

TEMPOS DA HISTÓRIA NO DIREITO E A ALTERIDADE INDÍGENA COMO BISAGRA

TIMING OF HISTORY AT LAW AND THE INDIGENOUS OTHERNESS AS A HINGE

Camilla de Freitas Macedo

Graduada em Direito com menção de excelência pela Universidad del País Vasco (Espanha). Máster em História, com prêmio à melhor aluna de sua promoção no programa “Europa y el Mundo Atlántico: Poder, Cultura y Sociedad”, pela mesma Universidade. Atualmente, Doutoranda contratada na Universidad del País Vasco; Bolsista do Gobierno Vasco; e parte do Projeto de Investigação HICOES VI (DER2014-56291-C3-2-P).
E-mail: camilla.defreitas@ehu.eus.

Recebido em: 21/09/2018

Aprovado em: 17/12/2018

RESUMO: A Constituição de 1988, consoante com a evolução da normativa internacional relativa aos direitos indígenas, é considerada como paradigmática por modificar a temporalidade destes direitos, dado que abandonava o integracionismo ilustrado e concebia os povos indígenas como comunidades com direito ao futuro. Sob a ótica interdisciplinar dos debates acadêmicos da história e do direito dos últimos cinquenta anos, neste artigo analisamos dois casos nos quais o tempo se converteu em objeto de litígio na jurisprudência brasileira: em primeiro lugar, a reivindicação pela União do terreno de antigos aldeamentos em São Paulo, e em segundo, a reivindicação atual de demarcação das terras indígenas pelos seus ocupantes. A discussão jurídica sobre a temporalidade da categoria jurídica de “ocupação tradicional” acaba por postular, em última instância, as limitações do pluralismo preambulado na Constituição de 1988.

Palavras-chave: Temporalidade, Territorialidade, Direitos indígenas

ABSTRACT: The Brazilian Constitution of 1988, attending the international regulation of indigenous peoples' rights, is considered to be paradigmatic since it modified the temporality of such rights. It abandoned, finally, the illustrated integrationism, and conceived indigenous peoples as communities with the right to a future. Considering the interdisciplinarity of academic debate at history and law during the last fifty years, at this paper we analyse two order of trials at which “timing” became an object of litigation at Brazilian jurisprudence: firstly, the Federal claim for the lands occupied by indigenous peoples in the past at the territory of São Paulo; and secondly, the current indigenous' claim for the demarcation of the land they actually occupy. The juridical argument concerning the temporality of the constitutional category of “lands traditionally occupied” finally reflects the limits of the pluralism that is headed at the Brazilian Federal Constitution.

Key words: Temporality, Territoriality; Indigenous rights

SUMÁRIO: Introdução: historiografia e a noção de dívidas históricas; 1. O Direito indigenista no século XX; 2. O Direito como mecanismo de reparação; 3. O ‘tempo’ na jurisprudência indigenista; A. O índio entre parêntesis; B. O índio na linha de frente; Considerações finais: Quando há

mudança de paradigma?; Referências bibliográficas; Normativa consultada; Jurisprudência consultada.

INTRODUÇÃO: HISTORIOGRAFIA E A NOÇÃO DE DÍVIDAS HISTÓRICAS

Nas últimas décadas os fenômenos de globalização que identificamos como próprios do nosso século vêm desembocando na proliferação de estudos relativos ao contato entre culturas e as possibilidades jurídicas da utilização de um paradigma da igualdade em sociedades conformadas por indivíduos de diferentes contextos culturais. Os grupos sociais tradicionalmente excluídos do paradigma tradicional da igualdade – que estava enraizado nas ideias da ilustração e que alcançaram sua plenitude na modernidade jurídica – vinham denunciando constantemente as falhas desse falso universalismo, e seus reclamos vêm sendo abertamente frutíferos desde o último quarto do século passado (ALVAREZ, 2010). Especialmente intensificados com a chegada dos debates pós-modernos e pós-coloniais, a pressão das minorias acabou por questionar, entre outras perspectivas, a relação do ser humano com o tempo histórico. É uma das questões que vêm sendo levantadas, por exemplo, pelos estudos sobre as sociedades pós-coloniais, com os chamados Estudos Subalternos. Dentre estes, um autor significativo é Dipesh CHAKRABARTY, que em seu famoso *Provincializing Europe* (2008), destaca o papel que a perspectiva histórica acaba cumprindo de separar o passado do presente, e, em certa medida, de separar uma versão do passado dotada de importância (o que ele chama de História 1), de outras versões consideradas como meras distopias (História(s) 2). Para Chakrabarty, para além de se reconhecer a simultaneidade das Histórias 2 na construção da História 1, também é preciso reconhecer a simultaneidade existente entre a narração histórica, como narração do passado, e o presente, como momento de produção da narração. Essa relação faz com que o relato histórico se mova em zig-zag entre passado, presente e futuro. Essa linha de estudos questiona, fundamentalmente, a periodização que acompanha o estudo tradicional da história, pois esta acaba por situar no passado – e portanto numa ordem secundária de importância – problemáticas que visivelmente seguem vivas no presente.

De forma que, se por um lado a exclusão experimentada de forma acentuada por alguns grupos concretos – especialmente os coletivos excluídos em função da raça e gênero – somente podia ser explicada com recurso ao estudo histórico, por outro lado as premissas tradicionais do estudo histórico, como o distanciamento do passado e o uso de noções como presentismo ou anacronismo acabavam por impedir uma conexão entre o passado e o presente que fosse convincente para os grupos que seguiam sofrendo as consequências das relações de dominação (BEVERNAGE, 2008; CAVANAGH, 2012).

Porém a partir dos anos 70, depois das desastrosas guerras que afetaram o mundo identificado como o ocidente, chegou o momento de fazer um balanço das consequências do paradigma do progresso. A história deixou de ser vista por muitos como o estudo do que já passou, porque ficava cada vez mais patente que o futuro não era necessariamente o espaço do progresso ou da melhora na qualidade de vida dos indivíduos. A lembrança recente dos genocídios, terrorismos de Estado e crimes em massa acabou por questionar a relação entre o passado e o presente, pois as sequelas daquele neste desfocavam essas fronteiras (MUDROVICIC, 2013, p. 23-28)¹.

Em muitos casos, a reivindicação dessa continuidade entre passado e presente foi resultado da proliferação de estudos da história recente. Porém, especialmente a partir da história indígena e indigenista, a conexão entre um passado de dominação e um presente de opressão só pode ser feita partindo de períodos históricos muito anteriores. O estudo das histórias indígenas a partir do século XVI acaba por mostrar que, para além das inúmeras particularidades locais,

¹ Sobre a identificação destas circunstâncias e seu peso sobre os giros historiográficos no espaço brasileiro, ver LINHARES (1995).

existem também muitas continuidades sociais, jurídicas, ou econômicas vinculadas à dominação colonial e que acabam por converter uma vez mais o passado, inclusive aquele aparentemente remoto, em matéria viva do presente (CAVANAGH, 2012; CLAVERO, 2002).

Isso explica que a luta pelos direitos indígenas esteve sempre diretamente conectada com o estudo histórico, e os estudos acadêmicos de historiadores e antropólogos acabaram por servir também como instrumento jurídico. Consequentemente, os trabalhos históricos sobre a situação indígena acabam por expressar posicionamentos jurídicos, relacionados com reivindicações atuais das comunidades indígenas, e deixam, portanto, de ser meras crônicas da dominação para indagar especialmente sobre o caráter estrutural (e não meramente acidental) da ocupação das terras indígenas².

O objetivo desta pesquisa é traçar a linha que vem modelando a definição constitucional de “ocupação tradicional das terras indígenas”. Tendo como conceito-chave a variável “tempo” na construção jurídica do caráter tradicional da ocupação das terras indígenas, neste estudo resumimos dois cenários de argumentação do Supremo Tribunal Federal que são complementários: em primeiro lugar, a reivindicação pela União do terreno de antigos aldeamentos em São Paulo; e em segundo, a reivindicação atual de demarcação das terras pelos indígenas que nelas habitam.

