundido com uma posse sujeita á legitimação e registro (MENDES JÚNIOR, 1912, p. 60).

Além de argumentar contra a grilagem derivada da Lei de Terras, Mendes Júnior (1912, p. 68) também buscou afastar a expropriação realizada pelos estados-membros, que passaram a incorporar as terras indígenas como devolutas, quando a primeira constituição da república lhes transferiu a titularidade: “aos estados ficaram as terras devolutas; ora, as terras do indigenato, sendo terras congenitamente possuídas, não são devolutas, isto é, são originariamente reservadas, na fórmula do Alvará de 1º de abril de 1680 e por deducção da própria Lei de 1850”.

A primeira constituição republicana não tratou dos direitos indígenas. O Código Civil que entrou em vigor em 1918,

atribuiu a condição de relativamente incapazes aos indígenas. É de se destacar que todas as constituições brasileiras a partir da Constituição de 1934 reconheceram os direitos territoriais indígenas.

A construção teórica sobre o Instituto do Indigenato, desenvolvida por Mendes Junior, no começo do século XX, foi retomada para garantir direitos indígenas na década de 1980 (BARBOSA, 2001, p. 66). O anteprojeto da constituição de 1988 da comissão Afonso Arinos caracterizou os direitos territoriais indígenas como direitos originários: “art. 380 – O governo federal, reconhecendo as populações indígenas como parte integrante da comunidade nacional, proporá legislação específica com vista à proteção destas populações e de seus direitos originários”.

José Afonso da Silva (2014, p. 873) aponta que os artigos 231 e 232 que estabeleceram a base dos direitos indígenas na Constituição Federal de 1988 veiculam o instituto do indigenato. A Constituição Federal de 1988 considerou os direitos territoriais indígenas como “direitos originários”, mas também inovou ao consagrar a dimensão cultural na definição de terra indígena, bem como assegurar o respeito a sua identidade étnica. Neste sentido, torna-se fundamental o diálogo interdisciplinar com a antropologia para repensar seus fundamentos a partir do novo marco do direito à diferença.

Território indígena sob o olhar antropológico

Uma vez contextualizado o surgimento do Instituto do Indigenato no contexto histórico dos direitos indígenas, passa-se a ampliar os horizontes jurídicos com a ajuda interdisciplinar da antropologia. Isto porque a efetivação dos direitos territoriais indígenas demanda o “postulado da inteligibilidade” conforme aponta Pereira (2002, p. 45-46), o que deve ser realizado com a mediação antropológica.

O conceito de terra indígena previsto no artigo 231, parágrafo 1º da Constituição Federal tem uma clara intersecção com a visão antropológica, uma vez que este abrange aspectos de importância cultural e simbólica para os povos indígenas em sua definição:

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 (BRASIL, 1988).

Souza Filho (1999, p. 122) considera que o conceito de terra indígena traçado na Constituição Federal de 1988 é, na verdade, o próprio direito ao território. Gallois indica que o conceito jurídico de terra indígena na constituição articula a visão jurídica e a visão antropológica diferenciando que: "[...] 'terra indígena' diz respeito ao processo político-jurídico conduzido sob a égide do Estado, enquanto a de 'território' remete à construção e à vivência, culturalmente variável, da relação entre uma sociedade específica e sua base territorial" (2004, p. 39).

A categoria jurídica 'terra indígena' na atualidade, portanto, tem uma estrutura complexa, que envolve necessariamente a construção interdisciplinar com a antropologia para que se possa garantir plenamente os direitos indígenas. De acordo com Minayo a interdisciplinaridade "[...] constitui uma articulação de várias disciplinas em que o foco é o objeto, o problema ou o tema complexo, para o qual não basta a resposta de uma área só" (2010, p. 436).

Oliveira Filho (1998, p. 289-291) aponta o erro de se pensar o território como um "habitat" dos povos indígenas, que é uma categoria própria das ciências naturais. Isto porque associa

os povos indígenas a concepção de “ser primitivo” que em nada condiz com os processos políticos pelos quais passam para se manter em seus territórios.

A antropologia brasileira desenvolve pesquisas importantes sobre a relação entre território e identidade étnica, a partir do grupo ligado a Oliveira Filho no curso de pós-graduação em antropologia social do Museu Nacional do Rio de Janeiro, que devem ser trazidos para o campo dos direitos territoriais indígenas.

De acordo com Peirano (1992, p. 235-250) os estudos de território e etnicidade surgem no Brasil na década de 1970 e estão situados no contexto da “antropologia da ação”, que busca contribuir com a solução efetiva de problemas mais urgentes dos povos indígenas, como é a questão dos direitos territoriais.

No plano internacional, a década de 1970 é apontada como o período no qual a relação entre colonialismo e antropologia tornou-se uma questão central, passando a demandar uma reflexão sobre o papel do antropólogo, de acordo com Stocking Jr (1991, p. 3).

Oliveira Filho (1988, p. 39-40) aponta que o antropólogo sul-africano Max Gluckman trouxe uma nova abordagem para a antropologia ao pensar seu objeto de estudo a partir de um determinado campo social. Gluckman (1987, p. 228) desenvolveu a categoria de análise denominada “situação social”, considerando que o evento observado pelo antropólogo em uma sociedade particular deve levar em conta a articulação entre espaço e tempo.

No caso dos povos indígenas, não há como se pensar seu território sem considerar as práticas coloniais a que foram e ainda estão submetidos. A ideia da dinamicidade do território indígena é categorizada por Oliveira Filho como “processos de territorialização”:

[..] a noção de territorialização é definida como um processo de reorganização social que implica: i) a

criação de uma nova unidade sociocultural mediante o estabelecimento de uma identidade étnica diferenciadora, ii) a constituição de mecanismos políticos especializados, iii) a redefinição do controle social sobre recursos ambientais, iv) a reelaboração da cultura e da relação com o passado (OLIVEIRA FILHO, 1999, p. 11-36).

É com apoio desta categoria antropológica que se deve rediscutir o fundamento jurídico dos direitos territoriais indígenas, de forma a pensá-lo não apenas como um direito originário e, portanto, “naturalizado”, como a princípio se tratou a territorialidade indígena. Somente a partir de uma perspectiva crítica e interdisciplinar que relacione o território ao processo histórico-social vivido pelos povos indígenas, é que se pode garantir a efetivação destes direitos.

Portanto, a efetivação dos direitos territoriais indígenas, que é realizada juridicamente por meio do procedimento demarcatório, deve ser pensada a partir da realidade social, conforme Oliveira Filho:

Demarcar terras indígenas não é jamais um fato técnico isolado, mas a construção de uma nova realidade sociopolítica em que um sujeito histórico, um grupo étnico que se concebe como originário, ingressa em um processo de territorialização e passa a ser reconhecido, sob modalidade própria de cidadania, como participante efetivo da nação brasileira (OLIVEIRA FILHO, 2002, p. 41- 68).

A teoria jurídica baseada em direitos originários deve ser repensada, de forma a se aproximar à visão antropológica para considerar a dinamicidade da territorialidade indígena. A contribuição teórica trazida em sede de tese doutoral foi iniciada a partir de pesquisas realizadas no âmbito do Grupo de

Pesquisa em Antropologia Jurídica (GPAJU-UFSC) com a aproximação da cosmovisão Guarani, realizadas em obras clássicas e contemporâneas, algumas delas gentilmente oferecidas pela professora Dra. Thais Colaço.

A cosmovisão Guarani

O território histórico do povo Guarani configura uma grande área correspondente aos atuais estados brasileiros do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, São Paulo e Mato Grosso do Sul, e também a região do Chaco e Bacia do Rio da Prata.

Na atualidade os Guarani encontram-se neste mesmo amplo território histórico⁷, sendo estimados em 54.825 habitantes na Argentina, 61.701 no Paraguai, 3019 na Bolívia, e 85.255 no Brasil (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2020)⁸.

Apesar de terem sido os primeiros povos do contato, os Guarani⁹ vivem de acordo com sua cultura, seu tradicional

⁷ Garlet e Assis (2004, p. 48) destacam que não se deve pensar os Guarani atuais de forma a essencializá-los com lentes do passado, no entanto, apontam que é possível verificar que ocupam de forma significativa ainda hoje a mesma região geográfica dos Guarani históricos, o que demonstra sua ideia de pertencimento.

⁸ A constatação da demografia da população Guarani encontra dificuldades próprias de uma história colonial, pois os Guarani são resistentes a esta quantificação. Ainda, a mobilidade espacial, própria de sua cultura, impede a exatidão dos números (GARLET; ASSIS, 2004, p. 39) (LADEIRA, 2008, p. 63).

⁹ Os Guarani possuem suas formas próprias de autoidentificação, mas a antropologia apoia-se na tradicional classificação de Schaden (1974) para definir que no Brasil são três os grandes

modo de vida, chamado *Nhandereko*. Ao contrário da estigmatização da historiografia oficial pela qual eram tratados como vítimas passivas, conforme apontou Monteiro (1998, p. 475-498), os Guarani desenvolveram estratégias próprias de resistência física e cultural.

Colaço (2009, p. 141) identificou nos relatos jesuíticos a resistência Guarani na busca da manutenção do seu modo de ser por meio da recusa de xamãs e caciques ao batismo e ao casamento monogâmico cristão. Brighenti (2010, p. 84) pondera que a resposta Guarani à tentativa de conversão ao cristianismo configurou-se em movimento messiânico de resistência ao sistema colonial.

O sistema religioso é um elo central na concepção Guarani (SCHADEN, 1974, p. 184), sendo que a busca da “terra sem males” é a motivação da migração com base em visões e sonhos de suas lideranças religiosas rumo ao oceano Atlântico.

Em sua destacada análise sobre a “terra sem males”, Clastres (1978, p. 56) aponta que as migrações também se relacionavam com as pressões interétnicas da sociedade envolvente sofridas pelos Guarani, o que demonstra que os processos de territorialização sobre seu espaço geográfico ensejam a reelaboração cultural e reorganização política.

A busca da “terra sem males” faz parte da resistência Guarani, e de acordo com Schaden (1974, p. 161), na contemporaneidade, ela é pensada como o lugar onde se pode restabelecer os costumes e o modo de vida indígena, ou seja, implica na manutenção de sua identidade étnica.

Um dos grandes aspectos do modo de ser Guarani é o deslocamento entre as aldeias. Diferentemente da ideia de

grupos presentes: os *Ñandéva*, os *Mbüia*, e os *Kayová*. Apresentam variações linguísticas entre si, mas o idioma é o guarani, que pertence à família Tupi-Guarani, o tronco Tupi.

nomadismo que lhes era atribuída, a circulação, para os Guarani, une as aldeias e dá forma e significado ao seu “território-mundo”, segundo explica Darella (2004, p. 49). A caminhada, denominada *guata* atualiza o modo de ser Guarani, fortalece suas relações sociais e identidade (DARELLA, 2004, p. 75)

A aldeia Guarani (*tekoa*) é o espaço onde acontecem as relações sociais, tem uma dimensão coletiva e uma forte coesão social, com uma liderança religiosa e política (MELIÀ, 1997, p. 106). Além das aldeias (*tekoa*) e caminhadas (*guata*) outro elemento importante a ser compreendido na territorialidade Guarani é a categoria nativa *yoy rupa*, que representa seu “território-mundo”, traduzido como “suporte da terra”, “plataforma terrestre” (LADEIRA, 2008, p. 116).

Keese dos Santos (2017, p. 23) explica que *yoy rupa* é um conceito do território histórico Guarani, anterior às fronteiras do estado: “[...] conceito que remete ao modo livre pelo qual eles sempre caminharam na terra, sem a existência das fronteiras políticas que o estado impõe”.

Os Guarani, ao contrário do que afirmava a mentalidade etnocêntrica, possuem uma consciência do seu espaço, podendo morar em várias aldeias dentro do “território-mundo”, o que é apontado por Mello (2001, p. 46): “Sua forma de ocupação deste território é circular, mora-se em geral, em mais de um lugar dentro de seu território, mas o reconhecimento dos limites deste território é bastante preciso”.

O reconhecimento dos direitos territoriais dos Guarani, primeiros povos do contato durante a conquista e colonização, deve ser feito de forma a identificar os elementos culturais presentes em sua visão de mundo, bem como os processos de territorialização ao qual foram e ainda são submetidos.

Pimentel (2012, p. 104) pondera que no processo de identificação da terra indígena Guarani deve-se reconhecer trajetórias, caminhos, histórias de vida e memória dos antigos para construção da territorialidade. As recordações e narrativas dos Guarani permitem reelaborar sua cultura e seu mapa espaço-

temporal ajudando a configurar as suas demandas territoriais atuais, conforme aponta Mura (2006, p. 132).

Os procedimentos administrativos e judiciais que envolvam a definição do território Guarani, devem considerar que os direitos territoriais indígenas se fundamentam não apenas na originariedade destes povos. Isto porque seus direitos, sem dúvida, são originários, mas para que tenham efetividade devem ser reconhecidos não somente baseados em sua existência pré-colonial, mas também em função dos seus direitos étnico-culturais, de seu percurso de lutas e resistências à expropriação de suas terras.

A expressão da territorialidade Guarani é apresentada pela liderança Eunice Antunes, em seu trabalho de conclusão na licenciatura intercultural indígena do Sul da Mata Atlântica:

O povo Guarani continua vendo o mundo como uma região, as matas, animais, rios, seguem o sol. Seu território é onde vivem, seu modo de ser, sua cultura milenar é seu território tradicional, historicamente ocupado pelos seus ancestrais, que se estende por parte da Argentina, Paraguai, Bolívia e Brasil. Mas o povo Guarani ocupa hoje apenas pequenas ilhas, pois os europeus que aqui chegaram se apossaram de praticamente todo o território que encontraram. O território, o solo que pisamos, é um tekoá, o lugar físico, o espaço geográfico varia conforme por onde nos movemos, sendo que permanece essa cultura de mobilidade (ANTUNES, 2015, p. 14).

Na definição dos direitos territoriais indígenas Guarani, portanto, é preciso valorizar suas narrativas e memórias, expressas por fontes orais, ou na produção acadêmica indígena, reconhecendo o seu protagonismo na construção dos seus

direitos, de forma emoldurá-lo na perspectiva dos novos direitos indígenas.

Conclusões

Os direitos territoriais indígenas após a Constituição Federal de 1988 passaram a abordar a própria noção de território, englobando o espaço de reprodução física e cultural dos povos originários. Se desde a conquista e colonização se defenderam direitos territoriais aos povos indígenas, isto era feito a partir de uma perspectiva assimilacionista.

No direito pátrio, o Instituto do Indigenato, exposto por Mendes Junior no começo da primeira república é considerado ainda hoje o fundamento jurídico dos direitos indígenas, sendo incorporado na Constituição Federal de 1988. A concepção de Mendes Junior, muito festejada pela doutrina, deve hoje ser repensada de forma a abranger a visão complexa de territorialidade trazida pela antropologia. A categoria “processos de territorialização” tem o mérito de pensar a terra indígena de forma dinâmica, englobando as reelaborações culturais feitas por estes povos para lidar com a expansão sofrida ao longo dos anos.

A história do povo Guarani demonstra a sua resistência às tentativas de assimilação cultural, uma vez que procuram viver de acordo com sua cultura e com seu modo de ser. A mobilidade entre aldeias é uma realidade do povo Guarani, que une seu grande território-mundo (*yvy rupa*) por meio das caminhadas (*guata*), resistindo assim à imposição cultural do Estado em sua sedentarização em pequenos espaços.

A territorialidade do povo Guarani apresenta uma realidade que não pode ser abraçada apenas pela ideia de originalidade; mas sim, deve ser pensada com base em processos de territorialização a que foram submetidos e ainda são submetidos, sendo valorizada, na definição de seu território as suas narrativas, histórias e memória.

Referências

- ALMEIDA, Rita Heloísa de. **O direito dos índios: um projeto de "civilização" no Brasil do século XVIII**. Brasília: UNB,1997.
- ANDRADA e SILVA, José Bonifácio de. Apontamentos para a civilização dos índios bravos do Império do Brasil. In: CALDEIRA, Jorge. **Coleção Formadores do Brasil**. São Paulo: Ed.34, 2002, p.183-199.
- ANTUNES, Eunice. **Nhandereko nhanhembo'e nhembo' ea py: sistema nacional de educação: um paradoxo do currículo diferenciado das escolas indígenas guarani da Grande Florianópolis..** 2015. 38 f. TCC (Graduação) – Curso de Licenciatura Intercultural Indígena do Sul da Mata Atlântica, Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2015. Disponível em: <<http://licenciaturaindigena.ufsc.br/files/2015/04/Eunice-Antunes.pdf>>. Acesso em: janeiro de 2018.
- BARBOSA, Marco Antonio. **Direito Antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade, 2001.
- BEOZZO, José Oscar. **Leis e regimentos das missões: política indigenista no Brasil**. São Paulo: Loyola, 1983.
- BRIGHENTI, Clovis Antônio. **Estrangeiros na própria terra: presença Guarani e Estados Nacionais**. Florianópolis: EdUFSC, 2010.
- BRITO, Antônio José Guimarães. Etnicidade, alteridade e tolerância. In: COLAÇO, Thais Luzia. **Elementos de antropologia jurídica**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. **Antropologia do Brasil: mito, história, etnicidade**. 2.ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. Política indigenista no século XIX. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p.133-154.

CLASTRES, Hélène. **Terra sem mal: o profetismo tupi-guarani**. São Paulo: Brasiliense, 1978.

COLAÇO, Thais Luzia. Os “novos” direitos indígenas. In: WOLKMER, Antônio Carlos e MORATO LEITE, José Rubens (Org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.75-97.

COLAÇO, Thais Luzia. **“Incapacidade” indígena: tutela religiosa e violação do direito guarani pré-colonial nas missões jesuíticas**. Curitiba: Juruá, 2009.

DARELLA, Maria Dorothea Post. Ore Roipota Yvy Porã. **“Nós queremos terra boa”**: Territorialização Guarani no Litoral de Santa Catarina -Brasil. 405 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2004.

ELOY AMADO, Luiz Henrique. Povos indígenas e o Estado brasileiro: a luta por direitos em contexto de violações. In: Vukápanavo: **Revista Terena**, Campo Grande: Conselho do Povo Terena, v.1, n.1, p.174-188, nov/2018.

GALLOIS, Dominique. Terras ocupadas? Territórios? Territorialidades? In: RICARDO, FANY (Org.). **Terras indígenas e unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições territoriais**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004.

Disponível em <https://pib.socioambiental.org/files/file/PIB_institucional/dgallois-1.pdf>. Acesso em novembro de 2016.

GARLET, Ivori José; ASSIS, Valéria de. Análise sobre as populações Guarani contemporâneas: demografia, espacialidade e questões fundiárias. In: **Revista de Índias**. v. LXIV, n. 230, Madrid, 2004. p.35-54. Disponível em: <<http://revistadeindias.revistas.csic.es/index.php/revistadeindias/article/viewFile/409/477>>. Acesso em: 17 fevereiro de 2017.

GLUCKMAN, Max. Análise de uma Situação Social na Zulu-
lândia Moderna. In. BIANCO, Bela Feldman (Org.). **Antropologia das Sociedades Complexas**. São Paulo: Global, 1987. p. 227-344.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). **Quadro geral dos povos indígenas**. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/quadro-geral>>. Acesso em: fevereiro de 2020.

KEESE DOS SANTOS, Lucas. **A esquiwa do xondaro: movimento e ação política entre os Guarani Mbya**. 310 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2017.

LADEIRA, Maria Inês. **Espaço geográfico Guarani-Mbya: significado, constituição e uso**. São Paulo: EDUSP, 2008.

LIMA, Rui Cirne. **Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas**. São Paulo: Secretaria do Estado de Cultura, 1990.

MELLO, Flávia Cristina de. **Aata tapé rupy, seguindo pela estrada: uma investigação dos deslocamentos territoriais de**

- famílias mbyá-guarani no sul do Brasil. 2001. 163 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Antropologia, Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2001. Disponível em: <<http://www.bu.ufsc.br/teses/PASO0121-D.pdf>>. Acesso em: novembro de 2016
- MELIÁ, Bartomeu. **El guaraní conquistado y reducido**: ensayos de etnohistoria. 4.ed. Assunção: CEADUC, 1997.
- MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil**: seus direitos individuais e políticos. São Paulo: Typ. Hennes Irmãos, 1912.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza. Disciplinaridade, interdisciplinaridade e complexidade. In: **Revista Emancipação**, Ponta Grossa, vol. 10, n. 2, p. 435-442, 2010. Disponível em: <<http://www.revistas2.uepg.br/index.php/emancipacao/article/view/1937>>. Acesso em maio 2018.
- MONTEIRO, John Manuel. Os Guarani e a história do Brasil meridional: séculos XVI-XVII. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.) **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 475-498.
- MURA, Fabio. **À procura do “bom viver”**: território, tradição de conhecimento e ecologia doméstica entre os Kaiowa. 2006. 504 f. Tese (Doutorado) - Curso de Antropologia, Programa de Pós-graduação em Antropologia Social, Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp038534.pdf>>. Acesso em: 7 setembro de 2017.
- OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. Uma etnologia dos "índios misturados": situação colonial, territorialização e fluxos

- culturais. In: OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de (Org.) **A viagem da volta: etnicidade, política e reelaboração cultural no Nordeste indígena**. Rio de Janeiro: Contracapa, 1999, p.11-36.
- OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de; IGLESIAS, Marcelo Piedrafita. As demarcações participativas e o fortalecimento das organizações indígenas. In: SOUZA LIMA, Antonio Carlos de. BARROSO-HOFFMANN, Maria. **Estados e Povos Indígenas: bases para uma nova política indigenista II**. Rio de Janeiro: Contracapa, 2002. p. 41- 68.
- OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. Os instrumentos de bordo: expectativas e possibilidades do trabalho antropológico em laudos periciais. In: OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. (Org.). **Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Contracapa, 1998, p.269-295.
- OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. **“O nosso governo”**: os Ticuna e o regime tutelar. São Paulo: Marco Zero, 1988.
- PEIRANO, Mariza Gomes e Souza. **Uma antropologia no plural: três experiências contemporâneas**. Brasília: UNB, 1992.
- PEREIRA, Deborah Duprat de B. O Estado pluriétnico. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza; BARROSO-HOFFMANN, Maria. (Org.). **Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III**. Rio de Janeiro: Contracapa, 2002, p.41-47.
- PIMENTEL, Spensy Kmitta. **Elementos para uma teoria política kaiowá e guarani**. 2012. 364 f. Tese (Doutorado) - Curso de Antropologia Social, Programa de Pós-graduação em Antropologia Social. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em:

<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8134/tde-28022013-094259/pt-br.php>>. Acesso em: setembro de 2017.

