

**UNICESUMAR – UNIVERSIDADE CESUMAR**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTU SENSU EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**BEATRIZ CAROLINE FIAES**

**O RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE INDÍGENA E A PROTEÇÃO DA  
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

MARINGÁ

2021

BEATRIZ CAROLINE FIAES

**O RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE INDÍGENA E A PROTEÇÃO DA  
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, da UNICESUMAR – Universidade Cesumar, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Alessandro Severino Vallér Zenni

Coordenador: Prof. Dr. Dirceu Pereira Siqueira

MARINGÁ

2021

**BEATRIZ CAROLINE FIAES**

**O RECONHECIMENTO DA IDENTIDADE INDÍGENA E A PROTEÇÃO DA  
DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Dissertação apresentada à UNICESUMAR –  
Universidade Cesumar como requisito para obtenção  
do título de Mestre pela no Curso de Ciências  
Jurídicas.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. Alessandro Severino Vallér Zenni  
Orientador – UNICESUMAR – Universidade Cesumar

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Leda Maria Messias da Silva  
UNICESUMAR – Universidade Cesumar

---

Prof. Dr. Jonatas Luiz Moreira da Paula  
UNIPAR

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

F438r Fiaes, Beatriz Caroline.  
O reconhecimento da identidade indígena e a proteção da dignidade da  
pessoa humana / Beatriz Caroline Fiaes. – Maringá-PR: UNICESUMAR, 2021.  
109 f. ; 30 cm.

Orientador: Prof. Dr. Alessandro Severino Vallér Zenni.  
Dissertação (mestrado) – Universidade Cesumar - UNICESUMAR,  
Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Maringá, 2021.

1. Identidade cultural. 2. Reconhecimento. 3. Indígena. 4. Dignidade humana.  
5. Direitos da personalidade. I. Título.

CDD – 341.345

Roseni Soares – Bibliotecária – CRB 9/1796  
Biblioteca Central UniCesumar

Ficha catalográfica elaborada de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Dedico este trabalho a Deus, que esteve comigo nesta jornada, me sustentando e protegendo, aos meus pais, Sérgio e Sanali, e irmã Amanda, pelo apoio incondicional em todo tempo.

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus que me inspirou desde o início desta trajetória, pelas incontáveis dádivas, e pelo sustento nos momentos de dor e dificuldades. Acredito que nada seria possível sem Ele, e tudo que conquistei foi pela graça Dele.

Sou profundamente grata aos meus pais Sérgio e Sanali que me apoiaram incondicionalmente, me orientando em todas as escolhas da vida, incentivando a trilhar o caminho do mestrado e visualizando oportunidades que foram transformadoras em minha trajetória.

Agradeço à minha irmã Amanda, por todo o companheirismo, auxílio o durante esse período, e por acreditar no meu potencial, mesmo quando eu duvidava.

Aos meus avôs (*in memorian*), João Martins e José Luiz, que se orgulharam de todas as minhas conquistas, que estiveram ao meu lado em todos os momentos e que me impeliram a ser cada dia melhor.

Igualmente sou grata às minhas avós, Ostrilia e Dulcinéia, que em todo tempo ansiaram pela minha felicidade e pela minha realização pessoal e profissional, e que intercederam por mim quando necessário.

Agradeço à Universidade CESUMAR que me oportunizou a realização de um sonho idealizado desde a graduação. Do mesmo modo a todos os funcionários, em especial Luana Fernandes Dela Porte, Marcia Cristina e Bruno Almeida, sempre solícitos e empenhados em atender e solucionar todas as demandas de forma muito satisfatória.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Alessandro Severino Vallér Zenni, pelos ensinamentos, grande exemplo de profissional, pela confiança depositada em meu trabalho e pela segurança transmitida durante as orientações.

Ao Coordenador do Programa de Mestrado, professor Dirceu Pereira Siqueira pela compreensão e auxílio nos momentos de dificuldade e situações extraordinárias.

Aos demais docentes da Universidade Cesumar, em especial às professoras Daniela Menengoti Ribeiro e Cleide A. Gomes R. Fermentão, e aos professores Cleber Sanfelici Otero, Ivan Dias Motta, Gustavo Noronha de Ávila e José Sebastiao de Oliveira, que contribuíram para a minha formação, com valiosos ensinamentos e orientações.

Não poderia olvidar de agradecer aos meus colegas de mestrado, que comigo dividiram alegrias, incertezas, dificuldades e vitórias, o que tornou esse processo muito mais ameno e prazeroso.

Aos meus amigos e companheiros de vida que me estimularam e encorajaram a prosseguir e perseguir meus objetivos.

Por fim, agradeço imensamente a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para que esta realização fosse concluída.

*“Quando nós mostramos o nosso respeito por outros seres vivos, eles respondem com respeito por nós.” – Arapaho*



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>13</b>
<b>2 O POVO INDÍGENA E A TUTELA DA DIGNIDADE.....</b>	<b>15</b>
2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS INDÍGENAS.....	18
2.2 CRITÉRIOS PARA DEFINIÇÃO DO POVO INDÍGENA.....	22
2.3 OS INDÍGENAS NO BRASIL.....	23
2.3.1 <i>O exercício da cidadania pelos povos indígenas.....</i>	<i>26</i>
2.3.2 <i>Da FUNAI.....</i>	<i>29</i>
2.4 DA DIGNIDADE HUMANA E A TUTELA JURÍDICA DOS INDÍGENAS.....	34
2.4.1 <i>Dimensões da dignidade humana.....</i>	<i>41</i>
2.4.2 <i>O mínimo existencial.....</i>	<i>43</i>
2.4.3 <i>Da tutela indígena na Constituição e o Neoconstitucionalismo.....</i>	<i>46</i>
2.4.4 <i>Da legislação indigenista.....</i>	<i>54</i>
<b>3 O RECONHECIMENTO IDENTITÁRIO INDÍGENA SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....</b>	<b>57</b>
3.1 A IDENTIDADE DO INDÍGENA NA CONTEMPORANEIDADE.....	57
3.1.1 <i>Da vulnerabilidade indígena.....</i>	<i>57</i>
3.1.2 <i>Da identidade cultural e o multiculturalismo.....</i>	<i>71</i>
3.2 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E FUNDAMENTAIS .....	74
3.2.1 <i>Do direito ao autorreconhecimento (desdobramento do direito à personalidade jurídica) .....</i>	<i>79</i>
3.2.2 <i>Do direito à identidade cultural.....</i>	<i>80</i>
3.2.3 <i>Dos direitos indígenas fundamentais.....</i>	<i>84</i>
3.3 DO SISTEMA INTERAMERICANO .....	92
3.3.1 <i>Sentenças favoráveis à defesa da identidade cultural.....</i>	<i>94</i>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>97</b>

<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>104</b>
-------------------------	------------

## RESUMO

Esta pesquisa visa discorrer sobre a questão do reconhecimento da identidade indígena e a garantia da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade, à luz do direito e das Constituições desde a chegada dos europeus em terras americanas até os dias correntes, tendo em vista todas as questões indígenas, uma vez que desde a chegada dos portugueses, a terra já era habitada por um povo que possuía costumes, cultura e uma língua. Essas características foram roubadas, considerando que houve um impacto da colonização, através primeiramente da escravidão e, posteriormente, do silenciamento. A investigação busca entender todo esse processo e como se construiu a desigualdade e extermínio indígena e o porquê mesmo com leis e Constituições a seu favor, os índios permanecem tão vulneráveis. Essas questões envolvem também o reconhecimento do direito dos povos indígenas à identidade cultural pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O trabalho é elaborado a partir da pesquisa teórica, de caráter descritivo, utilizando o método dedutivo, de forma a se valer de teses gerais para conclusões específicas, por meio de uma análise de livros, artigos científicos e periódicos.

**Palavras-chave:** Identidade cultural. Reconhecimento. Indígena. Dignidade Humana. Direitos da Personalidade.

## **ABSTRACT**

This research aims to discuss the question of the recognition of indigenous identity and the guarantee of human dignity and personality rights in the light of the law and of the Constitutions, from the arrival of Europeans in American lands to the present day, considering all indigenous issues, since the arrival of the Portuguese, the land was already inhabited by a people who had customs, culture and a language. These characteristics were stolen, considering that colonization had an impact, first through slavery and later through silencing. The research seeks to understand this whole process and how the inequality and extermination of Indians was built and why, even with laws and constitutions in their favor, Indians remain so vulnerable. These questions also involve the recognition of the right of indigenous peoples to cultural identity by the Inter-American Court of Human Rights. The work is elaborated from theoretical research, of descriptive character, using the deductive method, in order to draw from general theses to specific conclusions, by means of an analysis of books, scientific articles, and periodicals.

**Keywords:** Cultural identity. Recognition. Indigenous. Human Dignity. Personality rights.

## 1 INTRODUÇÃO

A humanidade sempre buscou se organizar em sociedade, demarcada por limites, fronteiras e territórios, acarretando ao longo da história diversas disputas por estas terras. Antes da chegada dos portugueses, no Brasil, já existiam as populações indígenas, com suas línguas, culturas, temporalidades e territorialidades que possuíam um elo muito grande com a natureza em que viviam, uma relação que foi desrespeitada pelos colonizadores, dando início desde aquele momento a um dos problemas vividos por estes povos que persistem até a atualidade.

STAVANHAGEN (2009) relata que a história da colonização europeia e os seus impactos sobre os povos indígenas é notória, já que os genocídios, massacres, escravização, além da tomada de terras, sequestro de mulheres e crianças, encarceramentos, políticas de assimilação forçada e criminalização de protestos e resistências “estão profundamente enraizados na sociedade moderna e seus efeitos continuam existindo e continuam determinando a vida dos povos indígenas em muitos países”.

Na contemporaneidade, o racismo contra o povo indígena e as desigualdades estruturais que os afetam revelam a persistência de padrões de exclusão política, de marginalização social e discriminação cultural. Em muitos países coloniais onde habitam, os povos indígenas passam por dificuldades sociais e econômicas: eles estão entre os mais pobres, mais doentes, mais desempregados e mais encarcerados membros da população. No entanto, apesar deste legado de injustiça histórica duradoura, os indígenas resistiram e uma das ferramentas que eles têm usado, não sem ambiguidade, é a linguagem dos direitos.

Em 1492, o navegador Cristóvão Colombo chegou ao novo continente, iniciando um período colonial na nova terra. Porém, há um fator importante a ser evidenciado: a nova terra já era povoada. Os colonizadores encontraram povos nativos, porém com um modo de vida completamente arcaico, fazendo surgir assim uma missão de levar a civilização e o cristianismo a um povo bárbaro e pagão. O propósito logo se tornou em um verdadeiro extermínio, com a morte de milhões de índios que resistiram ao empreendimento colonial.

SEABRA (2012) discute que existia uma dificuldade em lidar com o diferente, ou seja, com quem não se encaixava nos padrões europeus: o homem branco e cristão é o modelo que permanece até hoje. A globalização tornou frágeis as fronteiras entre os Estados, e trouxe com isso também o contato com as diversas culturas.

Os indígenas tiveram grande influência na criação da identidade nacional, mas que foi transformada a uma história de luta pela sobrevivência e preservação de seus costumes. Isto

porque desde o período colonial, a demografia indígena foi reduzida a quase nada, os 5 milhões de índios que habitavam o Brasil se transformaram em aproximadamente 900 mil. Números que mensuram a enorme quantidade de povos que foram exterminados ao longo desses mais de 500 anos, como resultado de um processo de colonização exterminador. Foram séculos de luta para que houvesse alguma categoria de reconhecimento dos políticos brasileiros e da sociedade, em busca da implantação e garantia de seus direitos indígenas (SALES, 2017).

A pesquisa tem o objetivo de dissertar sobre a questão do reconhecimento do direito dos povos indígenas, uma vez que considerados parte da nação, e, portanto, a garantia dos direitos de personalidade além de dissertar toda a trajetória desta população no Brasil com base na criação da identidade brasileira, desde a chegada da corte portuguesa no Brasil, o seu processo de colonização e exploração dos povos indígena até questões contemporâneas, deixando clara a questão de sua vulnerabilidade.

O presente trabalho tem o objeto de descrever as questões da vulnerabilidade os direitos dos povos indígenas e sua luta por autonomia. Descreve-se também a garantia dos direitos à personalidade e o conjunto jurídico que, historicamente, regulamenta as relações dos povos indígenas e Estado, com a recente demanda por autonomia como reivindicação para poder desfrutar de suas formas de organização social, política, cultural e religiosa e ter maior controle sobre o território e seus recursos naturais.

Entende-se por “direitos indígenas” não apenas o conjunto da legislação indigenista, mas também as reivindicações dos povos indígenas pela demarcação de terras, através de um meio ambiente saudável, pelo reconhecimento de sua organização social, por estruturas políticas próprias, por sistemas econômicos sustentáveis e por seus símbolos de identidade (BANIWA, 2006).

Em suma, entende-se por direitos indígenas também as reivindicações desses povos que ainda não foram incorporadas em um quadro jurídico estabelecido, considerando a afirmação de muitos indígenas sobre o fato de seus direitos não derivarem apenas do Estado.

## 2 O POVO INDÍGENA E A TUTELA DA DIGNIDADE

O povo indígena é constituído pela pessoa indígena, e a fim de contextualizar a pessoa indígena, é necessário, primeiramente, fazer um estudo da denominação “índio”, o primeiro nome dado aos habitantes nativos do continente americano. Os portugueses ao chegarem na América pensaram se tratar das Índias, fazendo assim os habitantes desse novo território ganharem o nome de “índio”, e mesmo após saberem que não estavam nas Índias, e sim em um continente desconhecido, continuaram chamando os nativos de “índios”, o que demonstra uma denominação genérica que expõe a visão dos europeus sobre os nativos, ignorando as diferenças das nações, já que o único intuito era ter um domínio político, econômico e religioso.

O antropólogo Darcy Ribeiro (1957) conceituou os índios como

(...) aquela parcela da população brasileira que apresenta problemas de inadaptação à sociedade brasileira, motivados pela conservação de costumes, hábitos ou meras lealdades que a vinculam a uma tradição pré-colombiana. Ou, ainda mais amplamente: índio é todo o indivíduo reconhecido como membro por uma comunidade pré-colombiana que se identifica etnicamente diversa da nacional e é considerada indígena pela população brasileira com quem está em contato. (RIBEIRO, 1957)

Ribeiro relatava os problemas de inadaptação à sociedade brasileira pelas comunidades indígenas trazidos por meio do processo de colonização, por terem que abandonar suas tradições, sofrendo no processo de integração com o restante da sociedade.

Fundamentado a partir da definição de Ribeiro, O Estatuto do Índio (Lei 6.001/73) em seu artigo 3º, define índio ou silvícola como “todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”, e comunidade indígena ou grupo tribal como “um conjunto de família ou comunidade índias, quer vivendo em estado completo de isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanente, sem, contudo estarem neles integrados.” Baseando seus critérios na autodeclaração e consciência de sua identidade indígena e no reconhecimento dessa identidade por parte do grupo de origem (GOMES, 2014).

De acordo com Sales (2017), antes da chegada dos portugueses no Brasil, embora não se saiba com precisão o número de povos de indígenas que aqui viviam, há estimativas de que os números variem entre 3 a 5 milhões de indígenas, que se dividiam em diversas tribos, cada uma com a sua própria cultura, religião e costumes, mas o que todas tinham em comum é que possuíam um elo muito forte com a natureza, pois dependiam dela para quase tudo, através da

caça, pesca, agricultura, porém sempre com muito respeito ao meio ambiente, fazendo uso somente do que era necessário para a sua sobrevivência.

Ainda segundo a autora, a rotina dos indígenas mudou completamente com a chegada dos portugueses no ano de 1500, revisitando esse processo de colonização, que teve como resultado a extinção de diversas comunidades indígenas através de conflitos armados, pela decorrência do contágio de doenças trazidas pelos europeus, pelo processo de escravidão, por massacres, genocídios ou etnocídios.

Sales (2017) ainda destaca outro elemento desse processo de colonização, que foi a transformação da cultura indígena, já que seus hábitos e costumes começaram a ser desrespeitados, tendo que abandonar a maneira que viviam para acatar os hábitos portugueses, como na missão dos jesuítas de impor aos índios o catolicismo com a intenção de transformá-los em bons cristãos, agregando valores e hábitos europeus. A escravidão indígena e o roubo de suas terras pelos europeus tinham a única intenção de fazer lucro. Apenas em 1757 houve a proibição da escravidão dos índios, decretado por Marques de Pombal e, segundo dados da FUNAI, de 1500 até 1970, houve uma severa diminuição do povo indígena, com tribos extintas graças ao processo de colonização.

A colonialidade é proveniente da superposição do pensamento moderno ocidental, criando um paradigma que nega ou hierarquiza concepções e sociedades diferentes das europeias, como as indígenas, classificando-as como tradicionais (em contraposição modernidade europeia) e fundamentando cientificamente essa classificação em conceitos que desvalorizam e inferiorizam a diferença (OLIVEIRA; PINTO, 2011).

Repensar as populações indígenas, longe de interpretações que operam a partir da colonialidade, é uma maneira de descolonizar os pensamentos, de reconhecer a legitimidade da diferença e criar modelos interpretativos. Mignolo *apud* Silveira (2016), ao refletir sobre os trabalhos de vários autores que não se balizam pelo paradigma moderno e eurocêntrico, aponta uma crise deste modelo, o que possibilita o aparecimento de um “outro pensamento”, de uma “dupla crítica”, ou de um “pensamento liminar”, especialmente no meio acadêmico (SILVEIRA, 2016).

Essas novas concepções só estão sendo possíveis tendo como base dois modelos explicativos tradicionais das histórias locais das fronteiras do colonialismo, sem se ancorar em nenhum deles, como explica Mignolo *apud* Silveira (2016) ao trazer a dupla crítica do pensamento do filósofo marroquino Khatibi, que ao pensar a partir da sua localidade critica o fundamentalismo ocidental e islâmico, criando um “outro pensamento” (SILVEIRA, 2016).



Apesar de acreditar que a cultura possa ser um elemento importante da formação da identidade de um grupo étnico, Frederik Barth (2000) sugere que a definição destes grupos deveria se deslocar da cultura para as fronteiras. Ao questionar a ideia de que a diversidade cultural é o resultado do isolamento social e geográfico de grupos distintos, o autor demonstra que as fronteiras étnicas permanecem mesmo em situações de contato, havendo, inclusive, situações em que as fronteiras se baseiam exatamente na dicotomia entre dois grupos (BARTH APUD SILVEIRA, 2016).

Sendo assim, propõe que a auto atribuição e a atribuição pelo grupo sejam os principais elementos para se pensar as unidades étnicas. Isto significa que as características culturais que apontam a diferença entre grupos podem mudar, a organização dos grupos pode mudar, podem existir processos de mestiçagens, mesmo assim, a identidade étnica pode permanecer, mantendo suas fronteiras baseadas em critérios próprios (SILVEIRA, 2016).

De acordo com Silveira (2016), os diversos povos indígenas que habitam hoje o país passaram por transformações culturais, como todos os povos do mundo. Muitas dessas transformações tiveram a marca da extrema violência, da subjugação e do desrespeito vivenciados a partir da chegada dos invasores europeus. E apesar disto, passados séculos, continuam afirmando as suas identidades étnicas, construídas e reconstruídas nas diversas vezes em que sentiram necessidade.

Sales *apud* Cunha (1994, p.123), corrobora que foi a partir da década de 80 que ocorreu um crescimento demográfico dos povos indígenas. A autora esclarece que esse crescimento populacional decorreu devido a duas razões: primeiramente, pelo fato de os índios terem criado uma resistência imunológica, ou seja, não eram mais atingidos pelas doenças trazidas pelos brancos que uma vez já os dizimaram, e o segundo fato seria o de muitos grupos, em áreas de colonização antiga, após terem ocultado sua condição discriminada de indígenas durante décadas, reivindicam novamente sua identidade étnica.

Atualmente, não é possível negar o desequilíbrio das forças entre o colonizador e o colonizado, a globalização e as tradições locais. No entanto, como descreve Silveira (2016), o resultado dessas relações desiguais não é a perda das identidades e culturas tradicionais, nem o seu inverso. As tradições são ressignificadas, reinventadas, quando não criadas com base na situação histórica do momento. Mesmo em situações extremas, como a experiência da escravidão, diversos grupos foram capazes de dar novos significados a cultura imposta.

Podemos exemplificar, trazendo os estudos de Stuart Hall (2013, *apud* SILVEIRA, 2016), sobre a identidade caribenha, na Grã-Bretanha. A existência desta identidade compartilhada por pessoas oriundas de povos distintos, mas que compartilham de algumas

experiências em comum, como a de terem origem em localidades vizinhas e a vivência da diáspora, só foi possível a partir daquele contexto específico. Por mais que estes grupos busquem na tradição alguns elos identitários, ela é sempre reinventada e ressignificada a partir dos diversos presentes em que foi evocada. Estas tantas transformações tornam quase impossível encontrar uma matriz primeira e principal de uma manifestação cultural.

## 2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O INDÍGENA

A condição dos povos indígenas na realidade brasileira foi histórica e socialmente desprezada ou tratada com muito preconceito e violência. O próprio termo “índio” não tem unidade concreta, nem semântica, expressando a marca histórica contraditória da colonização. A diversidade dos grupos étnico-linguísticos da América Latina não cabe nesse termo genérico, porém ele passa a ser assumido historicamente como uma definição estratégica de um grupo social no processo geral de organização e reivindicação política (SILVA, 2018).

De acordo com Almeida (2010, p. 31), “em toda a América havia inúmeros povos distintos que foram chamados de índios pelos europeus que aqui chegaram”, classificados pelos portugueses com o intuito de viabilizar os objetivos da colonização. Nas investidas etnocêntricas, o colonizador era a referência. Assim, os nativos foram classificados em dois grupos de índios: “aliados” e “inimigos”.

Por dentro da reprodução histórica de preconceitos e de toda forma de violência da escravidão, perseguições e catequização, a trajetória institucional da atuação dos órgãos de “proteção” também registrou a diversidade de formas de organização social e resistência dos povos originários — língua, tipo físico e cultura —, constatando a diversidade de troncos linguísticos indígenas divididos em inúmeros subgrupos (SILVA, 2018).

Francisco de Vitória foi um dos precursores a afirmar que os indígenas não poderiam se caracterizar como indivíduos irracionais e bárbaros, afirmando que os indígenas

(...) não sejam totalmente desprovidos de juízo, se diferenciam muito pouco dos dementes, de maneira que parece que não são aptos a constituir e administrar uma república legítima, nem mesmo dentro de limites humanos e civis. (VITÓRIA, 2006, p. 107)

No entanto, Vitória acreditava que a concepção de que os povos indígenas eram considerados inferiores se devia aos elementos culturais, e a ausência da educação tida como

adequada, o que fundamentaria a imposta educação desses indivíduos, com a finalidade que abandonassem seu estilo de vida “bárbaro” (SILVA JÚNIOR, 2018, p. 166).

Logo, percebe-se que os diferentes costumes, crenças e hábitos dos povos indígenas não eram considerados equivalentes ao dos cristãos europeus, de modo que eram depreciados e não reconhecidos pelos outros povos. Assim, o reconhecimento da relevância da cultura e a proteção do direito dos indígenas, em correspondência com os demais povos deu-se em um processo extenso e ainda em movimento, sendo extremamente necessário para a garantia de uma vida digna e completa.

De acordo com Sales (2017), ainda que os povos indígenas terem seus direitos assegurados pelo Estado, efetivamente esses direitos fundamentais ainda são ínfimos, pois ainda existem conflitos acerca dos povos indígenas, que, muitas vezes são violentos e envolvem índios e não índios. De acordo com Cunha (1994), o princípio dos direitos indígenas às suas terras, embora seja constantemente desrespeitado, está na lei desde a Carta Régia de 30 de julho de 1609. As Cartas de 1609 e 1611 do rei espanhol Filipe III, reconheceram, pela primeira vez, aos índios o domínio absoluto sobre as terras ocupadas.

Os textos legislativos ao longo do tempo, se dispuseram no sentido do reconhecimento dos direitos indígenas foram destacados:

- a) A Constituição Federal de 1934, foi a primeira a colocar a questão em nível constitucional, protegendo os direitos dos povos indígenas sobre as terras:

Art. 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem, permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las. (Art. 129, CF de 1934)

- b) A criação do Estatuto do Índio em 1973, a lei nº 6.001/73 garantiu a proteção e preservação das comunidades indígenas:

Art.1 Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmonicamente, à comunhão nacional. (Art. 1º da Lei 6.001/73)

A questão da proteção indígena também foi reconhecida por lei:

(...) Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei. (Parágrafo único da Lei 6.001/73)

O Estatuto ainda classifica no art. 4º, os índios de acordo com o seu grau de integração à sociedade:

Art. 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;  
 II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;  
 III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura. (Art. 4º, Lei 6.001/73)

O Estatuto do Índio segue o mesmo formato do Código Civil Brasileiro de 1916, que definia o índio como um ser “relativamente incapaz”, e, por essa razão, careciam de uma tutela de um órgão indigenista estatal, até que fossem incorporados à sociedade. No entanto, esse ordenamento passou a ser discordante a partir da Constituição de 1988 e, até a promulgação da Constituição, foi esse Estatuto que orientou as relações do Estado nacional com os povos indígenas.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu e garantiu os direitos indígenas e é fruto de uma mobilização social indígena e de seus defensores, que lutaram para sua inclusão na nova constituição, que dedicou um capítulo inteiro para os direitos indígenas. Após a promulgação da nova Constituição, o direito dos índios passou a ser reconhecido constitucionalmente, estabelecendo um novo relacionamento entre o Estado, a sociedade e as comunidades indígenas. Sendo assim, no primeiro parágrafo do Art. 216 da CF, os índios foram declarados como patrimônio cultural brasileiro (SALES, 2017):

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. (Art. 216, CF/88)

Além do reconhecimento de vários outros direitos, como exposto no Art. 231:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social costumes, línguas, crenças e tradições e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (Art. 231, CF/88)

Definindo como terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as:

- a) as habitadas em caráter permanente;
- b) as utilizadas para suas atividades produtivas;
- c) as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar e,
- d) as necessárias a reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

Apesar do reconhecimento estes direitos, segundo o constitucionalista José Afonso da Silva, na prática:

A Constituição Federal de 1988 revela um grande esforço da Constituinte no sentido de preordenar um sistema de normas que pudesse efetivamente proteger os direitos e interesses dos índios. E o conseguiu num limite bem razoável. Não alcançou, porém, num nível de proteção inteiramente satisfatório. (SILVA, 2005, p.837)

É importante lembrar que os problemas enfrentados pelos indígenas foram causados graças a chegada dos portugueses, que deixaram uma dívida histórica. Logo, segundo Sales (2017), é um dever do Estado uma política pública de reparação, que garantam e possibilitem a inserção dos direitos sociais na vida dos indígenas, que assim foi definido pela Constituição Federal de 1988:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (CF, 1988)

Em suma, o governo federal conseguiu estabelecer políticas públicas que garantem os direitos indígenas, mas não visibilizou os caminhos para que chegasse a todas as comunidades, fazendo com que muitas comunidades se tornem invisíveis perante a sociedade e seus direitos. Em um relatório da ONU, James Anaya (2008) criticou a política indigenista do governo brasileiro. Para ele, o governo até agora não conseguiu harmonizar seus projetos econômicos com os interesses dos povos indígenas, visto que os índios apresentam baixos indicadores sociais em todas as áreas, principalmente na educação, saúde e justiça.

## 2.2 CRITÉRIOS PARA A DEFINIÇÃO DO POVO INDÍGENA

Identidade e pertencimento étnico não são conceitos estáticos, mas processos dinâmicos de construção individual e social. Dessa forma, não cabe ao Estado reconhecer quem é ou não indígena, mas garantir que sejam respeitados os processos individuais e sociais de construção e formação de identidades étnicas. Os critérios adotados pela FUNAI se baseiam na Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada integralmente no Brasil pelo Decreto n.º 5.051/2004, e no Estatuto do Índio (Lei 6.001/73). A Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada integralmente no Brasil pelo Decreto n.º 5.051/2004, em seu artigo 1º afirma que:

1. A presente convenção aplica-se:

a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;

b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

Já o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73) define, em seu artigo 3º, indígena como "(...) todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional."

Dessa forma, os critérios utilizados consistem: a) na autodeclaração e consciência de sua identidade indígena; b) no reconhecimento dessa identidade por parte do grupo de origem;

“Índio” é qualquer membro de uma comunidade indígena, reconhecido por ela como tal. “Comunidade indígena” é toda comunidade fundada em relações de parentesco ou

vizinhança entre seus membros, que mantém laços histórico-culturais com as organizações sociais indígenas pré-colombianas.

1. As relações de parentesco ou vizinhança constitutivas da comunidade incluem as relações de afinidade, de filiação adotiva, de parentesco ritual ou religioso, e, mais geralmente, definem-se nos termos da concepção dos vínculos interpessoais fundamentais própria da comunidade em questão.

2. Os laços histórico-culturais com as organizações sociais pré-colombianas compreendem dimensões históricas, culturais e sociopolíticas, a saber:

a) A continuidade da presente implantação territorial da comunidade em relação à situação existente no período pré-colombiano. Tal continuidade inclui, em particular, a derivação da situação presente a partir de determinações ou contingências impostas pelos poderes coloniais ou nacionais no passado, tais como migrações forçadas, descimentos, reduções, aldeamentos e demais medidas de assimilação e oclusão étnicas;

b) A orientação positiva e ativa do grupo face a discursos e práticas comunitários derivados do fundo cultural ameríndio, e concebidos como patrimônio relevante do grupo. Em vista dos processos de destruição, redução e oclusão cultural associados à situação evocada no item anterior, tais discursos e práticas não são necessariamente aqueles específicos da área cultural (no sentido histórico-etnológico) onde se acha hoje a comunidade;

c) A decisão, seja ela manifesta ou simplesmente presumida, da comunidade de se constituir como entidade socialmente diferenciada dentro da comunhão nacional, com autonomia para estatuir e deliberar sobre sua composição (modos de recrutamento e critérios de inclusão de seus membros) e negócios internos (governança comunitária, formas de ocupação do território, regime de intercâmbio com a sociedade envolvente), bem como de definir suas modalidades próprias de reprodução simbólica e material. (MAIO, 2005).