Para cada cenário, valemo-nos de uma decisão judicial que serve como fio condutor do argumento. No primeiro caso, trata-se da sentença ditada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região (São Paulo) que abriu o debate sobre o tempo como elemento definidor do caráter tradicional das terras indígenas no marco da Constituição de 1988, assim como as decisões posteriores do STF relativas ao tema, que culminaram na súmula 650. Para o segundo caso, valemo-nos especialmente da sentença sobre a demarcação da Reserva Raposa Serra do Sol em Roraima (2009), dado o peso dessa decisão nos processos posteriores de demarcação das terras indígenas.

1. O DIREITO INDIGENISTA NO SÉCULO XX

Outra faceta do momento histórico que impulsionou (ou vem impulsionando) as mudanças de paradigma historiográfico é a faceta jurídica. Precisamente o direito, como campo intrinsecamente relacionado com o presente apresenta-se como terreno ideal para discutir a reparação efetiva e atual dos excluídos.

Se fizermos um breve resumo do desenvolvimento do direito internacional público durante o último século, nós encontramos durante as primeiras décadas do século XX a passagem de um cenário de mera coexistência entre Estados para o que se conhece como a cooperação entre Estados. Esta passagem se plasmou na criação de organismos internacionais e a contínua celebração de Convênios e Tratados sobre matérias que entendiam ser de interesse comum. Entre estas matérias estava, naturalmente, a questão indígena. Depois de um século XIX marcado pelo

² O geógrafo marxista David HARVEY (2003, p. 111-121) utiliza as propostas de Rosa Luxemburgo para sugerir a substituição do termo marxista “ocupação primitiva” ou “originária” pela ideia de “acumulação por despossessão”. Harvey observa, neste sentido, que todas as características da acumulação primitiva estudadas por Marx seguem poderosamente presentes na geografia histórica do capitalismo até a atualidade, razão pela qual convém desprender-se da ideia de que se trata meramente de uma via aberta inicial do sistema, que posteriormente fecha-se e sobrevive como sistema fechado. Tal e como destacara Rosa Luxemburgo, Harvey entende que o capitalismo necessita integrar continuamente elementos de fora (alteridade), para estabilizar-se. Entre esses “outros” que não deixam de ser incorporados ao sistema – o que se faz com a necessária conviência dos Estados – estariam as terras comunitárias, assim como as formas alternativas de produção e consumo, como é o caso dos povos tradicionais indígenas.

As palavras do antropólogo australiano Patrick Wolfe resumem esta ideia da seguinte maneira: “Settler colonies were (are) premised on the elimination of native societies. The split tensing reflects a determinate feature of settler colonization. The colonizers come to stay — *invasion is a structure not an event*. In contrast, for all the hollow formality of decolonization [elsewhere across the colonial world], at least the legislators generally change colour”. Citado por CAVANAGH, E. (*op. cit.*, pg. 19, grifos nossos); esta ideia do caráter estrutural das invasões, e portanto da continuidade dos colonialismos na história indigenista e no presente indígena é a tônica geral deste artigo.

princípio da igualdade formal (que em linhas gerais reconhecia poucas variáveis de cidadãos constitucionais), a entrada no século XX voltou a testemunhar o reconhecimento das particularidades étnicas indígenas, ainda que numa tônica geral de "retorno ao passado".

No contexto da Sociedade das Nações, surgida em 1919, o jurista Alpheus Henry Snow em seu informe sobre o estatuto jurídico dos indígenas, recuperou abertamente a ideia de que estes eram menores submetidos à tutela do Estado, cuja posição emergia na de um pai, patrão e tutor³. Desta maneira, Snow entendia que o Estado, como representante da civilização, deveria ser o encarregado da educação dos povos indígenas em cumprimento de um dever de formar o pupilo, assim como teria, por outro lado, liberdade na disposição das terras e bens ocupados pelo pupilo, no entendimento de que este era incapaz de velar pelos seus próprios interesses ou pelos da nação. A Sociedade das Nações surgiu num contexto colonialista, estando conformada essencialmente, além do mais, por Estados colonialistas. Isso explica que em nenhum momento se pensou na possibilidade de escutar diretamente as demandas indígenas ou, simplesmente, de reconhecer personalidade jurídica internacional aos povos aborígenes (CLAVERO, 1994, p. 53-59). No Brasil, o Código Civil de 1916 definiu os silvícolas como sujeitos com incapacidade relativa para certos atos da vida civil (BRASIL, 1916, art. 6), submetidos à tutela do Serviço de Proteção do Índio (SPI), instituído em 1910. Alguns anos antes, e sem deixar de notar e marcar diferenças com o contexto estadunidense, o brasileiro João Mendes Júnior havia desenvolvido a sua exitosa teoria brasileira do *indigenato* sobre a base do Alvará de 1º de Abril de 1680, que ao reconhecer os indígenas estabelecidos como primários e naturais senhores das terras que ocupassem, converteu o direito indígena sobre as terras em direito congênito, baseado na presunção de ocupação primária que, portanto, não necessitava de legitimação posterior. Ele observava igualmente que a submissão dos indígenas à condição de órfãos em 1831 (o que os impedia de alienar as suas terras sem assistência) não tinha como objetivo desapossar os nativos, mas sim evitar que fossem dolosamente enganados (MENDES JÚNIOR, 1912, p. 59-60). Na posterior Constituição de 1934, reconheceu-se aos silvícolas a posse das terras por eles ocupadas, ficando vedada a possibilidade de aliená-las (BRASIL, 1934, art. 129). O paradigma, em qualquer caso, continuava sendo aquele surgido desde a ilustração que, inspirada pela noção de *civilização* como estágio ideal da sociabilidade, pensava o indígena como num momento transitório em direção a essa civilização. Com a equiparação do seu estatuto jurídico ao dos menores, o caminho rumo à civilização era traduzido pela metáfora direta da emancipação jurídica. Previa-se, dessa maneira, que o regime de tutela seria graduado em função da sua adaptação à comunhão nacional. A ideia era, em definitiva, a da incorporação dos indígenas à sociedade hegemônica, com o conseguinte abandono de suas próprias formas de vida (LIMA, 1998, p. 155-174).

Com o final da Segunda Guerra Mundial, a criação da Organização das Nações Unidas em 1945 pretendia responder aos futuros problemas de segurança e paz internacional. A ONU continuava (e continua) sendo uma organização de Estados, porém desta vez a adesão de uma maior quantidade de Estados independentes ampliou o debate sobre a (des)colonização. Também é certo que a definição do termo *colônia*, ao adotar, entre outros aspectos, um critério de separação geográfica, relegou a questão indígena, uma vez mais, a uma questão interna dos Estados⁴. Suas reivindicações comunitárias, igualmente, ficavam excluídas do âmbito inicial de Direitos Humanos

³ O Departamento de Estado dos Estados Unidos encarregou a Alpheus Snow a tarefa de coletar, organizar e, dado o caso, de editar as obras de autoridades e documentos relacionados ao tema "Aborigines in the Law and Practice of Nations". Segundo argumenta em seu prefácio, ao não encontrar tratados sobre a matéria nem capítulos específicos em obras de direito internacional ou colonial que servissem de modelo, o autor escreve a obra citada organizando a doutrina e documentos segundo seus próprios critérios (SNOW, 1919).

⁴ O contexto era a identificação dos povos reconhecidos com o direito de livre determinação reconhecido no artigo 73 da Carta das Nações Unidas. Os critérios para a identificação foram estabelecidos pela ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS no Princípio V dos *Principios que deben servir de guía a los Estados Miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso e del Artículo 73 de la Carta* (Resolução 1541 (XV), 1960).

reconhecidos na Declaração de 1948, que ao reconhecer direitos somente aos indivíduos, omitia a dimensão conjunta da exclusão nos territórios colonizados. A questão indígena, como se viu na Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1957), parecia seguir sendo simplesmente uma questão de integração na sociedade nacional com um paulatino abandono das formas diferenciadas de vida (art. 2.1).

Paralelamente, o reconhecimento do direito à livre determinação dos povos foi consolidando-se como um dos princípios estruturais do Direito Internacional Público a partir da Carta de Direitos das Nações Unidas, e com as posteriores resoluções da Assembleia Geral que reforçaram o seu valor de norma de obrigado cumprimento, ou *jus cogens*. Porém, o critério de separação geográfica para a identificação dos "povos" chamados a exercer a autodeterminação foi um dos empecilhos iniciais para que os povos indígenas fossem investidos com este direito⁵. Estes eram reconhecidos como minorias nacionais, na medida em que não compartilhavam nem a forma de vida, nem a cultura, nem os valores constitucionalmente predicados à população em geral – ou seja, para aquela população que se enquadrava na lógica da igualdade formal e individual das Constituições e da Carta de Direitos (CLAVERO, 1994, p. 66-74).