SCHADEN, Egon. **Aspectos fundamentais da cultura guarani**. 3.ed. São Paulo: Edusp, 1974.

SENADO FEDERAL. **Anteprojeto da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/AfonsoArinos.pdf>>. Acesso em: março 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38.ed. rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1999

STOCKING JR, George W. Colonial situations: essays on the contextualization of ethnographic Knowledge. In: **History of anthropology**, Vol 7. Madison: The University of Wisconsin Press. London: George W. Stocking, Jr. sd.

THOMAS, Georg. **Política indigenista portuguesa no Brasil: 1500-1640**. São Paulo: Loyola. sd.

INVASORES DO SEU PRÓPRIO TERRITÓRIO: as estratégias de luta pela terra segundo os Tapeba e o judiciário brasileiro

Luciana Nogueira Nóbrega¹

Já sinto o cheiro da terra
Já vejo a cerca tirada
Eu quero ver o meu povo
Alegre com a terra demarcada.
(Toré do povo Tapeba)

Introdução

O povo indígena Tapeba vem, desde meados da década de 1980, reivindicando a regularização fundiária de sua terra, atualmente ocupada tradicionalmente por quase sete mil indígenas, localizada no município de Caucaia, região metropolitana da capital cearense.

Em razão da demora do estado brasileiro em assegurar os direitos fundamentais dos Tapeba e dos inúmeros reveses

¹ Doutoranda em Sociologia pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Estadual do Ceará. Mestre e Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Indigenista especializada da Fundação Nacional do Índio. Integrante do Grupo de Pesquisa em Antropologia Jurídica/UFSC de 2009 a 2016.

judiciais (SOARES; ILNAR DE SOUSA, 2012), o que fazem com que o processo de demarcação² da terra indígena esteja longe de chegar a uma resolução, os indígenas passaram, a partir da década de 1990, a realizar retomadas, reocupando parcelas da terra indígena que não estavam sob a sua posse plena.

Tais práticas, contudo, têm encontrado dificuldades de reconhecimento junto ao Poder Judiciário, que tem interpretado as retomadas como violação ao direito de posse e de propriedade de particulares não indígenas. Desse modo, não são incomuns, no caso Tapeba, decisões judiciais proferidas, inclusive

² De acordo com o Decreto nº 1775/96, processo de demarcação e regularização fundiária de terras indígenas não seriam sinônimos, uma vez que a demarcação, também chamada de demarcação física, representa a materialização fática do território reconhecido como de posse permanente indígena por meio da Portaria Declaratória expedida pelo Ministro da Justiça, ou seja, é o momento em que são apostos no perímetro da terra indígena as placas e os marcos indicativos. Já o processo de regularização fundiária corresponde a todas as etapas previstas no Decreto nº 1775/96, que vão da constituição do Grupo de Trabalho para Identificação e Delimitação de uma Terra Indígena até o momento do seu registro em cartório, com a conseqüente extrusão, ou seja, a retirada dos não índios. No entanto, considerando que a Constituição Federal determina que as terras indígenas deverão ser *demarcadas* pela União, e que há um certo consenso, ainda que baseado no senso comum, de tratar demarcação como sinônimo de regularização fundiária de terras indígenas, usaremos “processo de demarcação” ou “processo de regularização fundiária” como equivalentes, fazendo a distinção quanto à demarcação física quando formos mencionar a demarcação propriamente dita.

pela justiça estadual³, que permitem reintegrações de posse contra os indígenas em processos nos quais o povo Tapeba sequer é ouvido.

Nesse contexto, a pesquisa visou investigar as retomadas e a sua interpretação polissêmica em relação aos atores envolvidos, ou seja, para os Tapeba e para o judiciário brasileiro, buscando compreender os abismos, não apenas semânticos, entre essas interpretações.

Para tanto, procurei historiar e contextualizar, a partir da análise bibliográfica e documental, o processo de demarcação da terra indígena Tapeba, localizando as retomadas enquanto uma das principais estratégias de luta pela terra engendradas pelos indígenas para garantir o pleno reconhecimento do seu direito à terra tradicionalmente ocupada, conforme previsto constitucionalmente.

Considerando minha atuação profissional como indigenista especializada da Fundação Nacional do Índio, lotada, desde 2015, no Serviço de Gestão Territorial e Ambiental da Coordenação Regional Nordeste II, em Fortaleza, pude acompanhar algumas retomadas realizadas pelos Tapeba e os consequentes processos de reintegração de posse movidos por particulares contra os indígenas.

A partir dessa dupla inscrição (como servidora da Funai e como pesquisadora indigenista), pude navegar entre áreas sombreadas, “produzindo o campo e para o campo” (AGUIÃO,

³ De acordo com o art. 109, XI, da Constituição Federal, compete à justiça federal processar e julgar a “disputa sobre direitos indígenas”, o que torna a justiça estadual absolutamente incompetente para processar e julgar ações que envolvam conflitos fundiários envolvendo os povos indígenas no Brasil.

2014)⁴, tomando como espaço da pesquisa o local em que eu também atuei como técnica da fundação governamental responsável por executar e monitorar a política indigenista.

Para fins do presente artigo, escolhi para analisar o caso da retomada da Comunidade do Trilho, já que pude acompanhá-lo desde o seu início, com a entrada dos indígenas no

⁴ De acordo com Aguião, “produzir o campo e produzir para o campo refere-se a colaborar para a implantação de uma política pública de governo que resulta imediatamente na produção justamente do *campo* que se toma como objeto de estudo” (2014, p. 119), grifos no original. Tal produção acadêmica não está eivada, entretanto, de tensionamentos e de questionamentos, como por exemplo, quais os limites desses papéis?, até que ponto minha atuação como servidora não enviesou meu olhar de acadêmica?, como se manter vigilante epistemologicamente com esse tipo de sobreposição? Essas são só algumas das questões sobre as quais me debrucei, sem conseguir respondê-las a contento, embora Sousa Lima e Castro possam nos dar pistas importantes para sairmos dessa encruzilhada metodológica. Segundo os autores, é preciso superar esses mundos aparentemente estanques da academia, de ONGs, militantes e agentes do Estado: “[...] para um assenhoramento de nosso papel quando atuamos ‘fazendo Estado’, seja como produtores de conhecimento e/ou ideologias, seja no exercício executivo de processos de intervenção [é preciso] criar os mecanismos para mudar da mera sensação de estar ‘implicado’ numa situação para a consciência de que, de um modo ou de outro, nunca estamos fora do campo da produção para o ‘aplicado’” (2008, p. 378). Esse exercício de reflexividade, tão caro aos estudos qualitativos ou de matriz socioantropológica (MINAYO e GUERRIERO, 2014), podem parecer estranhos ao direito, mas são essenciais se quisermos levar a sério o campo da antropologia do direito.

imóvel, a judicialização desse ato, por meio de processo de reintegração de posse movido por particular, e as decisões judiciais proferidas posteriormente nesse processo, o que me permitiu ter um olhar mais global acerca das dissonâncias entre o sentido de retomada para os Tapeba e para o judiciário. Ressalte-se que, nesse *iter*, atuei construindo informações técnicas que subsidiaram a atuação da procuradoria federal especializada da Funai na defesa dos interesses da fundação indigenista, os quais, nesse caso, coincidiam com os interesses dos indígenas, quais sejam: permanecer no imóvel retomado, parcela da terra indígena Tapeba.

Realizei quatro visitas à retomada do Trilho, ao longo dos anos de 2016 a 2018, oportunidade em que pude coletar informações por meio da observação participante e de entrevistas junto aos indígenas, tendo, ainda, a partir do vídeo produzido pelo Observatório Socioambiental e intitulado *Povo Tapeba: lutas e resistências*, disponível no seguinte endereço eletrônico <<https://www.youtube.com/watch?v=JKbIBkAn6y0>>, explorado, ao máximo, a potencialidade etnográfica dessa fonte, por permitir apresentar o contexto da retomada a partir de seus próprios agentes e por suas próprias falas.

Por outro lado, tendo interesse em analisar o modo como o poder judiciário compreendia o ato de retomada efetivado pelos Tapeba, desenvolvi pesquisa documental no processo de reintegração de posse referente à retomada do Trilho, que tramita perante a justiça federal, em suas diferentes instâncias, acompanhando, ainda, audiências e inspeções judiciais⁵.

Não realizei entrevistas com os juízes, tendo buscado captar o sentido dos seus discursos por meio das decisões

⁵ Inspeção judicial é o ato pelo qual o juiz visita ou monitora *in loco* uma dada realidade, de modo a permitir uma melhor compreensão do caso discutido no processo.

proferidas no âmbito dos processos judiciais, entendendo que os discursos escritos me forneciam elementos suficientes para conformar a opinião do Judiciário acerca do tema. É exatamente o sentido das decisões judiciais: apresentar a opinião dos juízes sobre um fato posto em conflito pelas partes ou “dizer o direito”, no jargão jurídico, e, sendo escrito, interessou-me perceber o quanto essa opinião tinha a pretensão de construir mundos e mundos mais duráveis ou definitivos que os mundos construídos pela oralidade característica dos Tapeba.

Na tarefa de levar a sério os documentos, inclusive enquanto peças etnográficas, vali-me das lições de Vianna (2014), que defende que essa tarefa implica em tomar os documentos

[...] como construtores da realidade tanto por aquilo que produzem na situação da qual fazem parte – como fabrica um “processo” como sequência de atos no tempo, ocorrendo em condições específicas e com múltiplos e desiguais atores e autores – quanto por aquilo que conscientemente sedimentam. [...] Sua obrigação presumida de ser algo que deve permanecer e durar, dada, antes de mais nada, por seu caráter de “documento”, percorre, desse modo, todo seu processo de confecção e seus múltiplos e variados tempos (p. 47).

Pretendo, desse modo, investigar como o campo judicial, um campo sujeito à influência de todas as ordens (econômica, política, social, etc.), mas que tem como grande característica o fato de levantar a bandeira da neutralidade, compreende, interpreta, processa e julga o agir político dos indígenas, valendo-me do caso da retomada do Trilho entre os Tapeba. Nessa senda, os estudos de Pierre Bourdieu sobre o campo judicial foram cruciais. Segundo o autor, o campo judicial seria:

o espaço social organizado no qual e pelo qual se opera a transmutação de um conflito direto entre partes diretamente interessadas no debate juridicamente revelado entre profissionais que atuam por procuração e que tem de comum o conhecer e o reconhecer da regra do jogo jurídico, quer dizer, as leis escritas e não escritas do campo – mesmo quando se trata daquelas que é preciso conhecer para vencer a letra da lei (em Kafka, o advogado é tão inquietante como o juiz). (BOURDIEU, 2010, p. 229).

Ainda de acordo com o autor:

[...] é o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (nomos) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de *interpretar* (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. (*Idem*, 2010, p. 212).

A descrição de Pierre Bourdieu acerca do campo judicial se verifica, efetivamente, quando estão em disputa os direitos dos povos indígenas? Podemos realmente afirmar que no caso da retomada do Trilho houve a “transmutação de um conflito direto entre partes diretamente interessadas no debate juridicamente revelado”? Os *corpus* de textos que foram manejados pelos agentes do processo consagram a visão legítima, justa, do mundo social na perspectiva indígena?

São essas algumas das questões que pretendo discutir no presente artigo.

Breve histórico do reconhecimento oficial da terra indígena Tapeba

A demanda dos indígenas Tapeba pela demarcação de seu território tradicional remonta a década de 1980⁶, em meio a um cenário de alteração da legislação brasileira, em especial, com o advento da Constituição Federal de 1988, que passou reconhecer os direitos originários dos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam e os direitos de serem indígenas, rompendo, assim, com uma lógica assimilacionista e evolucionista que vigorava até então.

As marcas da lógica assimilacionista puderam ser sentidas desde muito cedo no estado do Ceará onde vigorava uma compressão de que não havia mais indígenas por estarem misturados à população. As origens dessa compreensão decorrem de documentos do próprio estado, que produziam uma “verdade oficial” paulatinamente reiterada. Exemplo disso é o Relatório Provincial de 1863, no qual o então governador da província do Ceará, José Bento da Cunha Figueiredo Júnior, declarou não haver mais índios identificáveis na região. Durante os séculos XIX e XX, o discurso da inexistência de indígenas no Ceará vai se forjando como verdade, silenciando, inclusive, documentações produzidas por diversos órgãos estatais que comprovaram a existência de diferentes grupos indígenas nesse período (SILVA, 2011).

⁶ Em 1985, os Tapeba elaboraram um abaixo-assinado, em que se apresentavam enquanto povo e reivindicavam o reconhecimento da terra indígena, tendo sido tal documento encaminhado, com apoio da Arquidiocese de Fortaleza, ao Gabinete da Presidência da República, ao Gabinete de Ministério da Fazenda e ao Gabinete da Presidência da Funai (BARRETTO FILHO, 1997).

O Relatório Provincial, aliado à Lei de Terras de 1850, implicou em um alijamento simbólico e territorial dos indígenas, o que levou a um momento em que, para sobreviverem, os indígenas tiveram que silenciar sobre a sua identidade. Ainda hoje, no estado, o discurso da inexistência da presença indígena é muito forte, como é prova o fato de que, mesmo havendo mais de 14 povos indígenas no Ceará, presentes em 19 municípios, há apenas uma terra indígena homologada (terra indígena Tremembé Córrego João Pereira, em Acaraú).

Outros fatores, além do ambiente jurídico-político mais favorável, determinaram a retomada da identidade étnica dos Tapeba no Ceará e suas reivindicações fundiárias. De acordo com Tófoli:

O estrangulamento do acesso aos espaços ocorre de forma mais premente a partir de meados do século XX, em particular a partir da acentuação da urbanização no município de Caucaia. Na história de vida dos indivíduos mais velhos do grupo, é comum o relato de sucessivas desapropriações e expulsões das terras onde eles moravam, situação agravada com o crescimento urbano a partir da década de 1970. (TÓFOLI, 2017, p. 57).

O primeiro estudo visando à identificação e à delimitação da terra reivindicada pelos Tapeba foi elaborado a partir de um grupo de trabalho (GT) criado pela Fundação Nacional do Índio (Funai), por meio da Portaria n. 1.327 de 02 de setembro de 1986, seguindo as orientações estabelecidas no Decreto 88.118/83, que atribuía a um grupo de trabalho interministerial a competência para apreciar os pedidos de demarcação de terras indígenas que tramitavam junto à Funai.

O referido Decreto foi alterado pelos Decretos 94.945/87 e 94.946/87, os quais afetaram o processo de demarcação da terra indígena Tapeba, na medida em que previam a

necessidade de elaboração de relatórios preliminares à demarcação, a ser realizado por representantes de várias secretarias e ministérios, incluindo o Conselho de Segurança Nacional e o órgão fundiário estadual em que se localizasse a terra indígena. Além disso, estabeleciam que, a depender o maior ou menor grau de aculturação dos indígenas, seria definido um tipo específico de reconhecimento fundiário. É o que se verifica nos seguintes dispositivos do Decreto nº 94.946/87:

Art. 1º. Para os efeitos do item I, do artigo 17, da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os artigos 4º, IV e 198 da Constituição, classificam-se em:

I - área indígena, se ocupada ou habitada por silvícolas não aculturados, ou em incipiente processo de aculturação; e

II - colônia indígena, se ocupada ou habitada por índios aculturados ou em adiantado processo de aculturação.

Art. 2º. Os critérios para avaliação do grau de aculturação dos grupos indígenas serão fixados pela Fundação Nacional do Índio.

Art. 3º. Incumbe à Fundação Nacional do Índio:

I - quando se tratar de colônia indígena, coordenar as ações dos diferentes órgãos governamentais que visem ao desenvolvimento do silvícola e a sua integração progressiva; e

II - quando se tratar de área indígena, promover as ações que se fizerem necessárias à assistência aos silvícolas sem causar impactos negativos a sua cultura e tradições.

Em 1988, o grupo de trabalho interministerial, instituído conforme os decretos citados, arquivou o procedimento de

demarcação da terra indígena Tapeba, entendendo haver dúvidas quanto à etnia dos “remanescentes” (BARRETO FILHO, 2004). No ano seguinte, considerando as intensas mobilizações dos indígenas Tapeba que conseguiram obter apoio da sociedade civil, da igreja católica e da Procuradoria Geral da República, foi constituído novo grupo de trabalho designado pela Funai (*Idem*, 2004), cujos estudos culminaram na edição da Portaria Declaratória nº 967/97, pelo Ministério da Justiça.

Entretanto, a prefeitura de Caucaia, à época comandada politicamente por proprietários com imóveis incidentes na terra indígena Tapeba, impetrou o Mandado de Segurança nº 5505 perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), alegando a invalidade da Portaria Declaratória, por ausência de participação do município no processo de identificação e delimitação da terra indígena.

Em que pese a legislação brasileira à época não exigir a participação de representantes dos entes federativos nos trabalhos realizados pelo GT, conforme definido no Decreto nº 1.775/96, o processo de identificação e delimitação da terra indígena foi anulado, por unanimidade, pelos ministros do STJ.

De acordo com Soares e Inar de Sousa (2012), a decisão proferida no Mandado de Segurança nº 5.505/DF representou um poderoso instrumento jurídico contra os Tapeba, pois, ao anular a Portaria Declaratória, invalidou todos os atos oriundos desta, o que significou um retorno “à estaca zero” no processo de demarcação da terra indígena, iniciado em 1985.

Assim, em 2003, foi constituído, pela Funai, novo grupo de trabalho, conforme Portaria nº 97/2003, sem que, entretanto, fosse incluída representação do município de Caucaia. O estudo de identificação e delimitação da terra indígena, resultado do trabalho do GT, foi aprovado pelo presidente da Funai, nos termos do Despacho nº 31/FUNAI/2006, em 20 de abril de 2006.

Novamente, o município de Caucaia ajuizou ação junto ao STJ (Reclamação nº 2.651/STJ), entendendo que a decisão da Funai havia descumprido o que fora julgado pelo Superior

Tribunal de Justiça no Mandado de Segurança nº 5.505. Os ministros do STJ, seguindo esse entendimento, anularam, em junho de 2008, a Portaria nº 97/03, bem como os atos subsequentes, com o fundamento de não ter sido incluído um representante do município reclamante no GT criado pela Funai.

Objetivando adequar-se à decisão do STJ, a Funai publicou, em 2010, a Portaria nº 1.226, alterada no mesmo ano pela Portaria nº 1.847, constituindo novo grupo de trabalho, o qual contou com representantes do estado do Ceará e do município de Caucaia.

Em 26 de agosto de 2013, o Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação da Terra Indígena Tapeba, elaborado pelo GT de 2010, foi aprovado pela presidência da Funai, conforme Despacho nº 920/FUNAI/2013, de 26 de agosto de 2013, publicado no Diário Oficial da União em 27 de agosto de 2013.

O resultado desse longo processo de reconhecimento, pelo estado, da terra indígena Tapeba é um território recortado fisicamente, como é prova o mapa da delimitação publicado no Diário Oficial da União em 2013⁷. Parte do território originário foi perdido em virtude da expansão da cidade de Caucaia e da especulação imobiliária, gerando uma pressão territorial considerável à terra indígena. Áreas de mata e de reservas naturais como areia e arisco foram densamente degradadas.

Ainda em 2013, contudo, o espólio de Emmanuel de Oliveira de Arruda Coelho, representante da mesma família que dominava politicamente o município de Caucaia quando das duas anulações anteriores ao processo de identificação e

⁷ O mapa citado encontra-se disponível no seguinte endereço eletrônico: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=27/08/2013&jornal=1&pagina=73&totalArquivos=128>>. Acesso em 10 de maio de 2020.

delimitação da terra indígena Tapeba, ajuizou nova ação com o objetivo de anular o processo de demarcação da TI. Em apertada síntese, argumentou que detinha a propriedade da área há pelo menos 80 anos, sendo que a cadeia dominial do imóvel - a antiga Fazenda Soledade - remontava ao início do século XX. Nesse sentido, considerando que o procedimento administrativo demarcatório da Terra Indígena foi desenvolvido sem a notificação dos herdeiros do espólio, o mesmo requeria a anulação de todos os atos promovidos pela Funai.

No âmbito do Tribunal Regional Federal (TRF) da 5ª Região, em razão do Agravo de Instrumento na Ação Cautelar nº 0801865-92.2013.4.05.0000, o espólio obteve decisão favorável nos seguintes termos:

O espólio agravante comprova a propriedade da gleba de terra na região metropolitana de Fortaleza, objeto de procedimento demarcatório na Fundação Nacional do Índio, ao qual se lhe nega participação. Procedimento anterior com o mesmo objetivo fora anulado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao fundamento de que não houvera acompanhamento pelo Município de Caucaia. A reabertura da demarcação se faz com o mesmo defeito, qual seja, a inobservância da garantia do contraditório, agora em relação aos herdeiros do falecido proprietário da área, o que é assegurado ainda pelo disposto no art.º 2º, § 8º do Decreto 1.775/96.

