UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO - PPGD

A DINÂMICA MIGRATÓRIA DOS POVOS TRADICIONAIS FRONTEIRIÇOS NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL E OS REFLEXOS DA MENSAGEM DE VETO Nº 163/2017

MARCO ANTÔNIO RODRIGUES

CAMPO GRANDE/MS
2019

MARCO ANTÔNIO RODRIGUES

A DINÂMICA MIGRATÓRIA DOS POVOS TRADICIONAIS FRONTEIRIÇOS NO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL E OS REFLEXOS DA MENSAGEM DE VETO Nº 163/2017

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. Orientador: Prof. Dr. Antonio Hilario Aguilera Urquiza.
Linha de pesquisa 1: Direitos Humanos, Estado e Fronteira.

Banca:
Prof. Dr. Antonio Hilario Aguilera Urquiza – UFMS (Orientador);
Profa. Dra. Luciani Coimbra de Carvalho – UFMS (2ª Examinadora);
Profa. Dra. Jane Felipe Beltrão – UFPA (3ª Examinadora) – A distância;
Profa. Dra. Ana Paula Martins Amaral – UFMS (4ª Examinadora).

Campo Grande/MS
2019

Nome: Marco Antônio Rodrigues

Título: A Dinâmica Migratória dos Povos Tradicionais Fronteiriços no Estado do Mato Grosso do Sul e os Reflexos da Mensagem de Veto nº 163/2017

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: _____/_____/_____

Banca Examinadora

Orientador: Prof. Dr. Antonio Hilario Aguilera Urquiza Instituição: UFMS

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof.ª Dr. ª Luciani Coimbra de Carvalho Instituição: UFMS

Julgamento:_____ Assinatura:_____

Prof. ª Dr.ª Jane Felipe Beltrão Instituição: UFPA

Julgamento:_____ Assinatura:_____

Prof.ª Dr.ª Ana Paula Martins Amaral Instituição: UFMS

Julgamento:_____ Assinatura:_____

Campo Grande/MS

2019

Eu, Marco Antônio Rodrigues, autorizo a reprodução total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo ou pesquisa, desde que citada a fonte.

Assinatura:_____

Data: _____

DEDICATÓRIA

À minha querida esposa Andréa e aos meus filhos Maicon e Mayara, que sempre estiveram ao meu lado nessa caminhada, e aos povos indígenas pelo exemplo de força, coragem e determinação na sua luta.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus por ter provido meios para que eu mantivesse a minha serenidade diante das dificuldades enfrentadas ao longo do desenvolvimento desse trabalho.

À minha família, pela compreensão e paciência em todos os momentos que atravessamos juntos, que me permitiram refletir mais sobre importância de se viver bem e em paz comigo mesmo e aos meus pais Valmir e Conceição (*in memoriam*) que serviram de exemplo de determinação e perseverança nos momentos de dificuldade e à minha sogra Vera Lúcia, que sempre está conosco, embora distante fisicamente.

À esta universidade, seu corpo docente, direção e administração, que me oportunizaram essa janela por se descortinam melhores horizontes e pelos conhecimentos adquiridos ao longo de minha convivência nos mais diferentes campos do conhecimento.

Aos povos indígenas, em especial ao Senhor Salvador Reinoso, seus familiares e todos os integrantes da Terra Indígena Ñande Ru Marangatu, no município de Antônio João/MS, pela oportunidade de conhecer mais de perto a realidade enfrentada pelos povos indígenas do Mato Grosso do Sul.

À Terra Indígena Taunay Ipegue em Aquidauana/MS e aos integrantes da Aldeia Água Branca, em especial ao Gilson e seus familiares, pela amizade e acolhida em todos os momentos em que pude acompanhar minha esposa Andréa em sua visitas e pesquisas, que ampliaram a minha visão acerca dos problemas e dificuldades vividos por eles, o que motivou a presente pesquisa.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Hilario, pela paciência para com minhas dúvidas e inquietações no decorrer da pesquisa e na minha caminhada nesta universidade desde que aqui ingressei.

À Profa. Dra. Ana Paula, pelo incentivo em todos os momentos e por suas contribuições no decorrer da pesquisa.

À Profa. Dra. Luciani Coimbra, por ter me oportunizado participar dos seus projetos de iniciação científica (PIVIC), que muito contribuíram com o meu desenvolvimento como pesquisador devido às suas orientações e apontamentos.

A todos os professores e servidores do PPGD e da FADIR pela amizade, consideração e por terem me proporcionado conhecimentos que me trouxeram até este momento.

Aos colegas e integrantes do grupo de pesquisa “Antropologia, Povos Tradicionais e Direitos Humanos” coordenado pelo Prof. Hilario, e aos colegas do grupo de estudo sobre “Fluxos Migratórios” coordenado pela Profa. Ana Paula. Meus mais sinceros agradecimentos pela acolhida, amizade e consideração.

Aos colegas, professores e servidores do CISO/PPGAS pela amizade e consideração, além da oportunidade de participar dos eventos e pelo aprendizado adquirido.

Enfim, a todos que direta ou indiretamente participaram de minha formação, o meu muito obrigado!

"Vejo que hoje, neste século que é a aurora da razão, ainda renascem algumas cabeças de hidra do fanatismo. Parece que seu veneno é menos mortífero e que suas goelas são menos devoradoras. O sangue não correu pela graça versátil como correu há muito tempo pelas indulgências plenárias, vendidas no mercado. Mas o monstro ainda subsiste e todo aquele que buscar a verdade arriscar-se-á a ser perseguido. Deve-se permanecer ocioso nas trevas? Ou deve-se acender um archote onde a inveja e a calúnia reacenderão suas tochas? No que me tange, acredito que a verdade não deve mais esconder-se diante dos monstros e que não devemos abster-nos do alimento com medo de sermos envenenados."

Voltaire, O Filósofo Ignorante, LVI, 1766.

RESUMO

RODRIGUES, Marco Antônio. A Dinâmica Migratória dos Povos Tradicionais Fronteiriços no Estado do Mato Grosso do Sul e os Reflexos da Mensagem de Veto nº 163/2017. 118f. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2019.