Não obstante, uma constante e contínua pressão, cada vez mais articulada, dos grupos indígenas ao redor do mundo para reivindicar os seus direitos se traduziu na criação, em 1982, de um Grupo de Trabalho sobre Povos Indígenas no Conselho Econômico e Social das Nações Unidas⁶. Alguns anos mais tarde, em 1989, foi aprovada a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1989; BRASIL, 2004), que reformou a Convenção 107 e a substituiu para os países que a ratificaram, abandonou pela primeira vez a noção de transitoriedade da condição indígena, abdicando da ideia de integração ao regular sobre suas particularidades. Em outras palavras, pela primeira vez a “questão indígena” deixava de ser uma questão de mera tutela, para passar paulatinamente a constituir uma questão de reconhecimento. Por primeira vez, igualmente, a palavra *povos* foi usada para definir os grupos indígenas diretamente chamados a proteger o seu território e cultura. O conceito foi utilizado com precaução. Reza o artigo 1.3 que “A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional”. Ainda assim, o uso deste termo refletia a pressão das comunidades indígenas no sentido de ser reconhecidas com autonomia para gerir os seus recursos e para exercer com liberdade as suas práticas culturais⁷, pois era nestes termos que se estava negociando, no âmbito da

⁵ Como se verá a continuação, atualmente as comunidades indígenas são reconhecidas como *povos* na normativa internacional. Isso se deve a que o direito de autodeterminação dos povos se consolidou primeiramente no contexto da descolonização, significando, entre outras coisas, o direito de separação política dos poderes administradores. Porém, atualmente entende-se que o termo contém duas facetas diferenciadas: a autodeterminação externa e a interna. No primeiro caso, falamos da concepção inicial do direito de autodeterminação, que garantiria o direito à independência política de territórios subordinados arbitrariamente. A autodeterminação interna, por contrapartida, reflete um período posterior à descolonização no cenário internacional, e entende-se como a garantia de certas formas de autonomia aos grupos étnicos e culturalmente diferenciados no marco interno dos Estados. É neste segundo caso, que os grupos indígenas serão reconhecidos como povos titulares do direito à autodeterminação (BIAZI, 2015, p. 191).

Porém, a diferenciação entre autodeterminação interna e externa é problemática no direito internacional, pois além de não estar recolhida expressamente nos tratados internacionais, é rechaçada por alguns povos indígenas. Em seu voto sobre o caso *Raposa Serra do Sol*, sobre o qual falaremos mais adiante, o ministro Menezes Direito anota o fato de que Estados como Estados Unidos, Austrália, Nova Zelândia ou Canadá, apesar de haver participado ativamente nos trabalhos de elaboração, se recusaram a votar favoravelmente à Declaração de Direitos dos Povos Indígenas (AG, 2007) precisamente por faltar nesta uma distinção clara entre ambos conceitos (Pet 3388/RR, pgs. 397-398).

⁶ <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-es/historia.html>

⁷ Sobre o contexto de elaboração desta Convenção Peter LARSEN (2016) ressalta que a sua linguagem específica foi resultado de um contexto de pressão dos movimentos indígenas, organizações de apoio e os foros criados no seio das Nações Unidas para elaborar uma declaração dos direitos indígenas. O autor, porém, não deixa de anotar que o acusado pecado original da Convenção foi não ter permitido a participação indígena na sua elaboração. Ver ao respeito, também, (CLAVERO, 1994, p. 75-85).

ONU, a Declaração de Direitos dos Povos Indígenas, que seria finalmente aprovada pela Assembleia Geral em 2007.

Para além do direito internacional, também a regulação a escala nacional experimentou mudanças a partir da década de setenta do século passado. Na esteira das políticas multiculturalistas iniciadas nos Estados norte-americanos, a maioria dos Estados latino-americanos começaram a reconhecer a pluralidade étnica e cultural das suas populações, renunciando às noções transicionais de assimilação a um modelo único de cidadania constitucional. Alguns deles começaram a referir-se expressamente a *povos indígenas*, reconhecendo direitos coletivos à terra ou autonomia jurisdicional em matéria civil e penal⁸.

Esta onda de reconhecimentos de direitos aos povos indígenas foi especialmente intensa precisamente nos territórios da América Latina, muitos dos quais votaram a favor da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Assembleia Geral em 2007. Nesta declaração é reconhecido o direito de autodeterminação dos povos indígenas, entendido como a liberdade de determinar livremente sua condição política e buscar livremente o seu desenvolvimento econômico, social e cultural (art. 3), assim como a autonomia ou autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais, dispondo dos meios para financiar suas funções autônomas (art. 4). Em 2016, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, parte da Organização de Estados Americanos, aprovou a Declaração Americana de Direitos dos Povos Indígenas, com estipulações similares (AG-OEA, 2016)⁹. Esses reconhecimentos, ainda que muito tímidos e com muitos obstáculos para sua efetivação na prática, refletiriam por outro lado o início de uma mudança de paradigma que não afetou somente o âmbito historiográfico, mas que teriam começado a questionar também os paradigmas jurídicos.

Para a doutrina jurídica brasileira, essa mudança de paradigma chegou com a Constituição de 1988, que reconheceu a pluralidade étnica e cultural da sociedade nacional, enfatizando no valor dessa diversidade para a identidade da nação e reconhecendo mecanismos jurídicos destinados a proteger os coletivos culturalmente diferenciados da cultura hegemônica (artigo 215.1º CF). Entre algumas outras premissas gerais, a materialização dessa proteção se articula no texto constitucional mediante o reconhecimento do direito ao uso e desfrute da terra tradicionalmente ocupada pelos indígenas, a título de *direitos originários* (art. 231CF).

2. O DIREITO COMO MECANISMO DE REPARAÇÃO

A afirmação de que há mudanças de paradigma implica, naturalmente, a atividade de introspecção da cultura hegemônica de pensar sobre si mesma para identificar aqueles elementos que caracterizam o paradigma supostamente superado. Como já dissemos, uma parte importante dessa atividade de repensar-se é um resultado das críticas articuladas pelos grupos tradicionalmente excluídos do paradigma tradicional, que em definitiva relativizavam os conceitos naturalizados pelo universalismo ilustrado (especialmente a noção de *civilização*). O exercício de pensar-se implica, portanto, o exercício de historiar-se¹⁰.

⁸ As constituições mexicana e boliviana, por exemplo, reconhecem expressamente o direito de autodeterminação aos povos indígenas, entendendo como tal o direito à autonomia e ao autogoverno. Muitas outras constituições latino-americanas utilizam o termo “povos” para referir-se aos povos indígenas (AGUILAR, G., et al., 2010, pp. 47-54; e em resumo esquemático nas pp. 92-93).

⁹ Bartolomé CLAVERO (2016) fez uma comparativa entre ambas declarações advertindo que, a pesar das similaridades, a Declaração Americana trata-se de uma correção da Declaração das Nações Unidas em termos restritivos, limitando a extensão do direito de livre determinação, a possibilidade de restituição pelos danos materiais produzidos em seus territórios e recursos naturais e propondo premissas de pluriculturalidade que poderiam, em último termo, significar a assimilação.

¹⁰ É o que Bartolomé CLAVERO (2002, p. 61) chama de *autoantropologia*, em referência aos trabalhos acadêmicos sobre o mundo indígena realizados por indivíduos que se consideram parte desses grupos. Para Clavero, esta ordem de

Neste sentido, a mudança de paradigma da Constituição de 1988 seria resultado da renúncia a uma noção unitária da identidade nacional através do reconhecimento da sua pluralidade (Preâmbulo). Como já foi dito, isso se traduziu no reconhecimento de direitos específicos aos coletivos específicos em função da sua exclusão histórica: a saber, os indígenas e os afrodescendentes¹¹. Consequentemente, a identificação da diferença e o consequente reconhecimento dos sujeitos desses mecanismos de reparação na prática, acabam impondo a necessidade de trazer o estudo histórico para a arena do direito.