O estudo sobre ocupação indígena foi concluído e publicado com esse defeito, daí o pedido de anulação.

Ante o exposto, dou provimento ao agravo para suspender o procedimento demarcatório, anulando-se os atos realizados sem a participação dos herdeiros do falecido proprietário da área a ser identificada. (Voto aprovado, por unanimidade,

pela 4ª Turma do TRF da 5ª Região. Processo nº 0801865-92.2013.4.05.0000. Julgado em 26 de novembro de 2013).

Em que pese inexistir previsão legal que determine à Funai notificar os particulares que detêm títulos de propriedade incidentes no interior de terras em estudo para fins de identificação e delimitação das terras indígenas, os desembargadores do TRF da 5ª Região interpretaram as decisões do STJ, proferidas no Mandado de Segurança nº 5505 e na Reclamação nº 2651, com esse efeito extensivo, entendendo que as decisões daquela corte superior haviam anulado os processos de demarcações anteriores por ofensa ao direito do particular, quando essas decisões se limitaram a reconhecer garantias apenas ao município de Caucaia. Nessa senda, o procedimento de demarcação foi judicialmente suspenso e anulado, ao mesmo tempo, em relação aos herdeiros do espólio.

Diante disso, no início de 2014, foram iniciadas tratativas entre o governo do estado do Ceará, prefeitura de Caucaia, representantes do espólio, dos Tapeba e da Funai, no sentido de “destravar” o processo de demarcação, assegurando um acordo entre as partes afetadas, especialmente em relação ao espólio, que detinha decisão judicial favorável, e os indígenas.

Como resultado dessas tratativas, foi assinado, em 2016, e homologado judicialmente, o Termo de Acordo Tapeba, que estabelecia um conjunto de compromissos ao estado do Ceará, à Funai, à União, aos representantes do espólio de Emmanuel de Oliveira Arruda Coelho e aos indígenas Tapeba, tendentes à continuidade e conclusão do processo de demarcação da terra indígena, excluindo-se da posse indígena parte da área

reivindicada pelo Espólio.⁸ Nesse contexto, em 04 de setembro de 2017, após analisadas as contestações apresentadas pelos não índios ao processo de identificação e delimitação da terra indígena Tapeba, foi publicada no Diário Oficial da União a Portaria nº 734, de 31 de agosto de 2017, em que o ministro da justiça reconheceu uma área correspondente a 5.294 hectares, localizada em Caucaia/CE, como de posse permanente e usufruto exclusivo indígena Tapeba.

Pelo histórico narrado acima, percebe-se que o reconhecimento fundiário da terra indígena Tapeba foi e tem sido atravessado por decisões judiciais, as quais, ao invés de contribuir com a efetivação dos direitos desse povo, implicaram em dificuldades a mais enfrentadas pelo povo Tapeba para o reconhecimento de seus direitos territoriais. Tudo isso nos leva a afirmar que o processo de regularização fundiária dessa terra indígena, ainda em curso, é um dos mais morosos do país, sendo essa morosidade decorrente não só da letargia habitual do executivo, mas, principalmente, por uma atuação reiteradamente anti-indígena do judiciário, na medida em que anulou, por mais de duas vezes, o processo de demarcação dessa terra indígena sob o fundamento de que a Funai não havia cumprido exigências as quais não estavam anteriormente previstas em nenhum dispositivo normativo específico.

A situação fundiária dos Tapeba coloca em xeque, portanto, a existência de uma legislação favorável às demandas dos povos indígenas sem que isso se traduza na real aplicabilidade dos direitos no plano da vida. A normatividade, portanto, se contrasta com outros fatores de ordem política, econômica e burocrática que vão impedindo o pleno exercício dos direitos. Conforme assinala Almeida:

⁸ Uma análise interessante sobre a construção do Termo de Acordo Tapeba pode ser lida em BARRETTO FILHO, 2017.

A efetivação dos novos dispositivos da Constituição Federal de 1988, contraditando os velhos instrumentos legais de inspiração colonial, tem se deparado com imensos obstáculos, que tanto são urdidos mecanicamente nos aparatos burocrático administrativo do Estado, quanto são resultantes de estratégias engendradas seja por interesses que historicamente monopolizaram a terra, seja por interesse de “novos grupos empresariais” interessados na terra e demais recursos naturais (ALMEIDA, 2006, p. 35).

A terra indígena, conforme identificada e delimitada pela Funai, foi o que restou ante aos sucessivos processos de territorialização (OLIVEIRA, 2004) vividos e engendrados pelos Tapeba, a partir das relações interétnicas estabelecidas em Caucaia, das ordens (jesuíticas, seculares, e mais recentemente do estado e de diferentes grupos econômicos) impostas e, ainda, das dinâmicas próprias dos indígenas para se manter em seu território tradicional, presente na memória coletiva e nas histórias contadas e reelaboradas.

O fato de ter havido alguns avanços após a nova identificação e a delimitação da terra indígena Tapeba, em 2013, não significou o fim da longa espera desse povo indígena por ver a terra indígena homologada, regularizada e registrada no patrimônio da União como de posse permanente e usufruto exclusivo indígena, conforme previsto na Constituição Federal e no Decreto 1.775/96. O resultado dessa saga permanece incerto, já que o processo ainda tem inúmeras fases a serem vencidas. Nesse sentido, Tófoli aponta que:

O processo em busca da regularização territorial Tapeba, até agora, envolveu dois estudos e três relatórios de identificação e delimitação, sempre barrados no campo jurídico, no qual se estabeleceu uma luta

de forças e interesses entre a população indígena e supostos proprietários de terras, alguns vinculados ao poder público municipal, estadual e federal, configurando um ciclo no qual o término ainda permanece imprevisível. Paralelamente, neste mesmo período, a população Tapeba tem assistido ao crescimento da cidade em direção aos espaços em que habitam. (TÓFOLI, 2010, p. 85).

Ao lado dos marcos históricos e judiciais narrados acima, a luta do povo Tapeba pela demarcação do seu território tradicional segue viva. Nesses mais de 30 anos desde as primeiras reivindicações fundiárias, foram realizadas inúmeras retomadas, lideranças indígenas foram assassinadas e outras permanecem, até hoje, ameaçadas de morte⁹.

As retomadas para os Tapeba

As retomadas de terras entre os povos indígenas no nordeste não são uma prática incomum. Em verdade, diversos autores das ciências sociais e da antropologia já se debruçaram nos últimos anos para compreender esse fenômeno (TÓFOLI, 2010). Assim como outras categorias presentes em povos diferenciados, as retomadas devem ser compreendidas no contexto de cada grupo que a exercita enquanto prática política e social, ou seja, como uma categoria nativa e, portanto, relacionada a contextos socioculturais específicos (*Idem*, 2010).

⁹ Em decorrência das ameaças à integridade física de lideranças indígenas Tapeba, há, em 2019, pelo menos cinco Tapeba acompanhados pelo Programa Nacional de Defensoras e Defensores de Direitos Humanos.

Assim, os contornos, as razões e os modos de operacionalização das retomadas são definidos por cada povo a partir de suas práticas organizativas internas. Em outras palavras, ainda que efetivados de forma articulada com outros agentes (Fundação Nacional do Índio, Conselho Indigenista Missionário, organizações não governamentais a nível local, regional e nacional, universidades, exemplificativamente), a decisão sobre como, onde, por que e de que modo as retomadas serão realizadas é tomada no contexto das esferas políticas e decisórias de cada povo.

No Ceará, além dos Tapebas, em que já foram contabilizadas mais de doze retomadas, foram realizadas retomadas na terra indígena Pitaguary (demarcada fisicamente, ainda extrusada¹⁰), pelos Tabajara de Crateús, em localidade conhecida por Nazário (projeto de assentamento do Incra não implementado, tendo sido retomado pelos indígenas em 2005); no final dos anos 2000, houve duas retomadas realizadas pelos Tabajara e Kalabaça em Poranga, uma na localidade chamada Imburana, próximo à sede do município, outra na área do Cajueiro, localizada na região da Macambira, a 40 km da cidade de Poranga, e duas na terra indígena Tremembé da Barra do Mundaú.

Em geral, de acordo com Tófoli, as retomadas estariam relacionadas à etnicidade e à territorialidade reivindicada pelos indígenas, tendo se configurado uma importante estratégia de pressão para regularização fundiária das terras indígenas:

¹⁰ A terra indígena Pitaguary, embora tenha sido declarada pelo ministro da justiça e conte com marcos indicativos da terra indígena, ainda não foi extrusada, convivendo no mesmo território indígenas e não índios. Não há previsão para pagamento das benfeitorias dos não índios e a determinação quanto a sua retirada da terra indígena.

[...] representam uma eficaz ferramenta de luta e reivindicação territorial em situações de disputa e de conflito com proprietários, posseiros e políticos locais. Em todos os casos, as ações possibilitaram a garantia do controle de significativas parcelas dos territórios indígenas, antes inacessíveis. (TÓFOLI, 2010, p. 53-54).

Para as lideranças indígenas Tapeba, as retomadas foram essenciais não só para impulsionar o processo de demarcação da terra indígena, mas também assegurar a posse plena de parcelas do território para garantir moradia, áreas de plantio, indispensáveis à reprodução física e cultural desse povo, dentre outros usos. A afirmação abaixo de uma liderança Tapeba¹¹ demonstra o sentido das retomadas para esse povo:

Quando nós vamos fazer uma ocupação dentro de uma área nós pegamos o nome de 'retomadas', porque a gente utiliza o nome de retomadas, porque de fato nós vamos retomar uma área que anteriormente esteve em nossa posse e que por questões políticas, de massacre, de expulsão de indígenas, nós perdemos essa posse e nós hoje nos vemos em condições de ocupação, vamos lá e ocupamos. (liderança Tapeba 1, 2017).

Os indígenas fazem questão de diferenciar as retomadas de invasões. Segundo eles, as retomadas estão fundamentadas

¹¹ Considerando que as retomadas são compreendidas como estratégicas para os indígenas Tapeba, os quais temem eventual criminalização de suas lideranças, iremos preservar os nomes dos indígenas entrevistados.

no seu direito ao território, o qual tem raízes na memória e na história coletiva, ocorrendo quando ingressam em uma área que, anteriormente, esteve na posse dos indígenas, mas que, por “questões políticas, de massacre, de expulsão”, eles perderam o domínio sobre a área. Já “[...] invasão é o que a polícia faz quando destrói nossas casas sem ordem de juiz”, lembra outra liderança Tapeba quando de uma reintegração de posse efetuada pela Polícia sem ordem de autoridade judiciária competente na aldeia Sobradinho, terra indígena Tapeba.

As retomadas para os indígenas também não se confundem com a ideia de ocupação, ato que os movimentos de reivindicação do direito à terra, como o Movimento das Trabalhadoras e dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), dominam o ingresso e a permanência de imóveis rurais que não cumprem sua função social¹², dando-lhes uma destinação socialmente construída (para moradia, desenvolvimento de projetos voltados para a agricultura familiar, agrofloresta, dentre outros). No ato de retomar, os indígenas ressaltam não um dado socioeconômico (uma parcela do território que não cumpre uma função social, os fossos da desigualdade social no campo, etc.), mas acessam uma memória etnicamente situada, que fundamenta o fato de o imóvel retomado compor sua territorialidade específica (ALMEIDA, 2006).

¹² Uma propriedade rural cumpre sua função social quando, conforme previsto no art. 186 da Constituição Federal de 1988, atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: a) aproveitamento racional e adequado; b) utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; c) observância das disposições que regulam as relações de trabalho; d) exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Segundo os Tapeba, as retomadas representam um importante instrumento de luta para fazer valer os seus direitos fundamentais, ora pressionando os órgãos governamentais a agir, impulsionando, em razão do conflito instalado, as diversas etapas do processo de demarcação da terra indígena; ora assegurando o controle dos indígenas sobre determinadas parcelas do território, que passam a ser utilizadas como moradia, como áreas para construções de equipamentos públicos, locais de preservação em razão de sua relevância simbólica e cultural e tantos outros usos.

Nesse contexto, podemos afirmar que para os Tapeba, as ações de retomada integram o direito reivindicado por eles ao território em um cenário de morosidade e de captura do Estado por agentes políticos e econômicos. O quadro de descrença perante as instituições os mobiliza para a ação e agência, definindo os rumos do seu próprio território. Segundo Tófoli:

No caso Tapeba, após as sucessivas tentativas frustradas de demarcar o território, a percepção em relação à eficácia do governo em garantir os seus direitos caiu em descrédito na avaliação de algumas lideranças.

[...] Não obstante o fato de a demarcação ser considerada o objetivo principal da luta pela terra, a inoperância dos órgãos responsáveis em demarcar o território, somado aos bons resultados conquistados nas retomadas, fez com que algumas lideranças passassem a ver, na retomada, o principal mecanismo para efetivar o controle do território. (TÓFOLI, 2010, p. 84).

A retomada para os Tapeba, portanto, não se resume à ideia de ocupação na lógica de outros movimentos que lutam por terra e território, como o Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra (MST). A retomada não significa ocupar um

vazio produtivo, sujeito à especulação ou *commoditização* da vida, e transformá-lo em território vivo e pulsante. Mais que isso, quando ocupam, os Tapeba lembram. Lembram das histórias dos antepassados que falavam daqueles locais. E quando lembram, os indígenas reescrevem a história e redefinem seu futuro.

A retomada do Trilho

A compreensão de que as retomadas seriam instrumentos legítimos para efetivação do direito à terra do povo indígena Tapeba nem sempre tem encontrado respaldo no poder judiciário brasileiro. Exemplo disso é o que tem ocorrido com uma das retomadas existentes na aldeia do Trilho, realizada em julho de 2016, envolvendo cerca de 80 famílias indígenas.

Anteriormente a essa retomada, a aldeia do Trilho já havia passado por outras reocupações de áreas consideradas tradicionais para os indígenas. É o caso da retomada do imóvel onde hoje se situa a escola indígena do Trilho e do imóvel onde está, atualmente, funcionando o polo base para atendimento da saúde indígena. É o que conta uma das lideranças indígenas:

[...] Para melhor lhe dizer, tudo o que nós temos nessa comunidade do trilho, tudo foi através da nossa luta, da nossa união através das retomadas. A primeira retomada que nós fizemos foi para a escola, que é uma escola linda e maravilhosa que nós temos ali. A segunda retomada foi para moradia, que é onde tem o Polo Base hoje. Então, cada área de retomada nós estamos frisando bem o ponto central para toda a população nossa dessa localidade. Tudo foi luta nossa, com sofrimento e dor. (liderança indígena 2, Caucaia, 2017).

O imóvel alvo da retomada realizada em julho de 2016 se insere na terra indígena Tapeba, identificada e delimitada pela Fundação Nacional do Índio em 2013, sendo contíguo à escola indígena e próximo de várias casas dos Tapeba (núcleo central da aldeia). Antes da retomada, os indígenas já faziam uso do imóvel como local de plantio, de extração de sementes, de palha de carnaúba e de frutos como manga, caju e azeitona, em árvores que eles afirmam que seus pais e avós plantaram.

Os não indígenas, que detinham títulos de propriedade sobre o imóvel, embora não o utilizassem para atividades produtivas ou moradia, obtiveram, em 2012, uma licença concedida por órgão do município de Caucaia para construir um loteamento no local. O loteamento não foi efetivado naquele ano, iniciando-se, em 2016, os preparativos para marcação dos lotes e realização de terraplanagem.

Impulsionados pela possibilidade iminente de efetivação do loteamento, os Tapeba organizaram a nova retomada do Trilho, o que levou cerca de 80 famílias indígenas a fixarem suas moradias no local.

Atrelado a isso, a aldeia do Trilho é cortada por uma ferrovia que dá nome à aldeia, instalada antes da identificação e delimitação da terra indígena. Os indígenas, empurrados pela especulação imobiliária e pela expulsão de seus territórios tradicionais, passaram a se fixar nas margens dessa ferrovia, não observando a distância de segurança entre as casas e o trilho. A escola indígena, por exemplo, está a poucos metros da passagem dos trens, tendo havido casos de mortes por atropelamento e descarrilamentos.

Em decorrência disso, a concessionária Ferrovia Transnordestina S/A passou a ajuizar ações, no início de 2016, no sentido da remoção das famílias das margens da rodovia, buscando assegurar a distância mínima entre os trilhos e as residências. Esse movimento levou as famílias indígenas a buscar novos locais de moradia, o que, reforçado pela iminente

instalação de um loteamento por não índios, viabilizou a escolha do local para a retomada efetivada em julho de 2016.

Uma das lideranças da retomada explicam a escolha do local:

Sou uma das primeiras lideranças da comunidade do Trilho. Desde o início da luta que a gente vem fazendo retomada. Retomada pra área de plantio, retomada pra área de escola, retomada pra área de moradia e hoje nós temos essa área aqui que é a única que nós temos de retomada de moradia por causa da moradia da beira do trilho. Como aqui está passando a linha que vai para o Pecém para exportação, aí a gente não tem mais outra solução. A solução hoje foi a gente fazer essa retomada aqui. Como a gente descobriu que tava sendo feito, ia fazer loteamento pra fazer casa, foi quando a gente resolveu fazer essa retomada. Tanto que quando a gente entrou já tinha vários assim tipo marcado dentro da área. Aí foi quando a gente resolveu retomar. Porque na verdade o pessoal fala invasão, mas nós entramos porque lá já é nossa. Nós temos muitas crianças, senhoras de 90 anos que podem ser pegos pelo trem [...]. (liderança indígena 3, Caucaia, 2017).

No sentido de evitar a consolidação da retomada e da presença indígena no imóvel, os proprietários¹³ ingressaram

¹³ Denominamos de proprietários do imóvel aqueles que detinham títulos de propriedade reconhecidos em cartório sobre a área em questão, seguindo o modo como a legislação assim os nomina, ainda que, ao final do processo de demarcação, os

com uma Ação de Reintegração de Posse (Processo nº 0808195-50.2016.4.05.8100) perante a justiça federal no Ceará, solicitando, dentre outros, a retirada dos indígenas do local. Dentre os argumentos utilizados pelos autores da ação, destacam-se aqueles no sentido de descaracterizar a identidade étnica dos Tapeba, descrevendo-os como “pessoas totalmente urbanizadas, sem qualquer traço indígena”, e, ainda, argumentos no sentido de caracterizar o conflito como uma invasão de propriedade.

Entendendo que não havia urgência em deferir a ordem de reintegração de posse, devendo o processo aguardar a tentativa de conciliação entre as partes, o juiz deixou de deferir a liminar de reintegração de posse. Não tendo obtido provimento favorável na 1ª instância, os autores recorreram ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região (Agravo de Instrumento nº 0805973-62.2016.4.05.0000), solicitando a imediata reintegração de posse e a saída dos indígenas do local, com apoio de força policial.

Em julgamento proferido em 08 de novembro de 2016, a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com base no voto do desembargador relator, entendeu que o esbulho, relatado pelos autores, estaria comprovado tendo em vista a “invasão da área de propriedade das agravantes por *elementos que se dizem indígenas*”. (Destaque meu).

Aqui, a auto-identificação reconhecida pela Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho e incorporada à legislação brasileira por meio do Decreto nº 5051/2004 é posta

eventuais títulos sejam declarados nulos, conforme disposto na Constituição Federal. Para os indígenas, contudo, não há distinção entre posseiros, proprietários e ocupantes. Todo não índio que está dentro da terra indígena e que não mantém relações de casamento, compadrio com os Tapeba é denominado por eles por posseiro.

em cheque pelos desembargadores, havendo um tom de dúvida e de questionamento quanto à identidade étnica dos Tapeba.

O intuito em apontar essa dúvida quanto à identidade indígena é deslegitimar a luta dos Tapeba pelo reconhecimento do território de ocupação tradicional. Tal argumento tem sido reiteradamente apresentado em todas as oportunidades possíveis em que a luta Tapeba emerge. Nesse sentido, Tófoli menciona que “a baixa distintividade cultural tem sido usada por grupos dominantes de Caucaia como prova cabal da sua “aculturação”, de sua “integração” na sociedade nacional e, ainda mais, da falsidade de suas reivindicações étnicas” (2010, p. 50).

Tal posicionamento decorre não só de fundamentos assimilacionistas e integracionistas há muito superados pela antropologia e pela legislação brasileira, como parte de um racismo epistêmico, uma vez que nega o que os indígenas afirmam ser com base nas imagens e ideias que aprendemos do que viria a ser indígena (o que come caça, anda nu, mora em oca). Os Tapeba não se enquadram nesse imaginário essencializado do que é ser indígena, não deixando de ser indígenas por isso.

Ainda de acordo com o voto do relator, que foi aprovado por unanimidade pelos demais desembargadores:

No caso sob exame, trata-se de uma terceira demarcação, já que as duas anteriores foram anuladas, com extensão à área urbana do município de Caucaia e incluindo uma adutora da Companhia de Água e Esgoto do Ceará. Os proprietários não foram regularmente notificados, sendo surpreendidos pela invasão de suas terras, o que constitui violação à posse que decorre do domínio devidamente comprovado no registro imobiliário.

A decisão não analisa o caso à luz da Constituição de 1988, que não é, em nenhum momento, mencionada na manifestação do relator. Por expressa disposição constitucional, o

registro imobiliário de um imóvel incidente em terra indígena não pode ser considerado prova para infirmar o direitos dos indígenas às terras tradicionalmente ocupadas por eles. Tanto não pode ser prova que a Constituição fulmina esses títulos de nulidade e extinção, “não produzindo efeitos jurídicos” (art. 231, § 6º, da Constituição Federal de 1988).