### 2.3 OS INDÍGENAS NO BRASIL

Luiz Koshiha *apud* Pigatto e Thesing (2017) declaram que os primeiros registros dos índios na América do Sul foram feitos por Pedro Alvares Cabral, em torno do dia 22 de abril de 1500, quando este vinha em busca de terras e riquezas. Assim, foi necessário colonizar, catequizar e escravizar os índios, devido ao transporte do Pau-Brasil. Assim, os portugueses praticamente “compravam” sua força de trabalho com utensílios, espelhos e apitos para carregar as embarcações.

A carta de Pero Vaz de Caminha que foi enviada Dom Manuel, rei de Portugal, descreve a terra, os habitantes, a fauna e a flora do Brasil, destaca a natureza exuberante e os aspectos exóticos dos povos indígenas. Vicentino *apud* Pigatto e Thesing (2017) declara que a carta de Caminha foi tida como uma espécie de “certidão de nascimento” do Brasil pelos historiadores da época, onde o Brasil surge como uma colônia, um lugar de aporte de todos os tipos de pessoas renegadas ou excluídas de outros países que traziam sonhos para melhorar de vida.

De acordo com Cremonese (2007), a cidadania é um conceito que precisa ser construído à medida que os índios conquistam a sua autonomia. Sendo assim, a história do Brasil é desconstruída, já que fica esclarecido que não foi “descoberto”, mas sim “conquistado” pelos portugueses. Com base na junção cultural europeia com a dos habitantes locais, gerou um conflito entre os dois povos, sendo que a nação europeia se encontrava mais desenvolvida, pois estava à frente nas tecnologias da terra, do trabalho e transporte. Já os índios eram considerados bárbaros, pois misturavam os elementos da natureza com as divindades, como a lua, o sol e as estrelas, as normas morais e aos ritos religiosos. Os povos indígenas sempre respeitam à mãe-terra, às águas, à natureza que de certa forma lhes fornece o alimento e a proteção, enquanto o homem branco as mutila.

Melo Neto (2002) descreve que durante o período das invasões espanholas, foram usadas forças armadas, a simbologia da cruz de Cristo e a ideologia da religião para dizimá-los, não pela guerra, mas pela escravidão e pelas doenças como a sífilis, a varíola e a gripe. Já os portugueses, buscaram conquistar os indígenas oferecendo presentes como espelhos e objetos significativos, ambas, resultando na ganância desmedida, pois tinham como objetivo a busca de terras e das suas riquezas.

Segundo o IBGE Indígena, existem 274 línguas indígenas faladas por índios pertencentes a 305 etnias diferentes. Índices que ultrapassaram as estimativas feitas pela FUNAI, no entanto, para identificá-los são necessários estudos linguísticos e antropológicos aprofundados, pois algumas línguas declaradas podem ser dialetos de uma mesma língua, assim como as etnias que se constituem em subgrupos ou segmentos de uma mesma etnia. Sendo assim, percebe-se que a diferença cultural está no espírito, no modo de pensar o passado o presente contexto e o futuro.

Santos (2006), que escreveu o livro “*O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje*”, demonstrou que na época havia “[...] um projeto político dos europeus, que os povos indígenas não conheciam e não podiam adivinhar qual fosse.” Em busca de terras inúmeras tragédias foram provocadas pelos exploradores na vida dos povos originários pela dominação cultural, econômica, política e militar no mundo. Nesse contexto,



os povos indígenas não compreendiam a lógica das disputas territoriais do projeto civilizatório mundial. A partir desses contatos a sua cultura se modificou, pois no Período Colonial o governo português oscilou entre os interesses dos colonos e dos missionários que pretendiam convertê-los ao cristianismo e, ao mesmo tempo civilizá-los. Neste sentido a natureza das leis dependia da influência destes sobre o referido governo.

Melatti (2014) apontou que a medida legal que mais se destacou à época foi o “Regimento de 1758”, onde se licitou as leis promulgadas pelo governo do Marquês de Pombal a favor dos povos indígenas. Na ocasião, os índios foram declarados como seres livres e foi ordenado que fosse restituído o uso e o gozo de seus bens; dando preferência ao mestiço de brancos e índios para ocupar os cargos públicos; proibindo os apelidos de caboclos ou negros. Também foi retirado dos missionários todo o poder temporal e permitia aos índios ocupar os cargos locais em suas aldeias. A legislação mantinha a liberdade dos índios, garantia os direitos e reconhecia o “estado de menor”. O governador nomeava o diretor de índios para orientá-los a adotar os costumes dos civilizados, um cargo suprimido em 1798.

Pigatto e Thesing (2017) também destacam que no ano de 1843, foi autorizou a vinda dos missionários capuchinhos ao Brasil para serem distribuídos nas províncias. Complementando o processo em 1845, foi elaborado um decreto que dispunha sobre a instrução cívica e religiosa dos índios, com o objetivo fixar as sociedades nômades na terra, ajudar as viúvas e crianças. Em 1850 uma nova lei regularizou a propriedade, dividiu as terras em públicas (Estado) e particulares, destinadas aos índios como “[...] título legítimo de propriedade ou de uma posse legalizada” (MELATTI APUD PIGATTO E THESING, 2014).

Darcy Ribeiro (1995) relata que os bandeirantes encontraram nas missões jesuíticas preciosos adornos de igrejas, ferramentas, prendas de valor e muito gado. Missões inteiras, como as de Guaíra (oeste paranaense), Itatim (sul do Mato Grosso) e Tapes (Rio Grande do Sul) foram destruídas pelos bandeirantes paulistas, que organizavam as empresas para saquear os bens e escravizar índios das missões jesuíticas no Brasil e no Paraguai. As empresas eram grupos familiares, compostos de 2 a 3 mil pessoas que seguiam em frente como uma cidade móvel, fazendo roça, caçando e pescando no intuito de acostrar missioneiros em seus redutos e vencê-los. Assim foram vendidos mais de 300 mil índios missioneiros aos engenhos do Nordeste (PIGATTO E THESING, 2017).

Nesse período, os povos indígenas não possuíam direitos e não podiam fazer parte do poder público. A conquista lusitana, o desenvolvimento do latifúndio e a monocultura de exportação os expulsou das suas terras. A Independência e a República ignoraram a sua participação no processo histórico. Neste contexto o Serviço de Proteção aos Índios (1910)

inaugurou uma nova política indigenista, onde os índios passam a ter o direito de viver segundo as suas tradições. Adquiram a posse da terra, passaram a ter os direitos do cidadão comum e exigiram o cumprimento do dever segundo seu estágio social (PIGATTO E THESING, 2017).

Em 1967, criou-se a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) por meio da Lei n.º 5.371/1967 vinculada ao Ministério da Justiça no intuito de coordenar a política indigenista do governo federal que passou pelo governo militar e pelo restabelecimento da democracia. A partir da Constituição Cidadã de 1988, os povos indígenas começaram a se tornar visíveis. Neste contexto, gradativamente a instrução escolar e a saúde passam a ser responsabilidade dos Ministérios da Educação e da Saúde, estendendo-se aos Estados ao Distrito Federal e aos Municípios. Mesmo com dificuldades os indígenas vêm conquistando autonomia e continuam monitorados pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) que têm a missão de proteger e promover os direitos dos povos indígenas no Brasil com autonomia (PIGATTO E THESING, 2017).

A FUNAI vem incentivando e monitorando as políticas públicas inclusivas voltadas ao desenvolvimento sustentável. Assim, trabalha em busca da seguridade social indígena, promovendo fomento e apoio aos processos educativos comunitários tradicionais, de participação e controle social. Instigando ações de etnodesenvolvimento, de conservação e de recuperação ambiental, controlando a interferência externa às terras, consolidando o Estado Democrático de Direito e pluriétnico.

### *2.3.1 O exercício da cidadania pelos povos indígenas*

Segundo Darcy Ribeiro (1995), “[...] ao chegar ao Brasil, os navegantes barbudos e fedorentos escalavrados de feridas de escorbuto viram a beleza e a inocência encarnada, eram os índios que com vigor e beleza saíam do mar”. Foi com recepção da corte portuguesa no Brasil que se inicia a construção de como um Estado absolutista, com a população analfabeta, a sociedade escravocrata e a economia latifundiária, fundamentada na monocultura. Para Cremonese (2007) foram 322 anos sem poder público, sem Estado, sem nação e sem direito a cidadania.

De acordo com Carvalho (2002), era costume desdobrar a cidadania em direitos civis, políticos e sociais. Nesta perspectiva o cidadão pleno seria o titular dos três direitos; os cidadãos incompletos os que possuísem apenas alguns direitos; já os não beneficiários de direitos seriam os não-cidadãos. Na concepção do autor os direitos civis constituem os direitos fundamentais como: a vida, a liberdade, a propriedade e a igualdade perante a lei, que se desdobram na

garantia de ir e vir, de poder escolher o trabalho, de manifestar livremente o pensamento, de organizar-se, de ter respeitada a propriedade, o lar, a correspondência, de não ser preso nem condenado sem o devido processo legal efetivo. Direitos esses que se fundamentam em uma justiça independente, que vêm garantir relações civilizadas entre as pessoas e a sociedade civil (FATURI, 2018).

Carvalho (2002) constata que na Inglaterra a cidadania somente se desenvolveu por meio da educação popular, quando permitiu que as pessoas tomassem conhecimento dos seus direitos e deveres, e possibilitou que se organizassem para lutar por essas garantias. O autor percebe que a construção da cidadania no Brasil apresenta duas diferenças: a primeira dá ênfase a um direito em relação aos outros; a segunda altera a sequência dos direitos adquiridos, precedendo o social. Constata que a dificuldade na construção da cidadania está no período colonial (1500-1822), pois a territorialidade linguística, cultural e religiosa era partidária. O autor demonstra que a falta de educação na população constitui-se no maior obstáculo na construção da cidadania civil e política, pois ter liberdade para pensar é fundamental para ser um cidadão.

Uma forma equivocada de pensar, pois a cidadania diferenciada vem resgatando os povos indígenas da exclusão. Os índios além de possuir um sentimento de inferioridade muito grande, enfrentam um duplo desafio: “(...) lutar pela autoafirmação identitária e pela conquista de direitos e de cidadania nacional e global” (SANTOS, 2006, p. 34). A constituição cidadã no seu artigo 5º explicita os direitos e as garantias individuais de cada cidadão e destaca que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Porém, em alguns dispositivos, como no gênero promove uma aparente injustiça quanto ao princípio da isonomia que vêm sendo regulamentada por meio do ordenamento jurídico.

No entanto, a alteridade vem valorizando a diversidade cultural étnica e linguística, contribuindo com o desenvolvimento e o fortalecimento democrático. Nesta perspectiva a identidade implica na alteridade, pressupõe uma diversidade de identidades “pois é na interação com o outro não-idêntico que a identidade se constitui” (SANTOS, 2006, p. 49). O reconhecimento das diferenças individuais e coletivas implica de forma direta e indireta na cidadania como identidades diversas, reconhecidas como direitos civis e políticos a todas as pessoas, absorvidas pelos sistemas políticos e jurídicos no âmbito do Estado Nacional.

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil em 1993 determina o controle social e a participação indígena nas instâncias decisórias e contribuir com as soluções dos problemas enfrentados pelos índios como sujeitos de direitos e nas suas comunidades. A Convenção ajudou a superar o problema conceitual e de cidadania

indígena, reconheceu os índios como povos, admitindo a esses “(...) o direito de autodeterminação sociocultural e étnica nos marcos do Estado brasileiro (desde que não signifique soberania territorial)” (SANTOS, 2006, p. 75). A ratificação dos convênios internacionais trouxe importantes conquistas políticas e de direitos aos povos indígenas.

A maior dificuldade dos povos indígenas se deve ao fato de não saber lidar com o modelo burocrático de organização social, política e econômica dos povos brancos que são obrigados a utilizar os recursos financeiros e tecnológicos para garantir o desenvolvimento e a cidadania. O Ministro Aires Brito ao analisar a PET 3.388/2009 Roraima destaca que há um falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento. Sendo assim, cabe ao poder público de todas as dimensões federativas não os subestimar, porem tirar proveito para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios. Porém, o desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios instalados pelo modo tradicional se desrespeita o inciso II do art. 3º da CRFB/1988 do "desenvolvimento nacional" ecologicamente equilibrado, humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena (MAIA ET AL. 2019).

O modelo associativo indígena conflita com o modo tradicional de organização social, política e econômica das outras comunidades impedindo a apropriação consciente e qualificada desse instrumento. No entanto, este é o único caminho para o acesso e a obtenção de recursos públicos ou de cooperação internacional. Sendo assim o grande desafio é como compatibilizar (SANTOS, 2006, p. 82). Ainda há muitas indagações a fazer, o índio continua desprotegido e não sabe como lidar com o aparato jurídico-administrativo do Estado.

Nesta análise, constata-se que nos últimos vinte anos, os índios vêm conquistando o status político de cidadãos no Brasil com respeito à diversidade. Enquanto os cidadãos comuns, somente adquirem estes direitos garantidos se adotar “[...] os seus modos próprios de viver, de pensar, de ser e de fazer” (SANTOS, 2006, p. 82).

Os indígenas precisam aprender a superar a noção limitada e etnocêntrica de cidadania percebida até então como os “(...) direitos e deveres comuns a indivíduos que partilham os mesmos símbolos e valores nacionais” (SANTOS, 2006, p. 87). Em geral, não partilham da mesma língua, da mesma história, dos símbolos, da estrutura social, política e jurídica da sociedade brasileira, possuem símbolos, valores, histórias e sistemas sociais, políticos, econômicos e jurídicos próprios. Seguem normas particulares contrárias ao Estado.

Marés (2017), ex-presidente da FUNAI no site do ISA, destaca informações importantes: os índios podem e devem ter carteira de identidade e um registro na comunidade onde nasceram. Se inscrito no registro eleitoral podem candidatar-se ao pleito desde que cumpra os requisitos ao cargo, o voto passa a ser obrigatório se o índio for maior e alfabetizado em

língua portuguesa. Quanto ao comércio os índios podem vender os produtos da terra para obter lucro até um determinado limite, porém não possui o direito de vender os bens que pertencem à comunidade. Sendo assim, os índios podem ter propriedades, dinheiro no banco e bens individuais, sobre os quais têm total liberdade para agir de forma responsável. Os impostos incidem sobre todos os produtos vendidos fora das comunidades indígenas. Os segurados da Previdência Social devem comprovar filiação à FUNAI para poder aposentar-se e as mulheres têm direito ao salário-maternidade a partir dos 16 anos (PIGATTO E THESING, 2017).

Os povos indígenas almejam a cidadania, porém necessitam de amparo legal para reivindicar seus direitos referentes à terra, saúde, educação, cultura, autossustentação e outros. Nas comunidades indígenas a Carteira de Identidade ou o CPF são desnecessários, porém imprescindíveis para lidar com a sociedade nacional. Neste sentido, se pode afirmar que “(...) a cidadania é um recurso apropriado pelos povos indígenas para garantir seu espaço de sobrevivência em meio à sociedade majoritária” (SANTOS, 2006, p. 88). O autor destaca que para avançar na cidadania plena ou dupla dos indígenas requer incorporar o direito de diferenciação legítima. Garantir deste modo a igualdade de condições pela equivalência, onde os índios seriam concomitantemente cidadãos do Brasil e membros de sociedades étnicas.

Na concepção do autor, a cidadania é um recurso apropriado pelos povos indígenas para garantir espaço de sobrevivência em meio à sociedade majoritária. Assim muitos antropólogos afirmam que enquanto os brancos naturalizam a cidadania, os índios a instrumentalizam de forma natural e étnica. Os indígenas brasileiros pela condição demográfica inferior têm procurado articular o sentido natural e instrumental da cidadania, aliado à noção de Direitos Universais do Homem em favor dos seus direitos e interesses.

### *2.3.2 Da FUNAI*

No início do século XX, a questão indígena não era tratada substancialmente como se fosse social ou política. Estava situada nos conflitos de interesse econômico em torno da posse de terras. A Constituição de 1891 não tratava de forma substancial da questão, fazendo apenas breve menção a um possível reconhecimento de terras que eventualmente tivessem sido reconhecidas anteriormente pela Coroa portuguesa. Índios continuavam sendo vistos como problema para o desenvolvimento nacional e como obstáculo para o progresso nacional (SILVA, 2018).

Após denúncias internacionais da condição indígena e dos trabalhadores do campo brasileiro, foi criado, em 1910, o Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), que em 1918 se tornaria o Serviço de Proteção aos Índios, o SPI. Em função das dificuldades da primeira versão do órgão para atuar na amplitude das demandas de tantos grupos sociais, o SPI passa a atuar exclusivamente com as demandas indigenistas. O índio passa a ser visto como “um ser digno de conviver em comunhão nacional”, mas permanece a visão da inferioridade cultural e “evolutiva”. Vistos como infantis, “necessitariam da tutela do Estado a quem caberia dar-lhes condições para evoluir a um estágio cultural e econômico superior, para daí se integrarem à nação” (GOMES, 2012, p. 92-93).

No decorrer do século XX, ocorreram muitas transformações positivas sobre a questão indígena brasileira, tanto na dimensão institucional de organização dos serviços de regularização das políticas como na atuação direta do Estado e dos órgãos de proteção em favor do avanço na legislação de proteção. Embora com elementos e instrumentos contraditórios, houve processos de mapeamento que favoreceram a visibilidade da presença indígena no território brasileiro, bem como, ainda que de forma limitada, a organização de dados e registros oficiais que dimensionaram a condição concreta da realidade dos povos.

Em 1928, é aprovada a Lei n. 5.484, que passa a regulamentar a situação jurídica dos índios. Exonera a tutela orfanológica e coloca-os sob a tutela do Estado. Ocorre o processo de “classificação” indígena de acordo com o grau de relacionamento com a sociedade brasileira, denominados como: “grupos nômades”, “aldeados ou arrancados”, “incorporados a centros agrícolas”, e reunidos em povoações indígenas. Índios incorporados à sociedade ou em centros agrícolas são responsáveis por seus atos. (GOMES, 2012, p. 95-96).

A Constituição de 1934 apresenta pela primeira vez na história brasileira, e ainda de forma pontual, um artigo referente favorável à não alienação de suas terras: “[...] será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las” (GOMES, 2012, p. 96).

A Constituição federal apresenta mudanças significativas no que se refere à orientação da ação do Estado, reformulando os seus mecanismos de ações voltadas aos povos indígenas.

Conforme Baniwa (2012), na década de 1970 emerge um movimento pan-indígena que ganhou ampla dimensão no continente latino-americano e conquistou direitos constitucionais nas décadas de 1980 e 1990 — defesa do direito à particularidade e à diversidade e denúncia das injustiças étnicas. No Brasil, com a aprovação da Constituição de 1988, a ideologia da unicidade do Estado se afirmar como coisa do passado.

A Carta Magna mudou, em termos legais, significativamente a interpretação jurídico-social dos povos indígenas no país. Como afirma Baniwa, a Carta Magna supera a concepção de tutela, reconhecendo a capacidade civil dos índios; abandona o pressuposto integracionista, em favor do reconhecimento do direito à diferença sociocultural dos povos indígenas, na linha do multiculturalismo contemporâneo; reconhece a autonomia societária dos povos indígenas, garantindo para isso o direito ao território, à cultura, à educação, à saúde, ao desenvolvimento econômico, de acordo com seus projetos coletivos presentes e futuros; reconhece o direito à cidadania híbrida: étnica, nacional e global (BANIWA, 2012, p. 207).

A principal demanda da vida indígena, a terra, é apresentada como condição fundamental para a continuidade da vida e da saúde, a reprodução social, sua autodeterminação e seu etnodesenvolvimento. De acordo com a Constituição Federal de 1988, nos termos da Funai (2016):

Terra Indígena (TI) é uma porção do território nacional, de propriedade da União, habitada por um ou mais povos indígenas, por ele(s) utilizada para suas atividades produtivas, imprescindível à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e necessária à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. Trata-se de um tipo específico de posse, de natureza originária e coletiva, que não se confunde com o conceito civilista de propriedade privada.

São mudanças significativas que possibilitam visualizar novos horizontes para os povos indígenas no enfrentamento cotidiano dos seus desafios diante da possibilidade do respeito à diferença e reais necessidades para sua continuidade humana e social.

No início deste século XXI, acompanhamos avanços nos debates sobre o fenômeno da “indianidade” e em favor da política da diferença.

Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural (Artigo 3) [...] os povos e indivíduos indígenas têm direito a não sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura (Artigo 81). (NAÇÕES UNIDAS, 2008).

Entramos em um momento histórico de afirmação, no plano político, de uma nação pluriétnica, de rejeição das ideias evolucionistas, da busca pela garantia da legitimação de diferenças internas, garantias de direitos territoriais e repercussão desses avanços para as políticas indigenistas e indígenas (que possam envolver a participação efetiva dos povos em questão).

Quando, em 1967, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) substituiu o SPI, numa época em que a ocupação da Amazônia por grandes empresas ainda estava incipiente, foi possível

demarcar grandes áreas. Entretanto, o prazo de cinco anos determinado pelo Estatuto do Índio (art. 65) para o Poder Executivo completar o processo demarcatório, bem como o prazo estipulado pelo artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, também de cinco anos, não foram ainda hoje cumpridos. Nos últimos anos, houve um significativo avanço no processo de demarcação das terras indígenas no Brasil, mas ainda persistem dificuldades políticas e administrativas para a sua conclusão.

No processo de proteção das terras indígenas, uma das maiores dificuldades encontradas pela FUNAI é a de retirada ou extrusão das pessoas não-índias dessas terras, visto estarem presentes em cerca de 85% das terras indígenas e o órgão não possuir recursos suficientes para indenizar as benfeitorias de boa-fé, como dispõe o artigo 231, § 6º, da Constituição Federal.

Segundo este artigo, “são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas, ou a exploração dos recursos naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvando relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção, direito a indenização ou ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas de ocupação de boa-fé”.

Vale dizer que a exceção final (quanto às benfeitorias) não autoriza ações e pedidos de indenização contra os índios, pois não são acionáveis, mas apenas contra a União, proprietária dessas terras, a quem cabe velar e impedir a prática de atos atentatórios aos direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas (SILVA, 1992).

A FUNAI enfrenta atualmente duas situações distintas: por um lado, a questão das terras indígenas compreendidas dentro da divisão administrativa da Amazônia Legal, por outro, a situação das terras indígenas no resto do país (LARAIA, 2000 *apud* BAINES, 2001). As que estão dentro da Amazônia Legal estão recebendo financiamento para sua demarcação do PPTAL – Projeto Integrado de Proteção às Populações e Terras Indígenas da Amazônia Legal, que faz parte de um programa maior, o PPG – Programa Piloto de Proteção das Florestas Tropicais do Brasil, financiado pelo grupo dos sete países mais ricos do mundo. Já as áreas indígenas que estão fora dessa região continuam carentes de recursos e incentivos, o que dificulta o processo demarcatório.

O PPTAL recebe apoio financeiro e técnico de agências internacionais, como o Banco Mundial, o Rain Forest Trust Fund, o Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW), o Deutsch Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), do PNUD e do governo brasileiro através da FUNAI, do Ministério da Justiça e Ministério do Meio Ambiente. Apesar da importância de um projeto que invista financeiramente para a proteção das comunidades indígenas, não há,



nesse caso, como deixar de levantar pontos-chaves que acabam deixando brechas e muito a desejar nesse processo de legitimação dos direitos indígenas.

O apoio financeiro desse projeto está diretamente vinculado às normas técnicas exigidas pelas agências financiadoras, assim, continuam prevalecendo interesses que estão fora das comunidades indígenas, ou seja, os da sociedade dominante. Nesse caso, a desigualdade na relação se acentua ainda mais por ser entre países desenvolvidos e comunidades indígenas dentro de um país subdesenvolvido.

A antiga e atual relação de dependência e subordinação entre países de Primeiro Mundo e de Terceiro Mundo. Segundo BAINES (2001), a questão da terra indígena no Brasil deve ser analisada dentro de um contexto histórico macro de processos políticos neoliberais em nível internacional. A abertura de economias nacionais para capitais externos especulativos, políticas de reforma e desmantelamento do Estado, a concentração da renda, a especulação financeira internacional e a consequente contenção radical de recursos para questões sociais, dentre as quais se encontra a política indigenista governamental, criaram relações sustentadas pelo privilégio do capital em detrimento de valores humanos fundamentais. E é com esse olhar a população brasileira, olhamos para as comunidades indígenas, e que países desenvolvidos olham para o Brasil e para os índios.

Os interesses continuam sendo o econômico e o objetivo maior continua sendo o lucro. Diante desse contexto, com a intenção final de legitimar interesses próprios, é que países internacionais, de maneira geral, apoiam projetos em países de Terceiro Mundo, sobretudo na Amazônia, que possui o maior celeiro de biodiversidade do planeta e grandes riquezas minerais. O processo demarcatório deve levar em consideração além do procedimento técnico, o sentimento do povo que habita essas terras.

O espaço a ser demarcado varia conforme as características culturais e os hábitos da comunidade em questão, o que para ser identificado, requer um estudo antropológico e um acompanhamento do processo pelos próprios índios. Nesse sentido é que o Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, determina: “Art. 2º - A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogos de qualificação reconhecida, que elaborarão (..) estudo antropológico de identificação”. E, no § 3º do mesmo artigo: “O grupo indígena envolvido, representado segundo suas próprias formas, participará do procedimento em todas as fases”. O Decreto nº 1.775 /96 substituiu o Decreto nº 22 /91 instituindo o chamado princípio do contraditório<sup>8</sup> no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas.

Assim, dentre as considerações para a conclusão dos trabalhos de identificação das terras indígenas, passaram a ser analisadas as manifestações de terceiros interessados em pleitear indenização ou demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório circunstanciado que caracterizou a terra indígena a ser demarcada.

## 2.4 DA DIGNIDADE HUMANA E A TUTELA JURÍDICA DOS INDÍGENAS

A dignidade da pessoa humana, um dos princípios fundamentais do Estado de Direito, deve ser resguardada desde a infância do indivíduo, o que denota a violência contra a criança um problema social complexo que deve ser enfrentado por meio de iniciativas complementares de todos os setores e instâncias da sociedade.

A noção da dignidade da pessoa humana tem seu fundamento em Kant, que defendia que o ser humano é um fim em si mesmo, não podendo ser tratado como instrumento para uma determinada finalidade, bem como não é possível que exista perante o Estado um homem sem dignidade (KANT, 2013, p. 5, 6, 10). Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2010, p.32), conceitua a dignidade da pessoa humana como

“ (...) a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.”

Em Assembleia geral, no dia 29 de junho de 2006 foi aprovado o texto da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de acordo com a Resolução 1/2 do Conselho dos Direitos Humanos, fundamentada nos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas e da boa-fé. No cumprimento das obrigações assumidas pelos Estados afirma que os povos indígenas são iguais a todos os povos e reconhece o direito de serem diferentes e respeitados como tais, destacando que todos contribuem “[...] para a diversidade e a riqueza das civilizações e culturas, que constituem patrimônio comum da humanidade” (UNIC, 2008, p. 03). Deixa claro que as doutrinas políticas e as práticas fundamentadas na superioridade dos povos ou das pessoas são racistas, cientificamente falsas, juridicamente inválidas, moralmente condenáveis e socialmente injustas, garantindo deste modo a dignidade ao índio.

A Declaração reconhece, respeita e promove os direitos intrínsecos dos povos, pois têm ciência das injustiças históricas sofridas. Resultado da colonização e da subtração de suas terras,

dos territórios, dos recursos e pelo fato de terem sido impedidos de exercer o direito ao desenvolvimento conforme suas necessidades e interesses. Neste sentido, vem ajudar a promover o desenvolvimento político, socioeconômico e cultural eliminando a discriminação e a opressão. Esta percebe que “[...] o respeito aos conhecimentos, às culturas e às práticas tradicionais indígenas contribui para o desenvolvimento sustentável e equitativo e para a gestão adequada do meio ambiente” (UNIC, 2008, p. 04). Destaca a contribuição da desmilitarização à paz e o progresso; para o desenvolvimento econômico e social; para a amizade entre as nações e os povos. Reconhece o direito das famílias e das comunidades de compartilhar a responsabilidade pela formação, pela educação e pelo bem estar das crianças.

Um documento de extrema importância para o “[...] reconhecimento, a promoção e a proteção dos direitos e das liberdades dos povos indígenas e para o desenvolvimento de atividades pertinentes ao sistema das Nações Unidas nessa área” (UNIC, 2008, p. 05). Reconhece os direitos humanos, o direito internacional e coletivo dos povos indígenas, o bem-estar e o desenvolvimento integral dos povos, pois a sua situação varia conforme as regiões e os países. A Declaração no artigo 5º diz que os povos indígenas “[...] têm o direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais” (UNIC, 2008, p. 05). Mantendo o direito de participar plenamente, caso o desejem, da vida política, econômica, social e cultural do Estado. Contemporaneamente, os índios já possuem o direito de ter a documentação civil como qualquer pessoa e exercer a cidadania.

A Carta das Nações Unidas (1945) o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1992) o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (1992), a Declaração e o Programa de Ação de Viena (1993) afirmam o direito de todos os povos à autodeterminação, a escolha da condição política, a forma de desenvolvimento socioeconômico e cultural. Cientes de que os direitos sociais vêm garantir as pessoas o exercício e o usufruto de direitos fundamentais em condições de igualdade, para uma vida digna por meio da proteção e das garantias atribuídas pelo Estado democrático de direito.