Em matéria indigenista, especialmente, essa mudança de paradigma se traduz, não no reconhecimento de direitos específicos, pois essa foi uma premissa que se manteve estável – a pesar de inabordáveis nuances – desde o período colonial. A ruptura mais destacável foi, pelo contrário, a ruptura com o paradigma da integração instaurado definitivamente desde o período pombalino (com o seu conhecido *Directorio dos Índios*), segundo o qual os direitos específicos eram apenas uma via transitória da qual se poderia prescindir uma vez que os seus destinatários fossem integrados na “massa geral da população”, segundo expressão recorrente durante o século XIX. A chamada Constituição cidadã seria uma conquista, portanto, porque não submetia os direitos indígenas a um processo de integração nacional, senão que reconhece a estes coletivos o direito de existir e de permanecer existindo segundo seus próprios usos, costumes e tradições. Durante o processo de reconhecimento, os pareceres de especialistas (historiadores, antropólogos, geógrafos, juristas e outros) configuram-se como elementos imprescindíveis para a prova do caráter tradicional da ocupação das terras, caráter que culmina no reconhecimento do direito de usufruto sobre essas terras ocupadas, sendo a propriedade reconhecida à União. Samuel Barbosa descreve essa instrumentalização da história como uso para a prova dos fatos, distinguindo-a do uso como interpretação de direitos. No primeiro caso, que é o mais extensamente presente na atualidade jurídica brasileira, os pareceres dos historiadores são utilizados como documentos administrativos e judiciais de prova do caráter tradicional da ocupação indígena do território, único suposto de ocupação constitucionalmente protegido. No segundo caso, o estudo da história, em diálogo com a crítica indígena aos paradigmas tradicionais do mundo “ocidental”, serviria como instrumento de introspecção, e seria o único capaz de sustentar adequadamente a ideia de mudança de paradigma no conhecimento jurídico (BARBOSA, 2018).

Sobre esta base, vejamos a continuação um exemplo prático da utilização da história como prova, e refletiremos sobre como a ausência do uso da mesma como tarefa de introspecção pode evidenciar, ainda na atualidade, a presença de uma visão do indígena como alteridade – definida em função da diferença com um outro essencial – e não como diferença constitucionalmente protegida.

3. O ‘TEMPO’ NA JURISPRUDÊNCIA INDIGENISTA.

A. O índio entre parêntesis

Em 1992, uma sentença judicial em via de apelação foi largamente debatida em razão de uma decisão sobre a usucapião de terras. A questão resolvida nesta sentença remontava a décadas anteriores, durante as quais surgiram conflitos por sobreposição de domínios particulares no território de São Paulo. Por um lado, a parte apelada havia adquirido um imóvel por prescrição que fora reconhecida em primeira instância. Por outro, o apelante – a União Federal – reivindicou a propriedade do imóvel, alegando que havia sido território de um aldeamento de índios no passado

trabalhos não invalida, porém relativiza o trabalho da tradicional *heteroantropologia*, obrigando-a ao trabalho autocrítico para não ver a sua relatividade mermada.

¹¹ As raízes históricas que fundamentam os reconhecimentos constitucionais em matéria de pluralismo étnico foram enfatizadas em 2012 pelo STF na sentença que reconheceu a constitucionalidade da política de cotas raciais (Ementa 7 da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.330/ DE).

e que como tal, e em virtude da legislação posterior à independência política (1824), havia permanecido no patrimônio federal, de maneira que as terras seriam inusucapíveis. Num cenário de sobreposição de domínios particulares, a reivindicação de domínio pela União Federal, em palavras do sociólogo James Holston, "completou o imbróglgio jurídico da disputa", convertendo-o em questão *sui generis* por retroceder séculos para a fundamentação da reivindicação¹². Para resolver a questão, o magistrado Fauzi Achoa valeu-se do documento mais antigo registrado para as terras em disputa: a carta de concessão das sesmarias aos índios de São Miguel e Ururai, de 1580. A carta, concedida em 1580, reconhecia os indígenas dessas aldeias como cristãos e ressaltava que eles colaboravam com os portugueses na defesa da recém-fundada cidade de São Paulo, destacando igualmente a queixa dos indígenas sobre a invasão de alguns moradores das terras por eles ocupadas, razões pelas quais o capitão loco-tenente concedeu a sesmaria (RCMSP, vol. 1, pgs. 354-356). Considerando estes elementos da carta de sesmaria, o juiz Fauzi Achoa concluiu que aqueles índios estavam *civilizados*, e, portanto, usufruíam de plena capacidade jurídica, estando legitimados para dispor de suas terras. Em breve resumo, o relator argumentou que "as terras dadas aos índios de São Miguel e Guarulhos e, Pinheiros e Barueri jamais se constituíram em aldeamentos, reduções ou reservas indígenas" no sentido jurídico de terras tuteladas pelo Estado para a catequização, dado que foram terras concedidas por carta de sesmaria aos indígenas de São Miguel e Pinheiros. Toda vez que as sesmarias foram também a figura jurídica utilizada para a concessão de terras aos colonos, o magistrado entendeu que uma vez concedidas aos indígenas, essas terras passaram do domínio da Coroa para o domínio particular. De maneira que, não constando nenhuma prova documental da contestação por parte dos índios – que por este raciocínio estavam investidos de plena capacidade jurídica – com respeito à sua propriedade, esta teria entrado regularmente no comércio privado da mesma forma que as demais terras coloniais concedidas em sesmarias. Eram, portanto, perfeitamente suscetíveis de alienação, não retornando necessariamente ao domínio público em virtude do abandono.

O juiz considerou que a confusão se deve à assimilação, qualificada por ele de errônea, que os historiadores fazem entre o termo "aldeamentos", sinônimo de missões, reduções ou reservas indígenas, e as "aldeias", entendidas como "mera agrupação de índios". Nas palavras do relator, uma vez "Corrigido o erro básico e fundamental, de considerar "aldeamento índios"[sic] terras particulares de índios, desmorona toda a tentativa de aplicar às terras em questão, a legislação dirigida aos aldeamentos indígenas. A legislação aplicável a tais terras, desde 1580 até a presente data é e só pode ser aquela destinada a regram e regular a propriedade privada" (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (TRF) DA 3ª REGIÃO, 1992).

A suposta ausência de provas documentais sobre a contestação dos índios com respeito à ocupação do território a eles concedido pelos mecanismos coloniais pode ser suprida com um estudo histórico específico, pois, de fato, desde o mesmo momento da concessão estava presente a sua queixa em quanto à invasão dos moradores. Partindo de um estudo da documentação existente, pode-se constatar que a luta dos índios de São Miguel e Pinheiros por garantir o domínio sobre o território chegou até, pelo menos, finais do século XVIII. Pode-se constatar, além do mais, que as terras das aldeias coloniais em São Paulo, ainda que concedidas em sesmaria, foram protegidas por mecanismos jurídicos específicos, relacionados com o estatuto jurídico diferenciado que era adjudicado aos índios das aldeias (MACEDO, 2017).

Porém, aqui nos centraremos no papel do magistrado como juiz, e não como historiador. Em outras palavras, usamos este exemplo para analisar a relevância do argumento histórico utilizado pelo relator. O fato é que a União Federal continuou recorrendo as aquisições por usucapião no território das antigas aldeias coloniais de São Paulo, com o principal objetivo de exigir laudêmio dos ocupantes de terras nestes espaços. Uma vez que a aquisição por particulares

¹² A multiplicidade de atores neste litígio excede os objetivos deste texto. Encontra-se, porém, uma descrição com perspectiva jurídica no artigo da procuradora Ângela BIASE (1987), citado pelo juiz relator. Igualmente, desde uma perspectiva sociológica, encontra-se um bom estudo no citado trabalho de James HOLSTON (1993).

foi reconhecida na via de apelação, o advogado da União interpôs recurso extraordinário ante o Tribunal Supremo Federal, alegando violação do artigo 20 da Constituição Federal nos seus incisos I e XI, que definem as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como bens da União. Em vista das características do Recurso Extraordinário no STF, que não pode versar sobre uma violação específica de direitos, senão sobre uma violação genérica de um preceito constitucional, a decisão acabou por adquirir outro matiz, a saber, a questão de em quê medida a história deve condicionar ou justificar o reconhecimento ou reclamo de direitos. Observando que o território reivindicado pela União como de domínio próprio já não está ocupado por comunidades indígenas, o relator Ministro Marco Aurélio resumiu a matéria da decisão através do seguinte questionamento: “nas previsões das Cartas pretéritas e na da atual, no que alude a ‘...terras que tradicionalmente ocupam...’, é dado concluir estarem albergadas situações de há muito ultrapassadas, ou seja, as terras que foram, em tempos idos, ocupadas por indígenas?” (STF, 1998, p. 643). O Ministro responde com uma rotunda negativa à pergunta retoricamente formulada, destacando que o desenvolvimento histórico da proteção à *ocupação* indígena revela a intenção de proteger exclusivamente a posse atual. A necessidade do caráter atual da ocupação da terra para a obtenção de garantia constitucional de terras indígenas foi ressaltada por todos os magistrados que formularam votos escritos.