Dizer que a retomada de uma parcela do território tradicionalmente ocupado, identificado e delimitado pela Funai, é violação à posse que decorre do domínio devidamente comprovado em registro imobiliário é provocar verdadeira inversão da disciplina constitucional que rege a matéria, atribuindo força a um título que a Constituição o vai afirmar nulo.

O valor superior do documento escrito (título cartorário) dado por outro documento escrito (a decisão judicial, no caso, o acórdão), em detrimento da fala, da memória e da relação dos indígenas com o território, reflete como, a despeito de existir uma legislação a favor dos Tapeba, reconhecida, inclusive, em sede constitucional, não diminui a força de certos escritos, esses sim, feitos para durar no tempo. São papéis que se encontram espelhando as lógicas implícitas que se identificam e se reconhecem. Os juízes não se reconheceriam no papel de indígenas, mas podem se reconhecer no papel de proprietários.

A decisão citada parece confundir o ato de retomada com o que os desembargadores chamam de invasão. Esta é considerada como um ato de ocupar uma determinada área sem nenhum fundamento jurídico que a respalde, podendo, inclusive, ser considerada uma conduta punível criminalmente. Ao não identificar a especificidade do imóvel ocupado enquanto parcela da terra indígena identificada e delimitada pela Funai, os desembargadores acabaram negando vigência aos direitos originários dos povos indígenas e ao caráter meramente

declaratório¹⁴ do processo de demarcação das terras indígenas, tratando o caso como se os indígenas tivessem invadido propriedade particular.

Tanto na ação originária quanto no agravo de instrumento, o povo indígena Tapeba não pode ser ouvido por meio de suas próprias organizações, conforme determina o art. 232 da Constituição Federal e a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, não podendo, portanto, influir no convencimento dos julgadores.

O único Tapeba citado para atuar como parte do processo foi o indígena Ricardo Weibe do Nascimento Costa, vereador do município de Caucaia. Tal medida, antes de representar uma garantia de participação dos indígenas no feito, foi compreendida pelos Tapeba como um ato intimidatório e de criminalização de uma liderança indígena. Há instâncias próprias de representação dos Tapeba, como é o caso da Associação das Comunidades dos Índios Tapeba (Acita), que não chegou a ser citada ou intimada para participar do processo.

Diante da decisão judicial proferida pelo Tribunal Regional Federal, o juiz da 3ª Vara Federal, responsável pela ação de reintegração de posse citada, foi instado a cumprir a ordem de reintegração em favor dos particulares. Objetivando conhecer melhor a realidade posta nos autos do processo, ele agendou

¹⁴ A Constituição Federal de 1988, no art. 231, estabelece que são reconhecidos aos índios os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Esse dispositivo, em consonância com o art. 25 da Lei nº 6.001/73, determina, portanto, que o processo de regularização fundiária de uma Terra Indígena não a constitui nem a cria para o mundo jurídico ou dos fatos. O processo serve apenas para garantir segurança e estabilidade jurídica, valores presentes na sociedade não indígena, determinando limites à territorialidade vivida pelos povos indígenas.

uma inspeção judicial, realizada no dia 30 de novembro de 2016. Em razão da importância desse momento para compreensão do que busco discorrer no presente artigo, colaciono trecho do meu caderno de campo desse dia:

Era o último dia de novembro de 2016. Nos dois dias anteriores, tínhamos participado de longas audiências públicas, na sede da Justiça Federal em Fortaleza, conduzidas pelo Juiz da 3ª Vara Federal, em que foram discutidos os diversos enfoques em torno da demarcação da Terra Indígena Tapeba. Mas, diferentemente dos outros dias, o juiz, em vez de permanecer no seu gabinete com ar refrigerado e ambiente estritamente controlado, iria pisar na Terra Indígena, sentir o cheiro do lugar, ver e vivenciar uma realidade que só lhe era apresentada por meio de papéis.

Acompanhada por outro servidor da Fundação Nacional do Índio, saímos da sede da Justiça Federal, às 9 horas. Ao todo, eram 9 carros, sendo um da Justiça Federal, outro com policiais federais que faziam a escolta do juiz, noutro iam representantes da Defensoria Pública da União, noutro da Procuradoria Federal, noutro, do Ministério Público Federal, além do veículo da Fundação Nacional do Índio e mais três carros de particulares.

Chegamos ao primeiro local do nosso roteiro de inspeção, na *retomada* da Aldeia do Trilho, na Terra Indígena Tapeba, às 10 horas. O calor daquela hora da manhã foi o primeiro contraste que aquelas “autoridades” do mundo do direito se depararam naquele dia. Todos desceram dos carros e se concentraram embaixo de uma árvore frondosa, onde um grupo de cerca de dez indígenas já nos aguardava. Nesse grupo de homens, mulheres, idosos e

crianças Tapeba, todos traziam algum elemento distintivo, seja um cocar, uma maraca, uma lança, um colar, que os identificava enquanto indígenas. Talvez nem fosse necessário o uso desse elemento demarcador da identidade, mas, segundo eles, era só para evitar as perguntas do tipo: “você são índios mesmo?”.

Em contraposição às vestimentas usadas pelos indígenas, a tribo do juridiquês também usava seus elementos distintivos: paletós, gravatas, terninhos, sapatos de salto alto ou de couro lustrado.

Os particulares, proclamando-se donos daquele imóvel, iam conversando ao longo de toda a caminhada com o juiz, afirmando que os indígenas teriam *invadido* o local pertencente aos não índios. Os Tapeba, por sua vez, faziam intervenções breves, no momento das paradas para descanso do juiz, reafirmando que não invadiram nada, mas *retomaram* o que sempre fora deles.

Entre essa disputa de narrativas, chamou-me a atenção um indígena que estava rindo, um pouco mais afastado desse aglomerado de pessoas, apontando para sua pequena plantação. Afastei-me um pouco da discussão entre a tribo do juridiquês e os indígenas, para perguntar o que estava acontecendo. O indígena, então, contou-me que, após a consolidação da retomada, em meados de setembro, eles começaram a brocar o terreno para plantar batata doce, mandioca, milho e feijão. Achavam que nada ia vingar pela falta de chuva no período [além de, no Ceará as chuvas ocorrerem no primeiro semestre do ano, o estado atravessava um longo período de estiagem, que perdurava há mais de cinco anos], mas, ainda assim, colocaram ali a única coisa que tinham: o seu trabalho com a terra.

Realmente, na vistoria, encontramos diversas plantações, de milho, batata, feijão, mandioca, todas localizadas no quintal das casas dos indígenas, ou em uma área coletiva que eles definiram para plantio. Mas, no caso daquele indígena, o seu quintal parecia ter sido revirado e remexido, sem que houvesse algo ainda a se colher. Perguntei se ele tinha colhido tudo o que plantou. E ele me respondeu, abrindo um sorriso: “não colhi nada, dona”. Havia perdido toda a sua plantação para duas raposas que resolveram aparecer no dia anterior ao da inspeção.

Diante da minha surpresa, ele emendou a seguinte explicação: “a gente achava que nunca mais ia ver esse bicho por aqui, mas agora ele tem confiança de voltar e aparecer pra gente. Só pode ser obra dos *encantados* que tão felizes porque a gente voltou a cuidar do que é nosso”.

Coisas fervilhavam na minha cabeça. Como traduzir o que os indígenas estavam a dizer em papéis, no rito processual metodicamente definido em códigos jurídicos tão outros para eles? Como fazer refletir suas cosmologias em relações mediadas por empalitozados, já que a fala de qualquer pessoa em um processo judicial só ocorre se mediada por um advogado? Qual seria o reflexo das manchas de suor, dos sapatos sujos de areia, das respirações ofegantes, em suma, daquele encontro de horizontes, nas decisões que viriam a seguir? Como garantir aquela percepção mais horizontal da vida, em que humanos e não humanos têm dignidades partilhadas, em relações tão profundamente hierarquizadas, como as jurídicas?

O encontro das raposas com os Tapeba; meu, com os Tapeba e suas histórias de raposas; meu, com os empalitozados nos Tapeba e suas histórias de

raposa me levaram a uma necessidade de questionar a reificação do direito produzido pelo Estado, localizando sua pequenez nos multiversos que são as formas de viver e de gerir vidas.

Em 13 de dezembro de 2016, considerando que a decisão do TRF da 5ª Região continuava válida, o juiz de primeira instância, impulsionado pelo tribunal a cumprir a decisão de reintegração de posse, informou de reunião realizada naquele mês com representantes da Funai, da Defensoria Pública da União e da comunidade indígena Tapeba, na qual solicitou prazo para que fossem buscadas estratégias de acomodação das famílias que seriam desalojadas. De acordo com a decisão constante nos autos, a força policial somente seria acionada em caso de esgotamento do prazo de desocupação voluntária.

Após solicitação de dilação de prazo para a desocupação requerida pela Defensoria Pública da União ao TRF, o que foi deferido pelo desembargador-relator, restaram esgotados, em fevereiro de 2017, todos os prazos para a desocupação voluntária dos indígenas, levando o juiz de primeira instância a solicitar o uso da força policial para a polícia federal, com o auxílio da polícia militar.

Nesse interregno, em 13 de fevereiro de 2017, a Fundação Nacional do Índio ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal pedido de suspensão de liminar (SL nº 1096) afirmando estar configurada grave lesão à ordem pública e à segurança, em razão das constantes paralisações de rodovias e outros atos promovidos pelos Tapeba, no intuito de chamar a atenção da opinião pública quanto à decisão judicial que os obrigava a sair do seu território tradicional retomado.

O pedido de suspensão de liminar foi deferido pela Presidente do Supremo Tribunal Federal à época, a ministra Cármen Lúcia, em 1º de junho de 2017, por entender que a possibilidade de confronto com risco para a integridade das pessoas e de vidas humanas que podem entrar em conflito indicaria,

como melhor caminho, não se promover alteração na situação fática. Os indígenas permaneceriam no imóvel, portanto, até o julgamento de mérito da ação de reintegração de posse em trâmite na 3ª Vara Federal.

Em que pese a decisão ter sido favorável aos indígenas, o argumento utilizado, qual seja, de ampliação do conflito entre as partes caso a ordem de reintegração de posse fosse cumprida, não foi compreendido pelos Tapeba como um argumento de fato condizente com o direito que eles possuíam.

Para os indígenas, o seu direito à parcela do território discutida nesta ação decorria da forma com que eles foram preenchendo o lugar de memória e de histórias, sendo, ainda, afetados pela memória do lugar. Foram, ainda, marcando a área da retomada com plantações de mandioca, milho, feijão, batata-doce, além da construção de algumas casas de taipa e de tijolo que passaram a ser erguidas em meio às lonas. As reuniões passaram a ser feitas embaixo de um grande cajueiro no local, considerado, pelos indígenas, como sagrado.

Essa forma de ocupação do território, o modo como a “natureza” tem reagido à presença indígena e a memória coletiva partilhada por eles tem garantido a legitimidade, para os Tapeba, da retomada, independentemente do que está dito nos processos judiciais:

[...] essa área [da retomada do trilho] é a nossa área que nós escolhemos para plantio. É uma área muito boa que tudo que a gente planta aqui dá. Pra você ver como tão boa é a área que nós plantamos sem chuva e a coisa está maravilhosa, o feijão, o milho, está tudo lindo! Porque nós temos filhos e precisamos de moradia, precisamos de área para plantio. Isso só me dá a certeza de que isso aqui sempre foi nosso. (indígena 2, Caucaia, 2017).

Estamos aqui nessa retomada porque nós precisamos de terra pra morar, né? Nós estamos sendo

invadidos pela Refesa (RFSa), onde todas as casas da beira da linha vão ser derrubadas. Então nós estamos nessa retomada com mandado [de reintegração] de posse até o dia 13 e nós estamos aqui pedindo pelos nossos anciãos pelas nossas crianças. Dizem que os índios são preguiçosos, mas toda a terra está plantada de feijão, milho já para o nosso alimento. Por isso nós queremos a terra não para está morando, não para fazer prédio, não para fazer estrada, mas sim pra ter o nosso sustento, dos nossos filhos. Nossos antepassados que morreram nos deram isso, para que a gente tivesse aqui hoje nesse benefício, brigando pela nossa terra, porque a terra é a nossa mãe. (indígena 4, 2017).

Apesar de o processo discutir uma relação fundiária, da terra com pessoas, sejam elas coletivas (indígenas) ou individuais (proprietários), esses sentidos de territorialidades que estão presentes nas falas dos indígenas – território que sempre foi nosso; nossos antepassados que nos deram isso; terra como mãe -, em nenhum momento aparece nas páginas escritas do processo que até hoje tramita perante o poder judiciário. E esse silêncio eloquente diz muito mais do aparenta.

Da colonialidade do saber e do poder à deliberada surdez do judiciário

O procedimento de regularização da terra indígena Tapeba tem se configurado extremamente moroso, levando os indígenas a manejar meios próprios de gestão do seu espaço tornado vivo, configurado e reconfigurado pelas culturas em construção. Nesse contexto, as retomadas, enquanto prática político-territorial, têm sido um dos principais instrumentos de que se valem os Tapeba para assegurar a manutenção de parcelas do seu território tradicional na sua posse plena.

A retomada do Trilho, iniciada em julho de 2016, entretanto submetida ao crivo do poder judiciário, foi interpretada pelos desembargadores federais do Tribunal Regional Federal da 5ª Região como ilegalidade, ofensiva ao direito de propriedade dos não indígenas, comprovada com registro imobiliário.

Não houve nenhuma realização de prova pericial (laudo antropológico) ou oportunidade de fala dos indígenas no processo, por meio de suas organizações próprias, bastando, para fins de reconhecimento do direito dos proprietários em contraponto ao direito originário dos indígenas Tapeba, o documento cartorial.

Nesse aspecto, parece-nos relevante destacar o modo como a nossa sociedade (moderna e ocidental) fetichiza os papéis, atribuindo-lhes um poder sobrenatural e mágico de expressar rituais, relações e fatos da vida, como nascimento e morte. Os papéis ditam o que é real, válido e certo, em uma expressão de um conhecimento que reduz ao invisível e inválido aquilo que não está escrito. Assim, a história oral, o conhecimento partilhado e outras formas de saber vão sendo relegados a uma posição subalterna diante do conhecimento codificado e escrito.

Tal postura coaduna-se com a colonialidade do saber e do poder tão presentes em nossas instituições, em especial, as jurídicas. Para Carlos Walter Porto-Gonçalves:

A colonialidade do saber nos revela, ainda que, para além do legado de desigualdade e injustiças sociais profundos do colonialismo e do imperialismo, já assinalados pela teoria da dependência e outras, há um legado epistemológico do eurocentrismo que nos impede de compreender o mundo a partir do próprio mundo em que vivemos e das epistemes que lhes são próprias (2005, p. 10).

Discutir o lugar em que a modernidade e seus cânones, o direito e a ciência, atribuiu ao não-ocidental, incluindo os povos indígenas, um lugar de negação e invisibilidade; um lugar do não possível, do não existente, do inferior, é central nos estudos descoloniais, os quais propugnam outras formas de conhecimento, outros modos de ser, fazer e produzir, que permitam a convivência entre os conhecimentos, o viver “*entre*”. Nesse sentido, Walter Mignolo escreve que:

Minha preocupação é enfatizar a ideia de que o “discurso colonial e pós-colonial” não é apenas um novo campo de estudo ou uma mina de ouro para a extração de novas riquezas, mas condição para a possibilidade de se construírem novos *loci* de enunciação e para a reflexão de que o “conhecimento e compreensão” acadêmicos devem ser complementados pelo “aprender com” aqueles que vivem e refletem a partir de legados coloniais e pós-coloniais (...). Do contrário, corremos o risco de estimular a macaqueação, a exportação de teorias, o colonialismo (cultural) interno, em vez de promover novas formas de crítica cultural de emancipação intelectual e política – de transformar os estudos coloniais e pós-coloniais em um campo de estudo em vez de um *locus* de enunciação liminar e crítico (2003, p. 35-36).

O pulsar desse conhecimento a partir do outro, proposto pelos estudos descoloniais, e as infinitas possibilidades que se abrem a partir dele permitem-nos discutir o lugar subalterno dos conhecimentos indígenas frente ao direito estatal, possibilitando pensar em saídas para essa teia que a racionalidade moderna, da qual o direito é expressão, impõe.

No caso da retomada do Trilho, os magistrados sequer ouviram os argumentos que consideravam a área ocupada

pelos indígenas como parcela da terra indígena Tapeba, supervalorizando o documento escrito (título cartorial) em detrimento da história, da memória e das relações que os indígenas detinham e detêm com aquele território.

A presença de uma surdez deliberada na decisão do TRF da 5ª Região se reflete não só na invisibilidade de dispositivos legais existentes e postos à livre escolha dos magistrados, mas na inexistência de justificativas expressas para sua não escolha, o que caracteriza um déficit de jurisdição. Expressa-se também na não determinação de uma escuta e participação mais efetiva e aproximada do povo indígena Tapeba; no supervalor probante dado a uma prova escrita, em detrimento de outros meios de prova disponíveis. As escolhas que são feitas no campo jurídico não estão separadas de outras escolhas que são feitas no mundo fora do direito. Esse, enquanto uma expressão cultural da sociedade, também bebe da colonialidade, que determina a hierarquização de valores, sujeitos e saberes.

O direito é entendido para as culturas moderno-capitalista-ocidentais como um conjunto de normas e instituições capazes de controlar a vida em sociedade, sendo dotado, portanto, de uma lógica de universalidade. De acordo com Bourdieu, “o efeito de universalização é um dos mecanismos, e sem dúvida dos mais poderosos, por meio dos quais se exerce a dominação simbólica ou, se se prefere, a imposição da legitimidade de uma ordem social” (2010, p. 242).

Em contraponto a essa noção universalista do direito, Geertz apresenta uma abordagem culturalista do Direito, situando-o dentro do universo de cada povo, relacionando-o, portanto, com outros saberes igualmente relevantes, como a cosmologia, os mitos, o fazer roça, dentre outros. O autor define o direito como:

uma forma de ver o mundo, semelhante [...] à ciência, ou à religião, ou à ideologia, ou à arte – mas que, no caso específico do direito, vem acompanhado de

um conjunto de atitudes práticas sobre o gerenciamento de disputas que essa própria forma de ver o mundo impõe aos que a ela se apegam (2009, p. 276).

Partindo desta concepção de direito, Geertz (2009) formula a noção de sensibilidade jurídica, que está relacionada ao conjunto de idéias, eventos, performances, práticas, crenças relacionadas ao sentido de justiça e o modo específico de realizá-lo. Falar de sensibilidades jurídicas é importante quando se busca analisar, comparativamente, as bases culturais do direito. Segundo Geertz:

essas sensibilidades variam, e não só em graus de definição; também no poder que exercem sobre os processos da vida social, frente a outras formas de pensar e sentir [...]; ou nos seus estudos e conteúdos específicos. Diferem, e profundamente, nos meios que utilizam – nos símbolos que empregam, nas histórias que contam, nas distinções que estabelecem – para apresentar eventos judicialmente. É possível que fatos e leis existam universalmente; mas sua polarização provavelmente não (GEERTZ, 2009, p. 261-262).

Como um saber que é local e culturalmente situado, e, portanto, não universal, o modo como a racionalidade moderna e ocidental compreende o direito não é o mesmo modo como os povos indígenas o compreendem. Prova disso é a disputa em torno do sentido das retomadas para os Tapeba e para o judiciário brasileiro. De mecanismo político-territorial legítimo à compreensão de que se trata de um fato jurídico contrário à ordem legal há uma distância abissal. Linhas de racionalidades absolutamente contrapostas emaranhadas na teia da colonialidade.

De fato, os Tapeba têm a seu favor um reconhecimento, no âmbito normativo, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Transmudar esse conceito normativo ao plano da vida tem esbarrado, entretanto, em um contexto de colonialismo jurídico, que simplesmente impede os indígenas de serem reconhecidos como povo, produtores de episódios que podem ou não dialogar com as lógicas estatais. A emergência de outras formas de pensar a vida, conforme apontam os Tapeba, exige do judiciário uma prática não rotineira no sentido de descolonizar-se.

Conclusões

Diante da demora injustificável no andamento dos processos de regularização fundiária das terras indígenas no Brasil, motivada não só pelo número de fases do processo e de sua complexidade, mas principalmente pelos interesses políticos e econômicos que disputam, com os povos indígenas, os territórios tradicionalmente ocupados, os indígenas têm tomado para si a tarefa de proteger seus territórios e de efetivar os seus direitos constitucionalmente assegurados.

Nesse contexto, as retomadas desenvolvidas pelos povos indígenas para fazer valer o seu direito fundamental às terras tradicionalmente ocupadas se fundamentam na necessidade de resguardar e proteger o seu modo de vida, o que tem expressão nos territórios por eles reivindicados. São as retomadas realizadas pelos Tapeba que têm garantido um espaço de vivência para esse povo indígena enquanto o estado brasileiro vai deixando de efetivar o direito constitucionalmente assegurado a eles.

É a partir da atuação concreta dos povos indígenas que os seus direitos saem de um plano da mera previsão normativa para a concretude da vida, exigindo do poder judiciário um esforço interpretativo que busca conectar a racionalidade moderna ocidental com as múltiplas perspectivas trazidas por

esses povos, em um exercício que a antropologia jurídica tem muito a contribuir.

Referências

AGUIÃO, Silvia. Produzindo o campo, produzindo para o campo: um comentário a respeito das relações estabelecidas entre “movimento social”, “gestão governamental” e “academia”. In: CASTILHO, Sergio Ricardo R.; SOUZA LIMA, Antonio Carlos; TEIXEIRA, Carla Costa (Org.) **Antropologia das Práticas de Poder: reflexões etnográficas entre burocratas, elites e corporações**. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2014, p. 115-126.