O presente trabalho, por meio do diálogo entre história, antropologia e direito, tem por objetivo estudar os reflexos jurídicos da Mensagem de Veto nº 163/2017 sobre a dinâmica migratória dos povos tradicionais fronteiriços do Estado do Mato Grosso do Sul. O problema de pesquisa cinge-se no direito à livre mobilidade dos povos indígenas ao longo da região fronteiriça, que poderia ter sido garantida se não fosse o veto ao §2º do art. 1º da Lei nº 13.445/2017 (Nova Lei de Migração). Com a edição do veto, esse dispositivo foi suprimido, enquadrando a livre mobilidade dos povos tradicionais em uma lacuna jurídica que compromete a eficácia de eventuais disposições que busquem reconhecer os direitos dos povos indígenas. Os Guarani e Kaiowá, de um lado e outro da fronteira, mas especialmente do município de Antônio João/MS tiveram o seu território tradicional, concebido e delimitado muito antes do Estado, dividido ao meio em decorrência da formação das fronteiras nacionais entre Brasil e Paraguai. A mobilidade é uma característica cultural desses povos, e o veto ao dispositivo da nova Lei de Migração que reconhecia essa prática representa um embaraço ao modo de vida dessa população à medida em que restringe de forma reflexa a sua cidadania. O veto tem como fundamento razões de segurança nacional, chocando-se com o direito à autodeterminação dos povos. O problema de pesquisa parte da hipótese de que o atual momento vivido pelos povos indígenas tem suas raízes na formação do Estado e da maneira como foram estruturadas as fronteiras nacionais e a base social e política brasileira. Um dos problemas analisados neste trabalho é o sistema de exclusão de determinados grupos sociais por meio do seu afastamento da ordem jurídica estabelecida e suas consequências. A pesquisa indica que um dos efeitos imediatos do veto estudado foi a exclusão dos povos indígenas da nova lei de migração, além de outras consequências como a negativa quanto ao reconhecimento de direitos fundamentais como cidadania e autodeterminação como indígenas brasileiros. Por meio da metodologia de análise do problema a partir dos diversos fatores que o compõem e do método indutivo e com a utilização de fontes bibliográficas, documentais, doutrinárias e jurisprudenciais, este trabalho buscará atingir o seu objetivo.

Palavras-chave: Dinâmica migratória. Povos indígenas. Fronteiras Nacionais. Direitos humanos. Veto.

ABSTRACT

RODRIGUES, Marco Antônio. The Migratory Dynamics of Traditional Border Peoples in the State of Mato Grosso do Sul and the Reflections of Veto Message no. 163/2017. 118f. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2019.

This research, through the dialogue between history, anthropology and law, aims to study the legal reflections of Veto Message no. 163/2017 on the migratory dynamics of traditional border peoples of the State of Mato Grosso do Sul. The research problem is limited to the right to free mobility of indigenous peoples throughout the border region, which could have been guaranteed if it had not been for the veto on paragraph 2 of art. 1 of Law no. 13.445/2017 (New Law on Migration). With the issuance of the veto, this provision was suppressed, framing the free mobility of traditional peoples in a legal gap that compromises the effectiveness of any provisions that seek to recognize the rights of indigenous peoples. The Guarani and Kaiowá, on both sides of the border, but especially in the municipality of Antônio João/MS, had their traditional territory, conceived and delimited long before the State, divided in half as a result of the formation of the national borders between Brazil and Paraguay. Mobility is a cultural characteristic of these peoples, and the veto to the provision of the new Migration Law that recognized this practice represents an embarrassment to the way of life of this population as it restricts their citizenship in a reflective manner. The veto is based on reasons of national security, clashing with the right to self-determination of peoples. The research problem is based on the hypothesis that the current moment experienced by indigenous peoples has its roots in the formation of the State and in the way in which national borders and the Brazilian social and political base were structured. One of the problems analyzed in this work is the system of exclusion of certain social groups through their departure from the established legal order and its consequences. The research indicates that one of the immediate effects of the veto studied was the withdrawal of indigenous peoples from the new migration law, in addition to other consequences such as the negative one regarding the recognition of fundamental rights as citizenship and self-determination as Brazilian indigenous people. Through the methodology of analysis of the problem based on the various factors that make it up and through the inductive method and the use of bibliographic, documentary, doctrinal and jurisprudential sources, this work will seek to achieve its objective.

Keywords: Migratory dynamics. Indigenous peoples. National Borders. Human rights. Veto.

LISTA DE ABREVIATURAS

DTC - Departamento de Terras e Colonização

FUNAI - Fundação Nacional do Índio

SPI - Serviço de Proteção aos Índios

SPILTN - Serviço de Proteção ao Índio e Localização dos Trabalhadores Nacionais

TI - Território indígena

Cia. Matte Larangeiras - Companhia Matte Larangeiras

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

CIJ – Corte Internacional de Justiça

LISTA DE FIGURAS

Figura 01: Faixa de fronteira brasileira considerada pela Lei nº 6.634/79.

Figura 02: Território Indígena Ñande Ru Marangatu (BR) e Colônia Pysyry (PY).

Figura 03: Reservas indígenas criadas pelo SPI.

Figura 04: Área ocupada pela *Cia. Matte Larangeiras*

Figura 05: Território Guarani.

Figura 06: Colônia *Pysyry*, no Paraguai.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....13

CAPÍTULO 1 17

DA FORMAÇÃO DO ESTADO, DELIMITAÇÃO DE FRONTEIRAS E POVOS INDÍGENAS......17

1.1 ESTADO E FRONTEIRAS NACIONAIS: ALGUMAS TEORIAS ACERCA DE SUA FORMAÇÃO.....17

1.1.1 Mobilidade e Territorialidade: Duas visões, Dois paradigmas.....27

1.2 O DECRETO IMPERIAL DE TERRAS DE 1850, A POLÍTICA EXPANSIONISTA BRASILEIRA E SEUS IMPACTOS SOBRE AS POPULAÇÕES INDÍGENAS.....31

1.3 A CRIAÇÃO DO SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO ÍNDIO E SUAS CARACTERÍSTICAS 29

1.3.1 Do SPI à Constituição Federal de 1988: Considerações Históricas e Políticas 46

CAPÍTULO 2 53

DA ANÁLISE DO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DA CULTURA ESTATAL E A EXCLUSÃO DOS POVOS INDÍGENAS......53

2.1POVOS INDÍGENAS, DIREITO E ESTADO: CONSIDERAÇÕES À LUZ DOS CONCEITOS DE HUMANISMO EM LÉVI-STRAUSS E PLURALISMO JURÍDICO DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS.....53

2.2 O ASPECTO CULTURAL NA REGIÃO DE FRONTEIRA E AS BASES DA DOUTRINA DE SEGURANÇA NACIONAL 65

CAPÍTULO 3 72

DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS DIREITOS HUMANOS: PONDERAÇÕES ACERCA DE SUA EFETIVIDADE NA ESFERA DOS POVOS INDÍGENAS.....72

3.1 OS FINS DA NORMA E A EXISTÊNCIA DE LACUNAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO 74

3.2 OS TRATADOS, AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS E A EFETIVIDADE DE DIREITOS DIANTE DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.....89

3.2.1 Primeiro Estudo de caso: Comunidade Indígena Yakye Axa *vs*. Paraguai (2005) 95

3.2.2 Segundo Estudo de caso: Comunidade Indígena Xucuru *vs.* Brasil (2018).....84

CONCLUSÃO.....105

REFERÊNCIAS.....109

INTRODUÇÃO

A pesquisa se propõe, por meio do estudo bibliográfico, jurídico e antropológico, analisar as consequências da Mensagem de Veto nº 163/2017 que, por razões de segurança nacional, suprimiu o parágrafo 2º do art. 1º da Lei nº 13.445/2017, restringindo a livre mobilidade dos povos indígenas fronteiriços.