Valendo-se dos debates constitucionais em torno à definição do caráter tradicional da ocupação das terras indígenas, em seu voto o Ministro Nelson Jobim negou validade ao conceito de *indigenato* construído no início do século XX por João Mendes Júnior. Ele ressalta que o reconhecimento das terras indígenas não deriva da presunção de sua presença primária sobre o território brasileiro. Pelo contrário, o caráter *tradicional* das terras ocupadas pelos indígenas, está protegido como forma (e não tempo) de possuir. Nas palavras do Ministro, a ocupação tradicional é aquela que diverge da *forma branca* de possuir a terra. O próprio texto constitucional (art. 231. § 1º CF) define os requisitos para a consideração da ocupação como tradicional. Estes seriam (1) a ocupação fática e atual das terras por indígenas; (2) que os meios de subsistência dos indígenas em questão estejam localizados nas terras pretendidas; (3) que também estejam nas terras os elementos imprescindíveis para a preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem estar, e (4) que tais terras sejam necessárias para a reprodução física e cultural dos indígenas segundo os seus usos, costumes e tradições. Para o Ministro Nelson Jobim, estes quatro elementos conformam os requisitos objetivos e históricos para a definição do caráter tradicional da ocupação indígena.

Em conclusão, o Tribunal acordou em não conhecer do recurso interposto pela União, reforçando a falta de interesse da mesma na reivindicação de terras cuja única base fosse a existência de aldeamentos indígenas no passado remoto. Embora essa jurisprudência esteja consolidada em formato de súmula não vinculante¹³, a União continua impugnando processos de usucapião sobre a base da existência de antigos aldeamentos indígenas¹⁴.

Para o caso, importa ressaltar que a decisão do Supremo de 1998, ainda que convirja com a sentença de apelação de 1992 no sentido de reconhecer a validade da ocupação dos territórios das antigas aldeias por particulares, diverge significativamente desta sentença quanto à natureza da sua fundamentação. Na decisão de 1992, a documentação histórica (eminentemente a carta de sesmaria cedida aos índios em 1580, mas também a legislação do século XIX em adiante relativa às terras

¹³ Súmula 650 do STF: “Os incisos I e XI do art. 20 da CF não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”. Cabe matizar que a proposta de conversão da súmula 650 em vinculante foi indeferida pelo STF no ano de 2015, quando o Tribunal considerou que a problemática por ela abordada não era atual, pois o número de casos que chegavam ao Supremo para a aplicação da súmula era diminuto. Informação disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1634>

¹⁴ O caso mais recente foi uma remessa necessária de apelação, publicada em dezembro de 2017, na qual o relator regional questionou uma vez mais a noção de *terras tradicionalmente ocupadas* pelos índios, afirmando que as expressões *terrenos de extintos aldeamentos de índios* e *terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas* não são contraditórias, senão que, pelo contrário, são complementárias. Para o magistrado, essa conclusão deriva da polissemia do termo *tradicionalmente*, utilizado no artigo 231 da Constituição (TRF 3ª REGIÃO, 2017).

dos silvícolas) era utilizada como prova relevante do caráter particular das terras adquiridas. Assim, a afirmação de que os indígenas beneficiários de sesmarias estavam civilizados em 1580 e por esta razão as suas terras entraram no domínio privado legítima, *a contrario*, o argumento de que as terras ocupadas no passado por indígenas não-civilizados teriam permanecido no patrimônio público, e portanto, não seriam terras sujeitas à regulação da propriedade privada. O argumento da decisão de 1998, pelo contrário, rompeu a continuidade com o passado para que se impusesse a situação fática presente de que não existem indígenas ocupando o território de forma tradicional.

B. O índio na linha de frente

No caso das terras reivindicadas no território de São Paulo, a presença indígena alegada pela União era apenas pretérita. A ausência de ocupação atual indígena facilitava a negativa dos magistrados a reconhecer caráter tradicional às terras ocupadas no passado por indígenas. A questão complicava-se, não obstante, em casos nos quais os indígenas haviam tratado de reocupar terras possuídas no passado. Foi o caso levantado no Mandado de Segurança 21.575-5, interposto pelos produtores rurais que possuíam terras invadidas/reocupadas por grupos indígenas que alegavam a sua possessão imemorial nos inícios do século XX, havendo sido transferidos pela União em 1938¹⁵. Os produtores rurais pediam o afastamento dos efeitos do Decreto governamental que havia validado essa reocupação indígena, validação feita supostamente à luz do debate internacional sobre o desenvolvimento sustentável, reforçado no evento conhecido como ECO 92 (Rio de Janeiro). Nesta ocasião (1994), o ministro relator Marco Aurélio já opinara em termos similares ao voto vencedor em 1998:

“A atual carta [constitucional] não assegura aos indígenas o retorno às terras que outrora ocuparam, seja qual for a situação jurídica atual e o tempo transcorrido desde que as deixaram. O reconhecimento de direitos contido no art. 231 está ligado, no particular, às ‘terras que tradicionalmente ocupam (presente)’”.

O Ministro reforçara que essa ocupação *tradicional* está definida constitucionalmente como um modo de possuir. Mas, considerando que os indígenas estavam, de fato, possuindo *tradicionalmente* no momento em que sua posse foi contestada, ele acrescenta um fator temporal à ocupação. Argumenta que a definição da ocupação tradicional “parte do pressuposto de as terras *virem sendo* habitadas pelos silvícolas, valendo notar que, coerentemente, o § 1º do [artigo 231CF] veda a remoção dos grupos indígenas das suas terras” (grifos nossos). O caráter tradicional da ocupação indígena não seria somente, portanto, questão de *forma*, mas também de *tempo*, no sentido de ter certa continuidade histórica. Para o relator, a Carta Constitucional de 1988 não tem como objetivo corrigir as injustiças ocorridas desde o momento da descoberta, pois isso implicaria prejudicar indivíduos que não estiveram presentes no momento da perpetração dessas injustiças. O Ministro reforçou, além do mais, que o princípio de segurança jurídica poderia ver-se seriamente comprometido caso fosse aceita a tese contrária (STF, 1994).

Porém, nesta ocasião, o voto do Ministro Marco Aurélio tinha sido vencido. O voto vencedor, formulado pelo ministro Ilmar Galvão, reafirmava a figura jurídica do *indigenato*, segundo o qual desde o Alvará de 1º de abril de 1680 as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas estariam, desde o momento da ocupação, afetadas à satisfação dos direitos daquele coletivo. Em outras palavras, o ministro interpretou que caso fosse comprovado que as terras haviam sido possuídas de forma tradicional – posse imemorial – por índios no momento em que estes foram transferidos, então essas terras não teriam saído em nenhum momento do domínio da União. Como bens da União destinados a um fim específico – a saber, à proteção dos direitos

¹⁵ Uma ilustração pertinente deste tipo de problemáticas é o que encontramos no documentário *Martirio*, dirigido por Vincent Carelli, que descreve a ocupação histórica e reocupação presente das terras dos indígenas Guarani Kaiowá.

indígenas – as terras seriam *res extra commercium*, e seriam nulos todos os atos jurídicos posteriores que partissem da base de que essas terras eram de domínio particular. Na mesma lógica da sentença do Tribunal Regional Federal de São Paulo (1992), que usava a história como elemento de prova sem estabelecer uma ruptura com a mesma, também a tese do ministro Galvão seguia essa linha, adotando a legislação histórica como precedente probatório.