ALMEIDA, Alfredo W. B. Terras tradicionalmente ocupadas: processos de territorialização, movimentos sociais e uso comum. **Terras de Quilombos, Terras Indígenas, ‘Babaçuais Livres’, ‘castanhais do povo’, Faxinais e Fundo de Pasto: terras tradicionalmente ocupadas**. Manaus: PPGSCA-UFAM, 2006.

BARRETO FILHO, Henyo Trindade. **Identidades emergentes, soluções heterodoxas: o caso da (não) demarcação da Terra Indígena Tapeba**. Palestra proferida no Painel “As Etnias do Ceará e Xacriabá”, durante o workshop Política Indigenista para o Leste e Nordeste Brasileiro, promovido pela Funai em 1997. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/interethnica/article/download/11670/10264/>>. Acesso em: 15 nov. 2019.

BARRETO FILHO, Henyo Trindade. Invenção ou renascimento? gênese de uma sociedade indígena contemporânea no nordeste. In: OLIVEIRA, João Pacheco. (Org.) **A viagem da volta: etnicidade, política e reelaboração cultural no nordeste indígena**. 2. ed. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2004.

BARRETO FILHO, Henyo Trindade. “Protagonismo” como vulnerabilização em demarcação de terras indígenas: o caso do acordo judicial para demarcar a Terra Tapeba. In: **Revista Brasileira de História**. São Paulo, v. 37, nº 75, 2017, pp. 217-240.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 13. Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL. **Decreto nº 94.946**, de 23 de setembro de 1987. Regula o item I, do artigo 17, da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Diário Oficial da União, Brasília, DF., 24 set. 1987, p. 15594.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF., nº 191-A, 05 out. 1988, p. 1.

BRASIL. **Decreto nº 1775**, de 08 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF., 09 jan. 1996, Seção I, p. 265.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Mandado de Segurança nº 5.505/DF**. Processo nº 1997/0085188-5. Órgão julgador: Primeira Seção. Autor: Município de Caucaia. Réu: Ministro de Estado da Justiça. Relator: Ministro Garcia Vieira. Brasília, 27 de maio de 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão na Reclamação nº 2.651/DF**. Processo nº 2007/0261207-3. Órgão julgador: Primeira Seção. Autor: Município de Caucaia. Réu: Ministro de Estado da Justiça e outro. Relator: Ministro José Delgado. Brasília, 11 de junho de 2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Agravo de Instrumento na Ação Cautelar**. Processo nº 0801865-92.2013.4.05.0000. Acórdão proferido pela 4ª Turma. Agravante: Espólio de Emmanuel Oliveira de Arruda Coelho. Agravado: Fundação Nacional do Índio - Funai. Relator convocado: Desembargador Federal Gustavo de Paiva Gadelha. Recife, 26 de novembro de 2013.

BRASIL. 3ª Vara Federal do Ceará (Fortaleza). **Ação de Reintegração de Posse**. Processo nº 0808195-50.2016.4.05.8100. Autor: Cabatan Incorporadora SPE Ltda - EPP e outro. Réu: Fundação Nacional do Índio - Funai e outros.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região - 4ª Turma. **Acórdão no Agravo de Instrumento**. Processo nº 0805973-62.2016.4.05.0000. Autores: STG Construções Imobiliária Ltda. e Cabatan Incorporadora SPE Ltda. Réus: Fundação Nacional do Índio e outros. Relator: Desembargador Federal Lázaro Guimarães. Recife, 08 de novembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar. SL nº 1096/CE. **Decisão sobre o pedido de suspensão de liminar**. Autor: Fundação Nacional do Índio. Réu: STG Construções Imobiliária Ltda. e Cabatan Incorporadora SPE Ltda. Relator: Ministra Cármen Lúcia - Presidente do STF. Brasília, 01 de junho de 2017.

GEERTZ, Clifford. **O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa**. 11. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 2009.

MIGNOLO, Walter. **Histórias locais/projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; GUERRIERO, Iara Coelho Zito. Reflexividade como éthos da pesquisa qualitativa. In: **Ciência & Saúde Coletiva**, nº 19 (4), 2014, p. 1103-1112.

OBSERVATÓRIO SOCIOAMBIENTAL. **Povo Tapeba: lutas e resistências**. Imagens e edição: Janete Melo. Duração: 12' 33". Disponível em <<https://www.youtube.com/watch?v=JKbI-BkAn6y0>>. Acesso em 13 out. 2019.

OLIVEIRA, João Pacheco de. Uma etnografia dos 'índios misturados'? Situação colonial, territorialização e fluxos culturais. In: OLIVEIRA, João Pacheco de (Org.). **A Viagem de Volta**. Rio de Janeiro, Laced, 2004.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. Apresentação da edição em português. In: LANDER, Edgardo (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais, perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

SILVA, Isabelle Braz Peixoto da. O Relatório Provincial de 1863 e a expropriação das terras indígenas. In: OLIVEIRA, João Pacheco de (Org.). **A presença indígena no Nordeste: processos de territorialização, modos de reconhecimento e regime de memória**. Rio de Janeiro: Contracapa, 2011.

SOARES, Ana Aline Furtado; ILNAR DE SOUSA, Francisca. A não demarcação da Terra Indígena Tapeba como violação de direitos humanos. In: Encontro Anual da ANDHEP. 7., 2012, UFPR, Curitiba, PR. **Anais eletrônicos**. Curitiba, PR. Disponível em <<http://andhep.org.br/anais/arquivos/VIIencontro/gt09-02.pdf>>. Acesso em 10 out. 2019.

SOUZA LIMA, Antonio Carlos de; CASTRO, João P. M. Políticas Públicas. In: SANSONE, Livio; PINHO, Osmundo (ed.).

Raça: novas perspectivas antropológicas. Brasília, Salvador: ABA; EDUFBA, 2008.

TÓFOLI, Ana Lúcia Farah de. **As retomadas de terras na dinâmica territorial do povo indígena Tapeba:** mobilização étnica e apropriação espacial. Dissertação de Mestrado - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza/CE, 2010.

VIANNA, Adriana. Etnografando documentos: uma antropóloga em meio a processos judiciais. In: CASTILHO, Sergio Ricardo R.; SOUZA LIMA, Antonio Carlos; TEIXEIRA, Carla Costa (Org.) **Antropologia das Práticas de Poder:** reflexões etnográficas entre burocratas, elites e corporações. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2014, p. 43-70.

TERRAS INDÍGENAS E SEGURANÇA FUNDIÁRIA: por que demarcar?

Juliana de Paula Batista¹

Introdução

Com a constituição de 1988 não apenas se superou a ideia de que, por meio da integração econômica, os povos indígenas deixariam suas identidades específicas, sendo assimilados ao estado-nação, como uma série de direitos foram reconhecidos e declarados, gerando obrigações ao estado brasileiro. Entre elas, o dever de demarcar as terras indígenas, um dever do estado, que permanece à margem de governos e de quaisquer ideologias políticas partidárias.

É objetivo deste estudo discutir, a partir de uma perspectiva jurídica, a segurança fundiária das terras indígenas no país diante das orientações governamentais recentes. Para tanto, apresenta-se a situação geral no que diz respeito à questão fundiária indígena, descreve-se a previsão normativa

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduada em Direito pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC). Atualmente é advogada do Instituto Socioambiental. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: Jurisdição Constitucional, Direitos Fundamentais, Direitos Indígenas, Direitos Quilombolas, Meio Ambiente e Sociedade Civil. Membro da Comissão Especial de Defesa dos Direitos dos Povos Indígenas do Conselho Federal da OAB

constitucional dos direitos indígenas para, em seguida, discutir a possibilidade jurídica de cumprimento das promessas políticas feitas durante a candidatura eleitoral do, então presidente eleito, Jair Messias Bolsonaro (2019-2022).

Quanto à metodologia empregada, realizou-se revisão bibliográfica, bem como analisou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema, caracterizando uma orientação jurisprudencial da Corte a partir dos preceitos constitucionais relacionados. Também foram considerados, para a caracterização do discurso político governamental, as entrevistas, *lives* e *posts* veiculados em redes sociais do ex-Presidente da República, Jair M. Bolsonaro.

Situação fundiária indígena geral

O Brasil tem mais de 305 povos indígenas diferentes, falantes de pelo menos 274 línguas. Segundo a Fundação Nacional do Índio (Funai) (BRASIL, sd), existem no Brasil 692 terras indígenas (Tis) com processo administrativo aberto ou já finalizado. Essas áreas já foram reconhecidas ou estão em diferentes etapas do complexo procedimento demarcatório: há 441 terras regularizadas; 9 terras homologadas ou reservadas por decreto presidencial; 74 declaradas por portaria ministerial; 43 delimitadas; 119 em estudo no órgão indigenista e 6 com portaria de interdição. Portanto, mais de 67% das áreas já foram homologadas, a última etapa do processo demarcatório, restando um passivo de cerca de 33% de áreas a serem reconhecidas completamente. Parte dos processos pendentes está judicializada. Há, também, o passivo para regularizar terras já demarcadas, a chamada fase de “desintrusão dos não-índios”.

A Funai também possui hoje 114 registros (BRASIL, sd) de povos indígenas isolados e de recente contato em toda a Amazônia legal. Essas comunidades estão em situação de extrema vulnerabilidade devido às pressões e ameaças de garimpeiros, grileiros, madeireiros e grandes obras.

As terras indígenas se localizam em porção significativa da Amazônia brasileira e são fundamentais para a reprodução física e sociocultural dos povos indígenas. Os benefícios e serviços prestados por estas áreas ao clima são incontestáveis. Dados produzidos pelo Instituto Socioambiental demonstram que “enquanto 20% da floresta amazônica brasileira foi desmatada nos últimos 40 anos, as terras indígenas na Amazônia legal perderam, somadas, apenas 2% de suas florestas originais” (ISA, 2018). A conservação florestal das terras indígenas está intimamente ligada aos modos de vida dos indígenas, suas relações práticas e simbólicas com o meio que os circunda.

Em 2012 foi criada, por meio do decreto n.º 7.747/2012, a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas (PNGATI), com objetivo de:

garantir e promover a proteção, a recuperação, a conservação e o uso sustentável dos recursos naturais das terras e territórios indígenas, assegurando a integridade do patrimônio indígena, a melhoria da qualidade de vida e as condições plenas de reprodução física e cultural das atuais e futuras gerações dos povos indígenas, respeitando sua autonomia sociocultural” (artigo 2º).

A partir dessa política, a gestão das TIs encontra mecanismos que podem aliar usos, costumes e tradições dos indígenas com conservação ambiental e auto sustentação econômica. Um exemplo são os Planos de Gestão Ambiental e Territorial (PGTAs). Em janeiro de 2018, havia 213 instrumentos oficiais de gestão elaborados para as TIs, incluindo zoneamentos, diagnósticos socioambientais e 104 Planos de Gestão Ambiental e Territorial, já finalizados ou em elaboração. Outras dezenas de planos estão em elaboração.

De acordo com o ISA, organização da sociedade civil que atua há mais de 25 anos com os povos indígenas, é

importantíssimo a constituição de “um fundo público de longo prazo para financiar a formulação e a implementação dos planos de gestão ambiental das TIs, com regras de acesso mais facilitadas que as do Fundo Amazônia”, bem como a conclusão dos “processos administrativos dos registros em situação de informação’ e ‘em estudo’ relativos aos índios isolados”. A entidade ainda sugere “o fortalecimento dos instrumentos de gestão e proteção dos territórios restritos e interditados para índios isolados” e das “Frentes de Proteção Etnoambiental da Funai, destinando recursos financeiros e pessoais adequados”, destacando a pertinência da edição de “portarias de restrição de uso para as áreas com povos indígenas isolados e de recente contato que se encontram fora de TIs” (ISA, 2018).

Acrescente-se, ainda, a necessidade de fortalecimento de instrumentos de proteção, vigilância e fiscalização das TIs por parte do poder público. A medida é essencial para conter invasões, dilapidação dos recursos ambientais e assegurar a integridade física dos indígenas.

Previsão normativa dos direitos indígenas

A política indigenista brasileira, até o advento da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, tinha como objetivo a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”. Pensava-se que, integrados economicamente, os indígenas deixariam suas identidades específicas e se tornariam “brasileiros genéricos”, seriam, portanto, assimilados ao estado-nação. Não foi o que aconteceu. Resistindo a violências e, muitas vezes vivendo em terras diminutas, os indígenas se articularam, se organizaram, conquistaram aliados e participaram ativamente dos debates da Assembleia Nacional Constituinte. Pela primeira vez, admitiu-se o “caráter pluriétnico da sociedade brasileira” (BRASIL, sd).

Com a promulgação da Constituição de 1988, inaugurou-se um novo paradigma na relação entre o Estado e os povos

indígenas. Isso porque o artigo 231, reconhece, aos índios, “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”. Ou seja, reconheceu-se que os indígenas possuem identidade étnica específica, distinta do restante da sociedade nacional e que têm todo o direito de ser quem são.

A Constituição também cuidou de definir o que são “terras indígenas” ou “terras tradicionalmente ocupadas pelos índios” no §1º do artigo 231:

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 seu usos, costumes e tradições.

Durante o processo de demarcação de uma terra indígena (TI) deve-se observar a urdidura engendrada entre os indígenas e o seu território, pois é nessa trama que se desenham os critérios estabelecidos no artigo 231, § 1º. Consoante já decidiu o STF, “A demarcação de terras indígenas não se orienta por critérios rigorosamente matemáticos”. Sem falar que não têm préstimo para esse fim critérios não-índios de mensuração, como, por exemplo, cálculo de hectare/habitante” (BRASIL, 2010).

Não é por outra razão que a Constituição da República expressamente classificou o direito fundamental dos indígenas às suas terras tradicionais como sendo um direito originário, anterior à própria existência do estado. Nesse horizonte, o Supremo Tribunal Federal já proclamou que o termo “originários” visa:

traduzir uma *situação jurídico-subjetiva mais antiga do que qualquer outra*, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. (...) *Pelo que o direito por continuidade histórica prevalece*, conforme dito, até mesmo sobre o direito adquirido por título cartorário ou concessão estatal (BRASIL, 2010).

As TIs são bens da União, por expressa disposição do artigo 20, XI da CRFB. Além disso, os índios possuem a posse permanente e o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas TIs (artigo 231, §3º, CRFB). Consoante leciona Carlos Frederico Marés de Souza Filho:

Por usufruto exclusivo não se pode entender a restrição a ato de troca, venda ou doação de frutos e produtos das riquezas da área, mas ao contrário, trata-se do direito de a comunidade não usar determinada área, seja para regeneração, seja por motivos sagrados ou outro qualquer. Isto quer dizer que o que se faz com a área é assunto da comunidade, que exclusivamente deliberará (2018, p. 2257).

Também por força da Constituição, a União está obrigada a promover a demarcação das terras indígenas. O procedimento administrativo para tal desiderato está previsto no Decreto n.º 1.775/1996, cujas regras já foram declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2011). Contudo, independentemente da fase em que se encontra o processo administrativo, é importante ressaltar que o direito dos indígenas sobre suas terras independe de demarcação (artigo 25, da Lei n.º 6.001/1973) (BRASIL, 2013), visto que é ato meramente declaratório de direito antecedente – e que, portanto, não constitui direitos –, apenas revestindo de segurança jurídica o

ato-fato ocupação permanente, o que também já foi reconhecido pelo STF (BRASIL, 2011).

As TIs são fundamentais para assegurar a sobrevivência física e cultural dos indígenas. Nessa vereda, o STF já proclamou:

emerge claramente do texto constitucional que a questão da terra representa o aspecto fundamental dos direitos e das prerrogativas constitucionais assegurados aos índios, pois estes, sem a possibilidade de acesso às terras indígenas, expõem-se ao risco gravíssimo da desintegração cultural, da perda de sua identidade étnica, da dissolução de seus vínculos históricos, sociais e antropológicos e da erosão de sua própria percepção e consciência como povo e como nação que reverenciam os locais místicos de sua adoração espiritual e que celebram, neles, os mistérios insondáveis do universo em que vivem (BRASIL, 1997).

O Constituinte Originário, no artigo 231, § 3º da CRFB, expressamente assentou a necessidade de autorização do Congresso Nacional para algumas atividades dentro de terras indígenas, já que essas possuem forte potencial de inviabilizar o núcleo essencial dos direitos fundamentais previstos no artigo 231. Assim, no citado §3º está previsto que:

O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

Da leitura do parágrafo §3º em conjunto com o § 7º do artigo 231, da CRFB, denota-se que o Constituinte Originário pré-excluiu a atividade de garimpagem² das terras indígenas. Para outros tipos de aproveitamento mineral (que não o garimpo) e de recursos hídricos, estabeleceu regime diferenciado, pois exige: (i) lei específica; (ii) oitiva das comunidades afetadas; (iii) autorização do Congresso Nacional; e (iv) participação das comunidades afetadas nos resultados da lavra. Tais atividades, portanto, não podem ocorrer na forma ordinariamente estabelecida pela legislação, o que caracteriza exceção

² Sobre aproveitamento de riquezas minerais em TIs, vide CRFB, artigo 231, §§ 3º e 7º c/c artigo 174 §§3º e 4º e artigo 21, XXV, todos transcritos abaixo: art. 231, caput - “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (...) § 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º”. Art. 174 - “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. § 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros. § 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei”. Art. 21 - “compete à União: (...) XXV - estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa”.

constitucional para a afetação de terras indígenas a outros direitos e interesses que não sejam aqueles expressamente amparados pelo *caput* e §§ 1º e 2º do artigo 231. Por isso, diz-se que em relação à mineração em TIs o constituinte originário adotou o princípio da restritividade. Quer dizer, em TIs a atividade minerária será sempre excepcionalíssima e não a regra.

As TIs “são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis” (artigo 231, § 4º), sendo:

[...] nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé” (artigo 231, § 6º, CRFB, 1988).

Mencione-se, por oportuno, que a remoção de grupos indígenas de suas terras é interdita pela Constituição, exceto ‘*ad referendum*’ do Congresso Nacional, em hipóteses específicas – “em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do país, após deliberação do Congresso Nacional” – devendo ser garantido, “em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.” (artigo 231, § 5º, CRFB, 1988). A norma se justifica porque, no passado, inúmeras comunidades indígenas foram transferidas à força de suas terras pelo estado, que, em seguida, ou até mesmo antes das transferências forçadas, passavam a ser tituladas e vendidas para a iniciativa privada.

Ao interpretar o artigo 231 e seus parágrafos o Supremo Tribunal Federal (STF) manifestou que os direitos dos

indígenas, previstos no artigo 231, são direitos fundamentais³, pois “definem um patamar mínimo de justiça, cujo esvaziamento privaria a pessoa das condições básicas para o desenvolvimento de sua personalidade. Por extensão, a própria ordem constitucional perderia a sua identidade” (BRASIL, 2013). Por isso, o artigo 231 e parágrafos constituem núcleo não reformável da Constituição, devido à limitação contida no artigo 60, § 4º, IV, da CRFB.

É este, em breve síntese, o núcleo essencial dos direitos indígenas previstos no artigo 231 e parágrafos da Constituição da República.

Direitos indígenas e conjuntura política: é possível não demarcar nem um centímetro a mais de TIs?

No primeiro dia de seu governo, o Presidente Bolsonaro editou a Medida Provisória n.º 870, que transferiu a demarcação de terras indígenas, desde 1991 na Funai, para o ministério da agricultura, pecuária e abastecimento (Mapa). O Congresso Nacional, soberano na deliberação para converter medidas provisórias em lei, devolveu as demarcações à Funai. O Presidente da República não se conformou e editou nova medida provisória, a de n.º 887, em que novamente colocou as demarcações na alçada do Mapa. Desta vez, tanto STF como o Presidente da Mesa do Congresso Nacional, que na época era ocupada por Davi Alcolumbre, consideraram a medida inconstitucional.

Ao ser questionado sobre o assunto, Bolsonaro disse que “a questão de reserva indígena quem decide, na ponta da linha,

³ Nesse sentido, vide: (i) Supremo Tribunal Federal. MS n.º 32.262 MC/DF. Decisão Monocrática: Ministro Roberto Barroso. DJe: 24.09.2013. (ii) Supremo Tribunal Federal. RE n.º 1.017.365. Relator: Ministro Edson Fachin. DJe: 11.04.2019.

sou eu. Sou eu quem assina o decreto demarcatório e eu não vou assinar nenhuma nova reserva indígena no Brasil”.⁴ Franklimberg de Freitas, que ocupou a presidência da Funai até o dia 14 de junho 2020, disse em entrevista ao jornal *O Estado de São Paulo*, que “o que menos sobra na Funai é foco no índio” (2019). Afirmou, ainda, que os indígenas que estiveram em uma *live* com Bolsonaro, em 2019, participaram de “uma cena montada”. O que mais chama a atenção, todavia, é a frase do ex-presidente da Fundação: “Esses índios não representavam suas comunidades. Foram plantados ali para reclamarem de tudo” (2019).

O ex-presidente não aceitava dialogar com instâncias e lideranças indígenas historicamente representativas do movimento indígena. A exemplo, cite-se episódio que se deu durante a reunião do G-20, no Japão, na qual Bolsonaro recusou o convite de Emmanuel Makron, presidente da França, para uma reunião com Raoni Kayapó, histórica liderança indígena no Brasil, com atuação destacada durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte. Para Bolsonaro, Raoni “não representa sequer sua comunidade, muito menos o Brasil”.