Neste sentido o direito à autodeterminação será “[...] exercido em conformidade com o direito internacional” (UNIC, 2008, p. 05). Direitos esses que fomentarão as relações harmoniosas de cooperação entre os Estado e os índios, fundamentadas nos princípios da justiça, da democracia, do respeito aos direitos humanos, da não-discriminação e da boa-fé. Sendo assim os direitos afirmados nos tratados, acordos, e outros arranjos construtivos entre os Estados e os povos indígenas vêm fortalecendo essas relações de forma sustentável.

O Estatuto do Índio foi parcialmente revogado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Belfort (2006) destaca que a legislação indígena esteve pautada

em três paradigmas: a do extermínio que se omitia a proteger tais direitos; o da integração, que defendia a proteção cultural dos índios, porém os obrigava a se adequar aos moldes da civilização branca, colocando os indígenas sob a tutela estatal da FUNAI; e a do reconhecimento que vem instaurar o paradigma inclusivo. Assim, a constituição de 1988 é considerada um marco na conquista dos direitos e garantias dos povos indígenas no Brasil.

Proença (2017) destaca que a Carta Magna modificou o paradigma integrador e estabeleceu um novo marco político no contexto socioeconômico e cultural nas relações entre o Estado à sociedade e os indígenas, favorecendo o desenvolvimento do processo inclusivo e a evolução do ser humano.

No Estatuto do Índio (Lei 6.001/73) havia apenas a previsão de integração no sistema global. A Constituição Cidadã de 1988 garantiu respeito e proteção ao índio. Contemporaneamente esses grupos têm o direito de manter a sua própria cultura e são responsabilizados de acordo com o grau de integração a sociedade. A nova proposta do Estatuto dos Povos Indígenas tramita no Senado (PLS n.º 169/2016) e os seus princípios básicos visam garantir a proteção social, cultural, territorial, jurídica e a igualdade. Sendo assim os indígenas são sujeitos de direitos e devem ser protegidos pelo ordenamento jurídico.

A CRFB/1988, art. 20, XI prevê que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da união. Sendo assim os índios não são proprietários das terras que ocupam e não podem dispor destas para a venda ou para garantir uma transação comercial. A constituição assegura o direito à educação, reconhece as línguas nativas, bem como os processos de aprendizagem (art. 210, § 2º) e protege as suas manifestações culturais (art. 215 § 1º). Neste sentido os povos indígenas que vivem no território controlado pelo Estado brasileiro passam a ter os seus direitos fundamentais reconhecidos enquanto sociedades diferenciadas.

O artigo 231 da Constituição Federal de 1988 reconhece a sua organização social, os seus costumes, as diversas línguas, as crenças, as tradições e os seus bens. Define as pré-condições para garantir a sua reprodução e continuidade, bem como “(...) os direitos originários dos povos indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas” (SANTOS, 1995, p. 88), incorporando-as as relações jurídicas entre os Estados e povos indígenas. O artigo 231, § 2º, da CF/88 garante o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nessas terras.

Destaca que para o aproveitamento dos recursos hídricos e a exploração mineral a necessidade de prévia audiência das comunidades indígenas afetadas e a autorização do Congresso Nacional (art. 231, § 3º). A prévia audiência nas comunidades afetadas por projetos hidrelétricos ou de exploração mineral é uma inovação legislativa para assegurar relativa

autonomia. Assim reconhece o poder das populações para vetar projetos impostos pelo Estado. Porque os direitos sobre as terras são definidos como “direitos originários”, anteriores à criação do próprio Estado, em conta do histórico de dominação na época da colonização.

Neste contexto, Pigatto e Thesing (2017) declaram que é preciso aprender a lidar com o genocídio, a negação da humanidade, da dignidade e das coisas básicas. A militante indígena Daiara Tukano (2015) denuncia o genocídio e a miséria em que vivem os Guarani-Kaiowá, resultado da ocupação americana, sendo estes as maiores vítimas das disputas por terras no município de Antônio João, no Mato Grosso do Sul, devido à dificuldade na demarcação das terras indígenas.

Destaca a professora que a obrigação de proteger as terras dos povos indígenas cabe a União. As Disposições Constitucionais Transitórias fixaram o prazo em cinco anos para a demarcação de terras, fato que não se concluiu no prazo. Denuncia que o índice de óbitos de crianças, idosos e os suicídios em decorrência de ataques físicos psicológicos e estupros há mulheres é grande. A militante constata que a tutela desde 1988 não existe mais, pois o índio não é mais um incapaz “(...) temos direito a votar, a casar, à cidadania, entre outras coisas”. (TUKANO, 2015). Assim como o direito de exercer a língua materna, receber atendimentos às especificidades da diversidade cultural dos povos originários e preservar a cultura. Para isso necessitam de educação, atendimento médico diferenciado e respeito a sua língua (PIGATTO; THESING, 2017).

A competência para legislar sobre populações indígenas é exclusivamente da União (Art. 22. XIV) da CRFB1988. O artigo 232 deste documento vem garantir a capacidade processual aos índios nas suas comunidades e organizações como partes legítimas para ingressar em juízo em defesa dos seus direitos e interesses. Portanto, cabe a intervenção do Ministério Público para defendê-los em todos os atos do processo (Art. 129, V). A competência para processar e julgar casos sobre os povos indígenas cabem aos juízes federais (Art. 109. XI). As manifestações culturais, como a língua materna devem ser respeitadas e garantidas nos processos próprios de aprendizagem (Art. 210). Os povos indígenas têm direito a educação escolar diferenciada e intercultural, numa modalidade multilíngue e comunitária.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB/96) atribui à coordenação das Políticas de Educação Escolar Indígena ao Ministério da Educação conforme o Decreto nº 26/91. Atribui aos Estados e aos municípios a sua execução, portanto a escola deve estar na aldeia, contemplando todas as crianças, os adolescentes e os adultos que queiram aprender. O Subsistema da Saúde dos Povos Indígenas atende a população a partir de critérios geográficos, demográficos e culturais. Sendo assim, os povos indígenas têm direito aos benefícios sociais e

previdenciários do Estado. Vivem apoiados pela economia familiar e o seu grande desafio será o de implementar a política indígena inclusiva, de modo que consigam superar as relações de dominação ou de dependência impostas pela civilização urbana.

A noção de dignidade humana evoca duas ideias diferentes, que se entrelaçam, mas não se identificam necessariamente: a dignidade da *pessoa* humana e a dignidade da *espécie* humana. Pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana pressupõe a da espécie humana, mas que o inverso não ocorre. No conceito moderno de dignidade humana presente nas constituições contemporâneas e nos tratados internacionais sobre direitos humanos, essas duas noções estão presentes (MALUSCHKE, 2007).

A dignidade da pessoa humana, própria de todo ser humano, conforme o ensinamento de Alessandro Severino Vallér Zenni é atrelada e decorrente da liberdade individual, pela qual cada homem compreende e define suas ações racionalmente, no sentido de questionar e refutar ideias, e ainda definir e priorizar as concepções que lhe orientam, possuindo a faculdade de se transformar, com o intuito de perfazer a expectativa de um comportamento ético, e a concretização dos valores morais (ZENNI, 2006, p. 106).

O sistema constitucional brasileiro é fundamentado principalmente na dignidade humana, que possui sua gênese simultaneamente ao nascimento do indivíduo como pessoa humana, sendo esse princípio o alicerce em que se ampara todos os direitos e garantias individuais, bem como o elemento que elucida os princípios e direitos fundamentais ostentados na Constituição Federal, de modo que se demonstra o núcleo desenvolvidor dos direitos do ser humano, relacionando a totalidade dos entes públicos e particulares (SZANIAWSKI, 2005, p. 140-142).

Ferreira (2018) entende que a ideia de que a dignidade da *espécie* humana é muito antiga. A faceta igualitária da dignidade só veio a se afirmar institucionalmente na Modernidade, após o advento do Iluminismo. Muito antes disso, porém, já era corrente a afirmação do valor ímpar do ser humano no mundo natural. Contudo, não se extraía dessa valorização da humanidade a exigência de reconhecimento de uma igualdade intrínseca entre as pessoas. Muito pelo contrário, ela convivia lado a lado com o reconhecimento da desigualdade natural entre os indivíduos.

Com efeito, não foram poucas as fontes pré-modernas que enfatizaram a natureza especial dos seres humanos diante dos outros entes da natureza. O Livro do Gênesis - primeiro livro da Bíblia cristã e do Pentateuco judaico, provavelmente escrito no século VI A.C. - proclamou a grandeza do homem ao afirmar que Deus o criara “à sua imagem e semelhança”,

destinando-o a exercer autoridade sobre “os peixes do mar, sobre as aves do céu e sobre todos os seres vivos que se movam sobre a terra”. Esta ideia do ser humano criado à imagem de Deus - *Imago Dei* -, vem perpassando, desde então, o pensamento cristão e judaico.

No pensamento helenístico, a estatura do ser humano também é enaltecida. Isso se percebe, por exemplo, na filosofia do sofista Protágoras, que afirmou ser “o Homem a medida de todas as coisas”. A ideia também se evidencia na filosofia de Sócrates, que pregou o uso crítico da razão na busca da verdade, bem como a luta incessante pelo autoconhecimento. Ela se entrevê, do mesmo modo, na dramaturgia grega, cujos personagens revelam com riqueza as inumeráveis capacidades da pessoa, como a razão, a coragem e a criatividade. Veja-se, como exemplo, o seguinte trecho da peça *Antígona*, de Sófocles:

Coro: Muitos são os mistérios; nada mais misterioso que o Homem. Ele cruza o mar bravio quando há vento e tormenta. E a mais venerada das deusas, a Terra, a incorruptível, a venerável, ele vai fatigando com o ir e vir do seu arado, ano após ano, fazendo-a frutificar. Os pássaros do céu ele aprisiona, bem como os animais dos campos e os seres que habitam o fundo do mar, nas malhas das suas redes. Homem engenhoso demais! (...) Ele soube forjar a linguagem e o pensamento, criar cidades, e sabe proteger-se do gelo e das chuvas. Inesgotável em recursos contra tudo, salvo contra a morte. Dotado de inventividade sem fronteiras, umas vezes usada para o mal, outras para o bem.

É certo que, no pensamento grego, já se discutia a igualdade. A teoria aristotélica sobre justiça distributiva e compensatória é até hoje uma referência central nos debates sobre a matéria. O que então não existia era a crença de que todas as pessoas deveriam ser tratadas como iguais. Muito pelo contrário, acreditava-se na desigualdade natural entre os indivíduos como justificativa para discriminações legítimas.

A superioridade da pessoa humana diante dos demais seres vivos também foi afirmada, quatro séculos mais tarde, por Agostinho de Hipona (Santo Agostinho), embora ele também tenha ressaltado a “condição decaída” do homem. O ser humano, para Agostinho, é um animal racional criado por Deus à sua imagem. Ao atribuir inteligência ao homem, Deus ter-lhe-ia permitido “elevar-se acima de todos os animais da terra, das águas e do ar, desprovidos de um espírito deste gênero”. Nas suas *Confissões*, Agostinho, ademais, explorou a interioridade humana, desvelando a riqueza intelectual e espiritual do indivíduo. A teoria agostiniana, porém, nada tem de igualitária. Ocupa papel central no seu pensamento a ideia de “graça”, que provém de Deus e que leva o ser humano a fazer o bem. Mas Deus, para Agostinho, não concede a graça a todos, mas apenas a alguns eleitos, que estariam predestinados à salvação. Justifica-se, assim, uma hierarquia entre as pessoas fundada na vontade divina.

Na Idade Média, o tema foi enfrentado, dentre outros, por Tomás de Aquino, na sua monumental *Suma Teológica*. Para Aquino, a superioridade humana advém da racionalidade, bem como do livre arbítrio, em que o homem teria sido investido por Deus ao criá-lo à sua imagem e semelhança. A pessoa humana, para o filósofo cristão, é a mais perfeita criação divina. Porém, também é visível no pensamento tomista a visão pré-moderna sobre as relações sociais. Na *Suma contra os Gentios*, por exemplo, Aquino afirma que existe uma ordem hierárquica entre os homens ditada pela Divina Providência.

Enfim, até o advento da Modernidade, era corrente a afirmação da superioridade dos seres humanos em relação aos demais animais e seres da natureza. Nisso, pode-se entrever uma concepção embrionária de dignidade humana. Todavia, não se extraía daquela concepção um sentido igualitário, que importasse em reconhecer a todos os mesmos direitos e deveres. Prevaleceu durante todo esse longo período uma concepção *estamental* das relações sociais, que *pressupunha* a existência de uma desigualdade natural entre as pessoas: algumas eram destinadas a exercer funções mais nobres na sociedade; e outras, a desempenhar papéis subalternos. O *status* de cada indivíduo - seus direitos e deveres, bem como o tratamento que deveria receber dos demais - dependia, acima de tudo, da sua inserção em um determinado estamento, o que ocorria por ocasião do nascimento e, afora raríssimas exceções, não se alterava até o fim da vida. Do simples pertencimento à espécie humana não resultavam direitos inatos para cada indivíduo.

O discurso sobre a dignidade só ganha efetivamente um colorido universal com o Iluminismo. O igualitarismo da dignidade ressoou fortemente, por exemplo, nas revoluções francesa e norte-americana, embora a retórica revolucionária tenha se valido de outros termos, e não de “dignidade”. “Todos os homens nascem livres e iguais em direito”, proclama o art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, editada nos primórdios da Revolução Francesa. Os franceses revolucionários tomavam a igualdade como valor fundamental, insurgindo-se contra os privilégios da nobreza e do clero, bem como contra os resquícios do feudalismo que ainda subsistiam. Poucos anos antes, a Declaração de Independência dos Estados Unidos de 1776 também afirmara, como verdade “autoevidente”, que “todos os homens são criados iguais”, e o valor da igualdade - formal, é certo - criou profundas raízes na cultura político-social norte-americana da época, em que pese a paradoxal existência da escravidão negra.



### *2.4.1 Dimensões da dignidade humana*

A Constituição Federal de 1988, ao instituir o Estado Democrático de Direito, fixou como seu fundamento a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III). Igualmente a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha estabelece que a dignidade humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público. Por sua vez, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, logo em seu preâmbulo, também reconheceu que a dignidade é inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo (PAZ, 2009).

Entretanto, definir a dignidade da pessoa humana não é tarefa fácil. Frequentemente, se lê que a dignidade da pessoa humana possui conceito vazio ou com contornos imprecisos, caracterizado por sua ambiguidade e porosidade, bem como por sua natureza polissêmica ou pela sua diversidade cultural. Cabe ao direito reconhecer e proteger a dignidade humana, mas é impossível atribuir-lhe definição jurídica, pois representa a noção filosófica da condição humana (CAMBI; PADILHA, 2016).

Immanuel Kant defende que a dignidade humana é qualidade congênita e inalienável de todos os seres humanos, a qual impede a sua coisificação e se materializa por meio da capacidade de autodeterminação que os indivíduos possuem por meio da razão. Isso ocorre porque os seres humanos têm, na manifestação da sua vontade, o poder de determinar suas ações, de acordo com a ideia de cumprimento de certas leis que adotam, sendo essa característica exclusiva dos seres racionais (CAMBI; PADILHA, 2016).

A dignidade, em sentido jurídico, é uma qualidade intrínseca do ser humano que gera direitos fundamentais: i) de não receber tratamento degradante de sua condição humana (dimensão defensiva); ii) de ter uma vida saudável (dimensão prestacional), vale dizer, de ter a colaboração de todos para poder usufruir de um completo bem-estar físico, mental e social (conforme os parâmetros de vida saudável da Organização Mundial de Saúde); iii) de participar da construção de seu destino e do destino dos demais seres humanos (autonomia e cidadania) (CAMBI; PADILHA, 2016).

Assim, o Direito não deve determinar o conteúdo da dignidade humana, mas enunciá-lo como valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente, para que fique gravado na consciência coletiva de determinada comunidade e possa ser objeto de

proteção, por meio de direitos, liberdades e garantias que a assegurem. Antes, pois, de seu reconhecimento e incorporação pelas Constituições modernas, a dignidade humana depende do reconhecimento do ser humano como sujeito de direitos e, pois, detentor de “dignidade” própria, cujo fundamento é o direito universal da pessoa humana a ter direitos (CAMBI E PADILHA, 2016).

A palavra “dignidade” tem múltiplos usos, mesmo quando referida aos seres humanos. Ao longo do tempo, ela tem sido usada, sobretudo, com três diferentes sentidos: dignidade como *status* superior de certas pessoas, pela sua posição social ou pela função que exercem; dignidade como *virtude* de alguns indivíduos, que agem e se portam de maneira altiva; e dignidade como o *valor intrínseco*, atribuído a cada pessoa humana.

A dignidade surgiu como uma ideia que exprimia o elevado *status* de indivíduos que ocupavam funções sociais proeminentes. Ela não tinha conotação universal, nem era associada aos direitos humanos, sendo atributo de poucos, no contexto de sociedades estamentais e profundamente hierarquizadas. Apesar das mudanças paradigmáticas relativas à compreensão sobre a pessoa humana e seus direitos, ocorridas desde o Iluminismo, a ideia da dignidade como *status* tem ainda hoje projeções relevantes, conscientes ou não, na cultura social, política e jurídica de muitas sociedades contemporâneas, especialmente nas que mantêm fortes traços desigualitários, como a brasileira. Ela se mantém, por exemplo, em nossa linguagem comum, em que a dignidade é por vezes associada ao exercício de funções tidas como nobres. É nesse sentido que se alude à dignidade de certos cargos públicos.

De qualquer modo, Cambi e Padilha (2016) afirmam que a dignidade da pessoa humana é multidimensional, podendo ser associada a um amplo espectro de condições inerentes à existência humana, tais como a própria vida, a integridade física e psíquica, a plenitude moral, a liberdade, as condições materiais de bem-estar etc. Assim, a dignidade humana representa a possibilidade de cada pessoa realizar o próprio projeto de vida, que a comunidade política deve proteger.

De acordo com os autores, não há como refutar que a dignidade humana tem alcançado um protagonismo jamais visto na história. Justamente por isso é preciso ter cautela para que a dignidade não sirva de justificção para uma espécie de fundamentalismo da dignidade, já que seu conceito é aberto e, como produto cultural, deve ser construído historicamente.

Quando o Poder Judiciário é provocado a se manifestar na solução de determinado conflito versando sobre a dignidade humana, tem o dever de proferir uma decisão (art. 140 do CPC). Logo, se dá proteção e concretização da dignidade humana é possível extrair

consequências jurídicas, é imprescindível, até mesmo para se ter segurança jurídica, a compreensão suficientemente abrangente do seu conceito jurídico.

#### *2.4.2 O mínimo existencial*

O conceito de mínimo existencial foi traçado pela doutrina alemã, após a Segunda Guerra Mundial. Engloba o princípio da dignidade da pessoa humana, consistente na integridade física e na vida digna (PENA, 2011). Trata-se de princípio que acompanha a humanidade, na qual todo ser humano, desde o nascimento possui o direito a uma vida digna e íntegra, devendo ser por todos respeitado. Assim, utiliza-se a teoria do mínimo existencial como critério para a realização de algum ato prestacional não efetivado pelo Estado.

Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas. Não pode qualquer direito mínimo transformar-se em mínimo existencial. Tem que ser um direito à existência digna. Sem este, não há possibilidade de sobrevivência do homem e desaparecem as condições iniciais de liberdade, o que lhe fere o direito à vida.

Não há como quantificar o mínimo existencial de uma forma única e definitiva, varia conforme lugar; tempo; padrão socioeconômico vigente; esfera econômica e financeira; expectativas; e necessidades.

Cabe ressaltar que o mínimo existencial não se limita a garantir a simples sobrevivência física, pois, isso significaria uma vida sem alternativas, o que não promoveria a dignidade humana. Portanto, deve-se garantir uma existência digna, que garanta a fruição de todos os direitos fundamentais (PENA, 2011).

O mínimo existencial, segundo Pena (2011), deve ser avaliado à luz das circunstâncias de cada caso, o que possibilita a inclusão da educação fundamental, da saúde básica, da assistência aos desamparados e do acesso à justiça.

Os direitos fundamentais constituem garantias reconhecidas como núcleos essenciais aos direitos do homem e, necessitam de condições mínimas para uma sociedade alcançar seus ideais e valores, seus objetivos como estado fundamental de direito.

Para Ricardo Lobo Torres:

O mínimo existencial exibe as características básicas dos direitos da liberdade: é pré-constitucional, posto que inerente à pessoa humana; constitui direito público subjetivo do cidadão, não sendo outorgado pela ordem jurídica, mas condicionando-a; tem validade erga omnes, aproximando-se do conceito e das consequências do estado de

necessidade; (...) é dotado de historicidade, variando de acordo com o contexto social (TORRES, 1989, p. 32).

O Estado não pode utilizar-se da teoria da reserva do possível quando uma prestação buscar condições mínimas de existência, muito menos se admite que por discricionariedade da administração pública sejam os recursos aplicados de forma ilegítima com intuito de inviabilizar os direitos sociais (PENA, 2011).

Nas palavras de José Afonso da Silva *apud* Pena (2011), a vida é fonte primária de todos os outros bens jurídicos, pois “de nada adiantaria a Constituição assegurar outros Direitos Fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos”.

O mínimo existencial também é objeto de análise por Ana Paula de Barcellos *apud* Pena (2011), que o identifica como o núcleo sindicável da dignidade da pessoa humana, inclui como proposta para sua concretização os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à Justiça, todos exigíveis judicialmente de forma direta.

Deste modo, a questão da eficácia dos direitos sociais associada ao atendimento do princípio da reserva do possível dada às situações de escassez enfrentadas pelo Estado não deve ser tomada de forma absoluta. Tal princípio deve ser conjugado com a ideia de otimização dos recursos, o emprego do máximo possível para promover a eficácia dos direitos fundamentais.

Não se pode negar que para realizar prestações na área de saúde o Estado dependa de reserva orçamentária. Todavia, garantir o direito à saúde da população não se resume apenas a fornecer remédios e tratamentos médicos. É possível identificar a carência de medidas protetivas à população, não se assegura educação, saneamento básico, alimentação adequada, o que no decorrer dos anos pode evoluir para uma doença (PENA, 2011).

Ao longo da história, a garantia de condições básicas de vida para os setores mais vulneráveis da população decorreu, muitas vezes, não de preocupações morais com os seus direitos ou bem-estar, mas do medo de convulsões sociais que pudessem abalar o *status quo*. Foi assim, por exemplo, com a rede de proteção social construída pelo chanceler conservador Otto von Bismarck, na Alemanha do final do século XIX. Nada obstante, neste momento o nosso foco está centrado nos fundamentos que justificam o mínimo existencial, e não nas causas históricas que ensejaram o seu reconhecimento (SARMENTO, 2016).

De acordo com Sarmiento (2016), na contemporaneidade, existe razoável convergência entre as mais variadas teorias políticas no sentido da necessidade de garantia das condições

materiais básicas de vida para todos. Há, contudo, significativas diferenças a propósito não só da justificativa para essa garantia, como também da sua extensão e forma de proteção.

O autor também justifica que há uma leitura tradicional sobre a liberdade, que afirma que este valor é restringido a cada vez que o Estado atua para promover a igualdade ou garantir direitos positivos para os segmentos mais vulneráveis da população. Isso porque - diz o argumento - a atuação do Estado importa em intervenção heterônima sobre as relações sociais ou, no mínimo, em tributação da atividade econômica privada, destinada à obtenção dos recursos necessários ao financiamento das prestações e serviços estatais. Com isso, haveria restrição à liberdade individual. Nessa perspectiva, a garantia do mínimo existencial entraria em conflito com a liberdade.

Na filosofia política, o argumento foi elaborado com densidade por John Rawls. Como se sabe, Rawls foi o mais importante teórico do liberalismo igualitário, corrente da filosofia política que se notabiliza pela tentativa de articular de modo coerente a mais ampla garantia das liberdades públicas e existenciais com a promoção da igualdade material e da justiça social. As suas ideias vêm exercendo enorme influência não só no âmbito da filosofia, mas até mesmo no Direito Constitucional. Pode-se dizer que elas redefiniram os próprios termos do debate contemporâneo sobre a filosofia política a partir dos anos 70 do século passado. Em sua obra seminal *A Theory of Justice*, Rawls formulou princípios que deveriam reger as instituições básicas de uma sociedade justa. Para justificar racionalmente os seus princípios, Rawls recorreu à ideia de contrato social: os princípios da justiça seriam aqueles que resultassem de um acordo hipotético entre pessoas recobertas por um “véu da ignorância”, que as impediria de conhecer as suas próprias características, posição social e interesses. A observância desse procedimento asseguraria, segundo Rawls, um resultado imparcial, aceitável para todos (SARMENTO, 2016, p. 1649).

Como fez também em outras questões, John Rawls, em diálogo com seus críticos, reformulou parcialmente a sua teoria para afirmar que os mínimos sociais seriam um pressuposto para aplicação do primeiro princípio de justiça, que cuidou das liberdades básicas. Na sua obra *O Liberalismo Político*, publicada em 1993, ele afirmou:

(...) o primeiro princípio, que trata dos direitos e liberdade fundamentais, pode sem muitos problemas ser precedido de um princípio lexicamente anterior que prescreva a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, ao menos na medida em que satisfazê-las seja necessário para que eles entendam e tenham condições

de exercer estes direitos e liberdades de forma efetiva (RAWLS, 2011, p.8).

Assim, o mínimo essencial de acordo com Rawls seria uma garantia que de diferenciaria do princípio sobre justiça social, da legislação infraconstitucional se caracterizando como conteúdo constitucional essencial.

#### *2.4.3 Da tutela indígena na Constituição e o Neoconstitucionalismo*

As diversas Constituições formuladas após o advento da República em 1889 reconheceram aos povos indígenas alguns direitos básicos, como o direito sobre os territórios que habitavam. Contudo, calaram-se a respeito de outros. A seguir, faremos uma exposição de alguns direitos reconhecidos. A Constituição de 1934 estabelecia em seu Art. 129, que “Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”. Já a Constituição de 1937, no Art. 154, estabelecia que “Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las” (GOMES, 2014).

A Constituição de 1946, por sua vez, estabelecia, em seu Art. 216, que “Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.” A Carta de 1967, em seu Art. 186 assegurava “aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes”. E, por fim, a Emenda Constitucional número 1/69, no Art. 198, assegurava que “As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos em que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas e de todas as utilidades nelas existentes”. Desta forma, percebemos que as Constituições precedentes a de 1988 garantiam direitos aos indígenas, mas notamos que esses direitos recaíam mais sobre as terras que eles habitavam, e sobre os recursos nelas existente.

Ressaltamos as inovações e avanços vieram com a Constituição de 1988. Também se faz necessário a exposição dominava as Constituições precedentes a de 1988. Desde a Constituição do Império, outorgada em 1824, até a de 1967, editada em pleno governo militar, incluindo o estatuto dos povos indígenas, Lei 6.001/73, a visão a respeito dos povos indígenas sempre foi no sentido de sua assimilação ao restante da sociedade nacional. Historicamente, as perspectivas de diversas lideranças governamentais a respeito das diferenças culturais dos

povos indígenas, quase sempre, foram imaginadas no sentido de eliminá-las e integrar as comunidades indígenas a uma cultura que seria única, nacional (GOMES, 2014).

O fato é que este pensamento, segundo o autor, contribuiu fortemente para a extinção de uma rica parte de nossa cultura. Logo, o que as Constituições precedentes a de 1988 determinavam era o desrespeito às identidades dos diversos povos nativos habitantes do Brasil. Como exemplo da perspectiva incorporadora do índio à sociedade nacional temos passagens das Constituições de 1934, 1946 e 1964, que têm o mesmo núcleo: a competência privativa da União para legislar sobre a incorporação dos silvícolas à comunhão nacional. No transcorrer do século XX, o paradigma assimilacionista ainda pode ser observado através da expressão de três elementos principais, intimamente relacionados: a manutenção da concepção da incapacidade indígena; a disponibilização das suas terras e recursos naturais às pressões econômicas e a doutrina da segurança nacional.

Contudo, a partir do ano de 1970 começa a ser superada essa perspectiva assimilacionista, influenciada por processos de descolonização inicializados em algumas partes do mundo. No Brasil, o Conselho Indigenista Missionário – CIMI impulsionou o protagonismo dos povos indígenas na conquista de direitos, na reafirmação de suas identidades próprias e na definição de seus projetos de futuro. Com o fim do regime ditatorial militar, no ano de 1985, a sociedade brasileira clamou pela convocação e elaboração de uma nova Constituição, que representasse a construção de um novo modelo de Estado, embasado por valores democráticos (GOMES, 2014).

Sob o prisma do Direito, as dificuldades podem ainda se agravar, já que o aporte conceitual-terminológico “indígena” não é propriamente uma preocupação dessa ciência. Algumas incursões sobre os termos pertinentes aos “direitos indígenas” são encontradas em passagens – geralmente breves – no Direito Constitucional, no Direito Civil, e recentemente têm ganhado espaço no Direito Penal. Mas, ainda assim, não se pode arguir que esses conceitos e termos já estejam assentados na seara jurídica, não obstante, sejam fundamentais para a solução de alguns conflitos de interesse, para a aplicação da lei, para a proteção indígena etc (OLIVEIRA, 2009).

De acordo com o autor, o conceito de “índio” pode interferir na punibilidade (Direito Penal), na capacidade civil e *ad judicium* (Direito Civil e Direito Processual), no alcance da proteção constitucional (como no direito à terra), nas relações laborais (Direito do Trabalho), na definição dos beneficiários de ações afirmativas (como na reserva de vagas em instituições de ensino), no recebimento de benefícios previdenciários, na aplicação de tratados internacionais (como na Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho).

Ainda justificando a importância dos conceitos ou termos para os juristas, quer seja na investigação científica ou na aplicação do Direito Indígena, deve-se ressaltar que são apresentadas noções ou expressões próprias, tais como “etnia”, “populações indígenas”, “comunidades indígenas”, “sociedades indígenas”, “tribos indígenas”, “nações indígenas”, “povos vulneráveis”, “indígena como minoria”, e o próprio signo “índio”, todos esses conceitos e termos afinados com outras áreas do conhecimento que, ao serem empregados em contextos jurídicos tendem a ser usados e interpretados sem a devida análise e/ou distinção (OLIVEIRA, 2009).