Finalmente, a sucessão da jurisprudência em matéria de terras indígenas acabou por mostrar a tensão inevitável entre o tempo histórico e o tempo jurídico. A relação do direito com o tempo em matéria indígena seria já uma questão claramente impossível de omitir a partir da Petição 3388/RR, referente à demarcação das terras da Reserva Raposa Serra do Sol (STF, 2009). Nesta, consolidaram-se as posições que vinham sendo defendidas pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que é necessário fixar um ponto de partida histórico a partir do qual reconstruir o relato juridicamente relevante. Para a maioria dos Ministros do alto tribunal, a data da promulgação constitucional marca o momento a partir do qual entram em vigor os direitos reconhecidos às comunidades indígenas. Isso obrigaria, portanto, que as comunidades indígenas que solicitassem a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas provassem a sua presença continuada nas terras pretendidas desde o momento da promulgação da Constituição. Em linha com o que já tinha sido afirmado pelo Ministro Nelson Jobim na sentença de 1998, a tradicionalidade da ocupação seria, por um lado, uma característica de forma, no sentido de possuir a terra segundo usos, costumes e tradições deles, indígenas, que, presume-se, são necessariamente diferentes dos usos, costumes e tradições dos não-índios. Parafraseando o Ministro Menezes Direito, somente a existência desse modo diferenciado de vida justifica a extensão geográfica dos direitos reconhecidos. Pois trata-se, para o ministro, de *preservar* a cultura e o *modus vivendi* diferenciados. Por outro lado, a tradicionalidade das terras também incorpora um elemento temporal, o já citado “marco”, que implica que desde a promulgação da Constituição até o momento reivindicatório a comunidade indígena em questão deve comprovar haver estado coletivamente situada no espaço fundiário reivindicado com caráter de perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica.

As condicionantes contidas na Pet 3388/RR (entre as que se encontra a tese do marco temporal) ainda não são jurisprudência consolidada¹⁶, porém já são consideradas vinculantes em via administrativa¹⁷. Em alguns casos, inclusive, para revogar demarcações já feitas¹⁸.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: QUANDO HÁ MUDANÇA DE PARADIGMA?

Retornando ao princípio, vimos como a intensificação dos processos de globalização evidenciou o valor relativo das Constituições, como expressões do poder estatal, num mundo de protagonistas cada vez mais diversos. Como vimos, a partir de 1945 reconhecem-se outras subjetividades jurídicas, para além dos Estados, por não falar das múltiplas organizações territoriais, e das ONGs, também reconhecidas como sujeitos de direito internacional¹⁹. Apesar

¹⁶ Ementa 4 dos embargos de declaração da Pet 3388 ED / RR (2013): “A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas razões” (STF, 2013).

¹⁷ O Parecer 001/2017/ da Advocacia-Geral da União foi aprovado por Michel Temer em julho de 2017. O texto está disponível em www.agu.gov.br/page/download/index/id/38201467

¹⁸ É o caso das terras de ocupação tradicional “Limão Verde”, do povo Terena. Ver ao respeito o trabalho de Deborah DUPRAT (2018).

¹⁹ Um caso recente e significativo foi o caso *Survival International vs. WWF*, um dos poucos no marco da Organização para o Desenvolvimento e Cooperação Econômicas (OECD) onde o encausado era uma ONG, e o primeiro onde o demandante era também uma ONG, tratando precisamente das violações dos direitos indígenas dos Baka, em

dessa percepção recente, ou talvez precisamente devido a essa tendência a questionar a legitimidade estatal, durante os últimos cinquenta anos muitos teóricos do direito vêm ressaltando que o paradigma da igualdade, em colisão com uma sociedade multiforme, resultou numa importante distorção quanto à proteção dos direitos dos povos indígenas.

Apesar da suposta mudança de paradigma trazida com a Constituição de 1988, a construção jurisprudencial no sentido de *preservar* um modo particular de vida pode ser perigosa, sempre que a ideia de preservação for entendida no sentido de imobilidade. Porque desta maneira as modificações culturais próprias da adaptação humana ao meio poderiam implicar a perda dos direitos constitucionalmente reconhecidos. Alguns fatores de modificação culturais são as mudanças geracionais ou de lideranças, o contato com culturas diferenciadas ou a variação na disponibilidade de recursos naturais e econômicos. Desde este ponto de vista, tanto as políticas de integração vigentes até a metade do século XX como o multiculturalismo surgido no final do século poderiam pressupor a desaparecimento dos indígenas. No primeiro caso, por reconhecer somente uma forma ideal de sociabilidade, assimilando os demais grupos a esse ideal. No segundo caso, por converter a tradicionalidade indígena em categoria essencial, com independência dos fatores existenciais que podem modificar a relação com a terra e com as demais culturas nacionais²⁰.

Por outro lado, a normativa internacional que apontamos como indícios da mudança de paradigma jurídico foram, na Pet 3388/RR, limitados em seu escopo ou simplesmente anulados em conteúdo pelo STF que, paradoxalmente, o fez valendo-se da reforma constitucional de 2004 que precisamente conferia poderes extraordinários ao Tribunal, em prol da defesa dos direitos humanos. Para começar, não é usado o termo “povos indígenas”, que como vimos foi formalmente reconhecido no Convenio 169, ainda que com reticências relativas às implicações jurídicas dessa terminologia. Tanto a Convenção 169 como a Declaração da Assembleia Geral sobre os Direitos dos Povos Indígenas foram citados somente como objeto de crítica, com o resultado de ter o seu escopo de aplicação reduzido ao máximo possível sob o argumento de que existem organismos internacionais interessados em restar soberania dos Estados-nação²¹. Em absoluto contraste com o *direito de autodeterminação* reconhecido aos povos indígenas na DRIPs como a liberdade de determinar a sua condição política, assim como de exercer o autogoverno nas questões locais e penais, a ementa número 7 da Pet 3388 adverte sobre a ausência constitucional de vocábulos como “povo”, “país”, “território”, “pátria”, ou “nação indígena”, deduzindo que:

Somente o "território" enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo "terras" é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em "terras indígenas". A traduzir que os "grupos", "organizações", "populações" ou "comunidades" indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como "Nação", "País", "Pátria", "território nacional" ou "povo" independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de "nacionalidade" e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro.

Camarões. O caso, suspenso porque uma das partes se retirou, pode ser seguido em https://www.oecdwatch.org/cases/Case_457.

²⁰ Ver, ao respeito BIJOS; PROLA JÚNIOR; TABAK (2017).

²¹ Sobre estes termos, merecem consulta as notas de Bartolomé CLAVERO em <http://www.servindi.org/actualidad/6077>.

À luz da aplicação dos preceitos constitucionais que reconhecem a pluralidade étnica e cultural da nação brasileira, faz-se necessário, como mínimo, questionar a dimensão da suposta mudança de paradigma trazida em 1988. Na medida em que a norma constitucional continue concebendo-se como consagradora de uma ordem natural das coisas²², continua sem haver abertura às críticas sistêmicas indígenas. No caso de políticas de discriminação positiva em favor dos grupos historicamente excluídos, o uso que se faz da história é um uso meramente instrumental. Isso significa que a constatação das injustiças passadas – que, em qualquer caso, permanecem no passado como algo relativamente superado – legitimam a adoção de uma regulação específica para os coletivos excluídos com o fito de torná-los parte do sistema²³. Porém, esta perspectiva não implica necessariamente uma mudança de paradigma, pois poderíamos seguir falando, neste caso, de políticas de integração.

Sustento que a mudança de paradigma jurídico apareceria quando, em virtude do reconhecimento da pluralidade cultural, todas as dimensões culturais da sociedade, incluída a cultura jurídica, se modificassem em função das críticas mútuas. Esta atitude implicaria reconhecer o agenciamento dos povos indígenas na história nacional, entendendo a história tanto em sua dimensão passada como presente.