Desde a campanha, Bolsonaro prometeu abrir terras indígenas para a agricultura e para a mineração. Segundo ele, é necessário “integrar” os indígenas à sociedade e deixar de tratá-los como “animais no zoológico” (G1, 2019). As declarações do Presidente, contudo, não encontram guarida na atual Constituição. Antes de 1988, pensava-se que os povos indígenas estariam

⁴ INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Notícias - Congresso confronta Bolsonaro mais uma vez e demarcações voltam ao Ministério da Justiça. 25 de Junho de 2019. Disponível em: <<https://site-antigo.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/senado-confronta-bolsonaro-mais-uma-vez-e-demarcacoes-voltam-a-ministerio-da-justica>>.

fadados ao desaparecimento. A integração e a assimilação faziam parte da política de estado. Por isso, demarcações não seriam necessárias ou poderiam ser feitas sem qualquer critério técnico ou que visasse assegurar a sobrevivência física e cultural dos indígenas. Comunidades inteiras eram confinadas em áreas diminutas.

O presente demonstra que a população indígena, mesmo a duras penas, resistiu e aumentou numericamente. Hoje dezenas de comunidades discutem a gestão territorial coletiva de suas terras, o que foi fortalecido com o advento do decreto n.º 7.747/2012. Diversos povos também estão elaborando seus protocolos autônomos de consulta, instrumento por meio do qual definem hipóteses, critérios, formas, instâncias representativas e prazos para a realização da consulta livre, prévia e informada toda vez que medidas administrativas e legislativas sejam suscetíveis de afetá-los diretamente, o que está previsto na convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e em outros tratados internacionais ratificados pelo Brasil. Centenas de indígenas de todo o país passaram a ocupar os bancos das universidades, a discutir a gestão do sistema de saúde, a se candidatar para cargos políticos nas eleições e a ocupar importantes postos no cenário político brasileiro.

Os indígenas não desapareceram, não foram assimilados e continuam a reivindicar seu lugar, suas terras, seus direitos. Quem são os indígenas, o que querem, quais são as suas perspectivas para o presente e para o futuro é algo que só eles mesmos podem responder. Mas, infelizmente, os Poderes da República continuam na tarefa de querer substituir os indígenas em suas decisões e até mesmo em seus quereres.

No judiciário, inúmeros processos que visam a anulação de terras indígenas são julgados sem que os indígenas, suas comunidades ou organizações sejam sequer citados para integrem o processo e deduzirem sua defesa, muito embora a prerrogativa esteja taxativamente prevista no artigo 232 da CRFB.

Já no âmbito do executivo, temos um presidente que afirma, desde a campanha eleitoral, que não demarcará “um centímetro quadrado a mais de terra indígena. Ponto final”,⁵ mesmo sendo esta uma prerrogativa cogente imposta pela Constituição que jurou defender.

No legislativo, por seu turno, deputados e senadores deliberam e discutem mudanças em leis sem a realização da consulta livre, prévia e informada, que, prevista na Convenção n.º 169 da OIT e em outros tratados internacionais ratificados pelo Brasil, deveria compor formalmente o processo legislativo para a sua validade e eficácia. A toque de caixa e sem qualquer discussão, projetos que buscam restringir os direitos indígenas estão tramitando. Se aprovados, um cenário de inúmeros retrocessos e também de possíveis inconstitucionalidades estará configurado no país, a gerar insegurança jurídica principalmente para os indígenas que já enfrentam, em suas terras, altos índices de invasões e violências.

A história mostra que "integrar" os indígenas à sociedade, como queria o ex-Presidente, não é prática estatal nova. Contudo, enquanto perspectiva de estado a “integração” foi instrumento de coação, de coerção e de legitimação de violências. No passado, o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), vinculado ao Ministério da Agricultura, era o principal braço do governo que, sob o argumento de proteger, ajudava a transferir comunidades para longe de suas terras. O SPI também autorizava a dilapidação dos recursos ambientais disponíveis nas TIs

⁵ Época. Coluna expresso, por Gabriel Hirabahasi. “Não demarcarei um centímetro quadrado a mais de terra indígena”, diz Bolsonaro. 12 dezembro 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/epoca/expresso/nao-demarcarei-um-centimetro-quadrado-mais-de-terra-indigena-diz-bolsonaro-23300890>>.

por particulares e empresas. Forçava-se, inclusive, o contato com comunidades que ainda viviam em isolamento, que, em poucos dias, aniquilavam populações inteiras⁶.

Onde estaria o limite para qualquer atuação integracionista e/ou assimilacionista do estado nos dias atuais? Esse limite foi dado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A nova ordem rompeu e não recepcionou qualquer perspectiva de incorporação, integração ou assimilação dos indígenas à comunhão nacional. O histórico pacto democrático estabelecido entre o estado e as sociedades indígenas foi o de reconhecer que os indígenas possuem organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Os indígenas, como todo e qualquer cidadão brasileiro, participam de tudo que a sociedade tem a oferecer, se assim quiserem, e sem ter que deixar suas identidades e modos de vida. Se alguma “integração” há de ser permitida é unicamente aquela pautada pelo respeito irrestrito ao outro enquanto outro, na sua possibilidade de ser radicalmente distinto e de preencher esse espaço a partir de suas próprias palavras e epistemologias. Não há respaldo constitucional para obstruir demarcações ou desqualificar os direitos dos indígenas.

A legitimidade da democracia exige que as minorias momentaneamente vencidas nas eleições e as minorias étnicas em particular, continuem protegidas em sua dignidade e em seus direitos. A Constituição não se submete aos ocupantes do governo, estes, sempre transitórios, pois que ocupam mandato com tempo certo e determinado. Na correta e abalizada lição do eminente ministro aposentado do STF, Celso de Mello:

⁶ Para maiores informações vide: VALENTE, Rubens. **Os Fuzis e as Flechas**: história de sangue e resistência indígena na ditadura. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

Uma Constituição escrita não configura mera peça jurídica, nem é simples estrutura de normatividade e nem pode caracterizar um irrelevante acidente histórico na vida dos povos e das nações. (...) A constituição não pode submeter-se à vontade dos poderes constituídos e nem ao império dos fatos e das circunstâncias. A supremacia de que ela se reveste - enquanto for respeitada - constituirá a garantia mais efetiva de que os direitos e as liberdades não serão jamais ofendidos (BRASIL, 1993).

Na CRFB de 1988 a demarcação de TIs constitui ato administrativo vinculado e não discricionário, é um ato de Estado e não de governos. Portanto, jamais poderá estar submetida a vertentes ideológicas ou políticas. Goste-se ou não, é a regra do jogo democrático inscrita na Constituição.

Conclusões

O resguardo dos direitos indígenas previstos na Constituição, exige a conclusão dos processos de demarcação ainda pendentes, bem como a promoção da regularização fundiária das terras já demarcadas, com a desintrução dos ocupantes não indígenas e o pagamento pelas benfeitorias realizadas de boa-fé.

Além disso, consoante mencionado no primeiro tópico, há inúmeras iniciativas de gestão territorial. Inexistem, contudo, políticas públicas que resguardem verdadeiramente o usufruto indígena e apoiem iniciativas e modelos de desenvolvimento refletidos e escolhidos pelos próprios indígenas, a aliar geração de renda e conservação ambiental. A construção de uma política pública como esta deve ser precedida de forte protagonismo e debate entre e com os indígenas, assim como

ancorada na possibilidade de definirem se desejam ou não empreender qualquer tipo de atividade em suas terras.

No âmbito administrativo e legislativo, os poderes públicos precisam internalizar o direito à consulta e consentimento livre, prévio e informado todas as vezes que medidas administrativas e legislativas sejam suscetíveis de afetar os índios e suas comunidades. A participação dos indígenas e de suas instâncias representativas, além de segurança fundiária, confere mais legitimidade às decisões e pode evitar judicialização e insegurança jurídica.

Além disso, é imprescindível resguardar os direitos fundamentais dos indígenas, suas comunidades e organizações ao devido processo legal. Para isso, eles devem figurar em processos judiciais que visam a anulação de demarcações, a fim de defenderem seus direitos à terra.

Toda e qualquer medida voltada para a segurança fundiária das TIs, no entanto, deve estar acompanhada de forte protagonismo indígena, bem como participação de suas instâncias de representação, historicamente organizadas tanto em âmbito nacional como regional.

Referências

BRASIL. Fundação Nacional do Índio (Funai). **Modalidades de Terras Indígenas**. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>>.

BRASIL. Fundação Nacional do Índio (Funai). **Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato**. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/povos-indigenas-isolados-e-de-recente-contato?limitstart=0#>>.

BRASIL. **Relatório da Assembleia Nacional Constituinte VII – Comissão da Ordem Social – VII Subcomissão de negros,**

populações indígenas, pessoas deficientes e minorias – Relatório – volume 196. sd.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI n.º 293 MC/DF**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 16.04.1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Recurso Extraordinário n.º 183.188/MS**. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 14.02.1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Petição n.º 3.388/RR**. Trecho do voto do Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. DJe 01.07.2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **Recurso em Mandado de Segurança n.º 26.212/DF**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe: 19.05.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS n.º 32.262 MC/DF**. Decisão Monocrática: Ministro Roberto Barroso. DJe: 24.09.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Agravo Regimental em Suspensão de Liminar n.º 610/SC**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe: 04.03.2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE n.º 1.017.365**. Relator: Ministro Edson Fachin. DJe: 11.04.2019.

G1. **Após transferir demarcações para Agricultura, Bolsonaro diz que vai 'integrar' índios e quilombolas**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/01/02/bolsonaro-diz-que-vai-integrar-indios-e-quilombolas.ghtml>>. Publicado em: 02.01.2019.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). OVIEDO, Antonio. **Demarcação de Terras Indígenas é decisiva para conter o desmatamento e regular o clima.** Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-monitoramento/a-demarcacao-das-terras-indigenas-e-decisiva-para-conter-o-desmatamento-e-manter-funcoes-climaticas-essenciais>>. sd.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). **Eleições 2018: direitos territoriais e economia dos povos da floresta no próximo mandato presidencial.** Disponível em: <<https://acervo.socioambiental.org/acervo/publicacoes-isa/eleicoes-2018-direitos-territoriais-e-economia-dos-povos-da-floresta-no>>.

O ESTADO DE SÃO PAULO. **O que menos sobra na Funai é foco no índio.** Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,o-que-menos-sobra-na-funai-e-foco-no-indio,70002897692>>. Publicado em: 01.07.2019.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Comentários ao artigo 231. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et. al.* **Comentários à Constituição do Brasil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 2.257.

STRAATMANN, Jeferson; SANTILLI, Márcio. **Comunidades indígenas têm planos de gestão.** Disponível em: <<https://pib.socioambiental.org/pt/Not%C3%ADcias?id=196166>>.

VALENTE, Rubens. **Os Fuzis e as Flechas: História de sangue e resistência indígena na ditadura.** São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

O DIREITO NA TERRA DOS KAINGANG E OS LADOS DE FORA DA LEI

João Francisco Kleba Lisboa¹

Introdução

Quando recebi o convite muito oportuno das organizadoras para compor esta publicação, foram várias as lembranças que me vieram à mente, a reviver o período em que frequentei o grupo de pesquisa em antropologia jurídica (GPAJU), coordenado pela profa. Thais Colaço, ao mesmo tempo em que não pude deixar de refletir sobre quanta coisa mudou de lá para cá – tanto pessoalmente quanto no que concerne aos direitos indígenas e à antropologia jurídica no Brasil. Naquele final da década de 2000, vivíamos talvez o auge de um processo cumulativo e gradual de muitas conquistas no campo dos direitos indígenas, assim como o auge da produção acadêmica sobre o assunto.

Como exemplo do primeiro, posso citar a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada por 143 países, entre eles o Brasil, em assembleia geral em 13 de setembro de 2007. Mas creio que mais determinante para

¹ Pesquisador independente. Doutor em Antropologia pela Universidade de Brasília (UnB). Foi membro do GPAJU entre 2008 e 2010, enquanto cursou mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), sob orientação da profa. Thais Colaço.

o cenário nacional dos direitos indígenas tenha sido a demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol², que receberia a homologação do presidente da república em 2005, e sua confirmação pelo STF em 2009 (algo que celebrei junto a alguns colegas de mestrado), num dos processos mais emblemáticos da luta indígena no Brasil deste século e determinante para o que viria depois. Se tal momento pode ser visto como um ápice, é somente porque ali também surgiriam as famigeradas “condicionantes” impostas pela corte em decisão posterior, em 2013³, e que passariam a ser usadas como parâmetro em outras decisões. Vejo esse conjunto de condicionantes como o golpe que representa o grande ponto de inflexão em torno dos direitos territoriais indígenas, que passariam, a partir daí, a sofrer resistência crescente dos sucessivos governos, até chegarem nos dias de hoje, em que são um dos alvos prioritários da violência institucionalizada e se encontram em uma situação de vulnerabilidade que não era vista em mais de três décadas, desde antes da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Como exemplo do que chamo de auge da produção acadêmica, seriam muitos os livros e artigos publicados que marcaram aquela época e servem de referência até hoje, mas gostaria de destacar o livro de Gersem Baniwa, professor da Universidade Federal do Amazonas (UFAM) recentemente transferido para a Universidade de Brasília (UnB), intitulado *O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje* (BANIWA, 2006), além de *Povos Indígenas e a Lei dos*

² O que me levaria, anos mais tarde, a Roraima, para realizar minha pesquisa de doutorado em antropologia, entre 2013 e 2017.

³ Em sessão à qual fui assistir pessoalmente, em meio a indígenas de um lado e posseiros (invasores) de outro, uma vez que eu já morava em Brasília na época.

“Branços”: o direito à diferença (ARAÚJO et al., 2006), que conta com artigos de diversos advogados indígenas, ambos publicados no mesmo ano, na série Vias dos Saberes, por uma iniciativa conjunta envolvendo a Unesco, o Ministério da Educação e o Projeto Trilhas de Conhecimentos – LACED/Museu Nacional. Lembrando ainda que, na etnologia indígena, o debate acadêmico estava em plena efervescência por conta de muitas publicações que datam do início daquela década, mas que continuavam em plena capacidade de arejar os cursos e as cabeças interessadas em pensar os povos indígenas no Brasil. Refiro-me aqui especialmente aos livros *Pacificando o branco: cosmologias do contato no norte-amazônico* (ALBERT; RAMOS, 2002) e *A inconsistência da alma selvagem* (VIVEIROS DE CASTRO, 2002), que traziam novas abordagens epistêmicas e uma perspectiva teórica instigante, botando a antropologia amazônica no centro de um debate mundial.

Já no campo jurídico, não caberia aqui qualquer pretensão de revisão mínima de bibliografia, mas no âmbito pessoal senti-me profundamente influenciado pela publicação do livro *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas* (WOLKMER; LEITE, 2003), lançado no ano de meu ingresso no curso de graduação em Direito na UFSC, com direito a um congresso acadêmico de mesmo nome no auditório da Procuradoria Geral da Justiça de Santa Catarina, ao qual compareci quando calouro. O capítulo sobre direitos indígenas, escrito pela Profa. Thais Colaço, juntava a abordagem jurídica com a visão histórica e antropológica – o que, como fui percebendo, é condição necessária para qualquer um que deseje se aprofundar no tema –, mantendo o forte viés crítico que marcou aquela publicação. Ressalto ainda que, no ano em que ingressei no mestrado, e já sob sua orientação, a Profa. Thais Colaço lançou a coletânea *Elementos de Antropologia Jurídica* (COLAÇO, 2008), com artigos seus e de outras integrantes ou colaboradoras do GPAJU. Essa obra coletiva é um excelente retrato do que vinha sendo produzido naquela época em

termos de antropologia jurídica dentro de um programa de pós-graduação em direito – PPGD.

Muitos outros fatos, eventos e encontros marcaram essa vivência em torno da Profa. Thais Colaço e do GPAJU. Relembro que, ao nosso grupo do GPAJU, foi solicitado auxiliar na concretização do então nascente curso de licenciatura Intercultural dos Povos Indígenas do Sul da Mata Atlântica da UFSC, e contribuimos com a elaboração dos planos de ensino de “Direitos Indígenas I e II” e “Direito Ambiental” daquela grade curricular. Insisto em ver aquela época como um período vibrante da vida acadêmica, para além do âmbito pessoal e local. Entre outros fatores que me levam a pensar assim, estão as obras que chegavam ao Brasil referentes à “virada decolonial” (CASTRO-GÓMEZ e GROSFOGUEL, 2007; LANDER, 2005; MIGNOLO, 2000; WALSH, 2009), ou então a situação de estabilidade política e crescimento econômico do país, que indiretamente nos beneficiava com um crescente número de novas dissertações e teses, com bolsas de pós-graduação (que pouco cresceram em valor nominal e perderam muito valor real de lá para cá) e com amplo acesso a verbas para pesquisas e publicações. No meu caso específico, foi somente com esses recursos que pude dar cabo da minha pesquisa de mestrado, sob orientação da Profa. Thais Colaço, após ganhar um financiamento para comprar livros, equipamentos e bancar as idas a campo.

Ingressei no mestrado em direito na UFSC já com o intuito de participar do GPAJU, pois em meu TCC já havia trabalhado com os direitos indígenas em uma perspectiva mais ampla, sem me ater a um povo específico. No GPAJU, desenvolvemos um projeto de pesquisa que foi aprovado pelo CNPq, chamado “Direitos Indígenas sob o olhar da Antropologia Jurídica” (2008-2010), pelo qual conseguimos recursos para bancar a minha pesquisa e a de minha colega de mestrado, Juliana Batista: no meu caso com o povo Kaingang, no oeste de Santa Catarina; no caso dela, com os Xokleng, no alto vale do Itajaí. Nós dois propúnhamos um diferencial no tipo de pesquisa que até

então vinha sendo feito naquele programa de pós-graduação em direito: o trabalho de campo com observação participante (através do uso de técnicas e conceitos que “pegávamos emprestado” da antropologia), e na medida do possível nossas dissertações dialogavam com o referencial teórico da etnologia indígena. Cabe destacar o fato de que a Profa. Thais Colaço nos deu amplo apoio e total liberdade para seguirmos cada um com sua pesquisa, sem impor qualquer amarra teórica ou metodológica, mas sem deixar de exercer seu papel de orientadora, sendo a primeira leitora crítica e atenta dos nossos trabalhos.

Na minha banca de qualificação de projeto, contei com a presença do prof. Rafael José de Menezes Bastos, com quem eu tinha cursado a disciplina (isolada) etnologia indígena, no programa de pós-graduação em antropologia social da UFSC. Na banca de defesa esteve presente o prof. Ricardo Cid Fernandes, uma de minhas principais referências no estudo dos Kaingang, que começou sua arguição perguntando: “você tem certeza que não é antropólogo?”. Anos mais tarde, após cursar o doutorado em antropologia na Universidade de Brasília (UnB), eu iria reencontrá-lo na condição de colega, no departamento de antropologia (DEAN) da Universidade Federal do Paraná (UFPR), durante meu contrato de professor substituto por dois anos nessa instituição. Ali na UFPR, em Curitiba, mais de dez anos depois de minha pesquisa de mestrado, reencontrei alguns indígenas Kaingang que eu havia conhecido à época, e que agora eram estudantes universitários ou professores. Pude assim devolver para a comunidade do Chimbangue todas as fotos que eu tinha em uma pasta antiga de meu computador, tiradas com câmera digital (um recurso que não era muito comum entre os indígenas naquela época, em que não existiam celulares com câmera) e que retratavam cenas do cotidiano e eventos do movimento indígena.

O trecho que será publicado a seguir é a parte final da minha dissertação de mestrado⁴, justamente a parte que tem um caráter etnográfico, em que apresento algumas observações e reflexões decorrentes de minhas experiências em campo – o que costuma causar estranheza aos antropólogos, para quem o relato etnográfico geralmente está no início dos trabalhos. Optei por deixá-la no final, contudo, talvez para destacar as muitas questões em aberto que um primeiro olhar etnográfico apontava e que não eram resolvidas pelo instrumental teórico que tínhamos no direito, sugerindo que essa forma de fazer pesquisa é vital e necessária para entender como os direitos (e os direitos indígenas em particular) funcionam quando vistos de perto e pelo olhar dos envolvidos. Além da própria dissertação, disponível no repositório *on-line* da biblioteca da UFSC, essa parte não foi publicada em nenhum veículo ou periódico científico, portanto é a primeira vez que a público⁵. Considero que tal experiência foi crucial na definição posterior de minha carreira acadêmica, com um interesse misto pelos povos indígenas, pela antropologia e pelo direito, uma intersecção que pode ser muito bem definida pelo termo usado pela profa. Thais Colaço: antropologia jurídica.

O direito na terra dos Kaingang e os lados de fora da lei

Nas três idas que fiz ao território tradicional kaingang – compreendo aqui as terras indígenas (TIs) e seu entorno, ou

⁴ Intitulada *O direito entre os Kaingang no Oeste de Santa Catarina: um olhar a partir da antropologia jurídica* (LISBOA, 2010a).

⁵ Os resultados da dissertação foram parcialmente publicados em LISBOA, 2010b, mas não continham o trecho que dá origem a este artigo.

seja, toda a região oeste catarinense – no ano de 2009, pude presenciar algumas coisas que, aos poucos, foram aprimorando minha compreensão a respeito desse povo indígena, de sua cultura e de como se inserem no contexto regional de relações interétnicas. Fui com o objetivo de observar como o direito se fazia presente entre os Kaingang, tentando unir os fragmentos que me eram apresentados. Pude perceber que as terras indígenas possuem cada uma um sistema próprio de organização política, geralmente com a liderança composta de três cargos básicos: cacique, vice-cacique e capitão, eleitos pela comunidade por um mandato de quatro anos, que coordenam e executam as decisões internas, sem receber remuneração. No entanto, pelo fato de essas TIs estarem em diferentes estágios de demarcação oficial, espalhadas por diferentes municípios e cortadas por estradas, em meio a cidades de médio e pequeno porte, cercadas por plantações de soja e milho, criações de animais, frigoríficos e outras empresas agroindustriais, nas quais trabalham boa parte dos Kaingang, posso afirmar que nem o papel da liderança indígena se limita ao interior de suas TIs nem tampouco estas têm suas regras definidas apenas pelo sistema interno de organização e legitimação, já que se relacionam entre si e com o universo envolvente.