Neste século, o direito assume um papel que ultrapassa o lugar que lhe fora designado originariamente, quando do advento do Estado Constitucional, ainda sob a tradição liberal, no século XVIII. Por conseguinte, o Estado passa a ter, no século XXI, um novo papel perante a população, especialmente para a população indígena como grupo etnicamente diferenciado. Ao mesmo tempo, à medida que a proteção dos direitos humanos se firma como princípio fundamental e a supremacia das normas constitucionais se estabelece, aumenta a exigência de que os direitos fundamentais indígenas sejam efetivados. Nesse processo, a defesa do conjunto desses direitos se torna um dos escopos do guardião da Constituição: o Supremo Tribunal Federal (JOAQUIM, 2011).

Entender esse raciocínio possibilita uma melhor compreensão do conteúdo e do alcance das normas constitucionais destinadas à proteção dos povos indígenas. Por isso, a autora trata da relação entre o Estado e os povos indígenas, especialmente após a evolução histórica do constitucionalismo, no que tange à efetividade das normas constitucionais e do papel dos Tribunais Constitucionais na realização da Constituição. Em seguida, abordar-se-ão os direitos constitucionais indígenas, como verdadeiros direitos humanos fundamentais, no intuito de viabilizar, por último, a análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol e a verificação de se, para a doutrina especializada, a Corte Constitucional brasileira atendeu à vontade da Carta Maior.

Nessa perspectiva, adianta-se que o Estado Constitucional brasileiro, a fim de atingir o seu escopo, a partir da promulgação da Constituição de 1988, deve se assumir como verdadeiramente plural. Ocorre que agir assim implica considerar a diversidade étnica existente e as diferenças culturais que permanecem entre os diversos povos que convivem no território brasileiro. De igual modo, exige a superação dos velhos preconceitos a respeito dos povos nativos, que embaçam a percepção da complexidade de suas organizações sociais e contribuem para a manutenção de relações assimétricas e práticas tutelares, em prejuízo dos povos indígenas.



Segundo Damázio (2011), e Walsh (2009), é no interior desse projeto do novo constitucionalismo latino-americano a ideia de descolonialidade e interculturalidade tem um papel central. Segundo as autoras, a partir do pensamento indígena do Equador, o conceito de interculturalidade, torna-se um projeto político, social e epistêmico, que difere do chamado neoconstitucionalismo europeu. A interculturalidade faz parte do pensamento "outro" que é construído do particular lugar político de enunciação do movimento indígena, mas também de outros grupos subalternos. Para Damazio apud Pena (2011),

a noção de interculturalidade, para Walsh, contrasta com o conceito de multiculturalismo, é a lógica e a significação deste que tende a sustentar os interesses hegemônicos. Dessa forma o reconhecimento e a tolerância que o paradigma multicultural liberal promete, não só mantém a permanência da iniquidade social, mas também deixa intacta a estrutura social e institucional que constrói. Para Walsh a interculturalidade pode ser considerada uma ferramenta conceitual que organiza a rearticulação da diferença colonial e das subjetividades políticas dos movimentos indígenas e afros, e possivelmente de outros movimentos, além disso, é de grande importância para o estudo do problema da colonialidade. A interculturalidade como processo e projeto social, político, ético e intelectual, assume a descolonialidade como estratégia, ação e meta.

Nessa linha, percebe-se, portanto, que a tarefa de construção do Estado nacional (do Estado moderno), que dependeu da construção de uma identidade nacional, ou em outras palavras, da imposição de valores comuns que deveriam ser compartilhados pelos diversos grupos étnicos, pelos diversos grupos sociais para que assim todos reconhecessem o poder do Estado, do soberano, bem como, a criação da nacionalidade vinculada a imposição e aceitação de valores comuns, como um inimigo comum, uma luta comum, um projeto comum, ou até mesmo uma religião comum, gerou a intolerância religiosa, cultural, a negação da diversidade fora de determinados padrões e limites (MAGALHAES, 2013).

Nesse sentido, mesmo que alguns pontos do neoconstitucionalismo sejam relevantes como o aumento da força normativa da Constituição, valorização de princípios, expansão da jurisdição constitucional, nova interpretação constitucional, marcos importantes do chamado neoconstitucionalismo europeu, percebe-se que o novo constitucionalismo latino-americano quer ir além (TEIXEIRA; SPAREMBERGER, 2016).

Assim, a ideia (mais concreta) de um Estado Plurinacional pode superar as bases uniformizadoras e intolerantes do Estado nacional, onde todos os grupos sociais devem se conformar aos valores determinados na Constituição nacional em termos de direitos, dentre outros aspectos importantes da vida social. Esse avanço vem crescendo nos países da América Latina. No entanto, a Bolívia e o Equador promulgaram novas Constituições que já trazem em seus textos o novo conceito de Estado, chamado de plurinacional. Isso ocorreu devido ao apoio

popular, onde os povos originários tiveram participação e autonomia, diferente do passado de exclusão e de subalternidade colonial e puderam resgatar os seus valores ambientais, sociais, econômicos e culturais. O que parece não ser uma semelhança tão latente com as características do chamado neoconstitucionalismo europeu (MAGALHÃES, 2015).

O Estado plurinacional foge ao modelo uniformizador imposto pelo colonizador europeu, dando ênfase a um novo tipo de texto constitucional. Verifica-se, nesse sentido, que mesmo que alguns pontos ainda sejam convergentes com o neoconstitucionalismo, como a ideia de integridade, enquanto elemento fundamental para a organização do poder, e a integração, enquanto elemento de organização dos direitos fundamentais e das liberdades reconhecidas pelo Estado, quer-se ir além. Busca-se no “novo constitucionalismo latino-americano” uma democracia para todos, respeitando que estes “todos”, “subalternizados”, podem ser diferentes em suas religiões, crenças, costumes tradicionais, valores e relações que estabelecem com o ambiente (TEIXEIRA; SPAREMBERGER, 2016).

Percebe-se nestas Constituições pontos comuns que formam parte de uma corrente conhecida como o “novo” constitucionalismo latino-americano. Trata-se de Constituições que, por um lado, são originais e próprias de cada país, na medida em que tentam solucionar os problemas de cada uma das sociedades onde estão sendo implantadas. Mas, por outro lado, estamos diante de denominadores comuns óbvios, principalmente no campo da participação, da economia e de uma vigência efetiva dos direitos para todos, na ordem de tentativas descoloniais.

A partir da análise dos autores, é possível refutar formulações teóricas monoculturais e universais que posicionam o conhecimento científico ocidental (e que estão presentes no chamado neoconstitucionalismo) como central, negando assim os saberes locais produzidos a partir de racionalidades sociais e culturais distintas. Tal refutação não implica descartar por completo esta racionalidade, mas sim observar suas pretensões coloniais/imperiais e questionar seu posicionamento como única (DAMAZIO, 2011).

Merece atenção no desenvolvimento do “novo constitucionalismo latinoamericano” a ruptura com padrões epistemológicos aceitos pela Modernidade. Nesse contexto, a originalidade do pensamento constitucional na América Latina alcança uma dimensão significativamente distinta ao redefinir o papel do Homem enquanto objeto de tutela jurídica.

Se para o constitucionalismo do Pós-Guerra o debate constitucional se manifesta a partir da valorização antropomórfica do ser humano enquanto detentor de um status de dignidade (daí a importância do conceito de “Dignidade Humana” no constitucionalismo europeu a partir da década de 50), no “novo constitucionalismo latinoamericano”, são incorporadas aos textos constitucionais elementos que revelam a adoção de uma visão de mundo que olha para o

Homem como parte integrante de um todo, centrando as referências para o bem viver, não mais na autonomia moral do Homem, mas nas suas relações enquanto manifestação de harmonia e respeito para com a natureza. Esta forma de enxergar o Homem e o seu entorno, rompe com o modelo consumista e desenvolvimentista consagrado pelas constituições liberais, à medida em que relega para um segundo plano a lógica do acúmulo de capital na formatação das instituições jurídicas. Com a positivação das cosmovisões indígenas, o “novo constitucionalismo latinoamericano” institucionaliza a importância da Pachamama e da busca por modelos de bem viver, como o Sumak Kawsay, (Suma Qamaña) (TEIXEIRA; SPARENBERGER, 2016).

O reconhecimento de formas de vida anteriormente negadas e ocultadas no discurso constitucional clássico desvela as formas de vida das populações originárias, que desde a chegada do colonizador europeu na América Latina foram excluídas e marginalizadas, por não se adequarem ao projeto colonial da Modernidade.

Raquel Fajardo Yrigoyen oferece um mapa dos novos processos constituintes observados na América Latina, propondo uma visualização em diferentes ciclos: teríamos assim, a) primeiro ciclo, caracterizado para o reconhecimento da diversidade cultural e o reconhecimento de uma pluralidade de línguas oficiais, como acontece com Guatemala (1985) e Nicarágua (1987).; b) o segundo ciclo apresenta compromissos com a afirmação do pluralismo cultural, reconhecendo tradições e práticas indígenas como constitutivas do modelo de organização do Estado, influenciados sobretudo pela Convenção 169 da OIT, relativizando a tutela dos povos indígenas. Com base no referido documento, algumas constituições na América Latina passam a reconhecer autoridades e jurisdição indígenas legitimadas à solução de conflitos específicos. São constituições enquadradas no contexto do segundo ciclo, Colômbia (1991), México (1992), Equador (1998) e Venezuela (1999); c) o terceiro ciclo, conhecido como Constitucionalismo Plurinacional, além de trazer uma ampla positivação de direitos indígenas, buscam a refundação do Estado a partir do protagonismo indígena.

Derivado de um movimento político, social e econômico é difícil ou impossível precisar a gênese do neoconstitucionalismo, contudo, alguns autores são unânimes em apresentar como ponto de partida – sem efetivamente indicar aí o seu início - o fim da Segunda Guerra Mundial, que levou, primeiramente, as constituições europeias, especialmente da Alemanha e Itália, a criarem ou fortalecerem uma jurisdição constitucional, visando mecanismos de proteção dos direitos fundamentais, mesmo em face do legislador (SANTOS, 2012).

Longe de se querer negar a existência do Constitucionalismo, verifica-se a partir das barbáries experimentadas, especialmente, pelo nazismo alemão e fascismo italiano, que naquele modelo jurídico houve o favorecimento da legalidade e legitimidade de líderes que, a partir da

defesa da superioridade de um povo sobre o outro, promoveram resultados nefastos. E, estes resultados nefastos atingiram ambas as partes, de forma que o melhor caminho foi assegurar que tais situações não voltassem a acontecer (SANTOS, 2012).

Os direitos fundamentais não devem ser objeto de discussão, escambo ou qualquer forma de interpretação, que não seja para preservá-los ou favorecê-los. O constitucionalista Barroso (2007, p.2-4), indica três tópicos para reconstituir, de forma resumida, a trajetória do Neoconstitucionalismo, quais sejam o histórico, filosófico e teórico. Para o primeiro, aponta, como já aludido anteriormente, o pós-guerra e o processo de redemocratização que ela ajudou a instalar. O segundo seria o pós-positivismo, ou seja, deixou de ser o positivismo unicamente um referencial filosófico, coadunando-o ao jusnaturalismo, de forma que se pretende é a interpretação, não somente a partir do texto legal, mas da necessidade de observação dos princípios, visando evidenciar, edificar os direitos fundamentais.

Por fim, o terceiro, que reconheceu a força normativa da Constituição, expandindo-a, tornando-a, a precursora de toda interpretação. Há ruptura com o Neoconstitucionalismo. Ruptura com a valorização exagerada do texto legal e por consequência a valorização dos princípios. Essa valorização dos princípios, por sua vez, leva a uma maior rigidez do texto constitucional que deve, efetivamente, buscar a aprovação comunitária.

Sustenta Marina Vitório Alves (2012, p.138): “(...) neoconstitucionalismo é movimento jurídico-político-filosófico que modifica a concepção e interpretação do Direito, ao introduzir conteúdos axiológicos e ao atribuir força normativa à Constituição, reposicionando-a como principal elemento na ordem jurídica.” E, depois, arremata Alves (2012, p.139): “É a ruptura com o constitucionalismo liberal de previsão meramente formal de direitos. É a tentativa de garantia material de direitos fundamentais para todos.” Enfim, esse referencial teórico traz o princípio da dignidade da pessoa humana como centro irradiador do valor da ordem constitucional. Atraindo, pois, como balizador de todas as relações de Estado, civil ou de mercado, agindo como requisito para a prática da democracia.

Partindo dos elementos anteriores, quanto ao surgimento do Neoconstitucionalismo, que inclusive já comporta críticas, como resume Humberto Ávila (2009, p.1), “É certo que não há apenas um conceito de ‘neoconstitucionalismo.’”, releva-se necessário assentar que os doutrinadores mais críticos não aceitam a aplicação da terminologia, ou o mesmo conceito, para os fenômenos constitucionais observados na América Latina. Conhecido como ‘novo constitucionalismo latino-americano’, ‘constitucionalismo emancipatório’, ou ‘constitucionalismo do bem-viver’, o fenômeno ganhou contornos próprios, diferentes daquele surgido, inicialmente na Europa, no período pós-guerra. Introduziu mecanismos voltados à

proteção dos direitos fundamentais e novas estruturas visando a tutela, não só do indivíduo, mas da comunidade, reconhecendo a pluralidade e a importância do meio ambiente.

Perceptível, como se verá adiante, que estes contornos próprios reconheceram e protegeram uma realidade diferente, portanto, adotamos a correspondência quanto ao título e referencial teórico: Constitucionalismo Latino-Americano. A discussão acerca dessa região político-geográfica, América Latina, voltou a povoar os jornais, revistas e meio acadêmico. Dizer-se voltar é porque muito já se estudou, refutou, elogiou ou se criticou Cuba, na década de 1960, especialmente quando se tinha naquela ilha um grande referencial de resistência ao capitalismo, notadamente aos Estados Unidos (BARBOSA, 2017).

Não se quer dizer que Cuba sucumbiu ou que já ultrapassadas todas as discussões a respeito, mas vêm-se se experimentando, em alguns países da América Latina um novo capítulo da história constitucional e da política. Evidentemente sem o seu desfecho final. É importante visitar os registros históricos, que apontam que a América Latina, em toda sua extensão, experimentou um modelo europeu de colonização de exploração, ou seja, exclusivamente para extrair riquezas a proveito exclusivo da Metrópole ou Império (BARBOSA, 2017).

Esse modelo de exploração fixou nas colônias o modelo jurídico europeu, mesmo nas situações quando se deixou de ser colônia, ou a partir de suas respectivas independências, deixando, assim, seu legado. Destaque-se, a despeito da implantação estrangeira, as condições e tradições locais não sucumbiram totalmente, surgindo, então, uma realidade própria, objetivamente diferente da realidade europeia. “Certamente, os documentos legais e os textos constitucionais elaborados na América Latina, em grande parte, têm sido a expressão da vontade e do interesse de setores das elites hegemônicas, formadas e influenciadas pela cultura europeia ou anglo-americana”. (WIARDA, 1983, p.82, 85-86 apud WOLKMER; AUGUSTIN; S. WOLKMER, 2012, p.55).

Como já referido, as constituições anteriores não respeitavam ou não contemplavam as necessidades locais. Asseveram Wolkmer, Augustin e S.Wolkmer:

Poucas vezes, na história da região, as constituições liberais e a doutrina clássica do constitucionalismo político reproduziram, rigorosamente, as necessidades de seus segmentos sociais majoritários, como as nações indígenas, as populações afro-americanas, as massas de camponeses agrários e os múltiplos movimentos urbanos. Tampouco nessa tradição individualista contemplaram-se os direitos aos recursos naturais como patrimônio comum e/ou os direitos do ser humano em sintonia com a natureza. (2012, p.55)

Esta discussão, no constitucionalismo latino-americano, colocando a dignidade da pessoa humana como centro de tudo, levou a discussões sobre a necessidade de respeitar as

diversidades. Esse tema, diversidade, eclodiu forte na América Latina. As recentes Constituições dos Estados da Bolívia, Equador e Venezuela, trazem, aprioristicamente, traços comuns de “estatização” dos recursos naturais, reconhecimentos dos direitos dos indígenas e participação popular, através do voto direto ou referendo sobre a elaboração das cartas políticas (SANTOS, 2012).

Afirma Enzo Bello (2012, p.29) que “as teorias modernas do constitucionalismo e da cidadania são frutos de construções históricas, sociais e políticas originárias da Europa e dos EUA”, contudo, ao ganhar o espaço na América Latina ganhou contornos próprios, haja vista a sua composição ter participação e experiências de povos astecas, incas e maias, colaboraram para que (BELLO, 2012, p.32) “no cenário latino-americano, os elementos centrais da modernidade – o Estado Nacional, o capitalismo, a democracia e os direitos humanos – revestem-se de significados e ritmos diferentes em relação aos da Europa.”

Por via de consequência, (BELLO, 2012, p.32) “a despeito da influência colonizadora, o ambiente colonizado proporcionou feições próprias aos mecanismos e elementos modernizadores, estabelecendo modelos político-sociais distintos em relação ao capitalismo metropolitano.” Inobstante as posições acima expostas, ainda nos valem da análise sociológica e política, trazida por Ferdinand Lassalle (2000, p.17-23), de que uma Lei Fundamental constitui por fatores jurídicos advindos de fatores reais. Esses fatores reais, por sua vez, constituem-se a partir de fatores do poder que regem o país. Sem elevar à constituição escrita essa composição de poderes, de nada ou muito pouco tempo de vida se verificará neste documento.

É possível afirmar que o Constitucionalismo Latino-Americano estabelece os recursos naturais como patrimônio comum e a necessidade de participação popular, respeitando suas diferenças e tradição.

#### *2.4.4 Da legislação indigenista*

A tutela dos índios foi incluída no Código Civil de 1916 como um remendo *a posteriori*. Embora pensada para protegê-los juridicamente, ela foi várias vezes mal interpretada por juízes que a consideravam um obstáculo a que os índios propusessem diretamente uma ação. Esses juízes consideravam que a Funai, enquanto tutora, era quem detinha capacidade jurídica exclusiva para representá-los. Como a Funai era justamente o órgão de que os índios tinham

abundantes motivos para se queixar, o resultado, na prática, era que os índios não conseguiam entrar na justiça (CUNHA, 2018).

O que se tornaria o artigo 232 da Constituição, um artigo de apenas duas linhas e meia que não suscitou oposição, foi incluído na nossa proposta por sugestão de Dalmo Dallari. Ele resolvia, de uma penada, dois problemas: afirmava a capacidade jurídica dos índios e suas formas de organização e confiava sua defesa a um curador, o Ministério Público. Ele reza:

Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

O Ministério Público Federal (ou Procuradoria-Geral da República, PGR) e o que é hoje a AGU (Advocacia-Geral da União) estavam ainda reunidos em um só órgão em 1988. Havia um movimento dos procuradores para dissociar em órgãos distintos as suas atribuições e tornar a PGR exclusivamente uma sorte de coletivo. Incumbi-la da defesa dos direitos indígenas era, portanto, muito sensato (CUNHA, 2018).

Legislar sobre assuntos indígenas, desde a Constituição de 1934, é exclusiva competência da União. Cem exatos anos antes, em 1834, o Ato Adicional (art. 11, par. 5) havia delegado às Províncias do Império a capacidade de legislar sobre esses assuntos, e ficou patente a espoliação resultante. Sabia-se e sabe-se que o poder local é sempre contrário aos direitos territoriais dos índios, e foi sábia, essencial de fato, a atribuição de sua jurisdição ao Governo Federal. Essa disputa, no entanto, permanece: manifesta-se agora sobretudo no Projeto de Emenda Constitucional 215 e seus avatares, que pretendem retirar da União e atribuir ao Congresso a competência sobre as terras indígenas (CUNHA, 2018).

As terras indígenas e seu usufruto, desde pelo menos a Lei das Terras de 1850, sempre foram o tema central do que se convencionou chamar da “questão indígena”. Darcy Ribeiro gostava de lembrar que a questão não era propriamente indígena, mas sim uma “questão do não indígena” querendo se apropriar das terras dos índios. Seja como for, ficou claro na Comissão Pro-Índio de São Paulo que o fundamento dos direitos dos índios a suas terras e a história da legislação que os reconhecia deveria ser estudado.

Repetindo a sistemática adotada na maioria das constituições anteriores à Constituição Federal de 1988, o constituinte atribuiu à União a competência privativa para legislar sobre populações indígenas (artigo 20, inciso XIV), repita-se agora não mais com propósito de integração à sociedade nacional.

Esse disposto, não obstante a máxima de que a proximidade do povo com o poder legislativo enaltece sua participação, e, com efeito, o atendimento dos seus derradeiros interesses, ao nosso ver está a beneficiar os povos indígenas.

Calha lembrar que o Ato Adicional de 1834, editado sob vigência da Constituição de 1824, ao conferir às “províncias” competência sobre matéria indígena, acarretou o desfavorecimento dos direitos indígenas.

Tem-se, assim, que o artigo 20, inciso XIV, reforça o compromisso do Estado com a proteção dos direitos consagrados no corpo constitucional, em especial, os constantes no artigo 231. Melhor dizendo, a competência atribuída tem como parâmetros e como fins precípuos os direitos indígenas reconhecidos na Carta.

O artigo 109, inciso XI, da Lei Maior, atribui a competência de processar e julgar “disputas sobre direitos indígenas” à Justiça Federal.

Insta informar que é oscilante a jurisprudência pátria quanto à aplicação desse dispositivo. Controvertem-se opiniões, na casuística, por exemplo, quando da prática de delito por indígena em face de outro índio ou mesmo não-indígena; também nos casos em que um único índio figure como vítima. Ainda nessas hipóteses, acresce-se como ponto de controvérsia o local do ato, qual seja, dentro ou fora do território indígena.

O Ministério Público é composto pelo Ministério Público da União e pelos Ministérios Públicos Estaduais, sendo que naquele está incluído o Ministério Público Federal, a quem de regra compete atuar nos casos em que se trate de “disputas sobre direitos indígenas”.

Também de natureza judicial é o disposto no artigo 232: “Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.”

Esse dispositivo exige acurada análise, pois suscetível de inúmeras interpretações, a saber: A norma confere a um único índio legitimidade *ad causam* para defender seus interesses individuais ou mesmo interesses coletivos (da comunidade)? Quais os requisitos para configuração de “organizações e comunidades indígenas”? Exige-se personalidade jurídica? As comunidades e organizações reconhecidas podem defender interesses individuais ou somente coletivos?

Em resposta, necessário compreender que para a salvaguarda de interesses pessoais, tem-se o reconhecimento do indígena a legitimidade concorrente no processo do grupo. No concernente à configuração da legitimidade das comunidades e organizações, é incisivo o magistério de Ferreira: “As comunidades indígenas não têm personalidade jurídica própria,



porém são sujeitos de direito processual, podendo utilizar-se da prestação jurisdicional adequada (CF, art. 5º, XXI).”

### **3 O RECONHECIMENTO IDENTITÁRIO INDÍGENA SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

#### **3.1 A IDENTIDADE DO INDÍGENA NA CONTEMPORANEIDADE**

##### *3.1.1 Da vulnerabilidade dos povos indígenas*

Os relatos iniciais sobre os povos indígenas são, em geral, positivos. Cristóvão Colombo, por exemplo, em carta dirigida ao Rei da Espanha, citava a ingenuidade e generosidade dos indígenas que encontrou, chegando até mesmo a assegurar que acreditava que não tinha no mundo mais perfeita gente, e que bastaria uns cinquenta homens para dominar a todos e mandá-los fazerem o que quiser (COLOMBO, 1998). A carta de Pero Vaz de Caminha a Dom Manuel, rei de Portugal, anunciando que novas terras haviam sido descobertas, nas referências que faz aos índios os apresenta em geral como pessoas simples e de boa fé. Esse mesmo tipo de impressão multiplica-se em vários documentos datados daquele período (ARROYO APUD FERREIRA, 2015).

Em relação ao território que hoje corresponde ao Brasil, quase três milhões de pessoas que ocupavam esparsa, mas totalmente o território, desde as densas florestas amazônicas até as planícies litorâneas e o cerrado, não restam hoje, segundo os mais otimistas, mais que 260 mil, o que representa menos de 0,2% da população brasileira. Nota-se ainda, que a quase totalidade não ocupa mais o seu hábitat de origem; 74% concentra-se na Amazônia (NADAI; NEVES, 1995).

Ainda de acordo com as autoras as comunidades indígenas não se limitaram a assistir passivamente a conquista da terra pelos portugueses. Ao contrário, foram inimigos duros e terríveis, lutando arduamente contra seus opressores, defendendo suas terras e liberdade. O primeiro encontro indígena da América do Sul foi realizado em San Bernardino, Paraguai, em outubro de 1974, que reuniu representantes do Brasil, Argentina, Colômbia, equador, Canadá, Estados Unidos, Paraguai e Venezuela, neste encontro foi revelado a tomada de consciência por parte das nações indígenas de toda a exploração e dominação, além do extermínio, que o europeu praticou ao conquistar o continente americano. Segundo Nadai e Neves (1995, p. 7) o documento revela que

Somos o povo índio. Somos uma personalidade com consciência de raça, herdeiros e executores dos valores culturais dos nossos milenares povos da América, independentemente de nossa cidadania em cada Estado. [...] Sustentamos que se deve ensinar a história começando pela autêntica história das culturas nativas, para contribuir, assim, para a criação da consciência americana. O respeito, surgido do conhecimento dos heróis e mártires da história de nossas nações, permitirá um entendimento maior ente os homens que habitamos essas terras.

Surgiu então, entre representantes de povos indígenas distintos, a consciência de uma identidade comum, supra tribal, enquanto minorias étnicas incorporadas à sociedade brasileira. O que faz com que as comunidades indígenas se considerem distintas da sociedade nacional é a consciência de sua continuidade histórica com sociedades pré-colombianas (FERREIRA, 2015).

A autora entende que a autoidentificação, ou seja, a consciência sobre si mesmo em relação à sua identidade étnica e cultural de raízes pré-colombianas é um dos elementos necessários à caracterização de um grupo indígena. Essa situação, por si só, ao mesmo tempo acusa a existência e fortalece a ideia de que se encontra presente uma vontade coletiva de preservação dos caracteres que distinguem aquela comunidade do restante da população. Dessa forma, quando um grupo se auto identifica como indígena, normalmente está presente a solidariedade em meio a seus membros no sentido da conservação da respectiva identidade. Os grupos indígenas encontram-se quase sempre em situação de vulnerabilidade, seja do ponto de vista cultural, seja sob o viés econômico e social.

A relação e o intercâmbio com o mundo dito civilizado, seja por métodos de assimilação ou de integração, normalmente acomoda os índios nas camadas mais baixas do estrato social, sendo raro que esses grupos alcancem uma situação econômica e social minimamente aceitável. Tornam-se assim, excluídos.

No Brasil esse acontecimento foi vastamente estudado por Ribeiro (1996), quando abordou o processo de transfiguração étnica, o qual dá origem ao índio genérico, comprovando de forma irrefutável a vulnerabilidade indígena, que pode derivar ainda em vários outros aspectos, como por exemplo, a suscetibilidade em relação às doenças, o preconceito e a discriminação por parte da sociedade dominante, a perda das suas terras tradicionais para o agronegócio.

Por todas essas distinções, pode-se assegurar que as comunidades indígenas compõem uma minoria. Afora isso, as comunidades indígenas, na condição de minorias que são, encontram-se na categoria de titulares de um direito ao desenvolvimento próprio, o qual deve

ter como preocupação não só a efetivação da igualdade sob o ponto de vista da justiça distributiva, mas também, sob o viés do reconhecimento das identidades.

Apesar de várias possibilidades, há um fator comum a todas as concepções, por mais distintas que sejam elas, que é o fato de serem construídas a partir de um mesmo paradigma: o padrão de pensamento das sociedades ditas civilizadas. Nesse padrão deparamos com diferentes visões de mundo, todavia elas são consideradas em maior ou menor grau fatores como crescimento, progresso, direito, emprego, consumo, política, participação, investimento, democracia, como valores, precisões ou ferramentas de bem estar e felicidade (GODOY; SANTOS, 2014).

Todos os enfoques sobre desenvolvimento avaliam esses e outros aspectos, conjugando-os e escalonando-os em maior ou menor grau de importância e preferência, a partir do que decorrem as diferentes ideologias existentes. Entretanto, quando estudamos o direito ao desenvolvimento dos povos, em decorrência da liberdade conferida às pessoas e às suas coletividades, e do natural existência de distintas percepções e experiências, não é admissível um único modelo de desenvolvimento (PERRONE-MOISÉS, 1999).

Nessa mesma linha, é o pensamento de Furtado (2000) na acepção de que é muito difícil perceber o desenvolvimento como fenômeno de validade universal, aspiração que teria o mesmo fundamento da tentativa de erguer uma escala de valores que servisse de padrão único para todas as sociedades. Ressaltou o autor, ainda, que a quase totalidade das sociedades contemporâneas atribui prioridade à alta disponibilidade de um conjunto de bens materiais, cujo acesso se embaraça com a figura moderna de vida.

A partir do momento em que se chegou à conclusão de que o desenvolvimento não deveria ser mero sinônimo de industrialização da sociedade, os empenhos consistiram à procura de modelos alternativos, que passaram a considerar o termo desenvolvimento, a noção de desenvolvimento sustentável. Nesse contexto, a adoção de propostas e modelos específicos de desenvolvimento sustentável voltado para as minorias étnicas, notadamente para os grupos indígenas, ganhou alento principalmente a partir dos anos 1970, quando começou a nascer um novo indigenismo, com base na autonomia e na defesa da identidade cultural, cedendo as antigas premissas assimilacionistas (MARTINEZ, 2005).