A Lei nº 13.445/2017, em seu art. 1º, parágrafo 2º, garantia os direitos originários dos povos indígenas à livre circulação em terras tradicionalmente ocupadas.

A mensagem de veto nº 163/2017 suprimiu esse direito com fundamento nos artigos 1º, I; 20, § 2º; e 231 da Constituição da República, que impõem a defesa do território nacional como elemento de soberania, pela via da atuação das instituições brasileiras nos pontos de fronteira, no controle da entrada e saída de índios e não índios e pela competência da União de demarcar as terras tradicionalmente ocupadas, proteger e fazer respeitar os bens dos índios brasileiros.

No tocante à pesquisa, os Guarani e Kaiowá fronteiriços do Estado do Mato Grosso do Sul representam a população indígena mais numerosa e, segundo a FUNAI[1], contando com aproximadamente 51 mil indivíduos em 2019, sendo a etnia que mais sofreu os impactos das políticas expansionistas empreendidas pelo Estado brasileiro na região.

Observada com rigor, essa mensagem de veto transparece as bases de todo um contexto histórico e social das regiões fronteiriças, que foram construídas sobre os escombros de uma organização social que aqui estava estabelecida, bem antes da delimitação das fronteiras.

A realidade da região de fronteira do Estado do Mato Grosso do Sul permite constatar a falta de regulamentação de diversos aspectos relevantes e que impactam essas regiões, dentre os quais o conflito histórico entre a questão indígena e a propriedade privada, decorrência da política expansionista mal conduzida que privilegiou os grandes proprietários de terras em detrimento dos povos indígenas, afetados pelo processo de exclusão dessas sociedades pelo ordenamento jurídico, conforme se verá adiante.

Partindo desses pressupostos, a pesquisa buscará compreender alguns fatores que podem ter contribuído para a relação conflituosa entre os povos indígenas e o Estado,

[1] Fundação Nacional do Índio (nota do autor).

que se materializa no panorama enfrentado pelos Guarani e Kaiowá habitantes da região de fronteira do Mato Grosso do Sul em virtude da falta de empenho estatal no tocante à política demarcatória de TI[2], políticas públicas e acesso à cidadania, que se refletem na grande quantidade de indígenas indocumentados e impedidos de acesso à alguns programas assistenciais básicos do governo.

Analisando-se os efeitos diretos do problema estudado, a pesquisa evidencia que a negação ao direito do livre trânsito dos povos tradicionais pela fronteira também influencia na manutenção da cultura e sua transmissão às gerações futuras.

Na via reflexa ou indireta, este estudo levanta a hipótese de que o Estado brasileiro, ao vetar o dispositivo que garantia o direito à livre mobilidade dos povos fronteiriços, pode ter buscado impor limites à política demarcatória, já que a livre mobilidade poderia representar uma ameaça real e imediata aos interesses dos grandes latifundiários presentes na região, que procuram embaraçar quaisquer possíveis processos de retomada de territórios historicamente pertencentes aos indígenas.

A questão indígena possui raízes históricas, que analisadas à luz do direito, história e da antropologia, estimulando uma reflexão sobre a formação dos Estados nacionais, a construção da consciência jurídica nacional, suas vertentes culturais, as lacunas jurídicas, a eficácia da norma e seus efeitos, bem como a efetividade dos tratados sobre direitos humanos diante da problemática enfrentada pelos povos tradicionais e de que maneira todos esses fatores se inter-relacionam em torno do problema pesquisado.

Segundo Morin (2011, p. 13), a complexidade representa todo um tecido de acontecimentos, ações, interações, determinações e acasos que constituem o mundo fenomênico.

No primeiro capítulo, a pesquisa irá analisar o contexto histórico da formação do Estado e a delimitação de suas fronteiras políticas, a fim de se compreender como ocorreu o processo de formação das fronteiras nacionais sul-americanas e os impactos produzidos sobre as populações que ocupavam esses espaços.

A formação do Estado brasileiro, da maneira como ocorreram, e a construção da cultura jurídica nacional, fundadas no patronato e na exclusão de classes vulneráveis

[2] Territórios Indígenas (nota do autor).

como o negro, o pobre e o índio, representam alguns dos fatores que contribuíram para a vulnerabilidade dos povos indígenas na área de fronteira do Mato Grosso do Sul.

No segundo capítulo, são lançadas luzes sobre a contradição existente entre povos indígenas e o Estado e, à luz da antropologia, comparam-se seus pontos de vista, permitindo concluir que essas dimensões culturais, por serem divergentes, acirraram conflitos que resultaram na imposição de limites históricos à participação política mais ativa dos povos indígenas em vista de suas peculiaridades.

Como exemplo, tais diferenças afloram quando se compara a ótica do Estado e dos povos tradicionais acerca do conceito de território e mobilidade humana, demonstrativa da contradição existente entre esses dois conceitos que, embora óbvios para o senso comum, possuem significados diferentes quando analisados na ótica dos povos indígenas.

Tomando como base a ciência antropológica, território para os povos indígenas terá sua representação definida por sua importância transcendental e cultural, ao passo que a perspectiva estatal sobre esse mesmo território irá se resumir ao aspecto meramente econômico e político, que se consubstancia na venda, alienação ou arrecadação de impostos por meio da propriedade privada.

Nesse raciocínio, vale destacar que os conceitos de migração e mobilidade humana, também divergentes quando vistos na perspectiva do Estado e na ótica dos povos indígenas. A rigor, mobilidade humana, no entendimento do Estado, significa ir em busca de trabalho, renda e melhoria de vida, agindo unicamente sob uma motivação econômica. Noutro ponto, mobilidade para os povos tradicionais possui um significado que se confunde com sua própria identidade, seu *modus vivendi* e sua cosmologia.

Se por um lado a cosmologia dos povos tradicionais orienta e define o seu modo de ser e viver, pode-se dizer que o Estado também possui a sua cultura, pautada na força e legitimação da violência.

No terceiro capítulo, a pesquisa abordará o problema em sua vertente jurídica, à luz do processo legislativo interno, da eficácia das normas e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, destacando-se a concepção de que todos os países têm a obrigação de respeitar os Direitos Humanos e todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar se um Estado se negar a cumprir seus deveres junto aos cidadãos na garantia desses direitos.

Baseados nos princípios do *pacta sunt servanda*[3] e na boa-fé, os tratados e convenções são acordos jurídicos escritos e firmados pelos Estados e Órgãos Internacionais dentro de parâmetros estabelecidos pelo Direito Internacional Público com o objetivo de produzir efeitos jurídicos.

Historicamente, coube ao Estado elaborar normas e estabelecer leis e o direito a fim de regular a vida em sociedade. Dessa forma, os Direitos Humanos, transculturais, também estão vinculados ao Estado, acarretando problemas quanto à sua efetivação devido a estar conciliado com a política.

Este trabalho buscará encontrar pontos de contato entre o problema central da pesquisa e as diversas variáveis que contribuem em maior ou menor grau no agravamento da situação social e política dos povos estudados.