No histórico de contato com a sociedade nacional e, pelo menos desde a década de 1940, com um órgão oficial do estado com exclusividade na questão indígena, muitas adaptações foram feitas pelos Kaingang tanto nos hábitos e costumes como nas formas de organização política e instituições jurídicas. O uso de termos militarizados nos cargos de liderança – em outras TIs, além do capitão, há a figura do major, coronel, soldado – parece indicar resquícios dos tempos autoritários, em que SPI e Funai tentavam impor uma ordem vertical e bem estabelecida entre os índios, facilitando assim o controle e a exploração das áreas através da cooptação dos líderes. Tudo isso, é claro, não se deu simplesmente como planejado pelo governo: tais cargos hoje convivem com a necessidade de legitimação pela

comunidade indígena, que cobra deles uma atuação efetiva que traga resultados, e os Kaingang cada vez mais procuram incorporar elementos do sistema democrático que aparentemente vigora no Brasil desde 1988. Da mesma forma, os meios de punição e controle social estão sendo repensados pelos indígenas: a “prisão” e o “tronco”, ainda utilizados em algumas ocasiões, remontam àquela aos agentes do SPI e este ao período escravocrata brasileiro, sendo atualmente incompatíveis com os princípios humanitários que o Brasil, como outras nações ocidentais, afirma defender, tendo à frente o senso de justiça de alguns membros do ministério público. Entretanto, questionamentos a estas práticas, assim como tentativas de impor limites ao poder do cacique, parecem surgir entre os próprios Kaingang, que desejam resolver seus conflitos e divergências da melhor forma possível. Tais constatações trouxeram-me as primeiras dúvidas a respeito do que seria, então, o direito tradicional vigente nas terras dos Kaingang, expressão daquilo que se diferenciaria completamente de nossas instituições modernas, o verdadeiro e autêntico “outro” que desperta nosso desejo e interesse, talvez uma brecha no mundo hermético e formal dos fóruns e tribunais, enfim, algo que me motivou a ir até lá e estudá-los, crente de que teria alguma coisa para contar quando voltasse. De qualquer forma, tentava relacionar o que via com as ideias e teorias que tinha estudado, evitando utilizar termos como “índios integrados” ou “aculturação”, sabendo que não demoraria a perceber a dinâmica interna daquela sociedade e suas formas de vida – e de direito – diferenciadas.

Meu primeiro contato com os Kaingang foi totalmente definido por sua dinâmica social, que na forma mais abrangente compreende a circulação de pessoas e recursos entre as diferentes TIs e fora delas. Para chegar a eles, minha referência era um professor indígena que havia conhecido em Florianópolis no ano anterior, em um seminário na UFSC sobre os “20 anos da Constituição Federal e os direitos indígenas”, do qual participaram diversos líderes indígenas Kaingang, Guarani e Xokleng de

Santa Catarina e que o nosso grupo de pesquisa em antropologia jurídica – GPAJU, da UFSC, ajudou a organizar. Na ocasião, esse professor dissera morar no Chimbangue, sendo que falei de minha pesquisa e peguei seu telefone, expondo minhas intenções em realizar o trabalho de campo. Quando liguei para ele no início de 2009, para planejar a viagem, fico sabendo que agora esse professor mora em outra terra indígena, o Toldo Imbu, onde dá aulas na pequena escola indígena de ensino fundamental Cacique Karenh. Esta, portanto, foi a primeira comunidade kaingang que conheci, na verdade um amontoado provisório de casas precárias onde algumas famílias aguardam a conclusão do processo demarcatório, obstruído por ações no judiciário, ao lado da cidade de Abelardo Luz. Cheguei ali de carona em uma caminhonete da Funai carregada de alimentos, dirigida por um funcionário que certamente já teria idade para se aposentar. Os alimentos foram descarregados na casa do cacique, onde eram distribuídos para as demais famílias; logo percebi que a falta de terras deixava aquele grupo em situação miserável e totalmente dependente do órgão indigenista – disseram que, muitas vezes, a comida trazida pela Funai chega imprópria para o consumo.

Realizei entrevistas com o cacique, seu irmão – que construía um centro cultural amplo, de madeira, com verbas recebidas de um projeto enviado ao Ministério da Cultura – o próprio professor e agentes de saúde indígenas. Conversei também com uma pessoa ligada a uma organização indígena, com sede em Curitiba, que envolve os Kaingang, Xokleng e Guarani dos sul do país, e que inclusive me disse que estavam precisando de um advogado, oferta que inicialmente me interessou. Uma das perguntas que fiz ao cacique indagava sobre a relação dos índios com a polícia e a justiça local, recebendo como resposta que tal relação era muito boa e não havia problemas. Só que praticamente a aldeia inteira está envolvida com um episódio devido ao qual o cacique e seus irmãos estão sendo acusados pelo assassinato de um líder dos agricultores da região durante uma

manifestação dos Kaingang do Toldo Imbu⁶. O crime havia ocorrido cinco anos atrás, completados bem quando eu estava lá, com direito a notas exaltadas na imprensa local criticando os índios e a Funai. Compreendi então o receio dos entrevistados em falar sobre o assunto para um estranho que chegava ali de gravador e caderno na mão. Boa parte da minha estadia, dessa forma, envolveu idas à Funai, ao Ministério Público Federal e à Justiça Federal na cidade de Chapecó, tentando compreender o crime e em busca de cópias dos autos. Se a questão territorial e os processos demarcatórios ocupam o lugar central na área dos direitos indígenas, percebi que os meandros jurídicos iam muito além desse lado meramente administrativo e constitucional. Mesmo que o caso envolvesse disputa por terras, era fundamentalmente de direito penal e processual penal que se tratava.

Antes de buscar me posicionar pela culpabilidade ou inocência dos acusados, cabe notar que a denúncia para esse tipo de crime, mesmo em se tratando de concurso de pessoas, deve especificar as ações de cada um dos partícipes ou co-autores, ou aquilo que se chama de individualização da conduta. Porém, no caso específico, o aplicador do direito parece ter esquecido desse princípio, narrando os fatos de forma genérica e pedindo a punição de um grupo de pessoas, no lugar de indivíduos. O cacique e mais duas lideranças, além disso, ficaram presos, através de prisão preventiva, pelo período de 84 dias, sob o argumento de que estariam ameaçando as testemunhas. Ocorre que o juiz se utilizou das divergências internas da própria

⁶ Trata-se do processo n. 2004.72.02.000942-2 - 1ª Vara Federal de Chapecó/SC. Ainda não houve julgamento em primeira instância, a ser realizado pelo tribunal do júri por se tratar de crime doloso contra a vida (*nota escrita em 2010, portanto defasada em relação ao andamento do processo*).

aldeia para, com base no depoimento de testemunhas indígenas, manter a prisão preventiva, como se pode destacar do seguinte trecho desta decisão:

Os conflitos indígenas ocorridos entre membros da mesma aldeia são de conhecimento notório e constante divulgadas (*sic*) pelos meios de comunicação, tendo inclusive culminado na morte de um cacique da Reserva Xapecó em Ipuacu.

Assim, a prisão preventiva dos réus A[...], V[...] e M[...] deve ser mantida para garantir a paz social posto que, como evidenciam as provas dos autos, caso estes sejam liberados ocorrerá conflito interno e represálias que poderá (*sic*) culminar inclusive em outras mortes na região, além de poderem haver (*sic*) novas ameaças a eventuais indígenas que queiram apresentar depoimentos acerca dos fatos. (JUSTIÇA FEDERAL, 2005, fl. 1276).⁷

Como se vê, o juiz federal refere-se aos conflitos internos entre os Kaingang através de alusão a um caso sem qualquer relação com o conteúdo do processo que estava sendo julgado, fazendo da medida excepcional de prisão preventiva quase que uma atitude natural a ser tomada em razão de um contexto em que conflitos entre indígenas “são de conhecimento notório”. Pode-se questionar também a utilização oportuna desse conflito interno – revelado nas falas das testemunhas indígenas⁸ – para

⁷ Observo que, mesmo sendo o processo público, optei por suprimir o nome dos réus.

⁸ Notei com surpresa que, entre os principais testemunhos utilizados para fundamentar a prisão preventiva, estava o daquele

satisfazer a pressão popular local em prol da rápida punição dos acusados, ou seja, para resolver momentaneamente um conflito entre índios e não-índios.

Na segunda viagem que fiz ao oeste, minha intenção era acompanhar as comemorações que envolvem o dia do índio, em 19 de abril. Cheguei dois dias antes em Chapecó, sem saber ainda exatamente para qual TI iria, uma vez que isso dependia de contatos nem sempre acessíveis de Florianópolis. Os primeiros índios que vi desta vez, no entanto, encontrei-os em uma situação inesperada: na praça central da cidade, um grupo de equatorianos vestidos como índios Apache de filme norte-americano, segurando suas flautas de bambu e vendendo discos, enquanto uma caixa de som reproduzia a versão de alguma música ocidental gravada supostamente por eles – como é cada vez mais comum encontrar no centro de outras cidades. Minha primeira reação foi antipática àquele pastiche exagerado de penas e tiras de couro, que vi como a mercantilização de um estereótipo simplório, eu que havia ido ao oeste encontrar com “índios de verdade”, que certamente se ofenderiam com essa “falsificação” da cultura indígena. Alguns dias depois, no entanto, soube que os Kaingang do Chimbangue iriam à praça encontrar com tais índios e inclusive interagir com eles, através de seu grupo de danças indígenas “Dono da Mata / *Kiki Konh Pisé*”. Os Kaingang demonstraram bastante interesse por aquelas pessoas que ganhavam a vida de forma inusitada e ainda conheciam diferentes lugares do continente, atraindo especial atenção das crianças; o professor do grupo de dança havia comprado o CD, que afinal poderia inspirar algum Kaingang a fazer o mesmo e talvez obter assim uma importante fonte de renda, ou ainda divulgar as expressões artísticas da comunidade. Lembrei com

indígena que me oferecia vaga de advogado em sua ONG, que fez muitas críticas à atuação do cacique após o episódio.

certo atraso de Marshall Sahlins (1997), que dizia que a cultura sempre é autêntica, mesmo quando copia a si mesma (ou seja, falso e autêntico são termos impróprios quando se fala de cultura) e refleti sobre meu próprio preconceito.

Foi nessa ocasião, além disso, que fui apresentado pelo antropólogo que me recebeu em Chapecó aos Kaingang do Chimbangue, dizendo que tinha ido até lá fazer um estudo e que estava querendo passar alguns dias na terra indígena. Combinamos ali mesmo que eu poderia ficar na casa de Adriano, irmão de Anita⁹, que havia sido aluna desse antropólogo, que era na época professor da UNOCHAPECÓ. No dia anterior, um domingo, havíamos ido à aldeia Condá, outra TI próxima a Chapecó, ver as comemorações do 19 de abril, porém quando lá chegamos a festa parecia ter acabado e todos retornavam às suas casas, alguns levando ainda carne, restando apenas uma imensa vala no chão onde foi assado o churrasco. Ao menos assistimos a uma apresentação de armadilhas de caça kaingang e descemos até a beira do rio Uruguai, que margeia aquela TI. No Chimbangue, percebi que Adriano, apesar de ser bem jovem, já é uma pessoa influente na comunidade: é formado em agronomia, trabalha no Projeto Microbacias do governo estadual, tem aulas de pós-graduação e é filiado à juventude do Partido Progressista. Além disso, possui carro e mora em uma casa relativamente confortável, em frente à casa de sua mãe – onde mora também sua avó, uma importante anciã indígena que dizem ter bem mais de 100 anos e que participou ativamente das lutas pela retomada da terra, sendo homenageada com o nome da escola indígena local. Notei que ali os mais velhos representam não apenas os saberes kaingang tradicionais, como o conhecimento das ervas medicinais ou o dom da escolha do nome

⁹ Os nomes são fictícios, o que visa proteger a privacidade dessas pessoas.

indígena, mas também são o registro vivo da história de luta pela reconquista da terra, 25 anos atrás, tendo presenciado violência física, greve de fome, viagens e extensas negociações, antes de conquistarem o reconhecimento oficial. Tais eventos também encontram seu lugar nas narrativas dos mais velhos sendo um motivo de orgulho e reafirmação da identidade étnica¹⁰, e neste aspecto Adriano fazia questão de ressaltar sua ascendência materna.

Aos poucos, entretanto, fui identificando o que poderia ser visto como uma espécie de “conflito de gerações” naquela comunidade indígena, ficando claro que os indígenas do Chimbangue pensam sua cultura cada vez mais em termos não só de passado (tradição), mas também de presente e futuro, uma diferença de temporalidades que estaria expressa nos diferentes grupos geracionais, que ao mesmo tempo se apoiam e nutrem uma desconfiança mútua¹¹. Assim, enquanto os mais novos são

¹⁰ Como também notou Silva (2006), especialmente p. 88 e seguintes.

¹¹ Ressalto que esse conflito de gerações não significa de forma alguma uma oposição “tradição vs. modernidade”, como bem observaram Nacke e Bloemer, 2007: “Apesar de mantida uma relativa tradicionalidade, pode-se afirmar também que os Kaingang do Toldo Chimbangue estão atentos à necessidade de compreender e participar do mundo dos brancos. Alguns jovens estão cursando universidades – cursos de Agronomia, Pedagogia, entre outros, cursos técnicos –, com o objetivo de aplicar seus conhecimentos na TI, conforme expressaram na entrevista que realizamos. Manter os rituais tradicionais, portanto, não significa que estejam voltando as costas para a sociedade que os cerca. Integram-se e participam igualmente de ações que são do mundo dos brancos, como foi possível constatar em julho de 2003, quando os Kaingang dessa mesma TI

acusados de briguentos ou preguiçosos pelos adultos, os velhos desdenham das atuais lideranças quando comparam a organização atual com a luta de “sua época”. Os mais novos buscam diversão e novidades de fora da aldeia, o que é apontado como causa de brigas e violência. Mas eles podem também se organizar e questionar algumas regras mais rígidas, assim como alguns jovens passam a ter papel cada vez mais proeminente dentro da aldeia, como é o caso de Adriano. Apesar disso, há um sentido de coletividade que não impede a expressão dessas diferenças, assim como as rivalidades internas não barram a busca por um bem comum. Quando voltei ao Chimbangue em outubro, tive confirmada essa minha impressão, pois o cacique acabara de ser destituído e substituído pelo vice, alguém mais jovem e mais preparado para lidar com o mundo externo do que o primeiro, além de conservar a legitimidade interna necessária para o cargo. Pude perceber que o poder interno não está nem um pouco isolado das redes locais e nacionais de forças políticas ou jurídicas, nem tampouco busca esse isolamento, muito pelo contrário. Um exemplo do relacionamento que os Kaingang tecem a seu favor com a lei brasileira é o comunicado fixado pelas lideranças indígenas em um bar dentro da TI, que atrai a população não-índia principalmente durante o verão. Ali está definido pelos próprios líderes que o horário de funcionamento dos bares é até as 19:00h, sendo que em seguida é lembrado aos proprietários que “a Lei 6.001 do Estatuto do Índio proíbe o fornecimento de bebidas alcoólicas a indígenas, lembrando que qualquer problema que ocorrer entre índios por

receberam certidões de nascimento, fornecidas através de um mutirão promovido pelo Ministério Público, Poder Judiciário e Funai. Apesar de tal documento ser ‘da sociedade branca’, nestes registros, os Kaingang também incluem os seus nomes indígenas.” (NACKE e BLOEMER, 2007, p. 65).

conseqüência do álcool será de inteira responsabilidade dos proprietários”. Como evitar e mesmo apartar as brigas está entre as funções dos membros da liderança, estes se utilizam sabiamente da lei na tentativa de evitar conflitos e poupar trabalho. No final de semana seguinte ao dia do índio, houve uma festa no Chimbangue, com a presença de toda a comunidade, gente de outras TIs e diversos funcionários da Funai. Ali bebi uma cerveja, que estava sendo vendida, sob olhar atento, do capitão.

A terceira ida a campo ocorreu em meados de outubro de 2009 e desta vez estava decidido a conhecer a TI Xapecó, a maior área Kaingang de Santa Catarina. Aproveitara minha participação, na metade do ano, no seminário “Curso de Licenciaturas dos Povos Indígenas do Sul da Mata Atlântica – Guarani, Kaingáng e Xokleng”, realizado no Morro das Pedras, em Florianópolis, contando novamente com a presença de diversos líderes e professores indígenas, para pegar o contato com alguém de lá. Conversei com um professor Kaingang da TI Xapecó que havia se mostrado bastante articulado e participativo – fora escolhido coordenador Kaingang desse curso universitário oferecido pela UFSC – e peguei seu telefone e endereço eletrônico. A TI Xapecó, apesar do nome, fica mais distante da cidade de Chapecó; para chegar a ela precisei novamente ir de carona com um funcionário da Funai, desta vez um Kaingang que está concluindo o curso de direito na UNOCHAPECÓ, além de estagiar em escritório, com quem já havia conversado nas outras ocasiões. Ele ia ao município de Ipuacu, onde atende a questões jurídicas dos índios da TI Xapecó e leva essas causas para a vara de Chapecó, pois segundo sua análise a juíza local é “contrária aos índios”. Ocorre que o espaço utilizado para isso é a própria câmara de vereadores de Ipuacu, que é transformada em seu “escritório de advocacia”, com pessoas fazendo fila para serem atendidas. Percebo o importante papel que exerce esse indivíduo, empenhado em ser uma espécie de mediador entre os indígenas e as instâncias oficiais, administrativas ou jurídicas. Enquanto o espero, noto nas fotos penduradas

na parede da câmara a presença de vereadores indígenas, pelo menos um em cada legislatura – a atual tem uma vereadora e um vereador Kaingang que, depois fico sabendo, são a esposa e o irmão do cacique.

Chego à aldeia Sede da TI com outra carona, que levava de volta uma das “clientes” atendidas na Câmara, através de uma estrada de chão ruim mas que estava sendo arrumada por tratores. Tento encontrar o professor com quem conversei em Florianópolis (desde então não havia conseguido me comunicar com ele, nem para avisar que estava chegando) mas devo esperar a hora do almoço.guardo na casa de uma senhora Kaingang que costuma receber pesquisadores da universidade, é evangélica e é filha do último Cuiã (espécie de xamã) que a TI teve, falecido há alguns anos. No momento ela hospedava dois antropólogos, e almocei ali com eles enquanto conversávamos. No início da tarde, vou à escola e encontro com meu contato, que agora exerce um cargo administrativo. Pergunto a ele se há algum lugar onde eu possa ficar por uns dias, ao que me responde que vai conversar com seus parentes e pede que o encontre ali às 17:00h. Quando retorno à escola no horário combinado ele já tinha saído e sigo em direção a sua casa. Sua família é grande e influente na TI e sou apresentado às pessoas em uma roda de chimarrão, enquanto me informam que ficarei hospedado na casa de Daniel, que é casado com Joana¹², prima desse professor. Daniel é Guarani e em uma visita a sua prima, que já morava na TI Xapecó, conheceu Joana e se casaram. Ambos têm praticamente a minha idade e têm quatro filhos pequenos. Fico no quarto das três crianças enquanto os pais e o bebê dormem no outro. Os dois também são professores da escola local, que atualmente tem mais de mil alunos matriculados e possui uma arquitetura singular (a escola é circular, imitando a organização

¹² Nomes fictícios.

das aldeias Jê no Brasil central, com a diretoria no meio e as salas de aula ao redor; o ginásio de esportes tem a forma de um tatu e o centro cultural a de uma tartaruga). Noto na prática a importância das relações de parentesco e aos poucos vou me dando conta da real existência de termos até então nebulosos para mim, como matrilocalidade e afinidade, que acabam definindo a proximidade das residências e as relações interpessoais. Basicamente todos ali que não são Kaingang por descendência direta passaram a fazer parte da comunidade através do casamento, diferenciação esta que pode vir à tona com interesses políticos diversos, como a acusação de que alguém “não é índio” mesmo morando há anos na TI e sendo casado com um Kaingang “legítimo” (o critério da identificação pela comunidade, presente no Estatuto do Índio, certamente não leva em conta a possibilidade de divergências entre seus membros).

Há algumas denominações de igrejas neopentecostais na TI e percebi que boa parte da população é evangélica, apesar de este ser um aspecto que não observei a fundo¹³. Notei apenas que ser evangélico ali parece ser uma postura que se opõe à figura do criminoso e do “encrenqueiro”, ainda que no passado, antes de se converter, a pessoa tenha se enquadrado nessas características. Uma das perguntas que me foi feita dizia respeito à obrigatoriedade do repasse do dinheiro das ofertas para a matriz, uma vez que os indígenas reivindicavam que o montante fosse utilizado em ações na própria TI, já que essas igrejas têm caráter filantrópico, o que demonstra que eles não são apenas crentes “fanáticos”, ou ingênuos ludibriados, como muitas vezes os seguidores dessas religiões são pintados preconceituosamente.