Esse movimento é objeto de estudo na antropologia, onde recebe a qualificação de etnodesenvolvimento (AZENHA, 2002). O etnodesenvolvimento é uma alternativa à concepção tradicional de desenvolvimento, e se inspira em valores como a igualdade e cidadania, buscando a inclusão plena de setores que se encontram à margem de produção e do usufruto dos resultados do desenvolvimento, o qual passa a ser restrito e submisso a imperativos

não econômicos. Além disso, uma das balizas do paradigma do desenvolvimento alternativo é o deslocamento do poder dos projetos de desenvolvimento econômico que são realizados a partir de cima pelo modelo de desenvolvimento de base dos quais os sujeitos coletivos da sociedade civil, passaram a ser considerados sujeitos do desenvolvimento, e não meros objetos deles (SANTOS E RODRIGUEZ, 2002).

No âmbito dos direitos humanos, o direito das minorias é uma realidade constante e presente nas discussões do Estado Brasileiro, haja vista a diversidade étnico-cultural que compõe a sociedade brasileira, diversidade esta reconhecida pelo Estado Democrático de Direito como expressão máxima da própria democracia e cidadania (ALBUQUERQUE, 2013).

Oportuno destacar que o processo de formação e colonização do Brasil foi marcado pela miscigenação de, basicamente, três raças: índios, negros e brancos, acarretando o surgimento de um número considerável de minorias discriminadas.

Assim, os grupos sociais excluídos, marginalizados, que se consideram ameaçados em seus direitos, devem tutelar a proteção dos mesmos como forma de garantir o respeito à dignidade da pessoa humana, inerente à própria condição de ser humano, sendo este um dos fundamentos da República Federativa do Brasil de 1988 (art. 1º, III, da CRFB).

Quanto aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, tem-se a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da CRFB); bem como a promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV, da CRFB). Portanto, são objetivos fundamentais que exigem uma ação do Estado e da sociedade como um todo em prol da transformação da realidade social do Estado Democrático de Direito.

De outro lado, as garantias constitucionais que asseguram o respeito às minorias e a concretização da igualdade substancial, que pressupõe o respeito às diferenças, sem qualquer forma de discriminação estão correlacionadas com a proteção da cultura brasileira, nos termos dos Arts. 215 e 216 do texto constitucional, devendo ser interpretadas com base nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Já no âmbito das relações internacionais, rege-se-á, dentre aqueles elencados no art. 4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pelos princípios da prevalência dos direitos humanos, da autodeterminação dos povos, do repúdio ao racismo e da cooperação entre os povos para o progresso da humanidade.

Depreende-se, portanto, a partir da leitura destes dispositivos constitucionais, que o legislador constituinte reconheceu o direito das minorias, não se justificando qualquer ato de

preconceito social e/ou discriminação, contrários à dignidade da pessoa humana e ao exercício da democracia social e aos direitos de cidadania.

Ademais, o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 consagra os ideais de igualdade e justiça como "valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]".

É de bom alvitre destacar que a cidadania deve ser compreendida como uma forma de preservar a dignidade como pessoa humana, fundada numa interação equitativa entre os cidadãos em seus direitos e deveres, para a plenitude da realização humana. Coadunando com o que ora fora exposto, Corrêa (2006, p. 217) define a cidadania como:

a realização democrática de uma sociedade, compartilhada por todos os indivíduos a ponto de garantir a todos o acesso ao espaço público e condições de sobrevivência digna, tendo como valor-fonte a plenitude da vida. Isso exige organização e articulação política da população voltada para a superação da exclusão existente.

Deste modo, não se poderia aceitar a instituição de um Estado Democrático de Direito com a coexistência da exclusão social nem de qualquer forma de discriminação, sendo medida imperativa o respeito aos direitos das minorias, para a formação de uma sociedade brasileira democrática e multicultural.

Roque de Barros Laraia *apud* Levy (2009) faz interessante paralelo entre a maneira de os Estados Unidos da América do Norte e o Brasil tratarem os habitantes primitivos e originais de seus países. Nos EUA, para dirimir dúvidas e conflitos entre os grupos indígenas e o Estado, em geral, envolvendo questões de terras, esse último se utilizou “das negociações diplomáticas ou de guerra aberta”, mas se apercebeu de que era melhor negociar do que guerrear, e

...já no século passado, escolheu a alternativa chamada ‘diplomacia vermelha’ e, a partir dessa tradição de reconhecer a soberania das nações indígenas, malgrado as atitudes que muitas vezes a contradizem, encontra-se registrada, na Constituição Federal, em seu artigo 1.º, Seção 8, quando determina que o Congresso terá poder [...] para regular o comércio com as nações estrangeiras, entre os vários Estados e com as tribos indígenas.

No caso brasileiro, ocorre o contrário, continua o autor:

Em nenhum momento foram reconhecidos os direitos dessas pequenas nações em existirem como tal. Até bula papal foi preciso para reconhecer os mesmos como seres humanos e, em lugar de negociações, ocorreram guerras encobertas que utilizavam os braços armados da própria sociedade civil. Quando declaradas, eram rotuladas eufemisticamente de ‘guerras justas’, sob o pretexto de extirpar a selvageria e o paganismo.

Como diz Leitão *apud* Levy (2009), o direito de um povo, consuetudinário ou não, constitui elemento básico de sua identidade étnica: o direito interno aos povos indígenas de todo o mundo é integralmente constituído de acordo com seus usos e costumes, e ninguém deixa de reconhecer o sistema jurídico inglês, apesar de não existir uma constituição escrita. Assim, fica a pergunta: por que as leis de sistemas legais indígenas que não são escritos, mas que têm raízes em princípios tão respeitáveis quanto as leis não-indígenas, não têm o mesmo valor que as outras?

Há grupos indígenas, por exemplo, cujas normas relativas à família e ao casamento não proibem a poliginia, o que, aliás, também ocorre com povos asiáticos e africanos. Como lidar com essas diferenças quando aqui chegarem pessoas desses países, como foi o caso de afegãos, recentemente? Ou de qualquer outro grupo que pratique esse mesmo regime de casamento, como os seguidores da religião muçulmana, aqui nascidos ou residentes?

Tendo em vista o Direito Internacional, qual a atitude legal a ser tomada? No caso dos índios,

O Estatuto do Índio dizia que deveriam ser respeitados os usos, costumes e tradições nas relações de família, na ordem de sucessão [...]salvo se optarem pela aplicação do direito 'comum'(artigo 6º.) [do CC de 1916]. Mas não há resposta sobre quem aplica esta norma subsidiária, será o juiz federal da sessão correspondente, ou o simples pedido para que um juiz 'comum' julgue é o bastante para reconhecer a opção que afaste a norma subsidiária? (Souza Filho, 1999, p.160-161).

Com suas lições de bom senso, jurídicas e de civismo, transcrevemos de Norberto Bobbio (1992, p.210-211):

As boas razões de tolerância não nos devem fazer esquecer que também a intolerância pode ter suas boas razões. Todos nós já vimos, cotidianamente, explodirem exclamações do tipo 'é intolerável que...', 'como podemos tolerar que...?', 'tudo bem quanto à tolerância, mas ela tem limites' etc. Tolerância, em sentido positivo, se opõe a intolerância (religiosa, política, racial), ou seja, à indevida exclusão do diferente.

A tolerância implica algo difícil de ser aceito pelas partes em litígio e é um caminho de duas mãos. Mas se o Estado, o lado forte da questão, não oferece tolerância às minorias, como pedir a elas tolerância frente ao Estado? É evidente que a resistência dos grupos indígenas, bem como de outros grupos de "excluídos", vale-se de qualquer argumento ou instrumento, mesmo da força (aliás, uma conduta usual do Estado em relação às minorias), quase única forma de obter resultado, uma vez que os interesses econômicos e sociais dos mais fortes têm, em geral, melhor trânsito na Justiça, além do fato de que a demora e o pouco caso resultam, muitas vezes, na perda do *fumis boni jure*.

Um caso que, infelizmente, não é exemplar no que se refere ao pedido, mas o é quanto ao esforço e à consciência ecológica, é o do grupo indígena Guarani, de Mangueirinha, no Paraná, que conseguiu obter um abaixo-assinado com um milhão de assinaturas para salvar a última reserva mundial de Araucária, questão que estava sendo julgada por um dos Tribunais Superiores de Brasília. Como nos conta Filho *apud* Levy (2009),

As principais lideranças do povo Guarani, presentes em Brasília, por meio de um deputado, conseguiram marcar audiência com o Presidente do Tribunal para apresentar-lhe o abaixo-assinado. O dia marcado foi uma segunda-feira de manhã. Como no conto de Kafka, não passaram do primeiro porteiro [...] porque lhes faltava, a cada um, uma gravata. Este fato ocorreu em 1982. O abaixo-assinado foi entregue pelo deputado que conseguira a audiência, um tempo depois. Quando do julgamento, foi anulada a sentença que considerava a reserva propriedade privada, por cerceamento de defesa. Em janeiro de 1998 ainda não havia nova sentença.

A perda do *fumis boni jure*, nesse caso, implica uma perda para toda a população brasileira, para não mencionar o mundo como um todo. No Estatuto do Índio, entre outras exigências legais, encontramos, nos artigos 12 e 13, aquela dos registros civis de óbito e nascimento, que deverão ser feitos de acordo com a legislação comum, a pedido do interessado, por autoridade competente etc. Desnecessário detalhar outros artigos para se perceber a impossibilidade de sua efetivação até para populações ribeirinhas de estados do norte e centro-oeste brasileiro, quanto mais para comunidades indígenas.

Para David Maybury-Lewis (1992, p.12),

As leis teoricamente garantem aos índios proteção e participação num estado multiétnico. Na prática, o governo adota o pressuposto de que os índios devem abandonar seus modos de vida a fim de participarem da cultura monolítica do Brasil [... o que] perpetua uma trágica incompreensão, que conturbou a história das Américas, de que a simples existência de culturas indígenas é uma ameaça ao sistema de valores e à integridade de estados nacionais.

E a cultura brasileira não é tão monolítica assim, verificando-se bolsões diferenciados que refletem os constantes conflitos entre os grupos, dos quais os índios, os sem-terra, os sem-teto e outros grupos minoritários são evidências. Muitas das vezes, as leis são boas, e, assim como a má, a boa jurisprudência existe. Todavia, o índio

...sofre uma verdadeira indigência de recursos para a prestação jurisdicional no que diz respeito à distância, à reunião de provas, à carência de recursos sociais e econômicos, além de problema processual [...] a se resolver se o índio sozinho pode ou não demandar em juízo, porque muitas vezes ele é constrangido a acionar o próprio órgão de tutela, e não existe ainda jurisprudência a esse respeito [...] se não existe uma jurisprudência já firmada, muito menos vai existir uma jurisprudência firmada em favor do índio [... daí] a conveniência de buscarmos recursos jurídicos, como uma

forma possível de evitar ou de remediar violências cometidas contra índios ou comunidades tribais. Busca-se primeiro dar aos índios um conhecimento crítico da legislação aplicável ou em vigor, e, em segundo lugar, apresentar um critério à via judicial [...] construir uma jurisprudência pró-índio, que não existe no país [...] e sensibilizar os membros do Poder Judiciário, do Ministério Público e os advogados [...] para que possam aplicá-la ou invocá-la (GAIGER, 1981, p.94-96).

José Reynaldo de Lima Lopes (1994, p. 86- 87), ao se referir aos habitantes urbanos dos cortiços, para os quais as leis do inquilinato, por uma série de circunstâncias por ele descritas, não tem eficácia em juízo, escreve:

No direito existem campos enormes de relações que vão escapando à possibilidade de controle pela via jurídica institucional [...] e que se fosse a nossa cultura jurídica sensível para a oralidade dos contratos, todos os moradores de cortiços teriam mais chance. Mas a idolatria do escrito, no processo e no direito civil, impede o reconhecimento de situações graves da vida cotidiana.

Além da luta diária pela sobrevivência no contexto da maior ameaça sanitária deste século, eles também estão mobilizados em torno da resistência ao Projeto de Lei 191/2020, proposto pelo governo do presidente Jair Bolsonaro.

Eleito com um discurso desenvolvimentista pró-mercado, pró-agronegócio e mineração e marcadamente anti-índigena (enquanto candidato chegou a dizer publicamente que não demarcaria mais terras indígenas e que os territórios indígenas e quilombolas seriam improdutivos), Bolsonaro tem atuado para vulnerabilizar a política territorial indigenista vigente (BRASÍLIA, 2019).

A primeira medida nesse sentido se deu em seu primeiro mês de governo, quando ao publicar medida provisória sobre a reorganização do Executivo federal, transferiu a Funai para a pasta do Ministério da Agricultura, um ministério que historicamente tem privilegiado os interesses do chamado agronegócio. Essa ação foi vetada pelo Congresso Nacional, que manteve a Fundação no Ministério da Justiça. Bolsonaro tentou editar nova MP com o mesmo objetivo, mas esta foi sustada por decisão do Supremo Tribunal Federal. Essa movimentação foi amplamente criticada pelo movimento indígena que via nela uma tentativa de submeter os territórios indígenas a lógica do agronegócio (O GLOBO, 2020).

Uma intenção que foi novamente salientada quando em seu discurso de abertura na Assembleia Geral das Nações Unidas, em setembro de 2019, o presidente eleito Jair Bolsonaro abriu espaço para supostos representantes de “agricultores indígenas” que não eram reconhecidos por seus pares no movimento indígena como lideranças de seus povos.



O caso que mais chamou atenção foi o da Youtuber Ysani Kalapalo, que foi alçada unilateralmente pelo presidente a condição de porta-voz de seu povo, sem que isso tivesse sido resultado de consenso entre os membros de sua etnia. São por ações como essa, que o PL191/2020 tem sido considerado mais um passo na agenda anti-indígena do atual governo (BBC, 2020).

Entre as principais críticas ao projeto de lei está o fato dele excluir do rol de terras indígenas todas aquelas que ainda estão em alguma etapa do processo administrativo de demarcação e por isso ainda não foram homologadas, em consonância com a recente Instrução Normativa 09/2020 da Funai, que também limita a categoria de terras indígenas àquelas já homologadas para efeitos de emissão de declaração de limites e resposta a consultas oficiais sobre a existência ou não de terras indígenas em determinada áreas.

Ambas as mudanças legais têm sido denunciadas pelo movimento indígena como tentativas de invisibilizar o histórico de exclusão dos povos indígenas e se aproveitar de ineficácia e inércia de governos anteriores no tocante ao dever de demarcar os territórios tradicionais indígenas para permitir o avanço de empreendimentos danosos nessas áreas. Uma iniciativa que amplia a invisibilidade social indígena que já era o mote do parecer 001/2017 da AGU citado anteriormente. Contudo, o PL191/2020 vai além. Se os dispositivos infralegais vulnerabilizavam os povos indígenas cujos territórios ainda não foram demarcados, o projeto de lei pretende também permitir a mineração, o garimpo, a agricultura com transgênicos, além da construção de aproveitamentos hidrelétricos nesses territórios (ROCHA E PORTO, 2020).

Se aprovada, essa lei vai na prática transferir para o executivo a prerrogativa constitucional do Congresso Nacional de autorizar mineração e garimpo em terras indígenas, simplificando ainda mais o trâmite de liberação dessas atividades nas TIs. Além disso, impedirá o poder de veto dos povos indígenas sobre essas questões, limitando a consulta a um processo formal de negociação de compensações.

O PL também prevê a autorização imediata de todos os requerimentos minerários anteriores à homologação das TIs. De acordo com um levantamento realizado pelo Instituto Socioambiental (ISA), isso afetaria diretamente 237 terras indígenas (175 não homologadas e 62 homologadas), sobre as quais existem cerca de 3.843 requerimentos de pesquisa e lavra na Agência Nacional de Mineração (ANM).

Isso também afetaria, somente num primeiro momento, cerca de 25 grupos indígenas em isolamento voluntário ou de recente contato. Esse número não leva em consideração a possível aprovação de outros requerimentos que foram propostos após as homologações. Trata-se, portanto, de uma estimativa aproximada, mas que já nos permite ter a dimensão dos

potenciais e catastróficos impactos dessa lei sobre os povos indígenas (ROCHA; PORTO, 2020).

Em plena pandemia de uma grave doença infecciosa como a Covid-19, o atual governo tem promovido ações em prol da manutenção da economia em detrimento da vida de muitos milhares de cidadãos brasileiros. Portanto, é difícil considerar que, após a aprovação desta lei, haja algum interesse em impedir a aprovação de novos requerimentos minerários, especialmente se considerarmos a urgência de responder as demandas de retomada do crescimento econômico que se seguirão à fase mais aguda da pandemia, conforme já previsto pelo FMI e outras instituições multilaterais.

Cerca de metade desses requerimentos, segundo o ISA, estão relacionados à extração de ouro nas bacias amazônicas, áreas já impactadas pelo garimpo ilegal, mas que podem ser ainda mais devastadas pela regulamentação da mineração nesses territórios. Ressalta-se que o PL não versa apenas sobre mineração, mas pretende facilitar o licenciamento de outras atividades que potencializam o garimpo e a mineração, como a geração de energia, a produção de alimentos em larga escala e a infraestrutura logística (ROCHA E PORTO, 2020).

Além dos efeitos PL191/2020 e da IN/FUNAI/09/2020, que mais diretamente beneficiam os interesses de garimpeiros e mineradores, os povos indígenas atualmente ainda enfrentam outra importante tentativa de flexibilização de seus direitos territoriais. Trata-se da Medida Provisória 910, publicada no Diário Oficial da União em 11 de dezembro de 2019, cujo objetivo é “modificar a sistemática legal que trata da regularização fundiária das ocupações incidentes sobre terras situadas em áreas da União”. Tal medida foi considerada pelo Ministério Público Federal como um “estímulo à grilagem de terras públicas” com potencial para ampliar o desmatamento das áreas florestais, intensificar os conflitos no campo e frear a política de reforma agrária brasileira.

De acordo com análise da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC), ao liberar a regularização fundiária para interesses privados em todas as áreas da União, ela colocaria em risco o “acesso justo e legítimo à terra, mediante reforma agrária, o patrimônio público econômico, ambiental e os direitos de grupos étnicos e culturais”. Isso significa que essa Medida Provisória, caso aprovada pelo Congresso Nacional, poderia regularizar ocupações privadas até mesmo em terras indígenas não-demarcadas, que como já salientamos antes, são constitucionalmente declaradas como indisponíveis e cujos títulos sobre elas são considerados sem efeitos.

Apesar da flagrante inconstitucionalidade do texto da MP, a sua aprovação pelo Congresso Nacional permitiria que o Incra emitisse títulos sobre as áreas em processo de

demarcação (estas foram excluídas do rol oficial de terras indígenas pela IN 09), consolidando assim uma agenda que privilegia certos interesses econômicos do País em detrimento dos direitos territoriais, culturais e ambientais indígenas e de outros grupos vulnerabilizados, como quilombolas, comunidades tradicionais e camponeses. Outro ponto que tem sido denunciado pelo MPF é que essa MP permitiria a regularização de áreas já desmatadas, em flagrante desacordo com a atual legislação ambiental brasileira. De acordo com Daniel Azeredo Avelino, secretário-executivo da 4ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, responsável pela área ambiental, a MP 910:

pretende regularizar ações ilegais que nós temos hoje em todo o país (...) ela permite que criminosos, aquelas pessoas que desmataram a Amazônia e cometeram os mais variados crimes, fiquem com as suas áreas. E o pior, eles podem fazer isso pagando um preço bem menor do que aquele que é praticado pelo mercado (Vídeo MPF contra a MP da Grilagem, O Eco, 11/05/2020).

Por esse motivo, a MP 910 foi objeto de repúdio do movimento indígena, sendo citada no documento final do Acampamento Terra Livre 2020, organizado pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB, que excepcionalmente devido à epidemia de COVID-19 ocorreu pela internet, através de teleconferências e *lives* por redes sociais.

Assim, esse governo, subserviente aos interesses econômicos nacionais e ao capital internacional, quer restringir os nossos direitos, principalmente territoriais, ao incentivar o avanço de práticas ilegais sobre as nossas terras, tais como: o garimpo, o desmatamento, a exploração madeireira, a pecuária, monocultivos e a grilagem, que está para ser legalizada por meio da MP 910/19, em tramitação no Congresso Nacional, e ainda a grande mineração e diversos empreendimentos de infraestrutura como hidrelétricas, linhas de transmissão e estradas. Tudo isso, numa clara tentativa de transformar as terras públicas em mercadoria (APIB, 01/05/2020).

Uma situação que pode ser ainda mais agravada devido à crescente fragilização das agências estatais que atuam nesses territórios, como a já citada Funai, o Ibama e até mesmo a Sesai. Esse processo tem sido denunciado pela APIB e outras organizações da sociedade civil, justo num momento de pandemia e de necessidade de recursos para que as instituições responsáveis carecem de pessoal, de equipamentos de proteção individual e outros recursos para promover mais efetivamente o atendimento da população indígena. Esta encontra-se ameaçada tanto pela COVID-19 quanto por outras doenças que já grassavam nesses territórios, como a malária, ou que são intensificadas pela exposição a subprodutos do garimpo e da mineração, como a intoxicação crônica por mercúrio.

Uma perspectiva fenomenológica e ecológica da vulnerabilidade é apresentada por Pelluchon (2011), que aborda a questão da vulnerabilidade baseada em uma reflexão sobre a civilização contemporânea, ou seja, sobre a maneira de habitar, de conviver com outras culturas e de interagir com a natureza. Para a autora, o atual modo de vida e de consumação obedece a uma lógica que tem, como resultado, a destruição e a guerra.

A partir da modernidade, houve uma mudança significativa do paradigma da Terra, antes vista como um mundo grande e abundante, cuja epiderme era habitada por seres incapazes de afetar sua vida. Atualmente, o planeta, mais que pequeno, tornou-se frágil. Falta água potável para muitos humanos, o aquecimento global e a degradação ambiental são perceptíveis e estão na pauta da vida cotidiana. A biosfera contemporânea, além de finita, é frágil e vulnerável (PELLUCHON, 2011).

Ademais, o modelo de organização social e política imposto ao mundo ocidental, e copiado pelos países emergentes, tem deflagrado catástrofes geopolíticas e econômicas. Pelluchon (2011) afirma que a corporação<sup>3</sup> é o coração do contrato social contemporâneo, o qual expressa em si uma visão de homem (ideal de desempenho) e de fundamentos políticos (pautados pelo nacionalismo e liberalismo), cujo engajamento retroalimenta sua lógica. Diante desse cenário, a autora afirma a necessidade de engendrar um novo modelo de organização social, a partir de reformulações das teorias clássicas da filosofia, no que diz respeito à justiça e à política.

A reflexão sobre as instâncias políticas parte de um questionamento filosófico que incide sobre o sentido da vida humana e sua relação com os outros homens, as outras nações e a natureza (demais seres). A análise a respeito do trabalho e da cultura se dá por meio de sua dimensão política, cujo foco é o alinhamento ético da justiça. Pelluchon (2011) critica também o fundamento atual do direito, sob o qual repousam os direitos humanos, ainda ligados à ‘visão negativa da liberdade’, voltada para a sua própria conservação, conforme a teoria de Hobbes, que afirma o direito de cada homem de usufruir de benefícios para a sua conservação.

Aqui, o homem seria tomado como um ser isolado em seu cosmos, e os demais seres estão a ele (o humano) subordinados. O fato de conciliar a proteção ambiental e o respeito à pessoa, levando-se em consideração a equidade intrageracional e intergeracional, é visto como um progresso da consciência coletiva. No entanto, de acordo com Pelluchon (2011), tal consciência ainda não conseguiu provocar mudanças sociopolíticas significativas.

As tentativas de construção de um caminho possível para a saída dessa crise não alcançam consenso, em virtude de uma progressiva desvalorização da vida, bem como da filosofia como ‘amor à sabedoria’. Para a autora, o principal desafio da era atual, ainda não

superado, consiste em saber orientar as decisões políticas e convidar os homens a rever seus modos de consumo, sem ter que recorrer à violência e, ainda, conservando os valores de respeito ao indivíduo, de liberdade e de paz, próprios da democracia. Nessa perspectiva, o conceito de vulnerabilidade não se refere simplesmente a uma dependência do homem em relação aos outros, nem mesmo a um conjunto de condições naturais, relacionais e institucionais, nas quais a ética atravessa a construção da interdependência (PELLUCHON, 2011).

Nas duas últimas décadas houve uma crescente expansão de políticas não contributivas no âmbito da assistência social com os programas de transferência direta de renda — Benefício de Prestação Continuada (BPC) e Programa Bolsa Família (PBF), por exemplo —, voltados para aqueles que se encontram fora do mercado de trabalho. Dentre os beneficiários, destacam-se os indivíduos com incapacidade permanente para o trabalho, como idosos e pessoas com deficiência (PCD), buscando evitar situações de carência, considerada como forte propulsora da pobreza e da indigência (JACCOUD, 2009).

Segundo a Lei Orgânica da Assistência Social (Loas), a assistência social “como direito do cidadão e dever do Estado, é política de seguridade social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de iniciativa pública e da sociedade para garantir o atendimento às necessidades básicas”.

Implantado em 1996, o BPC substituiu a Renda Mensal Vitalícia (RMV), proporcionando aos idosos e deficientes a quantia mensal no valor de um salário mínimo independente de contribuições — não associado a vínculos empregatícios. Assim, a assistência social se estabeleceu como política de suma importância na ampliação e efetivação dos benefícios de combate e erradicação da pobreza extrema e das desigualdades sociais.

É atualmente o segundo maior programa de transferência direta de renda, ficando atrás somente do PBF, que se distingue por ser uma renda complementar e de menor valor. O BPC foi o primeiro benefício assistencial de transferência direta implementado em escala nacional (JACCOUD, 2009). É focalizado e destinado aos que se encontram impossibilitados de arcarem com sua sobrevivência, seja em função da idade avançada ou da incapacidade física. Já o PBF atinge principalmente os indivíduos com idade ativa para o mercado do trabalho, mas que por algum motivo está fora dele.

Operacionalizado pelo Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), do Ministério da Previdência Social, o BPC destina-se aos idosos com idade acima de 65 anos e pessoas com deficiência que atendam aos critérios para concessão, como renda familiar per capita inferior a um quarto do salário mínimo.

Com relação às pessoas com deficiência, o processo de avaliação é mais complexo, necessitando, além do critério de renda, avaliação da perícia médica comprovando a incapacidade para o trabalho.

Os critérios que definem a incapacidade para o trabalho são controversos, pois nem todas as deficiências são consideradas incapacitantes. A incapacidade não considerada para a elegibilidade do benefício reflete na tentativa de inclusão deles no mercado de trabalho, em vista da desvantagem decorrente da experiência da deficiência e a restrição de habilidade por ela provocada (SANTOS, 2011).

Tais critérios de elegibilidade deveriam adequar-se ao fato de nem todas as deficiências serem consideradas incapacitantes para o trabalho. No caso dos povos indígenas, a restrição ao trabalho se dá tanto de forma cultural referente à comunicação, uma vez que desenvolvem formas próprias de se comunicar com os demais indígenas, quanto social, relativo à adaptação ao mercado de trabalho no mundo social fora da aldeia.

O indeferimento na concessão do Benefício de Prestação Continuada pode deixá-lo excluído da assistência social e da previdência social, ferindo os princípios de consideração das especificidades da cultura indígena. Segundo a Convenção sobre Direitos da Pessoa com Deficiência das Nações Unidas (CDPD), “pessoas com a mesma deficiência podem enfrentar tipos e graus de restrição muito diferentes, dependendo do contexto”. Isso requer uma avaliação mais aprofundada por parte dos órgãos competentes quando se trata de indígenas com deficiência. Qualquer indivíduo está exposto aos fatores que possam causar algum tipo de deficiência, temporária ou permanente.

A constatação e o registro dos casos de pessoas com deficiências motoras (física, mental e sensorial) ganham cada vez mais visibilidade nas comunidades indígenas (VENERE, 2005). Segundo Pereira (2007, p. 18), “a quantidade de deficientes físicos é enorme para os padrões Kaiwoá” e que isto pode estar relacionado a fatores como carência alimentar e alto consumo de bebidas alcoólicas. Deve-se considerar que são vários os fatores que podem causar ou agravar a deficiência para os povos indígenas, tanto internos quanto externos.

Aos fatores internos atribuem-se ocorrências por causas naturais, picadas de insetos e animais peçonhentos, queda de galhos árvores, raios etc, riscos com que eles sempre lidaram. Quanto aos fatores externos estão ocorrências ligadas à entrada nas aldeias de materiais produzidos por não indígenas como faca, facões, motosserra, arma de fogo e veículos utilitários. São instrumentos que causam a deficiência e deixam muitas pessoas sem condições de se locomoverem nas aldeias (QUERMES; CARVALHO, 2013).

Segundo Venere (2005), houve relatos sobre indígenas que passaram a utilizar cadeiras de rodas, muletas, próteses nos membros inferiores e superiores, próteses nos ouvidos. O processo de produção agrícola também tem contribuído para aumentar o quadro de incapacitações e até mortes. A alta quantidade de agrotóxicos usados nas plantações aumenta os índices de aborto e de nascimentos de crianças com diferentes defeitos físicos, além da morte de animais domésticos, silvestres e da fauna aquática. Casos de anencefalia também foram observados, como citado por Venere (2005):

A alta incidência de câncer, sobretudo de leucemia, entre agricultores e indígenas aculturados que lidam com os venenos acima mencionados, é fato rotineiro na Amazônia. Provavelmente, o número de vítimas anônimas que morrem sem chegar aos hospitais é maior do que dizem as estatísticas. Os agrotóxicos das empresas multinacionais matam mais do que os condenados e indesejáveis conflitos originados por disputas de terras ou invasão de terras indígenas. (VENERE, 2005)

Uma possibilidade é a maior incidência de problemas relacionados à incapacidade para o trabalho ou deficiências nessas populações próximas ao agro- negócio, indígenas ou não indígenas. Esse fato pode estar relacionado com o aumento da demanda por benefícios assistenciais e previdenciários. Em complemento, a seção seguinte trará a questão referente à inclusão dos povos indígenas nas políticas de assistência social (QUERMES; CARVALHO, 2013).