No que se refere ao seu agenciamento no passado, os avanços em distintas áreas do conhecimento vêm ressaltando o protagonismo indígena na história do Brasil. Alguns dos mais recentes resultados de investigação arqueológica na Amazônia, por exemplo, desmontam a ideia consolidada no século XIX de que as tribos habitantes no Brasil pré-cabraliano eram reduzidas, essencialmente itinerantes e passivas perante uma natureza que as dominava, e da qual fariam parte intrinsecamente e instintivamente. Pelo contrário, estes estudos mostram que a atual composição da flora amazônica foi influenciada – a pesar de que ainda não se sabe em que medida – pela atividade humana de séculos passados. O grupo encabeçado por Carol Levis (2017) comparou a atual distribuição e abundância de 85 espécies de madeira com a localização de sítios arqueológicos conhecidos, comprovando que a abundância e riqueza de espécies domésticas era significativamente maior naqueles locais onde os restos arqueológicos indicam a presença de sociedades humanas localizadas. Desde séculos, portanto, o meio-ambiente no qual e do qual vivem os povos indígenas é um meio por eles também modificado.

Igualmente, sua participação ativa no cenário colonial e na construção do Estado brasileiro vêm sendo destacados por uma historiografia cada vez mais fértil, encabeçada pela antropóloga Manuela Carneiro da Cunha e seguida por uma miríade de etnohistoriadores que pensam o passado a partir de múltiplos pontos de vista. Estes estudos contribuíram para trazer a problemática indígena para a linha de frente das preocupações dos historiadores e antropólogos, principalmente no sentido

²² Disse o Ministro Marco Aurelio em seu voto-vista que “A Constituição brasileira mostra-se um todo composto de normas interligadas, que não apresentam, considerado, ao menos, o texto primitivo, contradições. (...) a Carta Federal consagra, acima de tudo, a *ordem natural das coisas*, é ato de inteligência decorrente da vontade do povo brasileiro, não possuindo normas em prejuízo de outras, não possuindo normas de patamares diferentes. Deve-se perceber essa *verdade maior*, sob pena de grassar a insegurança jurídica no que vieram a predominar critérios circunstanciais, critérios momentâneos, destoantes de *valores perenes*” (pg. 678; grifos nossos).

²³ Segundo a ementa número 7 da ADI 3.330/ DE (2012), que considerou as políticas de cotas raciais compatíveis com o texto constitucional, “Toda a axiologia constitucional é tutelar de segmentos sociais brasileiros historicamente desfavorecidos, culturalmente sacrificados e até perseguidos, como, *verbi gratia*, o segmento dos negros e dos índios. Não por coincidência os que mais se alocam nos patamares patrimonialmente inferiores da pirâmide social” (STF, 2012).

Não obstante, quando o assunto são as terras indígenas, e portanto, o reconhecimento de um direito de dimensão econômica e, sobretudo, de autonomia nos termos da autodeterminação interna tratada anteriormente, a posição dos magistrados é mais contraditória, como ficou claro no caso *Raposa Serra do Sol*. No marco desta decisão, o Ministro Marco Aurélio insistiu: “Sou favorável à demarcação correta. E esta somente pode ser a resultante de um devido processo legal, mostrando-se imprópria a prevalência, a ferro e fogo, da óptica do resgate de dívida histórica, simplesmente histórica”.

de se romper a concepção tradicional do indígena como realidade do passado. Em especial diálogo com a antropologia, muitos destes estudos destacam a multiplicidade de caracteres determinantes da identidade, assim como o seu caráter relacional e interseccional (ALMEIDA, 2017). Porém, esse esforço acadêmico ainda fica engavetado na caixa da “historiografia indigenista”, sem que a adoção da perspectiva indígena tenha conseguido causar, ainda, uma modificação de paradigma da historiografia geral sobre o Estado e as instituições. Em outras palavras, a historiografia indigenista vem conseguindo o destacado mérito de sublinhar a presença e agenciamento indígena na história nacional, porém ainda não logrou fazer com que a historiografia nacional, em si mesma, seja questionada (PACHECO DE OLIVEIRA, 2010).

Por outro lado, reconhecer a dimensão presente da identidade étnica implica renunciar a visão essencialista do indígena, e entendê-lo em sua dimensão contextual e interseccional. Em outras palavras, passaria por deixar de abordar o indígena como elemento de *alteridade* – ou seja, sempre definido em função da sua diferença com a comunidade “branca” (1998), ou não-indígena (2009) – para entender o indígena como sujeito de válida *diversidade* identitária, capaz de definir, interpretar, relacionar-se e modificar a realidade segundo os seus próprios termos. Afinal, assim como o modo de vida “não-indígena” não parece perder valor cada vez que utilizamos o seu conhecimento bionatural para a produção de medicamentos ou para desenvolver um modelo de cultivo diferenciado²⁴, a identidade indígena também não desaparece quando os povos indígenas reivindicam espaços nos órgãos de imprensa oficial e na mídia²⁵, o acesso à internet²⁶ ou a condições de vida digna nas cidades²⁷.

É essa ordem de constatações – a de que as sociedades indígenas não são seres passivos ou meros expectadores na construção de sua própria história – que levou o historiador do direito espanhol, Bartolomé Clavero²⁸, a sugerir que o fundamento do reconhecimento de direitos aos indígenas não deveriam ser as diferenças culturais, pois isso implicaria um reconhecimento “radicalmente reducido y gravemente amputado, bajo la hipoteca del pasado y sin horizonte de futuro, sin agencia propiamente humana” (CLAVERO, 2002, p. 84-85).

Em definitiva, a afirmação de uma mudança de paradigma de viés multiculturalista somente faz sentido se realmente o reconhecimento da pluralidade étnica implica a absorção das críticas e reivindicações dos grupos tradicionalmente excluídos, e que o resultado dessa absorção tenha sido (ou seja, pois trata-se de um processo contínuo) a autocrítica do próprio sistema jurídico hegemônico. Caso contrário, seguiremos somente adotando novos nomes para legitimar a perpetuação de antigas problemáticas²⁹.

²⁴ Ao respeito, ver SANTILLI (2005).

²⁵ A I Conferência Nacional de Política Indigenista teve lugar em 2015 com a participação de representantes de povos e organizações indígenas, membros da Comissão Nacional de Política Indigenista (CNPI), integrantes da Comissão Organizadora Nacional, representantes governamentais e não governamentais, convidados e observadores, sendo que 67% dos participantes eram indígenas. Em <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/12/brasil-recebe-etapa-nacional-da-1a-conferencia-nacional-de-politica-indigenista>

Do documento final contendo as reivindicações consideradas urgentes, o ponto 9 define:

“Que o governo federal garanta, por meio de legislação específica, espaços nos órgãos de imprensa oficial (rádio e televisão) e nas mídias (cinema e imprensa escrita) para a criação de programas de rádio e televisão específicos para os povos indígenas ‘nas línguas’, assim como a criação e manutenção de rádios comunitárias para documentar, divulgar e fortalecer as culturas tradicionais e artístico-culturais dos Povos Indígenas, seus trabalhos, projetos socioculturais, educacionais e ambientais, entre outros, produzidos pelas comunidades indígenas, em rede nacional, como medida de promoção da pluralidade cultural e diversidade intrínseca do país, para mudança da imagem do indígena que existe no senso comum da população e para fortalecer o elo entre os povos indígenas” (FUNAI, 2015).

²⁶ *Idem*, ponto 15

²⁷ *Idem*, ponto 142

²⁸ Durante os anos de 2008-2010, o professor Clavero foi membro do Fórum Permanente das Nações Unidas para as Questões Indígenas.

²⁹ É o que Violeta LOUREIRO (2010) chama de “*versão nova de uma velha ideia*”, destacando, em parâmetros que aqui assumimos, a necessidade de um novo *ethos* jurídico que possibilite realmente falar de uma mudança de

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR, G., et al. , «The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America», *Pace International Law Review Online Companion School of Law*, vol. 2, núm. 2, 2010, pp. 44-96. Disponível em

<https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1017&context=pilronline>

ALMEIDA, M. R. C. d. , «A atuação dos indígenas na História do Brasil: revisões historiográficas», *Revista Brasileira de História*, vol. 37, núm. 75, 2017. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/1806-93472017v37n75-02>

ALVAREZ, L. , «Más allá del multiculturalismo: crítica de la universalidad (concreta) abstracta», *Filosofía Unisinos*, vol. 11, núm. 2, 2010, pp. 176-195. Disponível em <http://revistas.unisinos.br/index.php/filosofia/article/view/4644/1867>

BARBOSA, S. «Produzir provas ou interpretar o direito? Usos da história na definição dos direitos territoriais indígenas no Brasil», em T. DUVE (coord.). *XIX Congreso Del Instituto Internacional De Historia Del Derecho Indiano: Berlin 2016*. Madrid (Dykinson), 2017, 695-706.