O poder constituinte originário consagrou um capítulo aos indígenas na CRFB/88 (BRASIL, 1988), porém muitas questões subjacentes ficaram de fora do texto constitucional, gerando incertezas, e insegurança, que repercutem na realidade desses povos.

Vale lembrar que muitas questões referentes à causa indígena permanecem em aberto, reclamando uma atitude do Estado e da sociedade. É possível que não haja imediata solução para o problema, porém ele subsiste há mais de um século, e a pesquisa pode auxiliar o poder público e demais representantes da sociedade na elaboração de projetos que apontem um caminho seguro para sua possível análise e revisão.

[3] Princípio do direito significando que os acordos e contratos devem ser cumpridos (nota do autor).

CAPÍTULO 1

DA FORMAÇÃO DO ESTADO, DELIMITAÇÃO DE FRONTEIRAS E POVOS TRADICIONAIS

O Estado teve sua gênese nas ligas senhoriais, que se assemelham com a estrutura de formação do Estado brasileiro, que considerou os cidadãos que possuíam uma relação de pertencimento com o território e com o soberano.

Neste capítulo é analisado o processo de formação das fronteiras nacionais ao longo da região estudada, buscando fundamentar o estudo na teoria de formação do Estado e elucidando suas características fundamentais e os impactos causados nas populações pré-existentes.

Ressalta-se que o capítulo surgiu da seguinte indagação: se o Estado foi erguido sobre uma estrutura pré-existente na região, habitada por populações milenares com seu sistema próprio de vida, inclusive contando com estrutura política e jurídica, é importante analisar esse contexto, pois a partir do entendimento de como se formou o Estado nessas regiões, é possível avaliar o grau de impacto sobre essas populações.

1.1 ESTADO E FRONTEIRAS NACIONAIS: ALGUMAS TEORIAS ACERCA DE SUA FORMAÇÃO

O tema pesquisado é interdisciplinar, e os fenômenos e acontecimentos não são simples, mas compostos por diversas informações, que se articulam e se distanciam em alguns momentos, e essa complexidade é o grande motor da pesquisa.

A metodologia utilizada na pesquisa busca enfrentar o emaranhado, a bruma, a incerteza e a contradição, devendo-se estabelecer paradigmas de distinção/conjunção, que permite associar sem identificar ou reduzir, comportando um princípio dialógico e translógico, escapando à realidade abstrata do alto (holismo) ou do baixo (reducionismo) (MORIN, 2011, p. 15).

O problema teórico da complexidade é o da possibilidade de entrar nas caixas-pretas, considerando a complexidade organizacional e a complexidade lógica, e a dificuldade não está somente na renovação da concepção do objeto, mas na reversão das perspectivas epistemológicas do sujeito ou observador científico, que passa a aceitar a

imprecisão, a ambiguidade e a contradição como componentes do fenômeno pesquisado (MORIN, 2011, p. 36).

Segundo Morin (2011, p. 54), o que afeta um paradigma, isto é, a pedra angular de todo um sistema de pensamento, afeta ao mesmo tempo a ontologia, a metodologia, a epistemologia, a lógica e, por consequência, a prática, a sociedade e a política.

Pode-se dizer que o que é complexo diz respeito, por um lado, ao mundo empírico, à incerteza, à incapacidade de ter certeza de tudo, de formular uma lei, de conceber uma ordem absoluta. Por ouro lado, diz respeito a alguma coisa de lógico, isto é, à capacidade de evitar contradições devido a uma visão multidimensional do pesquisador (MORIN, 2011, p. 68).

A pesquisa aborda a diversidade de aspectos sociais e culturais inerentes à região de fronteira. Segundo Aguilera Urquiza (2013), as cidades fronteiriças do Mato Grosso do Sul tornam-se verdadeiros laboratórios de estudo do processo de inserção dos migrantes, sendo um espaço privilegiado para a discussão dos temas acerca da diversidade e da trajetória histórica e cultural de povos tradicionais.

A faixa de fronteira é uma área especial que, em função de questões históricas e políticas, tem sido associada a uma agenda negativa, ficando praticamente abandonada pelo Estado. A isto deve ser acrescido o fato de que a legislação brasileira que dispõe sobre a migração é de 1980, sendo elaborada durante o regime de exceção, razão pela qual a área é vista e considerada apenas do ponto de vista da segurança nacional. A faixa de fronteira continua sendo uma região estratégica para a garantia da segurança nacional, porém o próprio conceito de segurança evoluiu nas últimas décadas, incorporando, modernamente, ao referencial geopolítico o referencial geoeconômico, com os novos desafios implícitos nessa mudança (CARDOSO DE OLIVEIRA & BAINES, 2005).

A rigor, quando se trata do assunto de formação de fronteiras nacionais e da própria formação e organização do Estado, os povos tradicionais, em sua grande parte, estão em posição de hipossuficiência jurídica dada a posição de dominação do ente estatal, outrora personificada na figura do soberano, e atualmente definida como supremacia estatal.

Nessa lógica, ao se analisar os fluxos migratórios nas regiões fronteiriças do MS, os indígenas e os povos tradicionais estarão sempre em situação de vulnerabilidade, comuns às minorias sociais, estando sujeitos a todo tipo de dificuldades para sobreviver

no novo ambiente, passando por discriminação e marginalização (CARDOSO DE OLIVEIRA & BAINES, 2005).

A formulação de leis e políticas públicas decorrentes de antigas práticas assistencialistas e outras formas de atuação do poder público nada mais fizeram do que associar a região fronteiriça ao conceito de "regiões fracassadas", em virtude de políticas insuficientes ou distorcidas, que levaram ao panorama social, jurídico e político que se verifica atualmente no contexto dos povos tradicionais habitantes dessas regiões.

De acordo com Leach (1960), a ideia de fronteira é interpretada como um espaço em movimento, isto é, como um espaço vivo e vivido, levando a uma perspectiva teórica que nos permite ir além das visões das fronteiras baseadas apenas no dogma da soberania dos estados nacionais, que trabalham necessariamente com os fundamentos de limites estáticos e definitivos do Estado, mas como espaços que ainda estão sendo estruturados e vivenciados como "zona de interesses mútuos".

Povos indígenas e ente estatal estão em lados opostos, e essa disjunção aparece quando a Mensagem de Veto nº 163/2017 (BRASIL, 2017b) é publicada, pois ela abrange aspectos como mobilidade, fronteira e territorialidade, restringindo direitos subjetivos[4] e dificultando a aplicação das normas em sua plenitude.

O veto ao parágrafo 2º do art. 1º da Lei nº 13.445/2017 (BRASIL, 2017a) por meio da mensagem de Veto nº 163/2017 (BRASIL, 2017b), faz crer que os padrões culturais arraigados na consciência política brasileira ainda não se desvincularam passado ao privar os povos originários de seus direitos.