### *3.1.2 Da identidade cultural e o multiculturalismo*

Como ponto de partida algumas premissas teóricas do multiculturalismo podem ser situadas no presente contexto de incertezas e perplexidades (BAUMAN, 2013). Um momento pródigo em desafios e esperança diante das contradições dele. Assim, são destacadas algumas reflexões básicas sobre o multiculturalismo. A natureza deste é complexa e ambígua. É, portanto, um termo polissêmico. Isso vale para as interpretações filosóficas. Um universo rico onde é impossível portar-se indiferente. Deste modo, o multiculturalismo sinaliza uma abrangência transdisciplinar nas áreas de educação, história, antropologia, sociologia, filosofia, economia, política, artes, literatura, comunicação etc. Talvez não pudesse ser diferente. Ele é tributário de outro termo complexo: cultura (MELO, 2015).

O multiculturalismo democrático defende o diálogo dentro da multiculturalidade das sociedades plurais. Ele visa o desenvolvimento humano e a justiça social. A diversidade (UNESCO, 2002) é compositora de tais sociedades em uma dimensão complexa. Imbuídos

dessas certificações é situado o eixo vertebral do multiculturalismo: a diferença. Esta, por sua vez, alocada em um âmbito de tolerância. O reconhecimento da diferença implica, portanto, em uma revisão do tratamento dispensado às identidades nas democracias tradicionais (MELO, 2015).

O multiculturalismo configura-se como política de gestão da multiculturalidade e/ou movimentos culturais demandados pela valorização da diferença como fator de expressão de identidade(s). Este, enquanto movimento de ideias, resulta de um tipo de consciência coletiva para a qual as orientações do agir humano se oporiam a toda forma de centrismos (SEMPRINI, 1999). Assim, esta política afronta as concepções monoculturais das sociedades etnocêntricas (MELO, 2013).

Os Estados Unidos da América, Canadá, Austrália, Inglaterra, Espanha e outros mais são exemplos de países onde as sociedades passaram a assumir formalmente a multiculturalidade. Deste feito, tais países engendraram políticas públicas como formas de gestão da pluralidade cultural. A América Latina, e nesta o Brasil, também se pôs diante da necessidade de valorizar a diversidade cultural (UNESCO, 2002). Valorização está situada na legislação e na formatação de políticas públicas específicas (MELO, 2015).

Taylor *apud* Melo (2015) é um nome central das políticas de reconhecimento. A obra “Multiculturalism and the politics of recognition” situa os postulados dos direitos das minorias. O contexto de formulação das teses é o da província do Québec no Canadá. As demandas por reconhecimento centram o multiculturalismo no campo político. Dessa forma, este movimento se encaminha frente a políticas de identidade(s). No cerne dessas considerações, as identidades estão ligadas a processos articulados com a dignidade humana.

A tese de Taylor encontra respaldo nas discussões e ações da democracia no contexto presente. Democracia como um conceito transparente às transformações do mundo presente. Um conceito onde a igualdade é diferente do sentido de semelhante, de padronização, uniformização. Mas, como o direito de ser igual na diferença. Uma análise complexa quando a definição de igualdade tende ao seu sentido comum ou literal, simplista. A situação no âmbito da cultura faz do multiculturalismo um destacado interlocutor da educação. (MELO, 2015). Como agência social, a escola foi convertida em um palco onde as questões multiculturais se exprimem em face de debates e controvérsias manifestas das tensões e conflitos da sociedade (CANDAU APUD MELO, 2015).

No Brasil é disputado o reconhecimento da diferença através de políticas compensatórias (índios, negros, portadores de necessidades especiais, mulheres, jovens, idosos,



gays, etc.). Não obstante, este reconhecimento é marcado por contradições próprias da formação política e cultural expressa em desigualdades sociais (MELO, 2015).

O Estado brasileiro assumiu a multiculturalidade como um condicionante da estruturação social. Por isso, pôs no corpo da Lei Maior (BRASIL, 1988) este feito cultural como marca da formação social do país. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDBEN, Lei 9394/96, (BRASIL, 1996) trouxe uma concepção de educação para a diversidade cultural.

Este processo de reforma estabeleceu as Diretrizes Curriculares Nacionais para o Ensino Fundamental (BRASIL, 1998). Em outros âmbitos legais foram implantadas políticas públicas na forma de ações afirmativas nas universidades. A reforma universitária está atravessada por este eixo transversal. Neste processo reformista foi criada a Secretaria de Promoção de Políticas de Igualdades Raciais – SEPPIR e A Secretaria da Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão – SECADI. Na sequência será discutida a democracia pluralista. Como recorte de discussão será considerada a igualdade na diversidade como uma forma de respeito à diferença.

A antropóloga Maria Laura Méndez assevera que a lógica do Um supõe uma metafísica monovalente e uma lógica binária, baseada na dicotomia verdadeiro-falso. A autora se refere ao multiculturalismo como conceito que supõe muitas culturas, entre as quais há uma cultura que é hegemônica. Esse conceito se baseia na colonização, em que um povo era conquistado por outro e, por isso, uma cultura aparecia como se impondo frente às outras: a cultura do colonizador tentava apagar a cultura do colonizado. Isso acarreta ainda a generalização e a universalização dos conceitos culturais, porque intentam anular as culturas diferentes, para dar preponderância à cultura colonizadora que exerce o poder. O multiculturalismo está colocado fundamentalmente pelas teorias norte-americanas, nas quais não visualizamos nenhuma preocupação com a descolonização, mas a preeminência de uma cultura como “a certa”, exercendo o poder sobre as outras (WEISSMANN, 2018).

Pierre Bourdieu (2000, p.5) menciona o que ele chama de

[...] a nova vulgata planetária que se apoia numa série de oposições e equivalências, que se sustentam e contrapõem, para descrever as transformações contemporâneas das sociedades avançadas: desengajamento econômico do Estado e ênfase em seus componentes policiais e penais, desregulação dos fluxos financeiros e desorganização do mercado de trabalho, redução das proteções sociais e celebração moralizadora da “responsabilidade individual”.

A partir dessa visão do mundo contemporâneo, quando o autor trata de multiculturalismo, ele o associa à política norte-americana, que, junto à globalização, impõe uma definição de mundo com um olhar americano capitalista e individualista, com base no qual se abandonam as particularidades nacionais e peculiaridades históricas de cada povo, para se homologar um mundo homogêneo, regido pelo olhar universalista. Frisa aqui a imposição do multiculturalismo. Menciona as universidades americanas como aquelas nas quais os conhecimentos tentam anular as particularidades sociais e impor uma visão fora do contexto histórico, como aquela que abrangeria todo o planeta. Essa visão do mundo seria veiculada através das

[...] instâncias supostamente neutras do pensamento neutro que são os grandes organismos internacionais. Além do efeito automático da circulação internacional de ideias que, por sua própria lógica, tenta ocultar as condições e os significados originais [...] tende a ocultar as raízes históricas de todo um conjunto de questões e de noções: a ‘eficácia’ do mercado (livre), a necessidade de reconhecimentos das ‘identidades’ (culturais), ou ainda a reafirmação-celebração da ‘responsabilidade’ (individual). (BOURDIEU, 2000, p.2).

Assim, o multiculturalismo, o qual tentava designar um pluralismo cultural, acaba sendo confinado como um discurso universitário norte-americano que se apresenta como universal e único, aparecendo como aquela cultura dominadora que prevalece sobre a dominada. Esse discurso acaba encobrendo a submissão globalizada aos mercados financeiros.

### 3.2 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E FUNDAMENTAIS

De acordo com a definição clássica, os direitos da personalidade são o conjunto de caracteres e atributos da pessoa humana, referentes ao seu desenvolvimento físico, moral, espiritual e intelectual. Eles estão intimamente atrelados à ideia de direitos existenciais (extrapatrimoniais). Os direitos da personalidade englobam a integridade física (abrange o direito à vida, à saúde e ao próprio corpo), a integridade intelectual (abrange a liberdade de pensamento e os direitos morais do autor, nos termos do art. 24 da Lei n.º 9.610/98) e a integridade moral (abrange a proteção à honra, ao recato e à identidade pessoal) (FERREIRA, 2018).

É incontroverso que essa classificação tripartida envolve um rol meramente exemplificativo. Aliás, todo e qualquer rol de direitos da personalidade é meramente exemplificativo, porque os direitos da personalidade têm como cláusula geral o princípio da

dignidade da pessoa humana (1ª parte do Enunciado n.º 274 do Conselho da Justiça Federal – “CJF”).

Quanto à origem dos direitos da personalidade, a doutrina majoritária, de acordo com Bittar (1994), Pereira (2004) e Gonçalves (2010), acredita que os direitos da personalidade se originam do jusnaturalismo. Os direitos da personalidade resultam dos valores e, portanto, são anteriores ao próprio ordenamento jurídico. Essa posição visa enaltecer a tutela dos direitos da personalidade, impedindo o Estado de aniquilar tais direitos.

Por outro lado, Farias, Rosenvald e Tepedino (2006) defendem que o próprio ordenamento jurídico produz os direitos da personalidade, e não os valores sociais. Segundo eles, o primeiro entendimento foi relevante no momento histórico de reação aos Estados totalitários. Mas, uma vez consolidado o regime democrático, esse segundo entendimento evita o aniquilamento de direitos da personalidade em prol de valores supostamente humanistas. Assim, ao contrário do que pode parecer, esse entendimento confere maior proteção aos direitos da personalidade, já que um suposto interesse público não tem o condão de aniquilar os direitos da personalidade. Seriam exemplos destes falsos interesses públicos: a experimentação científica em seres humanos em prol de prevenção de doenças, a aplicação de penas corporais em países muçulmanos e os linchamentos públicos.

A personalidade, portanto, pode ser definida como os valores individuais de cada ser humano, que lhe estimula o desenvolvimento na sociedade, tendo como núcleo central a dignidade. Assim sendo, entende-se que os direitos da personalidade são fundamentais a fim de acautelar direitos essenciais ao desenvolvimento humano, ou seja, à vida, à liberdade, à dignidade, à integridade física, ao nome, ao segredo, aos valores morais e intelectuais, todos necessários ao desenvolvimento da personalidade humana (FERMENTÃO, 2006, p. 246-247).

É possível que seja admitido pelo ordenamento jurídico brasileiro o reconhecimento de um direito geral da personalidade, a partir de uma interpretação do Código Civil e Constituição Federal, sendo esta cláusula geral de tutela da personalidade o princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de proteger a inviolabilidade da pessoa humana em seus atributos físicos, psíquicos e intelectuais (ZANINI; ODETE, 2020, p. 17-19).

Admitindo-se a existência, por meio da dedução, do direito geral da personalidade, Capelo de Souza defende a sua utilização subsidiária e subordinada aos direitos especiais da personalidade, de modo que na ausência de um direito da personalidade expresso, seria aplicado o direito geral da personalidade e os direitos dele implicados (CAPELO DE SOUSA, 1995, p. 560 - 562).

Além disso, essa seria a única forma de explicar a proteção dos direitos morais do autor, que é inimaginável sem o ordenamento jurídico. Critica-se esta corrente com base no risco de engessamento da proteção dos direitos da personalidade, trazido pelo próprio Estado. Contra-argumenta-se que o risco é mitigado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. É inegável que essa posição vem ganhando espaço na doutrina e na jurisprudência (FERREIRA, 2018).

Além da tutela repressiva (art. 12, 2ª parte), o Código Civil prevê a tutela preventiva dos direitos da personalidade (art. 12, 1ª parte), que é um desdobramento da despatrimonialização do Direito Civil. Em regra, a tutela dos direitos patrimoniais ocorre de forma repressiva. Porém, essa lógica é insuficiente para proteção da dignidade da pessoa humana, o que possibilita a aplicação dos mecanismos de tutela específica, previstos no art. 461 do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciado n.º 140 do CJF)<sup>1</sup>. Farias e Rosenvald (2006) defendem que há uma terceira espécie de tutela dos direitos da personalidade: a tutela reintegratória, que busca o retorno ao status quo ante. Exemplo: o direito de resposta e a retratação pública. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) entendeu que a tutela reintegratória não exclui a ressarcitória, pelo princípio da reparação integral, previsto no art. 944 do Código Civil (Resp. n.º 959.565). A tutela reintegratória não elide completamente os danos extrapatrimoniais, apenas minimizam seus efeitos, visto não ser possível a recomposição dos bens jurídicos sem conteúdo econômico.

Preliminarmente ao desenvolvimento das considerações a respeito dos direitos da personalidade, e como são destinados e reservados aos povos indígenas, é fundamental que a própria personalidade seja esclarecida e conceituada, estabelecendo-se esclarecimentos a respeito das noções determinadas pela legislação pátria e pelo pensamento doutrinário, assim como a natureza, características essenciais e a tutela da personalidade (FERREIRA, 2018).

A origem da personalidade, conforme a afirmação do Código Civil, ocorre no nascimento da pessoa com vida, salvaguardando os direitos do nascituro desde a sua concepção (BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002). A partir dessa premissa compreende-se que toda pessoa, mesmo enquanto ente gerado, possui direitos próprios que são garantidos e ampliados com o nascimento, sendo estes direitos defendidos contra qualquer ameaça ou lesão.

No entanto, na opinião predominante da doutrina brasileira o nascituro, e ainda mesmo o ser que ainda não foi concebido, possuem personalidade e são sujeitos de direito, evidenciando o posicionamento de que desde o momento da fecundação, o embrião e o

---

<sup>1</sup> Artigo 497, do novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

nascituro são seres humanos individuais, com características pessoais e dissociadas da mãe, de modo que são considerados pessoa possuidora de direitos, que faz jus a tutela jurídica (SZANIAWSKI, 2005, p. 64-66, 70).

Com efeito, o direito à identidade por si só já enfrenta dificuldades iniciais por não possuir previsão expressa no Código Civil. Sobre esse direito, Bittar (1994) observa que ele “inaugura o elenco dos direitos de cunho moral, exatamente porque se constitui no elo de ligação entre o indivíduo e a sociedade em geral”. Na verdade, o direito à identidade acaba sendo percebido por meio de seus diversos espectros de realização.

Um primeiro desses espectros do direito à identidade é revelado por um ponto de vista estritamente individualista, que possibilita distinguir indubitavelmente uma pessoa de todas as demais. Como salienta De Cupis apud Rocha e Melo (2017):

O indivíduo, como unidade da vida social e jurídica, tem necessidade de afirmar a própria individualidade, distinguindo-se dos outros indivíduos, e, por consequência, ser conhecido por quem é na realidade. O bem que satisfaz esta necessidade é o da identidade, o qual consiste, precisamente, no distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais.

Assim, quando se cuida do direito à identidade pode-se estar falando na necessidade de afirmação da própria individualidade, por um conjunto de qualificativos e indicadores que permitem a singularização do indivíduo em meio às diversas personas existentes na sociedade. Nessa perspectiva, vêm-se desenvolvendo variadas espécies de direito à identidade, que vão além da mera tutela do nome e sobrenome, pseudônimo ou apelido – o nome é um dos direitos tutelados pelo Código Civil, nos Arts. 16 a 19 –, alcançando inclusive, a partir de um direito de ser a si mesmo, o direito à imagem e o direito à voz, ambos na medida em que se prestam à individualização da pessoa – há certas nuances relacionadas à imagem e à voz que não dizem respeito necessariamente à identidade. Para Bittar (1994), ainda tratando do direito à identidade pessoal:

Nesse sentido, aliás, a imagem e a voz também cumprem, a par de outros caracteres pessoais, a missão exposta, sob âmbito mais restrito, exigindo a prévia fixação e maior esforço associativo; mas, de qualquer sorte, nesse passo, atestam a contínua interpenetração dos direitos da personalidade já referida.

Pode-se agregar ainda a essa perspectiva do direito à identidade uma proteção à verdade pessoal, de modo a conferir à pessoa humana uma proteção “contra [...] atos que a coloquem, na eloquente expressão italiana, *sotto falsa luce* (sob falsa luz), apresentando-a de modo errôneo no meio social”.

Ao sistema jurídico cabe oferecer mecanismos que lhe permitam corrigir eventuais informações falsas relativas à sua identidade, inclusive no que tange a uma identidade ideológica ou até mesmo uma identidade científica – embora tais aspectos possam repercutir mais sobre o plano da honra subjetiva, resta um interesse individual em não ver seu nome associado a certas ideias –, manifestando-se por meio de instrumentos processuais como o *habeas data*.

Mas esse ponto de vista identitário não é suficiente. Um segundo espectro do direito à identidade consiste no respaldo à necessidade de o indivíduo conhecer a si próprio, de investigar sua historicidade pessoal<sup>35</sup>. Aqui, a preocupação não está na afirmação da própria individualidade, mas na busca de meios que permitam ao sujeito localizar-se moralmente no mundo, ressignificando sua existência. Nessa acepção insere-se o direito à investigação de paternidade e maternidade (art. 1.615 do Código Civil), o direito à identificação genética e ao conhecimento das origens biológicas (art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, recentemente inserido pela lei nº 12.010/2009).

Para os pesquisadores na área, o direito à identidade poderia muito bem resumir-se a essas duas perspectivas. Sessarego (2006) identifica esses dois espectros da identidade como dois componentes: um componente biológico, de caráter estático, e um componente cultural, de caráter dinâmico. A identidade de um indivíduo se constituiria pela conjunção unitária de elementos estáticos e dinâmicos. Entretanto, aceitando-se o caráter aberto dos direitos da personalidade, possibilitando sua expansão, faz-se necessário ampliar os horizontes do direito à identidade.

Nesse sentido, um terceiro espectro do direito à identidade pode levar em conta uma relação dialética que se estabelece entre a pessoa e os componentes da identidade, dessa vez sob o ponto de vista da sociedade. Em outras palavras, na medida em que o critério de identificação singulariza a pessoa, ele ao mesmo tempo cria um vínculo entre essa pessoa e a sociedade, passando aquela a ser reconhecida em virtude do qualificativo e, portanto, como pertencente a um grupo dentro dessa sociedade. Isso acontece de modo mais claro com a questão patronímica: o sobrenome, ao mesmo tempo em que individualiza um sujeito, também permite identificá-lo como membro pertencente de uma determinada família.

### *3.2.1 Do direito ao autorreconhecimento (desdobramento do direito à personalidade jurídica)*

O primeiro e mais conhecido consectário do Interculturalismo dos Direitos Humanos no Direito dos Povos Indígenas é o direito ao autorreconhecimento. Conforme dispõe o artigo 2º, inciso I, da Convenção 169 da OIT, cabe à própria comunidade indígena decidir quem é ou não indígena. Assim, não compete à sociedade dominante, exterior àquela cultura, decidir quem é ou não indígena, mas apenas ao indivíduo e ao grupo do qual ele afirma ser membro. Isso, porque não há ninguém melhor do que os próprios membros da comunidade tradicional, já inseridos naquela cultura, para reconhecer seus semelhantes. Trata-se do chamado critério da autoatribuição de identidade, também chamado de autodefinição ou autorreconhecimento. Sobre os benefícios do critério do autorreconhecimento, explica Sarmento:

Trata-se de critério extremamente importante, na medida em que parte da correta premissa de que, na definição da identidade étnica, é essencial levar em conta as percepções dos próprios sujeitos que estão sendo identificados, sob pena de chancelarem leituras etnocêntricas ou essencialistas dos observadores externos provenientes de outra cultura, muitas vezes repletas de preconceito. A ideia básica, que pode ser reconduzida ao princípio da dignidade da pessoa humana, é de que na definição da identidade não há como ignorar a visão que o próprio sujeito de direito tem de si, sob pena de se perpetrarem sérias arbitrariedades e violências, concretas ou simbólicas (2010, p. 302).

Na mesma linha da Convenção 169 da OIT, o artigo 2º do Estatuto dos Quilombolas reconhece expressamente o critério do autorreconhecimento como fórmula utilizada para definir quem deve ou não ser considerado quilombola.<sup>14</sup> Ainda, os tribunais superiores já começam a reconhecer o critério do autorreconhecimento como a melhor saída para aferir quem deve ou não ser considerado membro de uma comunidade indígena.

Assim, foi deixado de lado o critério obsoleto e preconceituoso estabelecido pelo Estatuto do Índio, no qual se conferia aos membros da sociedade envolvente decidir quem seria ou não “categorizado” como indígena.

"(...)na definição da identidade étnica, é essencial levar em conta as percepções dos próprios sujeitos que estão sendo identificados, sob pena de se chancelarem leituras etnocêntricas ou essencialistas dos observadores externos provenientes de outra cultura, muitas vezes repletas de preconceito. A ideia básica, que pode ser reconduzida ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana, é de que na definição da identidade, não há como ignorar a visão que o próprio sujeito de direito tem de si, sob pena de se perpetrarem sérias arbitrariedades e violências, concretas ou simbólicas"(Daniel Sarmento – Parecer - Territórios Quilombolas e Constituição: A ADI 3.239 e a Constitucionalidade do Decreto 4.887/03)

Embora a resolução n. 56 do CNMP não traga a previsão expressa da adoção do critério do autorreconhecimento, não podemos olvidar que a Constituição da República veda todo e qualquer entendimento jurídico, de forma direta ou indireta, na tese, já superada, da superioridade cultural da sociedade dita majoritária.

### *3.2.2 Do direito à identidade cultural*

Neste contexto de Neoconstitucionalismo e sociedade plural, se desenvolveu a ideia de multiculturalismo, consistindo no reconhecimento da diversidade de culturas no mundo que coexistem e se auto influenciam, sob a ótica de uma comunidade internacional globalizada. No dizer de Boa Ventura de Souza Santos (2003. p. 33) “o termo ‘multiculturalismo’ generalizou-se como modo de designar diferenças culturais em um contexto transnacional e global”. Esse reconhecimento do pluriculturalismo mundial conecta-se à proteção das minorias étnicas e ao seu direito fundamental de ser diferente, conferindo-lhes condições para que possam perpetuar seu estilo de vida tradicional, seus usos e costumes, falar suas respectivas línguas e praticar a sua própria religião, consagrando o seu direito à diferença e à singularidade étnica e cultural, indissociável da preservação de sua dignidade humana.

Dessa forma, os diversos povos que vivem em seus costumes próprios, reproduzindo suas tradições milenares, se auto reconhecendo como segmento diferenciado da sociedade envolvente, merecem o direito à preservação de sua singularidade sociocultural, posto que sem ela, perderiam sua identidade enquanto povo, fator indissociável da preservação de sua dignidade humana. Neste aspecto particular, por volta da década de oitenta, em reconhecimento dos direitos das minorias étnicas à diferença, paulatinamente os países latino americanos passaram a se auto intitular sociedades pluriculturais e multiétnicas, inserindo em seus textos constitucionais direitos e garantias em prol da conservação da singularidade cultural dos povos indígenas que congregam.

Um a um, os países latinos reconheceram que possuem uma variada formação étnica e cultural em decorrência dos inúmeros grupos indígenas que vivem, convivem e sobrevivem em seu território, resistindo bravamente contra o processo assimilacionista que teve início cinco séculos atrás. Dessa forma, as constituições pós-modernas dos países americanos acabaram por romper com o modelo integracionista que vigorava até então, reconhecendo o índio não como uma categoria fadada a extinção e a gradativa incorporação ao modo de vida civilizado, mas como um setor da sociedade que está aqui para ficar e que deseja preservar sua singularidade



sociocultural, merecendo todos os direitos conferidos às demais parcelas da sociedade, sem necessariamente perder sua identidade histórica.

A superação do paradigma da sociedade homogênea pela sociedade plural pós-moderna acarretou uma profunda mudança de tratamento jurídico às minorias étnicas, principalmente aos povos indígenas, rompendo-se definitivamente com o modelo assimilacionista e traduzindo o direito à continuidade física e cultural como um triunfo do multiculturalismo, destinado a garantir a dignidade humana das minorias étnicas, inexoravelmente ligada à preservação de sua singularidade cultural. Assim, o multiculturalismo se incorpora às constituições pós-modernas, se elevando ao status de direito fundamental posto que inarredável da preservação da dignidade humana dos povos indígenas e das demais comunidades que desenvolveram historicamente um estilo de vida tradicional, arrimado em usos e costumes próprios.

Neste viés, ganha especial realce a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) – Convenção sobre povos indígenas e tribais em países independentes - que trata, dentre outros assuntos, da preservação da integridade étnica, cultural e religiosa dos índios, dos direitos originários sobre as terras que ocupam e sobre os recursos naturais nelas existentes, garantindo a igualdade de direitos entre indígenas e não-indígenas, sobretudo no que tange a efetividade dos direitos humanos. A Convenção 169 destaca-se no cenário internacional por sua inspiração multiétnica e pluricultural, reconhecendo o valor fundamental do direito à preservação da singularidade étnica e cultural dos povos indígenas, superando decisivamente a antiga Convenção 107 da OIT que adotava o vetusto paradigma assimilacionista.

O direito à identidade cultural abarca a necessidade de a legislação proteger as terras que lhes pertencem, uma vez que o cuidado com seus espaços territoriais é importante para tais, não pela questão da posse, mas no aspecto cultural. No território indígena torna-se possível reviver e rememorar toda cultura, nele a identidade é representada, significada e reproduzida. A questão da territorialidade assume proporção vital, na medida em que o território tradicionalmente habitado é fundamental para uma vida que agrega valores com o seu modo de ser e de viver. Para Siqueira & Machado (2009) os direitos dos povos indígenas são fundamentados atualmente em três pilares básicos que é a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) como órgão executor da política indigenista brasileira, o Estatuto do Índio e a Constituição Federal de 1988.

Porém, somente a partir da promulgação da Constituição da República de 1988 é que o indígena passou a ter seus direitos culturais “pelo menos escrito” respeitado no Brasil. Antes da Carta Magna o objetivo era localizá-lo e inseri-lo à sociedade, onde no entendimento da

época, este deixaria de ser índio, silvícola e menos desenvolvido. Esta realidade é deparada no artigo 1º da lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 que dispõe a respeito do Estatuto do Índio.

Na atualidade, o Direito no Brasil mais especificamente a Constituição, garante aos povos indígenas condições de sobrevivência física, cultural e de organização social, onde podem manter seus costumes e tradições com base em suas especificidades étnicas, mas também terão o direito de ter acesso a outros meios de informações, culturas e recursos.

Com o Decreto Legislativo nº 143 a partir de 2003, o Brasil passou a fazer parte dos países que aderiram à Resolução 169 da OIT, com isso os indígenas deveriam ter sua autonomia governamental, podendo vetar quaisquer interferências externas prejudiciais à manutenção, preservação e permanência em seus espaços. O território, a cultura e a identidade indígena somente poderiam ser adentrados e/ou explorados com autorização destes. Os povos indígenas, dentro de sua territorialidade expressam-se como “nação” com direitos e deveres próprios.

A autodeterminação dos mesmos foi aprovada em 1989, durante a 76ª Conferência da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ficando exposto que sempre deverão ser consultados antes da adoção de medidas legislativas ou administrativas de qualquer natureza, incluindo obras de infraestrutura, mineração ou uso de recursos hídricos. Foi determinado nesta Convenção o direito a reparação pelo furto de suas propriedades no âmbito cultural, intelectual, religioso ou espiritual, a não violação às suas normas tradicionais e o direito de manterem suas culturas.

Sobre a necessidade de autodeterminação, na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 2007, foi aprovada a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas. As reivindicações dos povos originários apresentada neste encontro são a nível global, bem como as relações destes grupos com os Estados nacionais, servindo para estabelecer parâmetros mínimos a outros instrumentos internacionais e leis nacionais. Dentre os princípios exigidos neste documento, encontra-se a ideia do direito a auto identificação dos povos nativos.

As normas jurídicas do Estado Brasileiro não possuem um sistema de autodeterminação, o qual deveria ser discutindo. Portanto se faz necessário o questionamento do porquê os povos indígenas no Brasil não têm tal autonomia que lhes é de direito e assegurada na Convenção 169. A Constituição da República, em seu Capítulo VIII – “Dos Índios”, no artigo 231, *caput*, expõe sobre a autodeterminação dos Povos Indígenas, quando reconhece a estes o direito a uma organização social própria, ou seja, que não se submete ao modelo de estrutura existente na sociedade “não índia”, possibilitando dessa forma, a manutenção de seus costumes e tradições, e permitindo a gestão das terras que tradicionalmente ocupam.

A Convenção 169 foi ratificada e internalizada no Direito brasileiro através do Decreto Legislativo nº 143, em vigor desde 2003. Foi permitida a esses povos a condição de “nação” com seus direitos e deveres individuais e coletivos, sendo respeitado cada grupo étnico em suas particularidades. Mas, tal como defende Segura (2011), mesmo diante de normativas jurídicas definindo a obrigatoriedade autônoma dos nativos e a evolução da sociedade, ainda hoje em pleno Século XXI, o indígena não é efetivado e respeitado de forma democrática e isonômica, como deveria ser.

Os artigos 231 e 232 da Constituição representam a maior força jurídica dentro do direito indígena no Brasil na atualidade, e essa condição permite que haja o respeito à identidade cultural de tais povos, mas na prática, a realidade é bem diferente, uma vez que há um ataque a esses direitos em todo o território brasileiro. Exemplo desse descaso e agressão, na tentativa de destruir a construção identitária desses povos é o que acontece com os índios no Mato Grosso do Sul, como relata o Relatório dos Direitos Humanos a terra, Território e Alimentação “a difícil situação dos indígenas no Mato Grosso do Sul se insere num cenário nacional de expropriação territorial. Inclusive é um processo que percorre toda a América Latina, numa disputa por recursos naturais” (Relatório, 2014, p. 11).