Em um dia de sol, alguns parentes de Joana haviam saído para caçar, retornando ao fim da tarde com um veado de

¹³ Para um estudo mais aprofundado, ver Almeida (2004).

porte médio (explicaram-me que há espécies maiores, mas aquela não crescia muito), reunindo homens e crianças ao redor dos caçadores para ver a presa e ouvir os relatos: “fui eu que vi o bicho, mirei e acertei o tiro, bem no meio da testa”. Também sou chamado para ver, e um professor comenta que no Estatuto do Índio a caça é permitida em suas terras para sustento próprio. Alguém afirma que o problema é o porte de armas e todos esperam minha opinião como advogado. Sem saber o que dizer, digo que não deveria haver problemas em portar espingardas de caça no campo, ao que alguém brinca que então podem ficar todos tranquilos, pois estavam preocupados que eu denunciasses o que tinha visto. Desta vez eu já estava com minha carteira de advogado, pois tinha levado a sério aquela proposta de emprego feita no Toldo Imbu, e quando revelava minha profissão geralmente a conversa tomava outros rumos. Após carneado, a partilha do veado foi um exemplo “clássico” das relações sociais daquele grupo de pessoas, pois os parentes do caçador receberam cada um uma porção de carne, além das partes “especiais” que também foram distribuídas: o couro foi pedido pelo professor de artes para fazer tambor para a escola; o irmão pediu as patas dianteiras para pendurar a espingarda e a irmã pediu os chifres para botar na parede. Percebi também que alguns cachorros que eu achava que não valiam nada eram ótimos cães de caça valorizados por seus donos, destinando-se a eles as vísceras.

Enquanto converso com diferentes pessoas do lugar, constantemente vem à tona o assunto da prisão do cacique e de outras lideranças da TI, um caso que gera bastante indignação nos meus interlocutores, que insistem que pessoas inocentes estão presas. Procuo entender exatamente o que aconteceu, juntando os fragmentos que escuto em diferentes ocasiões, nem sempre coerentes um em relação ao outro. Quase todos com quem converso têm algum parente que está preso devido a um episódio ocorrido 10 anos atrás, que envolvia a cobrança de arrendamento de terra dentro da TI. Ao mesmo tempo, havia um

mandado de prisão contra o cacique da época, que segundo opinião geral “governou com mão de ferro” por 18 anos e chegava a prender inclusive policiais e agentes do governo caso entrassem na TI sem seu consentimento. Um destacamento de mais de 20 policiais aguardava no local combinado para o pagamento, além de, segundo relatam, um pistoleiro contratado para matar o cacique. Este foi recebido acompanhado de seus “homens” - “capangas”, na opinião do promotor de Abelardo Luz - e o evento resultou em tiroteio com a morte de duas pessoas, um índio e o referido “pistoleiro” (que no processo aparece como sendo irmão do arrendatário) além de vários feridos, inclusive o cacique, que conseguiu escapar e até hoje está foragido. Assim foi descrita a situação interna da TI pelo membro do Ministério Público Estadual, em denúncia movida contra um total de nove Kaingang, sendo a ação depois remetida à Justiça Federal:

A situação na reserva indígena no município de Ipuçu/SC é por demais delicada, sendo que aparentemente reina um poder paralelo, instituído pelo cacique V., mediante o emprego de violência e utilização de armas de fogo, sempre com a passividade da FUNAI que permite a prática criminosa por parte dos índios de portarem ou terem em suas residências armas de fogo sem autorização legal para tanto ou registro regular dos armamentos.

Efetuando-se um levantamento histórico dos fatos criminosos praticados na área indígena dos quais advieram processos-criminais certamente observa-se que a maioria dos crimes lá perpetrados são bárbaros e cometidos com emprego de violência, quais sejam: estupro, atentado violento ao pudor e homicídios.

A cultura de violência aparentemente institucionalizada naquela área não condiz com o ordenamento

jurídico pátrio, que não pode permitir que a situação perdue pela simples condição de indígena dos integrantes daquele meio social. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, 1999, fl. 104).

Note-se que, novamente, o fundamental não era ater-se ao caso específico, mas relatar uma “cultura de violência” entre os índios que afrontava o direito pátrio, misturando-se na denúncia os crimes anteriores, o mandado de prisão a ser cumprido e a tragédia resultante dessa operação policial. Com uma defesa precária, centrada em argumentos pré-CF/88, os índios acusados foram condenados em todas as instâncias, prevalecendo sempre a versão do arrendatário e sua família e dos policiais¹⁴. Importa saber que a violência do antigo cacique não é desmentida pelos Kaingang de hoje, sendo ele realmente culpado por muitos atos abomináveis. No entanto, a forma com que as autoridades locais resolveram enfrentar essa afronta a seu monopólio da força certamente não foi a mais sábia, pois

¹⁴ Causou-me espanto, entretanto, constatar que novamente o nome da pessoa que queria me contratar como advogado para sua ONG aparecia nos autos do processo, dizendo-se vítima de extorsão e sequestro, uma vez que era seu irmão quem plantava soja na terra arrendada. Seu depoimento foi peça chave para que os indígenas pegassem as penas mais altas. Conversando sobre isso, muitos disseram que ele “não é índio”, como tampouco seu irmão, apesar de utilizar “Kaingang” como sobrenome e de viajar bastante em nome da “causa” indígena. Devido aos fatos que acabara de conhecer, liguei para ele e perguntei sobre o caso, ao que confirmou a versão dada nos autos antes de a ligação cair. Faz pouco tempo, soube que outra pessoa aceitou a vaga em meu lugar.

não procuraram compreender o funcionamento das relações de poder internas, dos acordos firmados sobre arrendamento de terra ou das próprias insatisfações em relação ao então cacique. Este, por sinal, continua solto, enquanto membros do sistema tradicional de liderança estão presos como integrantes de sua “quadrilha”, sendo que começaram a cumprir pena somente em 2009. Entre os presos incluía-se o atual cacique, que sobreviveu ao episódio após um tiro perfurar seu pulmão e foi escolhido por um sistema democrático, implementado no mandato do irmão do foragido, que é tido como quem “democratizou” e “pacificou” a área após a fuga deste, chegando a ser vice-prefeito de Ipuaçú antes de ser assassinado.

Pude retornar à TI Xapecó no início de junho de 2010, e encontrei recém fixado na porta da escola um edital, assinado pelo cacique em exercício, convocando novas eleições para o dia 11 de julho. As chapas, que indicam cacique, vice e capitão, devem se inscrever no escritório da Funai localizado dentro da TI. O edital fazia referência a um regimento interno, que consegui obter antes de ir embora. Tal documento foi elaborado e aprovado em assembleia, mas a cópia que chegou em minhas mãos estava alterada, pois suprimia os artigos 20 a 26 do regimento original. Além disso, as folhas estavam rubricadas pelo juiz federal de Chapecó. Sou informado de que um grupo descontente levou o regimento ao juiz e ali fizeram as alterações, sendo que os artigos suprimidos tratavam justamente da criação de um fundo para gerir o dinheiro advindo das parcerias agrícolas – que, segundo alguns, vem a ser uma forma disfarçada de arrendamento – além de se referirem à criação de um “parlamento” indígena. Tais dispositivos de regulamentação, a meu ver, seriam benéficos, e não vi razão imediata para que fossem vetados do regimento, que de resto versa sobre o processo de escolha da liderança e as atribuições de cada cargo. Cabe ficar atento, portanto, com esta tentativa de normatização escrita da organização social kaingang, evitando ver nela a expressão “verdadeira” do direito interno desse grupo indígena ou, por outro lado, uma

“falsificação” de seus antigos costumes. Como já vimos, tais termos não dão conta da complexidade existente nos povos indígenas contemporâneos, e os Kaingang são um ótimo exemplo disso.

Conclusões

Gostaria apenas de tecer um ou outro comentário, após reler essas linhas, movido pela necessidade de alguma explicação à leitora ou leitor que chegou até aqui. Acredito que o relato acima tenha sobrevivido à passagem do tempo, e em certos pontos impressiona a semelhança – ou melhor, a continuidade – com algumas questões atuais que o povo Kaingang enfrenta, inclusive com a justiça. Ressalto aqui dois pontos, que sobressaem do texto original: o primeiro é o tratamento que lideranças indígenas continuam recebendo em muitos processos judiciais Brasil a fora, com pouco acesso a uma defesa adequada e, em alguns casos, sendo responsabilizados penalmente quando não é possível indicar a autoria de um crime individualmente, em função do cargo que ocupam na comunidade. A pressão da sociedade local e dos produtores rurais, que chegam a lançar mão da violência explícita e da intimidação coercitiva em algumas vezes, pesa na hora de decidir sobre a aplicação ou manutenção de uma prisão preventiva, e o episódio aqui retratado ilustra isso. Exemplos semelhantes são fartos no noticiário, mas esses casos recebem pouca atenção do meio acadêmico em comparação a outros aspectos e/ou personagens do mundo indígena.

Outro ponto que gostaria de ressaltar é a questão do arrendamento em terras indígenas. Até então esse era um assunto pouquíssimo comentado, e só fui conhecê-lo quando estive lá pessoalmente. Como é sabido, e como expus em outras partes de minha dissertação de mestrado, as TIs do povo Kaingang em Santa Catarina, além de serem diminutas, foram largamente devastadas e desflorestadas pelos não índios, destacando-se o papel nefasto do Serviço de Proteção ao Índio (SPI) no esbulho e

na venda de madeira entre as décadas de 1940 e 1960. Quando essas terras foram devolvidas a seus habitantes originários, já contavam com pouquíssima cobertura florestal e estavam tomadas por fazendas, inviabilizando qualquer meio de sustento baseado em práticas tradicionais indígenas, como caça e coleta, por exemplo. Em outras regiões, como o sul do Mato grosso do Sul, a situação de confinamento e devastação é semelhante, mas a o arrendamento é mais comum na região sul do país¹⁵.

Paradoxalmente, hoje o assunto do arrendamento vem à tona com mais frequência, ora com reportagens favoráveis que ressaltam a produção de alimentos, as relações de parceria entre índios e não índios e a geração de renda para as comunidades¹⁶, ora com ações do ministério público que combatem essa prática expressamente ilegal, uma vez que as TIs são bens da União¹⁷.

¹⁵ É o que diz a reportagem apurada pelo canal R7, em 09/12/2018: “A região Sul do País é a que mais concentra as explorações ilegais. Das 22 terras indígenas com atividades irregulares, sete ficam no Rio Grande do Sul e uma no Paraná”, disponível em:

<<https://noticias.r7.com/brasil/arrendamento-ilegal-de-terras-indigenas-chega-a-31-mi-de-hectares-09122018>>. Embora seja necessário reconhecer que os números levantados podem ser imprecisos.

¹⁶ É o caso da parceria dos Pareci com os fazendeiros locais no estado do Mato Grosso, que vem recebendo uma cobertura bastante positiva em canais e programas voltados para o meio rural, como no seguinte site:

<<https://www.canalrural.com.br/agronegocio/terras-indigenas-agricolas-proposta-pretende-legalizar-o-arrendamento/>>.

¹⁷ Como é o caso das operações feitas em 2018 na região aqui abordada: <<http://www.mpf.mp.br/sc/sala-de->

Há projetos em andamento no Congresso Nacional para que o arrendamento em TIs seja legalizado, como é o caso da proposta de emenda constitucional PEC 343/2017, que acabou sendo arquivada em 2019 após ampla mobilização do movimento indígena em Brasília. Essas controvérsias, para além de representarem uma clara oposição entre ruralistas e movimento indígena, refletem o impasse em que vivem os Kaingang de hoje. Ele seria resumido entre, de um lado, a preocupação com a subsistência material, a gestão do território e a obtenção de alguma renda – lembrando que suas comunidades sofrem com índices muito preocupantes de desnutrição e problemas alimentares, além de inúmeras doenças a estes associadas¹⁸ – e, do outro, os dispositivos jurídicos e vedações estabelecidos pela Constituição Federal em relação às TIs. Tais dispositivos constitucionais têm o intuito de protegê-las, é certo, mas afirmam a quase exclusividade do papel da União nessa tarefa, assim como a competência da esfera federal (Justiça Federal e Ministério Público Federal) para atuar em casos que envolvam conflitos territoriais ou coletivos.

Vistos com bons olhos pelo campo indigenista desde a promulgação da CF/88, os órgãos públicos federais estariam supostamente menos propensos a sofrer influência dos poderes locais, o que em tese protegeria as populações indígenas de pressões políticas regionais e do histórico patrimonialismo brasileiro. Ocorre que, de forma totalmente imprevista dez anos atrás, hoje as maiores ameaças aos povos indígenas vêm justamente do governo federal¹⁹, seja por suas ações, desmandos ou

imprensa/noticias-sc/mpf-sc-e-pf-deflagram-operacao-de-combate-ao-arrendamento-de-terras-indigenas>.

¹⁸ Ver, por exemplo, Kühl et al, 2009.

¹⁹ Ver, por exemplo, o artigo de minha antiga colega de mestrado, hoje advogada do Instituto Socioambiental, Juliana Batista: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do>

omissões. Neste futuro que nenhum de nós esperava encontrar, a face mais visível do abandono institucional talvez tenha sido trazida pela pandemia de COVID-19, que, como outras no passado, teve efeitos devastadores sobre as populações indígenas do continente, duplamente afetadas pela vulnerabilidade epidemiológica e pela negligência social e política²⁰. Definitivamente os tempos mudaram, mas tenho a impressão de que não andamos para frente.

Referências

ALBERT, Bruce; RAMOS, Alcida (org). **Pacificando o branco: cosmologias do contato no norte amazônico**. São Paulo: UNESP, 2002.

ALMEIDA, Ledson Kurtz de. **Análise antropológica das igrejas cristãs entre os Kaingang baseada na etnografia, na cosmologia e no dualismo**. Dissertação de Mestrado em Antropologia Social - PPGAS, UFSC. Florianópolis, 2004.

ARAÚJO, Ana Valéria et al. **Povos Indígenas e a lei dos “Branco”**: o direito à diferença. Brasília: MEC/SECAD / Rio de Janeiro: LACED/Museu Nacional, 2006.

ppds/funai-edita-medida-que-permite-ocupacao-e-ate-venda-de-areas-em-237-terras-indigenas>.

²⁰ O que vem recebendo a atenção de diversos especialistas, como nesta mesa-redonda ocorrida no Museu Paraense Emílio Goeldi, no dia 23 de abril de 2020: <<https://www.museu-goeldi.br/noticias/especialistas-debatem-os-impactos-da-pandemia-nos-povos-indigenas>>.

BANIWA, Gersem dos Santos Luciano. **O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje.** Brasília: UNESCO, 2006.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón (Orgs). **El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global.** Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central; Instituto de estudios sociales contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007.

COLAÇO, Thais Luzia (org.). **Elementos de Antropologia Jurídica.** Florianópolis: Conceito editorial, 2008.

JUSTIÇA FEDERAL. Seção Judiciária de Santa Catarina - 1ª Vara Federal de Chapecó/SC. Decisão. In: **Autos n. 2004.72.02.000942-2** fls. 1272-1277. 17 de maio de 2005.

LANDER, Edgardo (Org). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais, perspectivas latino-americanas.** -1ª ed.- Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales - CLACSO, 2005.

LISBOA, João Francisco Kleba. **O Direito entre os Kaingang no Oeste de Santa Catarina: um olhar a partir da Antropologia Jurídica.** Dissertação (Mestrado em Direito), PPGD, UFSC. Florianópolis, 2010a, 168p.

LISBOA, João Francisco Kleba. As múltiplas faces do Estado para os Kaingang do oeste de Santa Catarina. In: **CADERNOS DO CEOM, UNOCHAPECÓ**, v.32, p.163-182. 2010b.

MIGNOLO, Walter D. **Local histories/global designs**: coloniality, subaltern knowledges, and border thinking. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2000.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Promotoria de Justiça da Comarca de Abelardo Luz/SC. Autos de Prisão em Flagrante n. 001.99.000326-5. In: JUSTIÇA FEDERAL, Seção Judiciária de Santa Catarina - 2ª Vara Federal de Chapecó. **Ação Penal n. 2003.72.02.004104-0**. Fls. 103-111. Abelardo Luz, 31 de março de 1999.

NACKE, Aneliese; BLOEMER, Neusa Maria Sens. As áreas indígenas Kaingang no oeste catarinense. In: NACKE, Aneliese et al. **Os Kaingang no Oeste Catarinense**: tradição e atualidade. Chapecó: Argos, 2007.

SAHLINS, Marshall. O “pessimismo sentimental” e a experiência etnográfica: por que a cultura não é um “objeto” em via de extinção (parte I). Tradução Déborah Danowski e Eduardo Viveiros de Castro. In: **Mana**, vol.3, n.1, Rio de Janeiro, 1997.

SILVA, Marco Antônio da. **Memórias que lutam por identidade**: a demarcação da Terra Indígena Toldo Chimbangue (SC) - 1970-1986. Dissertação de mestrado em História Cultural - PPGH, UFSC, Florianópolis, 2006.

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. **A inconstância da alma selvagem**. São Paulo: Cosac & Naify, 2002.

WALSH, Catherine. **Interculturalidad, Estado, sociedad**: luchas (de)coloniales de nuestra época. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar; Abya-Yala, 2009.

WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas.** São Paulo: Saraiva, 2003.

AUTORAS E AUTORES QUE COLABORARAM COM ESSA OBRA

Adriana Biller Aparicio. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Mestre em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide de Sevilha (UPO). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professora Substituta da Universidade da Universidade Estadual de Maringá (UEM). Integra o Grupo de Pesquisa Observatório de Justiça Ecológica (OJE/UFSC). Orientadora do Núcleo Maria da Penha (UEM).

Aline Luciane Lopes. Mestre em Direito, Desenvolvimento e Cidadania pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI. Graduada em Direito pela Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel - Univel, 2003. Advogada e professora da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel -UNIVEL e da Faculdade de Ensino Superior de Marechal Cândido Rondon - UNIFASS. Coordenadora do Centro de Pesquisa e Extensão da Univel e Coordenadora da Revista de Estudos Jurídicos e Sociais da Univel.

Antônio Armando Ulian do Lago Albuquerque. Doutor em Ciência Política (IESP-UERJ). Mestre em Teoria e Filosofia do Direito (PPGD-UFSC). Professor da Universidade Federal do Sul da Bahia, Porto Seguro, e da Universidade do Estado de Mato Grosso.

Antonio Jose Guimarães Brito. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina/UFSC (2010). Mestre em Direito na área de concentração em Relações Internacionais pela

Universidade Federal de Santa Catarina/UFSC (2004). Professor Associado II na Universidade Federal do Rio Grande, RS.

Fernando da Silva Mattos. Pós-Doutor em Direitos Humanos e Sociais pela Universidade de Salamanca. Doutor e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPDG-UFSC). Graduado em Direito e em Filosofia pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Especialista em Direito Público pela Universidade Potiguar. Especialista em Direitos Humanos, Teoria e Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

Isabella Cristina Lunelli. Doutora em Direito, Política e Sociedade pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC, 2019). Mestre em Teoria, Filosofia e História do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC, 2015). Graduada em Direito pela Universidade Positivo (UP). Membro associada do Instituto de Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS) e advogada membro da Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares (RENAP). Pesquisadora do Observatório de Protocolos Autônomos, vinculada à Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) e integra a equipe da Indigenous People Rights International (IPRI), no Brasil. Integra o Grupo de Pesquisa Observatório de Justiça Ecológica (OJE/ UFSC).

João Francisco Kleba Lisboa. Doutor em Antropologia pelo Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da UnB. Mestre em Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (CPGD-UFSC). Bacharel em Direito pela UFSC. Atualmente é professor substituto no Departamento de Antropologia da Universidade Federal do Paraná.

Juliana de Paula Batista. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduada em Direito pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC). Atualmente é advogada do Instituto Socioambiental. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: Jurisdição Constitucional, Direitos Fundamentais, Direitos Indígenas, Direitos Quilombolas, Meio Ambiente e Sociedade Civil. Membro da Comissão Especial de Defesa dos Direitos dos Povos Indígenas do Conselho Federal da OAB.

Lucas Machado Fagundes. Pós-doutor em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor do Mestrado em Direitos Humanos e Sociedade da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC). Professor visitante no Mestrado em Direitos Humanos da Universidad Autónoma de San Luis de Potosí (UASLP/México). Pesquisador GT-Clasco (Conselho Latino-americano de Ciências Sociais).

Luciana Nogueira Nóbrega. Doutoranda em Sociologia pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Estadual do Ceará. Mestre e Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Indigenista especializada da Fundação Nacional do Índio.

Marina Soares Vital Borges. Mestre em Direito pela UFSC em 2007. Graduação em Direito pela UFMT em 2001. Desde 2016 é Gestora do CEJUSC- Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania -TJMT de Primavera do Leste-MT. Também é Facilitadora de Círculo de Paz, Supervisora, Instrutora e Mediadora Judicial cadastrada pelo CNJ.

Mônica Ovinski de Camargo Cortina. Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa-PR (UEPG). É docente na Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), onde atua no curso de Direito como professora das disciplinas de Criminologia, Direito Penal, Direitos Humanos das Mulheres e Metodologia do Trabalho Monográfico e também como supervisora de monografia. Desenvolve e orienta pesquisas e projetos de extensão nos seguintes temas: gênero, teorias críticas feministas, violência doméstica, direitos humanos das mulheres, criminologia. É professora extensionista no projeto Amora: capacitando mulheres em direitos humanos. Membro do NIEGen, Núcleo Interdisciplinar de Estudos de Gênero.

Raquel Fabiana Lopes Sparemberger. Pós-doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Direito pela UFPR. Professora-adjunta da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Professora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Professora dos cursos de Graduação e do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público – FMP – RS. Professora pesquisadora do CNPq e FAPERGS.

Este livro é uma homenagem à Profa. Dra. Thais Luzia Colaço, que com sólida formação humanista e interdisciplinar, teve coragem para romper com os dogmas do direito formal, em um universo extremamente homogeneizante e patriarcal.



CONCEPÇÃO DA OBRA

OBSERVATÓRIO DE JUSTIÇA
ECOLÓGICA
(OJE/UFSC)

GRUPO DE PESQUISA ANTRO-
POLOGIA JURÍDICA
GPAJU (UFSC/CNPQ)

ISBN: 978-65-88619-28-5

CD



9 786588 619285