Registra-se uma mudança de paradigma na forma como o Estado brasileiro compreende as migrações a partir da Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017 (Nova Lei de Migração), com a valorização de uma ótica humanista, desburocratizante. Enquanto no Estatuto do Estrangeiro, este era visto como alguém a ser controlado pela Polícia Federal em todos os momentos da sua permanência no país, a ideia prevalente na nova norma jurídica é de ampliar os mecanismos de controle, mas também de viabilizar a conquista da cidadania pelos estrangeiros que se integram de forma produtiva à vida do país. Para tanto, houve alterações com a simplificação dos procedimentos para obtenção de vistos; a alteração na forma de controle dos residentes estrangeiros no Brasil; a facilitação do

[4] O direito objetivo estabelece normas de conduta social. De acordo com elas, o agir dos indivíduos. Já o direito subjetivo designa a faculdade da pessoa de agir dentro das regras do direito. É o poder que as pessoas têm de fazer valer seus direitos individuais (nota do autor).

recebimento de trabalhadores estrangeiros com capacidades estratégicas para o país e uma abertura para a imigração humanitária (VARELLA et al. 2017, p. 255).

Na visão de Varella et al. (2017, p. 265), para além de aspectos normativos, o novo status da acolhida humanitária no Brasil teve como consequência a adequação de políticas públicas, especialmente no que tange às políticas sociais, para atendimento da população imigrante. Entre os princípios da nova Lei, há também a inclusão social, laboral e produtiva do migrante por meio de políticas públicas (art. 3º, X), além do acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, bens públicos, educação, assistência jurídica integral pública, trabalho, moradia, serviço bancário e seguridade social. Adicionalmente, entre o rol dos direitos e garantias do migrante, há a previsão de acesso a serviços públicos de saúde e de assistência social e à previdência social, sem discriminação em razão da nacionalidade ou condição migratória (art. 4º VII), à assistência jurídica gratuita, quando houver hipossuficiência (inciso IX) e direito à educação pública (inciso X), todavia, os povos originários faziam parte desse contexto, até o momento em que o dispositivo que os incluía foi vetado.

O tema pesquisado possui estreita relação com a historicidade, sendo capaz de proporcionar uma visão ampla acerca das dificuldades enfrentadas pelos povos indígenas Guarani e Kaiowá fronteiriços no Mato Grosso do Sul.

Para entender a lógica utilizada pelo Estado brasileiro no tocante ao tema pesquisado, considera-se a formação dos Estados soberanos, valendo recordar o pensamento de Heydte (2014, p. 14), que considera o nascimento do Estado moderno e o começo das relações entre os Estados estabelecidas em uma faixa temporal em que a prática do Estado nascente é dominada pelo pensamento legal e por conceitos jurídicos.

Essa estrutura atraiu para si o poder completo e liberdade do trato político, não reconhecendo nenhuma outra autoridade capaz de lhes opor, em decorrência disso, tal instância de poder foi capaz de puxar para si as comunidades que estavam abaixo de sua jurisdição, aniquilando seu direito à autonomia e vida própria, arrogando-se o direito de declarar a guerra e decidir na justiça de vida ou morte das pessoas.

Segundo Isidoro de Sevilha[5] (1878 apud HEYDTE, 2014, p. 324), *civitas* terá o mesmo significado de cidade. "Uma *civitas* é, em si, um conjunto de pessoas unidas pelo laço da comunidade". Para Isidoro de Sevilha, o Estado não é o território, mas sim o povo

[5] Isidoro de Sevilha, Etymologias, XV, 2.ed. v.82. Paris: 1878, Sp. 536.

e os membros da liga política, e o poderio político não é tanto o poder sobre a Terra, mas o poder sobre as pessoas, e as fronteiras de um tal poder não são estabelecidas geograficamente, na medida em que, pela definição de fronteiras, certos pontos da superfície terrestre são designados como o limite do respectivo poder de uma ou outra parte.

Nos dizeres de Heydte (2014, p. 330), território será a definição de objeto e elemento definidor de domínio político, e mais do que uma unidade de domínio, é um espaço legal, onde se impunha o direito à terra e o domínio do *outro*, considerado *diferente.*

No contexto dos povos indígenas, é importante definir o conceito de ocupação da "terra de ninguém", Heydte (2014, p. 341), recordando que além da conquista bélica aparecia a hipótese de ocupação do território que não estava sob o domínio de ninguém, possibilitando ao soberano cumprir seus deveres senhoriais, como proteção dos moradores desse território contra inimigos externos, com fundamento no direito romano de que a terra de ninguém que é ocupada torna-se propriedade de quem a ocupa[6].

Convém ressaltar que cultura é resultado da convivência social, dos indivíduos que formam uma nação. O Estado, em uma forma aperfeiçoada e mais complexa do que o conceito de nação surgiu quando o poder foi institucionalizado e despersonalizando, sendo exercido por meio da forma legislativa, onde o ente estatal representará o meio irradiador e garantidor desses direitos por meio da coerção e objetivando o bem comum dos cidadãos (FILOMENO, 1994, p. 65).

Importa destacar que o bem comum oferecido aos cidadãos desse Estado nascente se baseava em uma visão monolítica, voltada somente àqueles reconhecidos pelo soberano, em detrimento das outras formas de manifestação cultural ou organização social que não compunham o *etos* estatal.

Cabe fazer um importante registro das ocupações indígenas no território brasileiro e sua organização social, haja vista os relatos dos primeiros exploradores a percorrerem os principais rios da região amazônica, entre os séculos XVI e XVII, constatando-se a presença de enormes aldeias e cacicados com milhares de pessoas[7] (MSIA, 2015a, p. 12).

---

[6] Princípio do Direito Romano denominado *uti possidetis* (nota do autor).
[7] Um dos relatos é do frade e cronista espanhol Gaspar de Carvajal (1504-1584) (nota do autor).

Recordando Kelsen (1998, p. 263), o Estado como uma realidade social estará incluído na categoria de sociedade, sendo uma comunidade, e o direito estará incluído na categoria de normas; ele é um sistema de normas, uma ordem normativa, nem sempre capaz de abordar todas as nuances dessa realidade.

A definição de Estado contemporâneo envolve numerosos problemas, derivados principalmente da dificuldade de analisar exaustivamente as múltiplas relações que se criaram entre o Estado e o complexo social e de captar, depois, os seus efeitos sobre a racionalidade interna de um sistema político.

Uma abordagem que se revela particularmente útil na investigação referente aos problemas subjacentes ao desenvolvimento do Estado contemporâneo é a da análise da difícil coexistência das formas do Estado de direito com os conteúdos do Estado social (BOBBIO, 1998, p. 401).

Outro aspecto relativo à formação do Estado pressupõe a delimitação de fronteiras nacionais que irão delimitar o poder do soberano na medida da amplitude de sua influência, sendo delimitadas regiões de contato e interpenetração econômica, social e política, que nem sempre convergirão para uma zona de interesses mútuos.

De acordo com Gabaglia (2014, p. 07), no princípio, as fronteiras eram vastas regiões de terra desabitadas e caracterizadas por desertos, pântanos, montanhas e outros obstáculos naturais.