Sobre tal realidade relata Barbosa que:

O direito à identidade cultural aponta maior cuidado em razão da referência direta com outros direitos conexos: direito à vida, direito à liberdade, direito à religião, direito ao nome, direito à saúde, direito à educação, direito à família, direito à integridade pessoal, direito à moradia, entre outros. Seu impacto é acentuado nas comunidades indígenas, no momento em que o direito ao reconhecimento real ao território tradicionalmente ocupado e seus recursos naturais – elemento cultural fundamental – é frustrado, quer seja pela inoperância do detentor do dever de agir, ou pela presença dos incansáveis usurpadores. O caso mais exemplar, com repercussão nos mecanismos de proteção dos direitos humanos internacionais, ocorreu com o suicídio sequencial dos Guarani-Kaiowá, no estado de Mato Grosso do Sul (BARBOSA, 2012, p. 11-12).

Para o Conselho Missionário Indígena (CIMI) as violências contra tais grupos étnicos são sistemáticas, cotidianas e afetam povos, comunidades e indivíduos em todas as regiões do Brasil, sendo que os responsáveis, na maioria dos casos, ficam impunes.

Geralmente os autores de tais práticas pretendem explorar economicamente as terras indígenas ou algum de seus recursos naturais e, para realizar seu intento, não medem esforços. Outras violências são praticadas por agentes dos próprios poderes públicos, omissos ou negligentes em funções e responsabilidades que lhes foram atribuídas, tais como a atenção à saúde, à educação, à efetiva demarcação, fiscalização e proteção das terras e dos povos indígenas no Brasil. (CIMI, 2008, p. 9).

Para fazer valer o direito do indígena e o reconhecimento de sua identidade cultural, bastaria apenas que a Constituição Federativa do Brasil fosse respeitada, assegurando os direitos plenamente consagrados nos trechos da Lei. Estes povos poderiam usufruir de forma exclusiva da sua terra e riquezas, uma vez que para estes, terra, território, povos e cultura se entrelaçam e se tornam singulares.

A cultura, na sociedade atual, da tecnologia e dos valores do consumo, não se relacionaria a valores intangíveis e personalíssimos, foi deslocada à ideia de objetos a serem consumidos, ao contrário de seu sentido original, ou seja, o êxito do elaborado pela humanidade (TREVISAN; TOMAZELLI, 2006, p. 122). As menores Comunidades se submetem ao sistema capitalista de comercialização da cultura, mediante os processos de modernização e dos fenômenos produzidos pela observação da cultura e das tradições, o que interfere nos processos de ratificação das identidades e conservação da cidadania (CASTRO, 2010, p. 14)

É possível que este seja o motivo pelo qual, em muitos sentidos, não se objetiva a conservação de determinada cultura, considerando que a filosofia do consumismo é a substituição de algo, por um bem superior.

Em um Estado democrático de Direitos, e de bem-estar social, como o Brasil, o Estado tem papel fundamental na efetivação de direitos à população, incluindo aos povos indígenas. Isto posto, tem-se que as propostas, projetos e ensaios democráticos somente serão realizáveis caso sejam reconhecidas e assentidas as multiplicidades culturais existentes (TREVISAN; TOMAZELLI, 2006, p. 210). Isso significa que as experiências de sociabilização e padronização de algumas culturas, lesiona os princípios que regem a democracia.

### *3.2.3 Dos direitos indígenas fundamentais*

O início do século XXI está sendo marcado, no cenário das políticas de educação do Brasil, pela intensificação dos debates acerca do acesso diferenciado de grupos socialmente desfavorecidos, por meio de ações afirmativas. Em segundo plano, e em consequência da efetiva implementação de medidas de ação afirmativa, tem se colocado um agregado de questões de ordem variada, de acordo com o grupo-alvo dessas iniciativas, que tem sido enfeixado em torno da palavra permanência. No Brasil, os povos indígenas têm reconhecidos juridicamente suas formas próprias de organização cultural e social, seus valores artísticos, simbólicos, tradições, e processos de constituição de saberes e transmissão cultural para as gerações futuras (CAJUEIRO, 2005).

A extensão desses direitos no campo educacional gerou a possibilidade de os povos nativos se apropriarem da instituição escolar, atribuindo-lhe identidade e função peculiares. A escola, espaço que também possui um histórico de aculturação e assimilação, bem como imposição de valores, passa a ser reivindicada pelas comunidades indígenas como espaço de construção de relações intersocietárias baseadas na interculturalidade e na autonomia política. Por isso, a ideia de hibridismo que autores como Hall (2004) e Silva (2000) trazem em suas produções teóricas é fundamental para problematizar o contexto de grandes transformações sociais que se vive na atualidade - lugar onde aparece com mais frequência este sujeito amalgamado, mesclado, multicultural, denominado de híbrido ou pós-moderno (WENCZENOVICZ; BAEZ, 2016)

De acordo com os autores, o direito a educação escolar indígena - caracterizada pela afirmação das identidades étnicas, pela recuperação das memórias históricas, pelo reconhecimento das matrizes linguísticas e conhecimentos dos povos indígenas e pela revitalizada associação entre escola/sociedade/ identidade, em conformidade aos projetos societários definidos autonomamente por cada povo indígena – se deu através de sua trajetória histórica em direção a democratização das relações sociais no país.

A educação indígena brasileira, inicialmente foi marcada pela oralidade. Os ensinamentos eram transmitidos de pais para filhos com o reconhecimento dos saberes e vivências coletivas. Esses se utilizavam das práticas cotidianas através do uso da arte, lendas, mitos e ritos de passagem de caráter religioso e público para que a transmissão do conhecimento, a sociabilidade e integração ao grupo se efetivasse.

Com a chegada do colonizador, todo esse sistema se viu na contingência de mudar, introduzindo o ensino por professores, com disciplinas compartimentalizadas e de pouca vinculação com a realidade e sua herança cultural. No período Colonial (séc. XVI ao XIX), praticamente, a educação que se ofertou aos nativos se resumiu ao catecismo religioso. Alguns foram preparados em ofícios artísticos, mecânicos e técnicas agropastoris. Nesse período, buscou-se a abolição da diversidade linguística em favor de uma unidade lusófona. Remontando ao período colonial e se estendendo até o século XX, temos um modelo de educação escolar desenvolvido por ordens religiosas, em especial a Companhia de Jesus, cujo intuito foi à cristianização do gentio. Ou seja, para converter, primeiro dever-se-ia civilizar e, nada mais produtivo que utilizar-se da educação das crianças ao passo que as deixavam distantes do ambiente natural (cotidiano coletivo) para atingir o objetivo da ‘civiltude’. (CASTRO APUD WENCZENOVICZ E STEIMENTZ, 2015).

Com a exígua atuação do SPI, em 1967, surge a Fundação Nacional do Índio (Funai). Essa também não encontrou condições fáceis de trabalho, erguendo-se sobre os escombros do SPI, administrando um contexto de perene falta de recursos humanos e financeiros teve por muito tempo como objetivo central assimilar os povos à cultura brasileira. Embora essa linha de pensamento já não fosse um consenso, serviu de base do Estatuto do Índio, lei que entrou em vigor em 1973 (LIMA APUD WENCZENOVICZ, 2016).

O Estatuto do Índio seguiu o mesmo conceito do Código Civil Brasileiro de 1916 e considerava os povos indígenas como “relativamente capazes”, sendo tutelados por um órgão estatal. Atualmente, cabe à Fundação Nacional do Índio a tutela estatal. Em seu primeiro artigo, a lei estabelece que seu objetivo é “integrar os índios à sociedade brasileira, assimilando-os de forma harmoniosa e progressiva”. A Constituição de 1988 dá um novo tratamento aos povos indígenas: reconhece sua identidade cultural própria e diferenciada (organização social, costumes, línguas, crenças e tradições), assegurando o direito de permanecerem como índios e explicita como direito originário (que antecede a criação do estado) o usufruto das terras que tradicionalmente ocupam. Segundo a constituição, cabe ao Estado zelar pelo reconhecimento destes direitos por parte da sociedade. O papel do estado passa, então, da tutela de pessoas para a tutela de direitos (WENCZENOVICZ, 2017).

Muitas são as formas históricas de acesso, uso e apropriação da terra. Esses são processos que geram diversos conflitos na história da humanidade. No caso específico da realidade brasileira, a terra, na sua dimensão política e econômica, é um bem que envolve muitas tensões e conflitos de disputa. Por se tratar de um meio de produção de riqueza bastante valioso, dispondo de diferentes possibilidades de exploração, o seu acesso, uso e apropriação são desiguais, envolvendo violência institucional, material e estratégias políticas que promovem concentração e expropriação. Trata-se aqui da constituição do latifúndio (SILVA, 2018).

Segundo Silva (2018), a realidade do acesso, uso e apropriação das terras brasileiras é resultado de uma condição colonial de longa exploração. É importante recordar as consequências nocivas do sistema colonial secular que, além de devastar física e culturalmente as populações originárias, também garantiu a instituição das grandes propriedades privadas nas mãos de poucos. Isso se refere à grande concentração de terras nas mãos de classes agrárias que exerceram seu violento poder de dominação e exploração dos trabalhadores do campo através de múltiplas formas de expropriação.

A preservação da cultura indígena está relacionada com a garantia de sua organização social, conforme seus usos e costumes, o que assegura a necessidade dos índios de possuírem

espaço e tempo para o desenvolvimento de suas comunidades. Portanto, não há que se falar em integrar essas comunidades à sociedade dominante, mas em proporcionar mecanismos legais para que preservem sua cultura, línguas e tradições. Existem outros mecanismos de proteção aos direitos indígenas dispostos em tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil. Como exemplos, podemos citar a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, que dispõe sobre os direitos dos povos indígenas e tribais, ratificada pelo Brasil em 2004; a Agenda 21 e a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), que reconhece a importância do conhecimento tradicional das populações indígenas para o desenvolvimento sustentável (CURI, 2010).

De acordo com Curi (2010), o órgão indigenista federal responsável em tratar das questões indígenas no país é a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), criada pela Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967, que veio substituir o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), criado em 1910. Sua fundação ocorreu durante o regime militar, num período em que os povos indígenas eram tratados como um empecilho ao desenvolvimento nacional. Assumindo o poder em 1964, os militares controlaram durante alguns anos o extinto SPI, promovendo uma devassa no órgão e culminando em diversas acusações de participação de funcionários em atos de tortura e massacre a índios. Devido à repercussão internacional dos supostos crimes e irresponsabilidades administrativas cometidas contra os índios, o SPI foi extinto e, em seu lugar, criou-se a Fundação Nacional do Índio.

Segundo a autora, muito embora exista uma legislação vigente no país para tratar dos direitos dos povos indígenas, bem como um órgão federal para garantir a atuação do Estado na defesa desses direitos, perpetua um grande abismo entre a teoria e a prática, legitimado, principalmente, pela postura preconceituosa da sociedade envolvente.

Para Curi (2010), além da dificuldade de assegurar os direitos e interesses dos povos indígenas frente ao poderio econômico, que desconsidera o direito originário desses povos sobre as terras que tradicionalmente ocupam, a sociedade ocidental continua enxergando os indígenas como povos inferiores. Diante da presença de muitos povos indígenas no meio urbano, o preconceito se externaliza, de modo geral, através da descaracterização desses povos.

O fato de muitos indígenas terem adquirido valores da sociedade ocidental, que durante mais de 500 anos foram impostos a essas comunidades, instituiu uma nova forma de racismo – aquele que discrimina não por ser culturalmente diferenciado, mas por ter se tornado parecido.

O direito originário dos índios sobre suas terras está baseado em um direito congênito assegurado desde o Brasil colonial, legitimando-se, portanto, independentemente de qualquer ato constitutivo, visto se tratar de direito reconhecido, desvinculado do processo demarcatório.

Segundo SILVA (1992), o direito originário consagra uma relação jurídica fundada no instituto do Indigenato, como fonte primária da posse territorial, que se consubstancia no artigo 231, § 2º da CF.

No referido artigo (231, § 2º), que a seguir será analisado com mais detalhes, “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se à sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes”. Do direito à posse permanente sobre as terras que tradicionalmente ocupam, faz-se necessário mencionar o direito de propriedade sobre as terras indígenas. Conforme o artigo 20, inciso XI, da CF, as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são bens da União, o que, para SILVA (1992), cria uma propriedade vinculada ou propriedade reservada para o fim de garantir aos índios seus direitos sobre essas terras. Por isso, são terras inalienáveis, indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis, como determina o artigo 231, § 4º, CF.

Muito embora os índios só possuam a posse dessas terras, convém lembrar que esse conceito possui um caráter próprio que ultrapassa o conceito comum de posse regulado pelo Código Civil brasileiro. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam não estão resumidos no simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria, mas revelam também o direito que seus titulares têm de possuir a coisa, com o caráter de relação jurídica legítima e utilização imediata. Assim, a posse indígena relaciona-se com a ideia de habitat que esses povos possuem com as terras que ocupam. O dispositivo utiliza também a palavra “permanente”, que advém do mesmo reconhecimento da relação diferenciada que esses povos possuem com a terra, pois aqui o legislador garante ao índio uma posse “para sempre” para que este mantenha sua cultura, hábitos e tradições (CURI, 2010).

A Constituição Federal de 1988, promulgada pelo Constituinte Originário, cujo conceito é suficientemente explicado no próprio preâmbulo do texto Constitucional, traz em seu bojo, conteúdo normativo e principiológico do Estado Democrático de Direito, devendo ser encarada como lei fundamental e suprema a ser observada por todo o ordenamento jurídico pátrio, pelas esferas de governança bem como nas relações entre os particulares (JÚNIOR; NEVES, 2014).

A atual Constituição, influenciada por uma longa tradição positivista, é classificada pela doutrina como sendo rígida, prolixa, escrita, democrática e dogmática, refletindo um anseio da época passada e, atual, de se criar um verdadeiro Estado Social com farta quantidade de obrigações a serem prestadas pelo Estado, em tese, passíveis de serem exigidas de forma extraordinária caso não sejam efetivadas pela previsão ordinária.



Analisando os Direitos Fundamentais através da linha de raciocínio, temos a definição destes direitos pelo ilustre jurista italiano Ferrajoli (2011, p. 9):

são “direitos fundamentais” todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a “todos” os seres humanos enquanto dotados de status de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por “direito subjetivo” qualquer expectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, e por status a condição de um sujeito prevista também está por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício.

Complementando a definição transcrita, Ferrajoli (2011, p. 11) explica que:

esse caráter “formal” da nossa definição não impede que ela seja suficiente para identificar, nos direitos fundamentais, a base da igualdade jurídica. Graças a isso, de fato, a universalidade expressa pela quantificação universal dos (tipos de) sujeitos que de tais direitos são titulares vem a se configurar como um dos seus corolários estruturais, que, como veremos, comporta o caráter inalienável e indisponível dos interesses substanciais nos quais esses direitos consistem. Em verdade, na experiência histórica do constitucionalismo, tais interesses coincidem com as liberdades e com as outras necessidades de cuja garantia, conquistada a preço de lutas e revoluções, depende a vida, a sobrevivência, a igualdade e a dignidade dos seres humanos. Mas essa garantia se realiza precisamente através da forma universal que provém da sua estipulação como direitos fundamentais em normas constitucionais supra ordenadas a qualquer poder decisório: se são normativamente de “todos” (os membros de uma dada classe de sujeitos), eles não são alienáveis ou negociáveis, mas correspondem, por assim dizer, à prerrogativa não contingente e inalterável dos seus titulares e a outros tantos limites e vínculos insuperáveis a todos os poderes, sejam públicos ou privados.

A congregação dos direitos fundamentais encontra-se consignada, de acordo com Leonardo Estevam de Assis Zanini, na dignidade da pessoa humana, uma vez que associa a ideia de integridade humana, em seu aspecto físico e espiritual, assegurando pelo desenvolvimento completo da personalidade, bem como pela igualdade de tratamento e por perfazer as mínimas condições de vida (ZANINI, 2011, p. 80-81).

Os direitos fundamentais, como regras positivadas constitucionalmente e que cumprem a função de limitar o poder estatal, surgem como reação ao Estado Absolutista, implantado a partir das ideias de Thomas Hobbes e de Nicolau Maquiavel. O declínio do regime absolutista deu-se com as revoluções burguesas, classe que cresceu em importância com a descoberta de novos mundos e incremento do comércio internacional. Surgem neste contexto os direitos fundamentais de liberdade, civis e políticas. Conforme a teoria geracional, tais liberdades - concedidas essencialmente aos burgueses - seriam os direitos de primeira geração.

Prosseguindo, a ascensão da burguesia, juntamente da Revolução Industrial, revelou que as liberdades civis e políticas ora concedidas beneficiavam apenas os burgueses. As condições

desumanas de trabalho nas indústrias entravam em conflito com textos que, formalmente, garantiam liberdades aos cidadãos. Assim, como resposta aos ideais de filósofos como Karl Marx, o qual defendia que os trabalhadores lutassem por condições dignas e uma verdadeira ditadura do proletariado, desenvolve-se o Estado Social.

No Estado Social foram garantidos, às classes mais pobres, como a operária, direitos que antes se restringiam à classe burguesa. Embora mascarando o objetivo de se afastar a possibilidade de uma revolução do proletariado, a exemplo da Revolução Russa de 1917, foram garantidos direitos visando à melhoria das condições de vida e de trabalho. São os direitos de igualdade, consistente em direitos sociais, econômicos e culturais. Na classificação de Vasak, estes seriam os direitos de segunda geração. O direito à moradia pode ser concretizado, por exemplo, através da construção de "casas populares" e a respectiva habilitação dos governados de baixa renda para um financiamento subsidiado pelo Estado, como notoriamente vem ocorrendo nesse município, não obstante tratar-se de programa suscetível a fraudes.

Por sua vez, como reações aos abusos ocorridos nas Grandes Guerras e consequente criação da Organização das Nações Unidas em 1945 foram aprovados diversos tratados internacionais em que se foram estabelecidos direitos universais mínimos ao gênero humano, a serem observados como parâmetros para positivação pelos Estados subscritores. São os direitos fundamentais de terceira geração, ou da fraternidade.

Nessa geração, há a noção de que a liberdade sozinha não garante dignidade plena. São exemplos de direitos garantidos nessa dimensão: direito à educação, à saúde e à assistência social, onde o homem continua sendo o titular desses direitos. Como bem cita o autor Clovis Gorczewski: “são direitos que exigem do Estado uma participação, uma ação”. Dentro desta ótica, Ferreira *apud* Lovato e Dutra (2015) afirma que:

Vale ressaltar que essa igualdade, agora, não é a igualdade formal, porque essa já havia sido consagrada antes com as revoluções liberais (tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual). A igualdade que se fala nos direitos de segunda dimensão é a igualdade material, isto é, aquela igualdade referente à atuação do Estado para reduzir desigualdades existentes, aplicando sua atuação na garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais. Aqui, sim, trata-se de igualdade material, associada aos direitos sociais, garantindo efetivamente condições mínimas a todo e qualquer indivíduo de forma isonômica, e não somente deixar ao crivo das liberdades individuais.

Os direitos de segunda geração surgem nos séculos XIX e XX, estando relacionado à Revolução Industrial e ao final da I Guerra Mundial. Marcou a passagem do Estado Liberal para o Estado Social. “Enquanto os direitos de primeira geração exigem uma omissão do Estado e conferem uma titularidade individual, os de segunda geração exigem ações positivas e

correspondem ao reconhecimento de direitos de caráter coletivo.” (GORCZEVSKI APUD LOVATO E DUTRA, 2015) O contexto histórico da terceira geração dos Direitos Fundamentais é o fim da Segunda Guerra Mundial. Esses direitos surgem a partir do século XX. Para Gorczewski esses direitos: “correspondem ao terceiro elemento preconizado na Revolução Francesa: o princípio da Fraternidade”.

Esses direitos de terceira geração visam à proteção do gênero humano, ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, gerando novas faces a partir da Dignidade da Pessoa Humana. São de natureza transindividual, de relações sociais em massa e preservação ambiental.

Observa-se aqui uma importante mudança na concepção de Estado que deixa de ser visto exclusivamente como um poder despótico e passa a ser reconhecido enquanto poder capaz de garantir o equilíbrio econômico-social. A sociedade deixa de preocupar-se somente com a proteção individual frente à ação do Estado e passa a exigir desse uma atuação concreta na realização coletiva dos novos direitos. (GORCZEVSKI, 2009, p. 139)

Em relação aos direitos de quarta dimensão há autores que divergem quanto a sua existência (ainda não plenamente reconhecida), que abarcaria direitos relativos à democracia, informação, pluralismo, globalização e futuro da cidadania. Há quem postule até mesmo o reconhecimento de uma quinta dimensão de direitos, vinculados ao espaço cibernético e virtual. Os direitos de quarta geração surgiram com o advento da globalização, no final do século XX e estão em fase de construção.

Em síntese, Francisco Gilney Bezerra de Carvalho Ferreira (2013):

Portanto, podemos sintetizar que os direitos de quarta dimensão seriam a democracia e o pluralismo, decorrentes da globalização política, relacionando-se com os direitos das minorias. Contudo, como dito anteriormente, há discussão acadêmica e o tema está longe de tornar-se pacífico. Se não há consenso quanto aos direitos de quarta dimensão, parece exagero já se partir para uma quinta dimensão dos direitos fundamentais, embora o tema já esteja iniciado na doutrina. Tratar-se-iam dos chamados direitos transnacionais algo que deve ser buscado pelos Estados em conjunto no plano internacional. Paulo Bonavides classifica o direito à paz como um direito de quinta dimensão, algo a ser buscado pelos Estados em cooperação.

Já para Clovis (2009, p. 139): “são aqueles direitos que se referem à biotecnologia, à bioética e à engenharia genética e que tratam das questões ético-jurídicas relativas ao início, ao desenvolvimento, à conservação e ao fim da vida humana”. Os chamados direitos de quinta geração nascem no fim do século XX, com o advento da tecnologia e da internet, marcando a passagem da sociedade industrial para a sociedade virtual. São denominados de direitos da era

digital. Paulo Bonavides proporcionou uma possibilidade de se falar em uma quinta dimensão de direitos fundamentais, classificando o direito à paz como um direito desta dimensão, levando em consideração todos os recentes acontecimentos mundiais e o desejo que todo o ser humano possui de ver o mundo em paz.

### 3.3 DO SISTEMA INTERAMERICANO

Os direitos indígenas são protegidos pela legislação brasileira, bem como pelo Direito Internacional através de tratados e convenções que resguardam a proteção aos índios. Primeiramente, observa-se que o Brasil deve fazer parte de determinado tratado ou convenção por sua vontade, isto é, aderir e formalizar contratualmente a sua participação, visando o compromisso entre os Estados.

A Convenção 107, de 26 de junho de 1957, versa sobre a proteção e a integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais e regulamenta as relações de trabalho.

Sobre a referida Convenção Hartmut-Emanuel Kayser, relata que:

Entre 1966 e 2003, esteve em vigor no Brasil a Convenção 107, sobre a proteção e a incorporação de populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes, de 26 de junho de 1957. Em 18.06.1965, o Brasil ratificou a Convenção 107, que, conforme o artigo 31, parágrafo 2, entrou em vigor em 2.6.1959. Conforme o artigo 31, parágrafo 3 da Convenção, ela passou a vigorar no Brasil doze meses após a inscrição de sua ratificação.

Em seus dispositivos legais, trouxe a regulamentação das relações de trabalho, no que se refere à proteção dos indígenas, bem como a formalização para entrar em vigor no país que a ratificasse, autorizando, assim, o seu seguimento e a sua aplicação.

Vale salientar que vários pontos da referida Convenção já estão ultrapassados para a realidade de hoje. No entanto, torna-se fundamental mencioná-la neste estudo, uma vez que foi um dos marcos mais relevantes na época da sua criação, bem como regulamentou as relações de trabalho por um longo período.

Segundo Hartmut-Emanuel Kayser o entendimento da Convenção 107 é que:

[...] deve-se renunciar às culturas indígenas em prol da cultura das partes restantes da comunhão nacional, por serem estas inferiores às culturas mais desenvolvidas da “comunhão nacional”, e porque a utilidade dos membros isolados estorva a comunhão nacional. Essa incorporação dos membros dos grupos populacionais cujas relações sociais e econômicas correspondem a um “nível menos desenvolvido” deve servir,

entre outros motivos, para incentivar seu desenvolvimento social, econômico e cultural. Na formulação do objetivo da incorporação gradual, a Convenção parte do princípio de que, no caso dos indígenas, trata-se de uma parte da comunhão nacional inferior, de pouco valor, em um estágio transitório de evolução, que deve ser superado o mais rapidamente possível para o bem-estar dos indígenas.

Observa-se que o entendimento previsto na Convenção 107 está totalmente divergente com a atualidade indígena, tanto no âmbito jurisdicional como antropológicamente. A expressão “nível menos desenvolvido” foi rejeitada desde os anos 1970, sendo alvo de críticas, pois dava um grau de inferioridade aos povos indígenas pelo fato de serem minorias. Portanto, a Convenção não conseguiu prever e nem transmitir o que realmente era pertinente naquele período. Ademais, faltou estar previsto o fator principal sobre a preservação das culturas dos povos indígenas, através dos artesanatos e dos modos de vida. A Convenção 107 não se encontra mais em vigor no Brasil, foi, em termos leigos, substituída pela Convenção 169.

Em 24 de janeiro de 1992, o Brasil ratificou o Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos que, apesar de não possuir normas direcionadas expressamente aos povos indígenas, os direitos nele contidos podem ser aplicados a estes povos, uma vez que possui uma norma que abre interpretação no que se refere aos direitos de proteção destas populações.

O artigo 27 do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos garante a proteção das pessoas em relação às minorias, onde se inclui às populações indígenas do Brasil. Veja-se, o referido dispositivo *in verbis*:

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar a sua própria língua.

Observa-se que não deve ser vedado às pessoas pertencentes a essas minorias o direito de cultivar a vida cultural, a religião e utilizar o idioma. Estes direitos são resguardados aos povos indígenas, sem nenhum tipo de restrição.

Vale salientar que existe uma crítica acerca da conceituação das minorias que o referido artigo relata, mas o Direito Internacional Público traz uma definição para esta expressão. Hartmut-Emanuel Kayser a esse respeito aduz que:

Os pressupostos do suporte fático do artigo 27 PIDCP é cumprido pelas populações indígenas do Brasil. O conceito de minoria, no entanto, não é definido pelo artigo 27 PIDCP com maior precisão. Todavia, a práxis do Direito Internacional Público elaborou uma definição. De acordo com essa definição, existe uma minoria (...) quando se trata de um grupo que, em um período determinado de tempo, é numericamente menor do que o restante da população de um Estado, e que não se

encontra em posição dominante. Ao mesmo tempo, os membros desse grupo devem apresentar características étnicas, religiosas ou linguísticas que os diferenciem do restante da população, para que possam ser reconhecidos por um sentimento de solidariedade em relação a sua cultura, tradição, religião ou língua.

Os povos indígenas são reconhecidos através da cultura, da tradição, da religião e da língua, sendo o que os diferenciam do restante da população, pois, possuem modos de vida e hábitos diferentes dos outros grupos brasileiros.

Possui um papel de destaque na promoção e instituição do direito internacional moderno, que iniciou a tutela pelos indígenas, Francisco de Vitória, que legitimava o humanismo (SILVA JÚNIOR, 2018, p. 152). Isso porque Francisco de Vitória defendeu a racionalidade dos povos indígenas, considerando que possuíam uma organização da vida civil, matrimonial, e atividades que exigiam o uso da razão, de modo que não poderiam ser considerados insensatos, e, portanto, detentores de bens e terras, que lhes eram próprios e que não poderiam lhes ser retirados (VITÓRIA, 2006, p. 53-56).

Normalmente, os índios vivem em grupos diferentes uns dos outros, cada um com a sua cultura particular. Com isso, o referido Pacto Internacional trouxe a proteção para as populações indígenas preservarem e repassarem a tradição com o objetivo de continuidade, para que a cultura de cada grupo indígena não se acabe.

### *3.3.1 Sentenças favoráveis à defesa da identidade cultural*

Diante das violações cometidas pelos Estados em relação ao direito ao reconhecimento da identidade cultural dos povos indígenas, houve a necessidade da intervenção da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e a consequente responsabilização internacional desses Estados, a fim de garantir à Comunidade Indígena a proteção da dignidade, dos direitos fundamentais e direitos da personalidade.

Tem-se relevante o caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek *versus* o Estado do Paraguai, em que a questão fundamental se figurava a privação do direito as terras ancestrais, da qual decorria as violações, dentre outras, ao direito à vida, saúde, integridade física e psicológica, e condicionava as vítimas a um estado de permanente vulnerabilidade e insegurança, razão pela qual foi necessária a intervenção da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com o intuito de garantir à Comunidade Indígena a proteção da dignidade, dos direitos fundamentais e direitos da personalidade (CORTE IDH, 2010).

Importa a observação a respeito da intervenção Estatal na efetivação de direitos, diante da necessidade de conservar a identidade cultural, uma vez que os representantes da Comunidade afirmaram que o Estado violou o dever de respeitar e garantir os direitos sem discriminação, apontando a existência de um sistema discriminatório, que se remetia a um paradigma regular no Estado do Paraguai, pelo qual se coordenava a degradação das condições de vida das Comunidades indígenas rapidamente, sendo que os indígenas eram considerados objetos, não indivíduos opinativos, bem como que não foram efetivadas as providências necessárias para o extermínio de práticas discriminatórias, o que era salientado pelas atitudes e respostas do Estado no caso em questão (CORTE IDH, 2010, p. 68).

É possível reparar, a partir desse caso, que o território indígena é diretamente ligado à identidade cultural, na medida que a Comunidade Indígena afirmou que a sua violação produz um desgaste cultural coletivo, uma vez que lesiona suas práticas espirituais e ritos, e prejudicaria até mesmo sua linguagem (CORTE IDH, 2010, p. 44-45).