BEVERNAGE, B. , «Time, Presence, and Historical Injustice», *History and Theory*, vol. 47, núm. 2, 2008, pp. 149-167. Disponível em http://www.culturahistorica.es/bevernage/historical_injustice.pdf

BIASE, A.M.R.d. , «Extinto aldeamento indígena de São Miguel e Banco Evolucionista - Problemas e Propostas», *Estudos de Direito Público*, vol. 1, núm. 10, 1987, pp. 51-74.

BIAZI, C. A. S. M. , «O princípio de autodeterminação dos povos dentro e fora do contexto da descolonização», *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, núm. 67, 2015, pp. 181-212. Disponível em <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1732/1645>

BIJOS, L.M.d.J, PROLA JÚNIOR, C. H., & TABAK, B. M., «Direitos dos índios: Um olhar da análise econômico-comportamental do direito». *Revista Quaestio Iuris*, 10(4), 2017, pp. 2458-2481.

CAVANAGH, E. , «History, time and the indigenist critique», *Arena Journal*, núm. 37/38, 2012, pp. 16-39. Disponível em https://www.academia.edu/1873660/History_Time_and_the_Indigenist_Critique

CHAKRABARTY, D. *Provincializing Europe: Postcolonial Thought and Historical Difference*. Princeton (Princeton University Press), 2000 [2008]

CLAVERO, B. *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. México (Siglo Veintiuno Editores), 1994.

_____. *Genocidio y justicia. La Destrucción de las Indias, ayer y hoy*. Madrid (Marcial Pons Historia), 2002.

paradigma fundado no direito à diferença em todas as suas dimensões, especialmente na econômica, representada fundamentalmente pelo direito à terra das comunidades indígenas.

_____. «La declaración americana sobre derechos de los pueblos indígenas: El reto de la interpretación de una norma contradictoria». *Pensamiento Constitucional*, núm. 21, 2016, pp. 11-26. Disponível em <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/18697/18938>

_____. «Brasil: El Valor del Derecho: Caso Raposa Serra do Sol», disponível em <http://www.servindi.org/actualidad/6077>. Consultado em outubro de 2018.

DUPRAT, D. «O marco temporal de 5 de outubro de 1988: TI Limão Verde», em S. BARBOSA and Manuela Carneiro da Cunha. *Direitos Dos Povos Indígenas Em Disputa*. São Paulo (Editora Unesp), 2018, 43-74.

HARVEY, D. *El nuevo imperialismo*. (Akal), 2003.

HOLSTON, J. , «Legalizando o ilegal: propriedade e usurpação no Brasil», *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 8, núm. 21, 1993, pp. 68-89. Disponível em http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_21/rbcs21_07

LARSEN, P. B. , «La «nueva ley de la selva»: el desarrollo, los derechos indígenas y el Convenio 169 de la OIT en América Latina», *International Development Policy | Revue internationale de politique de développement*, vol. 7, núm. 1, 2016. Disponível em <https://journals.openedition.org/poldev/2247>

LEVIS, C., et al. , «Persistent effects of pre-Columbian plant domestication on Amazonian forest composition», *Science*, vol. 355, núm. 6328, 2017, pp. 925-931. Disponível em <http://science.sciencemag.org/content/355/6328/925.full>

LIMA, A.C.d.S.. «O governo dos índios sob a gestão do SPI», em CUNHA, M.C.d (ed.), *História Dos Índios no Brasil*. São Paulo (Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP), 1998, 155-174.

LINHARES, M. Y. L. , «A Pesquisa Histórica no Rio de Janeiro. A História Agrária como Programa de Trabalho: 1977:1994. Um Balanço.», *Revista Brasileira de História*, vol. 15, núm. 30, 1995, pp. 77-89. Disponível em www.anpuh.org/arquivo/download?ID_ARQUIVO=3786

LOUREIRO, V. R. , «Desenvolvimento, meio-ambiente e direitos dos índios: da necessidade de um novo *ethos* jurídico», *Revista Direito GV*, vol. 6, núm. 2, 2010, pp. 503-526. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24138/22917>

MACEDO, C. d. F. , «Sesmarias indígenas na São Paulo colonial: uma interseção entre estatutos pessoais e situações reais», *Dimensões*, vol. 39, 2017, pp. 112-137. Disponível em <http://www.periodicos.ufes.br/dimensoes/article/view/18629/12651>

MENDES JÚNIOR, J. *Os indígenas do Brasil: seus direitos individuais e políticos*. São Paulo (Hennies Irmãos), 1912.

MIRANDA, L. A. *Tese do Indigenato Justifica a Extinção De Propriedades?* Câmara dos Deputados, 2017.

MUDROVCIC, M. I. , «Regímenes de historicidad y regímenes historiográficos: del pasado histórico al pasado presente», *Historiografías: revista de historia y teoría*, núm. 5, 2013, pp. 11-31. Disponível em <http://www.unizar.es/historiografias/numeros/5/mudrovcic.pdf>

PACHECO DE OLIVEIRA, J. , «O nascimento do Brasil: revisão de um paradigma historiográfico», *Anuário Antropológico*, n. 1, 2010, pp. 11-40. Disponível em http://www.dan.unb.br/images/pdf/anuario_antropologico/Separatas%202009_I%20Jun%202010/O%20nascimento%20do%20Brasil.pdf

SANTILLI, J. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo (Peirópolis, Instituto Socioambiental e Instituto Internacional de Educação do Brasil), 2005. Disponível em http://www.ethno-terroirs.cnrs.fr/gestion/applis/apetit/fichiers/UNIVERSIDADEDEBRASILIA-SANTILLI_Juliana-Socioambientalismo-e-novos-direitos.pdf

NORMATIVA E INFORMES CONSULTADOS

ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DE ESTADOS AMERICANOS (AG-OEA), *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (Resolução 2888, de 14 de junho de 2016). Disponível em espanhol em <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>

ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (AG-ONU), *Principios que deben servir de guía a los Estados Miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso e del Artículo 73 de la Carta* (Resolução 1541 (XV), de 15 de dezembro de 1960). Versão em espanhol disponível em [http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1541\(XV\)](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/1541(XV))

_____, *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas* (Resolução 61/295, de 13 de setembro de 2007), disponível em http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf

BRASIL, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil* (Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916). Disponível em <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>

BRASIL, *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* (de 16 de Julho de 1934), Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html/Constituiode1988.pdf

FUNAI, *I Conferência Nacional de Política Indigenista - Propostas priorizadas pela Plenária Final*, 2015. Disponível em <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/ascom/2016/doc/propostasurgentesnovo.pdf>

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT), *Convenção relativa à protecção e integração das populações aborígenes e outras populações tribais e semitribais nos países*

independentes (Convenção 107 de 26 de Junho de 1957). Versão em português aprovada para ratificação no BRASIL mediante o Decreto-Lei 43 281 do Ministério de Negócios Estrangeiros disponível em http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c107_pt.pdf

_____, *Convenção sobre Povos Indígenas e Tribais* (Convenção 169 de 27 de Junho de 1989). Promulgada no BRASIL mediante o Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm

JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL (TRF) DA 3ª REGIÃO, *Apelação cível. 89.03.007346-0*, São Paulo, 28 de setembro de 1992. Inteiro-teor disponível em

<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoIta/63116832294156>

_____, *Apelação/remessa necessária Nº 0007768-68.2012.4.03.6100/SP*, de 15 de dezembro de 2017. Disponível em

<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/6502006>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF), *Mandado de Segurança 21.575-5/MS*, de 3 de fevereiro de 1994. Inteiro-teor disponível em

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85555>

_____, *Recurso Extraordinário 219.983-3/SP*, de 09 de dezembro de 1998. Inteiro-teor disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=248790>

_____, *Petição 3388/RR*, de 19 de março de 2009. Inteiro-teor disponível em

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>

_____, *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.330/DF*, de 3 de maio de 2012. Inteiro-teor disponível em

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3530112>

_____, *Embargos de Declaração da Petição 3388/RR*, de 23 de outubro de 2013. Inteiro-teor disponível em

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423>