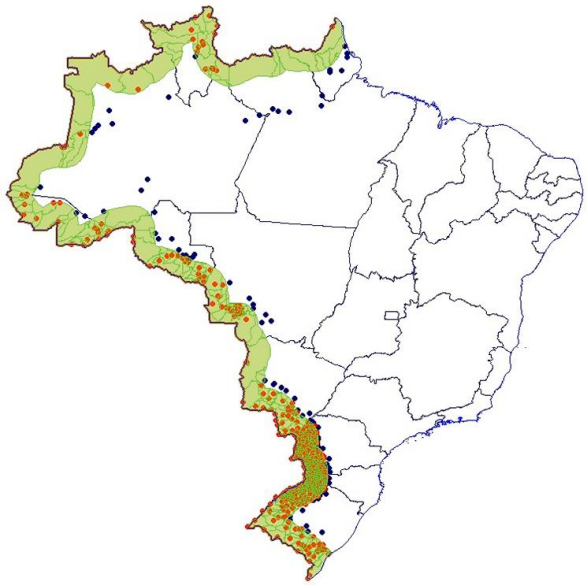
No âmbito da América Latina, os Estados que se emanciparam ou se desdobraram tiveram inúmeras questões sobre limites devido às indefinições quanto às fronteiras que separavam territórios espanhóis e portugueses, sendo aplicado o princípio romano do *uti-possidetis* como regra razoável para delimitação de fronteiras (GABAGLIA, 2014, p. 48).

O aumento da população e o valor crescente da terra utilizada pelo trabalho humano contribuíram para o estreitamento das zonas de fronteira, culminando com o estabelecimento de faixas de fronteira políticas e geográficas, levando-se em conta a existência real e o aspecto peculiar desses territórios.

No caso brasileiro, a Lei nº 6.634, de 02 de maio de 1979 (BRASIL, 1979) dispõe sobre a Faixa de Fronteira, e no seu artigo primeiro considera essa área como indispensável à Segurança Nacional, em uma faixa interna de 150 Km (cento e cinquenta quilômetros) de largura, paralela à linha divisória terrestre do território nacional, com

diversas prescrições ao estabelecimento de indústrias, comércio e ocupação da terra nessa região.

Figura 01: Faixa de fronteira brasileira considerada pela Lei nº 6.634/79



Fonte: Confederação Nacional dos Municípios, 2019.

Ao longo do tempo, geógrafos, políticos e jurisconsultos classificaram teoricamente as fronteiras em físicas ou naturais e artificiais. As primeiras, físicas ou naturais, são obras da própria natureza e as segundas, resultantes da ação humana.

Dentre as teorias adotadas, cumpre destacar a Teoria da Fronteira de Civilização, em que as fronteiras são determinadas por aspectos econômicos, religiosos e pelas instituições jurídicas que regem as populações[8].

Outra teoria a ser destacada seria a das Fronteiras Políticas, que nem sempre repousará na justiça e na equidade, vindo muitas vezes a esconder, sob a forma jurídica, extorsões dos mais fortes sobre os mais fracos[9].

Considerando que a Teoria das Fronteiras Naturais foi determinante para o estabelecimento da fronteira entre Brasil e Paraguai, Gabaglia (2014) ainda informa que existem duas maneiras de o Estado acrescer o seu território: uma originária, decorrente de ocupação, e outra derivada, em decorrência de tratados ou posse imemorial.

[8] GABAGLIA, Fernando Raja. **Fronteiras do Brasil**, p. 14.
[9] Ibid., p. 15.

Pelo menos até o século XVI, a ideia religiosa dominou o mundo ocidental, e o papa era considerado soberano de todas as terras dos *infiéis*, não só pelo direito que a Santa Sé tinha sobre todas as regiões e sobre todos os reinos do mundo, o que era indiscutível, mas também pela doação que Constantino Magno fizera ao Papa São Silvestre e aos seus sucessores.

Logo, o Sumo Pontífice poderia dispor das terras como bem lhe aprouvesse em favor dos Estados mais capazes e mais aparelhados para difundir a fé católica, concedendo o título definitivo das terras por intermédio de bula papal, justificando a ocupação das terras pela cristianização[10].

O estabelecimento dos Estados nacionais na região de fronteiras brasileiras seguiu o modelo de outrora, baseado na força e na imposição de uma estrutura de poder que não respeitou os povos originários que já se encontravam no território, forçando-os a migrar em virtude de conflitos, massacres e falta de alimento em alguns casos.

Ao se analisar a formação das fronteiras nacionais entre Brasil e Paraguai abordando-se a região do Mato Grosso do Sul, há dois momentos marcantes na história da colonização nessas regiões. O primeiro deles se iniciai logo após a Guerra contra o Paraguai (1864-1870), onde a disputa por novos mercados e a liberação do Rio Paraguai à navegação impulsionaram o desenvolvimento da região sul.

Alguns anos depois, foram introduzidas empresas monopólicas estrangeiras, provocando uma disputa com os comerciantes pelo controle econômico da região. Como resultado, os indígenas que se localizavam na fronteira foram expropriados e suas terras foram monopolizadas pela Companhia Matte Larangeira, truste[11] da erva mate na região (CENTENO, 2010, p. 225).

As relações comerciais e humanas existem e tendem a se formar com a evolução histórica em decorrência das populações numerosas e ativas, que terminam por formar focos de vida intensa e diferenciada. Sem dúvida, crer na existência dessas relações baseadas somente na troca material não é factível, pois o trabalho humano irá se desdobrar em uma linguagem que servirá de suporte a todo esse processo, fundada em códigos

[10] Ibid., p. 16.
[11] Estrutura empresarial em que várias empresas, que já detêm a maior parte de um mercado, se ajustam ou se fundem para assegurar o controle, estabelecendo preços altos para obter maior margem de lucro (nota do autor).

verbais e não-verbais capazes de estabelecer o objeto dessas interações, muitas vezes distorcidas.

Nesse panorama, é importante destacar que essas relações podem se dar a partir do determinismo ou de forma aleatória, cujos resultados se baseiam em probabilidades estabelecidas dentro de um espaço com autonomia limitada, como foi o caso dos indígenas ocupantes de grandes áreas, porém historicamente sem autodeterminação.

Diante disso, as diferenças raciais, culturais e étnicas irão se constituir em fatores políticos e sociais, que estarão interligados na formulação de uma consciência baseada na visão do "outro" como um "diferente de nós", gerando uma série de problemas como considerar o outro como menor ao rebaixá-lo, em diversas formas de discriminação (RAFFESTIN, 1993, p. 132).

Nos dizeres de Marchini (2011, p. 09), a discussão sobre as terras indígenas na América vem sendo travada desde o início da colonização, destacando-se a voz de Francisco de Vitória[12], cujas ideias tiveram profundo impacto na legislação colonial. Vitória defendeu que os nativos do novo mundo eram os legítimos senhores das terras que ocupavam. Para o teólogo espanhol todos os povos estavam submetidos a um direito comum, o direito das gentes, que deveria ser respeitado tanto na Europa como em novas terras descobertas, visto que esse se fundava no direito natural[13], não observado pelos colonizadores.