Por isso, o Tribunal na Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu que os atos lesivos e os danos suportados pela Comunidade indígena afetaram sua identidade cultural, essencialmente pela falta do território e dos recursos, que estariam intimamente relacionados à sua sobrevivência e de suas práticas culturais (CORTE IDH, 2010, p. 46). Além disso, reconheceu que a personalidade jurídica é uma prerrogativa de qualquer indivíduo como “(...) sujeito de direitos e obrigações, e a gozar dos direitos civis fundamentais, o que implica a capacidade de ser titular de direitos (capacidade e gozo) e de deveres (...)”, motivo pelo qual reconheceu que o fato de que muitos membros da Comunidade não possuem personalidade, implicava na ausência de proteção do Estado ao direito à personalidade jurídica (CORTE IDH, 2010, p. 64).

Dessa forma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou a responsabilidade internacional do Estado do Paraguai, sentenciando-o a reparar as violações e a garantir que os direitos da Comunidade Indígena fossem assegurados.

Outro caso notável, que se relaciona à identidade cultural, refere-se a “Comunidades indígenas membros da Associação Lhaka Honhat (nossa terra) *versus* Argentina”, cuja sentença foi proferida em 02 de abril de 2020, sendo que a Corte Interamericana de Direitos Humanos compreendeu a responsabilidade internacional do Estado da Argentina por violações ao direito de 132 comunidades indígenas, referentes à propriedade comunitária, ao meio ambiente saudável, correta alimentação e água, bem como ao direito à identidade cultural (CORTE IDH, 2020, p. 1).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos verificou que o estilo de vida indígena foi alterado, o que prejudicou o exercício do direito à identidade cultural, considerando que as transformações nas condições de vida das comunidades indígenas não se decorreram de um processo consensual, bem como que o Estado, mesmo inteirado dos danos e lesões aos direitos das Comunidades não providenciou medidas efetivas para coibir as violações (CORTE IDH, 2020, p. 5).

O artigo 26 de Convenção Americana, violado pelo Estado da Argentina, prevê que o comprometimento de os Estados no gradual e constante desenvolvimento dos direitos decorrentes de preceitos econômicos, sociais, de educação, ciência e cultura (CIDH, 1969).

Logo, ao desrespeitar o modo de vida das 132 Comunidades Indígenas, o Estado da Argentina transgrediu o dever de promover a promoção e a manutenção da cultura, motivo pelo qual foi condenado internacionalmente, em resumo, a se abster de realizar atos nos territórios indígenas que pudessem obstar a livre existência, valores e usos sem a prévia informação das Comunidades indígenas, e solucionar as situações críticas, bem como a adotar as medidas necessárias para garantir a segurança jurídica.



## CONCLUSÃO

A partir de meados dos anos 1970, as coisas começaram a mudar graças ao fortalecimento do “movimento indígena”, que contou com a ajuda importante de associações e organizações de apoio. A transição do regime ditatorial para o regime democrático, no entanto, se deu de forma lenta e gradual, começando com a abertura política durante o governo do General Ernesto Geisel, para se consolidar com os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 a 1988 e a promulgação da Constituição de 1988. Com a atuação de um lobby indígena e indigenista, a nova Constituição contemplou cláusulas que garantem vários direitos aos indígenas.

Muitos desses direitos têm algum antecedente histórico, como o Indigenato, ou seja, o pleno domínio dos índios sobre seus territórios e sobre as terras, reconhecido desde as Cartas régias de 30 de julho de 1609 e a de 10 de setembro de 1611, promulgadas por Filipe III, e reafirmado pelo Alvará de 01 de abril de 1680, que nunca foi revogado.

Contudo, a história dos direitos dos povos indígenas no Brasil mostrou que mesmo tendo a legislação reconhecido sempre aos índios o direito às próprias terras, isso nunca impediu que esse direito fosse desrespeitado.

A existência desse paradoxo, para ser compreendida, demandou um estudo sobre a forma como se deu o processo de colonização, expansão e consolidação do poder estatal sobre o território, e sobre como se desenvolveu a perspectiva integracionista com relação aos povos indígenas. A compreensão das relações de poder entre Estado e povos indígenas não se restringe ao entendimento da legislação.

Por isso, o presente estudo considerou, não apenas a legislação indigenista, mas também o papel dos órgãos estatais responsáveis pelos assuntos indígenas, cotejando-os com as demandas indígenas para entender como se processou, ao longo da história, a conciliação entre as lutas dos povos indígenas por seus direitos reconhecidos e por autonomia e os interesses estratégicos do Estado de ocupação do território, exploração econômica e defesa militar. A ‘Constituição Cidadã’ de 1988 é, de fato, um marco fundamental da história recente dos direitos indígenas. Apesar de seus limites, ela representou um passo significativo para a inclusão de novos sujeitos sociais na esfera da cidadania, garantindo, ao menos no papel, direitos outrora reivindicados pelos movimentos indígenas.

O crescimento e o fortalecimento do “movimento indígena” possibilitaram uma atuação mais efetiva dos povos indígenas no cenário político nacional. As organizações indígenas

encontraram o apoio de diversos grupos no âmbito parlamentar e extraparlamentar, principalmente daqueles ligados à defesa dos Direitos Humanos. A atuação conjunta desses atores permitiu aos povos indígenas avançarem em sua luta por direitos.

De acordo com Ana Valéria Araújo, o binômio consolidação de direitos territoriais/aumento da reivindicação por novos territórios colocou para o Estado o desafio de lidar com o conjunto de novas reivindicações, reconhecendo as identidades indígenas emergentes e cumprindo com seu dever constitucional de demarcação de terras (2006).

Todas as políticas e legislações adotadas visaram sempre à integração dos indígenas à comunidade nacional. Essa integração sempre foi vista como uma necessidade e um bem para eles. No começo, para que saíssem ou deixassem seu estado de selvageria (século XVI ao XIX) e, depois, para que superassem seu estado de infantilidade (século XIX e XX). Essa ideia de que ser índio era uma condição transitória prevaleceu até recentemente no Brasil. Esse estudo demonstrou que a situação atual dos povos indígenas continua sendo amplamente determinada por sua experiência colonial e pelas formas que ela assumiu nos períodos subsequentes.

A história dos direitos indígenas revelou a continuidade de algumas práticas, dispositivos, discursos e valores, construídos ao longo desses 500 anos de relações entre índios e brancos. Além disso, revelou muitas ambiguidades e contradições, como, por exemplo, o reconhecimento dos direitos dos índios em relação às próprias terras e a garantia da proteção de suas especificidades culturais, sociais e políticas.

A escravidão, a expropriação e a tutela são formas enraizadas de violência contra os povos indígenas. A análise histórica dos direitos indígenas procurou demonstrar que, em uma dimensão interna, essas formas de violências são, ao mesmo tempo, a construção e o produto de relações sociais desiguais entre os grupos, controladas e regulamentadas pelos aparelhos legislativo, judiciário, administrativo e militar e pelas ideologias dominantes. Mas elas também podem ser relacionadas, em um contexto de sistema-mundo, a uma dimensão externa capaz de revelar as relações econômicas e políticas desiguais entre centro e periferia.

As duas dimensões, interna e externa, dessas violências não são independentes, já que uma funciona como um derivado ou uma legitimação da outra. De acordo com a teoria do sistema-mundo, o norte do planeta se afirma a partir do século XV como centro capaz de acumular riquezas e criar tecnologias, enquanto as zonas periféricas surgem como espaços a serem explorados, supridores de mão de obra e recursos naturais para os centros hegemônicos. Isso significou, entre outras determinações, a definição na América Latina de estruturas sociais em que a subordinação indígena aos interesses do poder colonial foi uma condição necessária para a acumulação sistêmica da riqueza na metrópole europeia.

Ou seja, o lugar dos povos indígenas no sistema-mundo foi desde cedo definido como um lugar de subordinação via escravidão e trabalho compulsório. Independentemente da diversidade e multiplicidade de suas histórias, os povos indígenas se viram atados pelo sistema-mundo e reduzidos à categoria genérica de “índios” por processos de distinção a partir de valorações culturais, biológicas e linguísticas que serviram para marcar a diferença entre índios e brancos. Além disso, na sua primeira fase, chamada de pré-industrial, o capitalismo histórico dependeu da incorporação de vastos espaços e ocasionou os primeiros genocídios.

Acrescenta-se a isso, o sistema de extermínio e de deslocamento forçado colocado em prática para o povoamento da colônia. O fator religioso também foi importante na subjugação dos povos indígenas, já que a justificativa era a conversão, ainda que, a finalidade da colonização fosse econômica. A ocupação e o povoamento do território que hoje chamamos de Brasil, deu início a um processo mais amplo de inserção dessa parte do globo à economia-mundo como periferia.

O Brasil colonial foi organizado como uma empresa, resultante da aliança entre burguesia mercantil (inclusive a holandesa) e a nobreza, orientada desde o início para a produção de mercadorias de alto valor para a Europa. A ocupação do território foi acompanhada pela formação de uma estrutura social baseada na escravidão de índios e negros. Enfim, a incorporação do Brasil ao sistema-mundo moderno, a partir do século XVI, implicou um ajuste social, econômico e político cuja violência foi inegável para os povos indígenas. Immanuel Wallerstein defendeu a tese que, desde sua origem no século XVI, o sistema-mundo produziu desigualdades estruturais entre as regiões de trocas comerciais, tendo sido a América Latina a primeira periferia da Europa.

Para a América Latina e o Caribe, a emergência do sistema-mundo moderno significou o início da primeira forma de domínio colonial europeu que criou as condições necessárias para aquilo que Aníbal Quijano chamou de colonialidade do poder. O século XVI configurou alguns aspectos do padrão de poder que influenciaria não apenas o comportamento social, político e econômico como também o cultural dos povos latino-americanos.

No século XIX este sistema continuou a apresentar algumas modificações nas nascentes repúblicas americanas. A ideia de modernização pressupunha um avanço racional de um modelo civilizatório que pretendeu a homogeneização de todos e trouxe consigo uma série etnocentrismos e estigmas culturais que só reforçaram os preconceitos raciais e sociais. A procura de homogeneidade nacional foi pensada como condição da legitimidade e da segurança do Estado-Nação em construção naquele momento e, em função dessa lógica, novas formas de violência contra os povos indígenas foram criadas. As políticas de homogeneização que

surgiram juntamente com o Estado-Nação são fundadas sobre uma violência que nega a diferença, a alteridade e impõem a integração forçada ao corpo nacional via religião, língua ou, mais amplamente, via cultura.

O sucesso dessas políticas é garantido pelos aparelhos de Estado que difundem e impõem línguas, religiões e modelos culturais. A formação do Estado Nacional foi acompanhada de um processo de classificação e hierarquização que deu corpo a um conjunto de estereótipos que continuam sendo reproduzidos na atualidade. Nesse processo, os povos indígenas permaneceram socialmente discriminados em função do estatuto social que receberam dentro da lógica das hierarquias que as elites descendentes dos colonos retomaram do período colonial.

A Constituição de 1988, ao estipular uma nova relação multicultural entre Estado e povos indígenas, determinou uma nova figuração para o Estado que corresponde a seu papel de conciliador da diversidade de interesses, individuais e coletivos, sem que este tenha abandonado o esquema unitário clássico. No desempenho desse papel de conciliador de interesses e com vistas a conservar sua unidade e autoridade, é que o Estado se vale de táticas políticas e jurídicas.

Nesse sentido, coadunando com Françoise Martinat, a política multiculturalista empreendida pelo Brasil no pós 1988 pode ser compreendida como uma “estratégia associativa” que corresponderia a um esforço de “re-legitimação” do Estado, ou seja, seria mais uma estratégia alternativa de reconstituição da unidade e da autoridade do Estado do que uma abertura do jogo político-jurídico para os povos indígenas. O Estado estaria, assim, atuando com vistas a sua modernização ao estabelecer os novos símbolos “da unidade na diversidade” e do multiculturalismo (2005).

A morosidade dos processos tem sido apontada como um dos principais problemas dos processos judiciais no Brasil. O problema não é exclusivo dos processos que tratam dos direitos indígenas à terra. Desde a redemocratização, houve um aumento contínuo dos números de processos. Uma das razões para essa morosidade é a quantidade de processos pendentes. O fim da duração excessiva do processo é um dos principais objetivos da Reforma Judiciária. No entanto, essa demora jurídica tem um efeito agravante sobre os processos judiciais a respeito dos conflitos demarcatórios. É que, em razão da situação especial de expulsão sucessiva dos indígenas de suas terras, os indígenas são vítimas de violentos confrontos e a demora nos processos de demarcação das terras indígenas tem levado a uma potencialização desses conflitos.

Desde a década de 1990, na época do Governo Collor, com o processo de descentralização da política indigenista oficial, tem se traduzido a ideia de autonomia por representação. Esse processo pode ser compreendido como uma tática política; trata-se de táticas de aliança e de delegação de poder ou de cogestão que têm, aliás, uma relação com o processo de descentralização do Estado característico do neoliberalismo.

Um exemplo disso é o do decreto nº 7.056, assinado em 28 de dezembro de 2009 com o objetivo de promover a reestruturação da FUNAI. Em 2010, o órgão indigenista oficial completava 100 anos de existência e, em um contexto agora de “autonomia”, o desafio posto para a FUNAI era como mudar sua estrutura e assegurar, dentro dessa estrutura transformada, participação indígena na administração da FUNAI e, em especial, na execução das políticas públicas (Silva, 2010b). Essa atribuição a alguns representantes indígenas de 316 funções administrativas aparece assim como uma tática de cooptação ou de institucionalização, que se dá no nível da representação das lideranças que ocupam cargos, não apenas na FUNAI, mas também nos diferentes ministérios encarregados da política indigenista. No entanto, o papel da liderança indígena nessa representação tem sido complicado. São lideranças que estão sendo “desmobilizadas”, “desautorizadas”, ou seja, sua competência e autoridade são delas retiradas (SILVA, 2010).

A institucionalização das lideranças indígenas nas instituições do Estado constitui um elemento essencial do multiculturalismo, que materializa a boa vontade do Estado em matéria de direitos indígenas (MARTINAT, 2005). Essa representação deveria ser propícia a uma melhor defesa dos interesses indígenas, mas a institucionalização não basta para fazer valer os direitos indígenas. Os indígenas pensavam que teriam um peso maior nas negociações relativas aos projetos econômicos que afetam seus territórios. No entanto, a institucionalização, embora seja um lugar de decisões políticas, impõe ao índio a sua lógica e um certo tipo de comportamento que se transforma numa fonte de lutas políticas permanentes, promovendo a divisão, a competição e a desintegração sociocultural. Chama a atenção como característica política fundamental dessa realidade político-jurídica a relação ambivalente marcada pela conflituosidade do Estado e da sociedade nacional para com os povos indígenas.

A ambivalência é caracterizada, por um lado, tanto pela dependência tolerante quanto por pretensões de autonomia por parte dos indígenas e, por outro lado, tanto pela assistência indigenista e pelo engajamento protetor como por pretensões de poder francamente impostas e declaradas por parte dos brasileiros nacionais. Explica-se assim, a atitude paternalista-protetorista do Estado brasileiro para com os povos indígenas em contraste com a rigorosidade

com que o mesmo Estado e a sociedade civil ignoram os indígenas, sempre que eles obstruem os supostos interesses nacionais (KAYSER, 2010).

O conflito de interesses na relação entre Estado, sociedade civil e povos indígenas é, em primeiro plano, de natureza econômica e posto pelas dinâmicas que derivam do funcionamento do sistema-mundo, como demonstrou o presente estudo. Diante da necessidade de inserção do Brasil no sistema-mundo, o Estado opta por políticas de desenvolvimento, prejudicando os processos de demarcação de terras indígenas, que ficam ainda mais complicados quando a localização dessas terras é estratégica.

A tendência tem sido a de colocar a lógica econômica à frente das reivindicações indígenas. E aqui a contradição fica ainda mais aparente: por um lado, o Estado reconhece e protege os direitos territoriais indígenas, mas, por outro lado, dita normas que garantem a promoção dos investimentos nacionais e internacionais em terras indígenas. Finalmente, ao examinarmos com mais cuidado o que aconteceu nos pós 1988, é possível verificar que as transformações advindas com as reformas neoliberais implantadas no Brasil, calcadas, sobretudo, no avanço do livre mercado, limitaram o alcance das políticas sociais. Fica a constatação dos efeitos sociais devastadores das políticas neoliberais (aumento da violência e da desigualdade) que nos leva a concordar com aquela continuidade - de que tanto falam os pensadores da teoria decolonial - que valida e perpetua um mecanismo de dominação e exploração, revelando que o sistema-mundo capitalismo global continua funcionando como uma máquina produtora de diferenciação.

As dificuldades de implementação dos direitos indígenas não decorrem apenas da ineficácia dos mecanismos de implementação dos direitos humanos e da insuficiência das ações das autoridades públicas. O que explica a brecha de implementação desses direitos é, também, sem dúvida, a desigualdade, cujas causas estão profundamente enraizadas na história e nas estruturas sociais da sociedade nacional, quais sejam, o racismo e a discriminação contra os povos indígenas.

O pensamento decolonial incita a reconsiderar hoje a complexidade deste mundo colonial e pós-colonial que se fez uno, mas cuja unidade continua sendo atravessada pelo espaço subversivo das diferenças, assim como por uma profunda desigualdade, por desequilíbrios flagrantes e por uma exploração incessante. Uma das preocupações mais importante do pensamento decolonial é a conexão entre a experiência colonial e a conceitualização da diferença. O pensamento decolonial contribuiu para uma melhor compreensão do encontro e contato entre povos diferentes, insistindo na assimetria do encontro.

O resultado desse contato, analisado a partir dos direitos indígenas hoje e à luz da teoria do sistema-mundo, nos leva a admitir que os indígenas ainda se encontram sob a influência das estruturas coloniais dotadas de suportes políticos e jurídicos importantes. A análise das conquistas constitucionais dos povos indígenas quando confrontadas com a situação real das comunidades leva a uma primeira constatação de que tais ganhos não foram capazes ainda de garantir-lhes uma maior inclusão no pacto social. Podemos então concluir que a inclusão dos povos indígenas na Constituição de 1988 não os fez sair completamente de sua condição anterior.

O reconhecimento constitucional dos povos indígenas não correspondeu ainda a uma efetiva transformação da realidade indígena e não constituiu uma medida suficiente para assegurar a emancipação social desses povos. Foi tão somente um primeiro passo, na medida em que possibilitou uma inclusão teórica e formal no contrato social, transformando os indígenas em sujeitos de direito. No entanto, depois da promulgação da Constituição Federal em 1988, a luta dos povos indígenas no Brasil tem sido constante para garantir que esses direitos sejam protegidos, respeitados e aplicados.

## REFERÊNCIAS

- ARROYO, Leonardo. **A carta de Pero Vaz de Caminha**. São Paulo, Melhoramentos, 1971.
- AWAD, Fahd. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. **Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 20, n. 1, p. 111-120, 2006.
- BARTH, Fredrik. 2000. **O Guru, o Iniciador e Outras Variações Antropológicas** (organização de Tomke Lask). Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria. 243 pp.
- BANIWA, G. dos S. L. **O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje**. Brasília: MEC/Secad/Museu Nacional/ UFRJ, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- BAUMAN, Z. **Collateral Damage: social inequalities in global age**. Cambridge, UK, Polite Press, 2013.
- BHABHA, Homi K. **O local da cultura**. Tradução de Myriam Ávila, Eliana L. de Lima Reis, Gláucia R. Gonçalves. Belo Horizonte: EdUFMG, 1998.
- BRASIL. **Constituição**. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm) >. Acesso em: 10 de novembro de 2020.
- \_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 10 de novembro de 2020.
- CAMBI, Eduardo; PADILHA, Elisângela. Reflexões sobre as dimensões da dignidade da pessoa humana. **Revista da Faculdade de Direito, RFD-UERJ**, Rio de Janeiro, n. 30, dez. 2016.
- CANDAU, Vera Maria. **Multiculturalismo e direitos humanos**, 2005. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/veracandau/multiculturalismo.html> Acesso em: 10 de novembro de 2020.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**. O longo Caminho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- CASTRO, Ana Lúcia de. (Org). **Cultura Contemporânea, Identidades e Sociabilidades: Olhares Sobre Corpo, Mídia e Novas Tecnologias**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010.



CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). **Caso “Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay”**. Fondo, Reparaciones y Costas (Serie C No. 214, 2010), 24 de agosto de 2010. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_214\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf). Acesso em: 11 dez. 2020.

\_\_\_\_\_. Caso **“Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina”**. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 06 de febrero de 2020. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_400\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_400_esp.pdf). Acesso em: 27 dez. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm). Acesso em: 10 jun. 2020.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Política Indigenista no Século XIX. História dos Índios no Brasil**. Org. Manuela Carneiro da Cunha. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura, 1992.

COLOMBO, Cristovão. **Diários da descoberta da América: as quatro viagens e o testamento**. Tradução de Milton Persson. Porto Alegre: LePM, 1998. CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio: ensaios e documentos**. São Paulo: Editora Brasiliense: 1987.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa, 1961.

DAMAZIO, Eloise Peter. **Colonialidade e decolonialidade da (anthropo)logia jurídica: da uni-versalidade a pluri-versalidade epistêmica**. Tese de doutorado, apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC, 2011.

ESTATUTO DO ÍNDIO. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 dez. 1973. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm). Acesso em: 10 de novembro de 2020.

FATURI, Fábio Rosa. **Cidadania: Da Reflexão à Prática**. Contribuições do Ensino de História. Dissertação de Mestrado do curso de História da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2018.

FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. Os direitos da personalidade como direitos essenciais e a subjetividade do direito. **Revista Jurídica Cesumar** – Mestrado, v. 6, n.1, 2006. Disponível em: <https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/313>. Acesso em: 15 mai. 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução Alexandre Salim et al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERREIRA, Gabriela Kilson. **Direito ao nome e a tutela da dignidade humana: Uma análise comparada com o código civil português**. Monografia de Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. 2018

FRIAS, Lincoln; LOPES, Nairo. Considerações sobre o conceito de dignidade humana. **Revista de direito GV**, vol.11, nº. 2, São Paulo, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/1808-2432201528>. Acesso em: 10 de novembro de 2020.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. **Quais os critérios utilizados para a definição de indígena?** Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16001.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16001.htm) Acesso em: 10 de novembro de 2020.

\_\_\_\_\_. **Modalidades de terras indígenas.** Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16001.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16001.htm) Acesso em: 10 de novembro de 2020.

\_\_\_\_\_. **Quem são.** Disponível em: < <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-nobrasil/quem-sao> > Acesso em: 10 de novembro de 2020.

\_\_\_\_\_. **Terras indígenas: o que é?** Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/demarcacao-de-terras-indigenas?limitstart=0#>. Acesso em: 10 de novembro de 2020.

\_\_\_\_\_. **Por que demarcar?** Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16001.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16001.htm). Acesso em: 10 de novembro de 2020.

\_\_\_\_\_. **Quem somos?** Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/quem-somos> . Acesso em: 02 nov. 2016.

GOMES, Nilma Lino, Trajetórias escolares, corpo negro e cabelo crespo: reprodução de estereótipos ou resignificação cultural? **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro: ANPEd; Campinas: Autores Associados, n. 21, p. 40-51, 2002.

GUIRAU, Kárine Michele. SILVA, Carolina Rocha. **Povos Indígenas no espaço urbano e políticas públicas.** 2013, p.7-8. Disponível em [www.fclar.unesp.br](http://www.fclar.unesp.br) Acesso em: 10 de novembro de 2020.

IBGE. Disponível em: [https://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena\\_censo2010.pdf](https://www.ibge.gov.br/indigenas/indigena_censo2010.pdf) . Acesso em: 10 de novembro de 2020.

SILVA JUNIOR, Airton Ribeiro da. Representações dos Povos Indígenas em Francisco de Vitória e as Origens Etnocêntricas do Direito Internacional Moderno. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 80, p. 151-178, dez. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/seq/n80/2177-7055-seq-80-151.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2020.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos costumes.** Tradução com textos adicionais e notas de Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2003.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** Tradução: Clélia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2013.

MAGALHÃES, José Luiz de; SANTOS, Reinaldo Silva Pimentel. **Artigo Comunidades tradicionais, plurinacionalidade e democracia étnica e cultural.** Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/14141/comunidades-tradicionais-plurinacionalidade-edemocracia-etnica-e-cultural/3>. Acesso em: 10 de novembro de 2020.

MELATTI, Julio César. **Índios do Brasil.** São Paulo: EDUSP, 2014.

MELO NETO, Francisco Paulo; FROES, Cesar Quintão. **Empreendedorismo social: a transição para a sociedade sustentável**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2002.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

NASCIMENTO, Adir Casaro. VIEIRA, Carlos Magno Naglis. O Índio e o Espaço Urbano: Breves Considerações Sobre o Contexto Indígena na Cidade. **Cordis**. História: Cidade, Esporte e Lazer, São Paulo, n. 14, p. 118-136, jan./jun. 2015. ISSN 2176-4174.

NADAI, Elza; NEVES, Joana. **História do Brasil**, São Paulo: Editora Saraiva, 1995.

OLIVEIRA, Elismênnia Aparecida; PINTO, Joana Plaza. Linguajamentos e contrahegemonias epistêmicas sobre linguagem em produções escritas indígenas In: **Linguagem em (Dis)curso**, Tubarão, Santa Catarina, v. 11, n. 2, maio/ago. 2011, p. 311-335.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 02 de maio de 2020.

PENA, Isabela Leitão Paes. **Mínimo Existencial, Reserva do Possível e Direito Fundamental à Saúde**. Dissertação de Pós-Graduação em Direito. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2011.

PELLUCHON, Corine. **Éléments pour une éthique de la vulnérabilité: les hommes, les animaux, la nature**. Paris: Les éditions du cerf, 2011.

PIGATTO, Lisete Maria Massulini. THESING, Neandro Vieira. A Cidadania Indígena no Processo Inclusivo. **FADIMA: 14º Semana Acadêmica da Fadima – Direito e Ciências Contábeis**, 2017.

QUERMES, Paulo Afonso de Araújo. CARVALHO, Jucelina. Os impactos dos benefícios assistenciais para os povos indígenas: estudo de caso em Aldeias Guaranis. **Revista de Serviço Social**, n.116, São Paulo, Out./Dec., 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0101-66282013000400010> Acesso em: 10 de novembro de 2020.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ROCHA, Diogo F. da.; PORTO, Marcelo Firpo S. **A vulnerabilização dos povos indígenas frente ao COVID-19: autoritarismo político e a economia predatória do garimpo e da mineração como expressão de um colonialismo persistente**. Relatório FIOCRUZ, 2020.

SALES, Luiza Ribeiro. **A questão indígena no Brasil e as suas políticas públicas**. Monografia de Graduação em Ciências Humanas pela Universidade Federal de Juiz de Fora – MG. 2017.

SANTOS LUCIANO, Gersem dos. **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://unesdoc.unesco.org/images/0015/001545/154565por.pdf> Acesso em: 10 de novembro de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao art. 1º, III. In: CANOTILHO, José Joaquim G. et al. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Crise e desafios da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 375-414.

SCHNEIDER, Giselda Siqueira da Silva; NETO, Francisco Quintanilla Verás. **A (In)Visibilidade dos direitos indígenas nos grandes centros urbanos**: um olhar sobre os indígenas na cidade de Porto Alegre. 1º Colóquio Internacional de História Cultural da Cidade Sandra Jatahy Pesavento. Porto Alegre, 9 a 11 de março de 2015.

SILVA, Elisângela Cardoso de Araújo. Povos indígenas e o direito à terra na realidade brasileira. **Serv. Soc. Soc.** no.133 São Paulo Sept./Dec. 2018 Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0101-6628.155> Acesso em: 10 de novembro de 2020.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo, Malheiros. 2005.

SILVEIRA, Thais Elisa Silva da. **Identidades (in)visíveis**: indígenas em contexto urbano e ensino de história na região metropolitana do Rio de Janeiro. Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em História da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016.

STAVENHAGEN, Rodolfo. Educação para um mundo multicultural. In: DELORS, Jacques. **Educação**: um tesouro a descobrir. Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre a Educação para o século XXI. São Paulo: Cortez/UNESCO, 1997. Disponível em: [http://dhnet.org.br/dados/relatorios/a\\_pdf/r\\_unesco\\_educ\\_tesouro\\_descobrir.pdf](http://dhnet.org.br/dados/relatorios/a_pdf/r_unesco_educ_tesouro_descobrir.pdf). Acesso em 10 out. 2020.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalism and the politics of recognition**. Princeton: PUP, 1992.

TEIXEIRA, João Paulo Allain; SPAREMBERGER, Raquel. Neoconstitucionalismo Europeu e Novo Constitucionalismo Latino-Americano: Um Diálogo Possível? **Revista Brasileira de Sociologia do Direito**, v. 3, n. 1, jan./abr. 2016, p. 52-70. Disponível em: <http://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/31/70>. Acesso em: 20 dez. 2020.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, jul./set. 1989, pág. 29-49. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113/44271>. Acesso em 10 nov. 2020.

TREVISAN, Amarildo Luiz; TOMAZETTI, Elisete M. (Orgs). **Cultura e Alteridade: Confluências**. Ijuí, Rio Grande do Sul, 2006.

VITÓRIA, Francisco de. **Os índios e o direito da guerra**. Ijuí: Unijuí, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico y constitucionalismo brasileño**.

Disponível em: <http://www.ibcperu.org/doc/isis/12598.pdf>.2013. Acesso em: 10 de novembro de 2020.

WENCZENOVICZ, Thaís Janaina. BAEZ, Narciso Leandro Xavier. Direitos fundamentais, educação indígena e identidade emancipatória: reflexões acerca de ações afirmativas no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, 12(2): 95-107, jul.-dez. 2016 - ISSN 2238-0604.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis; QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. A inviolabilidade da pessoa humana e o direito geral da personalidade. **Revista Direito UNIFACS**, nº 243, 1-24, set./2020 –ISSN 1808-4435. Disponível em:

<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6922/4182>. Acesso em 22 de dezembro de 2020.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér. **A crise do direito liberal na pós-modernidade**. Porto Alegre: Editora Safe, 2006.