Conforme Francisco de Vitória (2018, p. 107), a ideologia dos jurisconsultos teocráticos justificava as crueldades e as arbitrariedades cometidas contra os ameríndios, como a escravidão e a desapropriação de suas terras, sob o manto de uma nobre missão delegada pelo papa, que nada mais fez do que transportar para o continente americano toda uma ética medieval pautada em um padrão de comportamento dos cristãos em relação aos infiéis, muçulmanos e aos hereges, aplicando, equivocadamente, a mesma medida aos habitantes do novo mundo.

Diante disso, o que se verificou na América Latina foi a formação de Estados Nacionais com a sobreposição de uma estrutura jurídica que sedimentou a estrutura de

[12] Francisco de Vitória (Burgos ou Vitória, 1483 - Salamanca, 12 de agosto de 1546) foi um teólogo espanhol neoescolástico e um dos fundadores da tradição filosófica da chamada "Escola de Salamanca", sendo também conhecido por suas contribuições para a teoria da Guerra Justa e como um dos criadores do moderno direito internacional (nota do autor).

[13] Direito Natural: conjunto de normas que estabelece pela razão o que é justo, de forma universal. É anterior e superior a todas as outras teorias do Direito. Exemplos: direito à vida, à defesa e à liberdade.

dominação estatal sobre diversos territórios tradicionalmente habitados por populações milenares, e que foram desalojadas de seus territórios, de sua cultura e, por conseguinte, tiveram suas leis e costumes colocados em segundo plano, não sendo recepcionados pela estrutura jurídico-normativa que a partir de então se estabelecia.

Ao se analisar esse contexto dentro do processo de conquista da América, vale lembrar que, segundo Todorov (2003, p. 21), Colombo teve a crença de que o paraíso terrestre se encontra em uma região temperada do Equador, cristalizando uma visão *romântica* e desconhecedora da realidade dessas regiões.

No mar, todos os sinais indicavam a proximidade da terra, já que Colombo assim o desejava. Em terra, todos os sinais indicavam a presença de ouro e, no pensamento de Colombo, a terra possuía imensas riquezas, pedras preciosas e especiarias, além de árvores e frutos perfumados, representando uma imensa maravilha (TODOROV, 2003, p. 28).

Trapalanda foi um termo cunhado por Sebastián Caboto[14] em 1527, referindo-se a um reino índio de *fabulosas riquezas*, tendo levado o rei Carlos V a se empolgar com as notícias de uma terra fabulosa, tendo designado Pedro de Mendoza para a missão de descobrir o reino da *Trapalanda*, e malgrado as dificuldades no estabelecimento do novo território, as cidades foram sendo fundadas, a despeito do reino fantástico que então se transmudara em um lugar cheio de dificuldades e obstáculos.

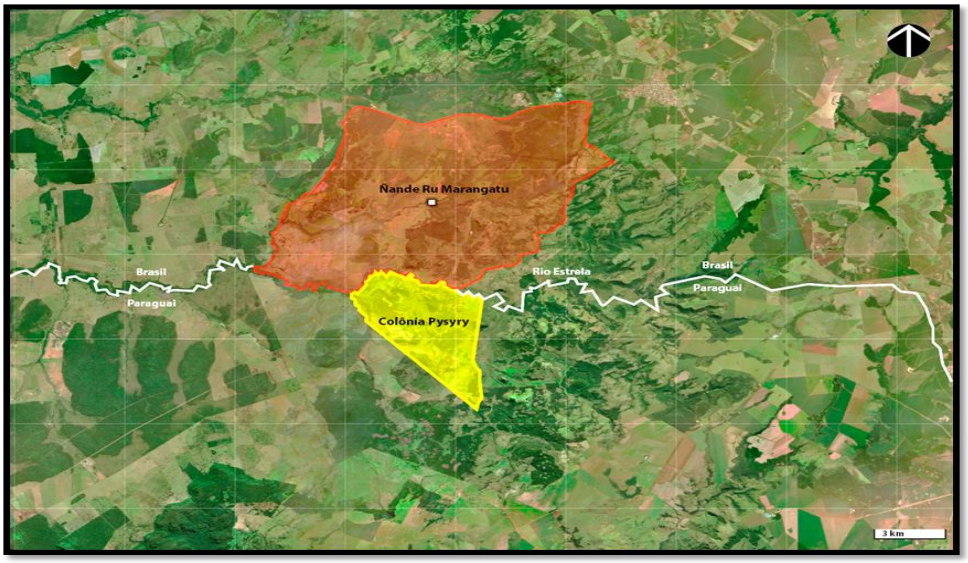
Se por sua vez não houve o reino da *Trapalanda,* a descoberta do novo continente para a sociedade europeia e latino-americana que aqui se encontrava não representou nenhuma fonte de juventude, e sequer riquezas fabulosas e nem homens sem pecado em um local paradisíaco: o que se verificou foi o desejo pela conquista desenfreada do território, a exploração desmedida dos metais preciosos, genocídios e demais violações à vida humana em todos os sentidos (BARBOSA, 1995, p. 121).

A partir do período em que os países adquiriram sua autonomia no que tange à criação dos Estados Nacionais da América do Sul, as fronteiras regionais foram demarcadas pelo critério de fronteiras naturais, ignorando, por conseguinte, as fronteiras do território tradicional dos Guarani e Kaiowá, tendo sido cindidas ao meio, como se pode

[14] Cartógrafo e explorador inglês nascido em Veneza, Itália, de destaque na história da Inglaterra pela posse e colonização do Novo Mundo. No comando de uma expedição espanhola destinada ao Oriente, desviou para explorar o rio da Prata, o Paraguai e o Uruguai em 1525 (nota do autor).

constatar no território tradicional *Ñande Ru Marangatu*, localizado na fronteira Brasil/Paraguai, no município de Antônio João/MS[15].

Figura 02 - Território Indígena Ñande Ru Marangatu (BR) e Colônia Pysyry (PY)



Fonte: Cavararo Rodrigues, 2019, p. 36

1.1.1 Mobilidade e Territorialidade: Duas visões, Dois paradigmas

Considerando os conceitos de mobilidade e territorialidade como óbvios de acordo com o senso comum, eles podem representar posições diametralmente opostas quando abordados a partir de diferentes paradigmas.

Nessa perspectiva, o Estado entende mobilidade humana como resultado do fluxo migratório motivado em função da necessidade de trabalho e renda. Por outro lado, a mobilidade humana para os povos tradicionais será fundamentada em sua cosmologia e em concepções cujo olhar estatal é incapaz de perceber.

O Estado, a partir de sua gênese, percebe o território como moeda de troca, atribuindo-lhe valor monetário, que será utilizado em meras negociações, pouco importando a sua destinação e se o território poderá sofrer degradação, ao passo que os indígenas valorizam e atribuem ao território um valor transcendental, além de primar pela sua preservação em prol de gerações futuras.

[15] Eremites de Oliveira e Pereira (2009) constataram que os trabalhos da Comissão de Limites para demarcação das fronteiras entre o Brasil e o Paraguai ocorreram no período de 1872 até 1874, sendo realizados sem observar os territórios indígenas existentes entre elas, como foi o caso da região que compreende a extensão do território tradicional de *Ñande Ru Mangaratu* localizado em Antônio João/MS até a colônia *Pysyry*, localizada no território do país vizinho, Paraguai (nota do autor).

A terra indígena tem conotação política, abrigando várias comunidades e possui fronteiras fixas também demarcadas de acordo com regras próprias. Trata-se de um território que é englobante e cujos ocupantes pertencem a uma identidade étnica juridicamente reconhecida e comum. Pressupõe-se que os ocupantes desse território englobante se percebam enquanto parte de uma coletividade, partilhando interesses comuns, devendo buscar a sustentabilidade ambiental de suas terras e a sustentabilidade social e cultural do seu modo de vida (ALENCAR, 2004, p. 69).

Os conceitos de posse e propriedade indígena não significam a simples ocupação da terra, bem como o indígena não pode ser visto como proprietário de terra, possuidor de títulos e escritura de registro do imóvel em cartório.

Silva (1992, p. 49) nos adverte que a posse indígena extrapola da órbita puramente privada, porque não é, e nunca foi, uma simples ocupação da terra para explorá-la, mas base de seu *habitat*, no sentido ecológico de interação do conjunto de elementos naturais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida humana, e esse tipo de relação não conseguirá encontrar agasalho nas limitações individualistas do direito privado.

Na questão do domínio, as populações indígenas passaram a ter outra dimensão desse conceito ao se depararem com a sociedade nacional, haja vista a assimetria de poder entre os grupos étnicos minoritários e os grandes empreendimentos públicos e privados nacionais, que terminam por subverter toda uma relação de posse herdada imemorialmente, vulnerabilizada pela falta de um título hábil para comprovar essa condição especialíssima.

Quando se aborda o conceito de mobilidade humana, há clara disfunção em relação aos povos indígenas, Lussi e Durand (2015, p. 46) afirmaram que “as mobilidades que permeiam a vida das pessoas e da sociedade atualmente são um *modus vivendi* que a globalização introduziu e dos quais a migração não é mais que uma de suas formas”.

Dessa maneira, percebe-se que o conceito estatal de migração está associado ao capital e à economia, fatores que organizam e sistematizam a política estatal, onde o migrante será considerado para compor a força de trabalho do local para onde se dirige.

Sayad (1998, p. 65) explica que pode haver migrantes “ruins” ou menos “vantajosos” por não trazerem consequências positivas no ciclo de produção, consumo e trabalho, ou seja, contribuir economicamente com o país.

No caso dos povos indígenas e sua mobilidade, é importante destacar que esse fenômeno pode ocorrer de forma contínua ou não, dependendo do momento em que se encontram, e, conforme Sayad (1998, p. 45), uma das características fundamentais do fenômeno da migração é que, salvo excepcionalidades, ele contribui para dissimular a si mesmo sua própria verdade. Por não conseguir sempre pôr em conformidade o direito e o fato, a imigração condena-se por engendrar uma situação que parece destiná-la a uma dupla contradição: não se sabe se se trata de uma situação provisória ou de um estado duradouro, em nada se relacionando com a condição dos povos indígenas.

Diante desse fato, é possível encaixar a visão estatal no fundamento desse sentido de provisoriedade que termina por abarcar os indígenas, que terminaram enquadrados em um paradigma que não corresponde à sua realidade. Porém, a exclusão desses povos da Lei nº 13.445/2017 (BRASIL, 2017a) representou um retrocesso, quando poderia ter sido um avanço nessa questão.

Contudo, podemos englobar no plano da migração contemporânea a resistência e sobrevivência do povo Kaiowá que residem no Brasil pelas retomadas espontâneas do território de seus ancestrais, perdidos entre as décadas dos anos 1940 e 1970 devido à redução dos territórios tradicionais por motivos diversos, o que representou uma nova problemática, marcada pelos conflitos internos entre diversas etnias. De acordo com Guanaes (2015, p. 315) os conflitos por questões étnicas e culturais têm se intensificado devido à precariedade dos espaços e recursos disponíveis, levando as tensões e disputas dentro de um mesmo *tekoha*, dando origem ao conceito de *deslocamento forçado* (CAVARARO RODRIGUES, 2019, p. 25).

Seguindo o raciocínio de Sayad (1998, p. 45), o caráter provisório da migração é determinante para que o Estado não estabeleça uma tutela mais efetiva desses direitos. Dessa forma, o migrante é visto como alguém que abandonou provisoriamente o seu território, para depois de um certo tempo retornar, a que o autor definiu como uma provisoriedade contínua em qualquer dos locais onde o migrante esteja, e os deslocamentos forçados terminam por *empurrar* os indígenas para essa classificação.

Encaixando o tema da mobilidade indígena nas ideias de Sayad (1998), é possível perceber que a mobilidade dos povos tradicionais, fundadas no costume e na cosmologia desses povos, encontra-se em dissonância com sistema de ideias pré-concebidas pela instituição "Estado", haja vista esse tipo de mobilidade não se enquadrar na hipótese de provisoriedade conforme faz crer o pensamento estatal, sendo restringida

por não integrar um sistema que enxerga o cidadão migrante como um clandestino, que tem suas práticas sociais e costumes resumidas à necessidade de trabalho.

Compreender que os povos tradicionais não representam uma massa de indivíduos que migram somente em busca de trabalho, mas baseiam sua mobilidade na cosmologia, nas relações de parentesco e em outros fatores estudados na ciência antropológica, como se verá a seguir.

De acordo com a Antropologia, quando se considera aspectos como cultura e o modo de viver das sociedades tradicionais, Melià (2016, p. 15), lembra que os Guaranis possuem o costume da caminhada como parte de seu *ethos*[16], de seu *teko*[17], que reflete seu modo de ser de acordo com sua cultura historicamente arraigada, e ainda presente nos dias atuais cujo traço característico é a mobilidade.

Dentro do processo de construção dos Estados Nacionais, em regra, houve a privação da liberdade dos povos indígenas em praticar seus deslocamentos espaciais, valendo recordar Colman (2015 apud VAINER E MELO, 2012), quando afirma que migrar está intrinsecamente ligado ao movimento espacial de uma população e, conforme essa autora, esses deslocamentos espaciais ocorrem em virtude de catástrofes naturais, guerras, perseguições e outros fatores decorrentes da ação humana.

De acordo com Carvalho (2013, p. 101), os Guarani e outros grupos indígenas caracterizam-se por manter a constante mobilidade espacial e, dada a sua magnitude populacional, isto fica mais evidente entre eles. E isso se dá, além da razão do sistema de uso da terra, por meio de visitações entre parentes e por outros aspectos socioculturais.

As aldeias Guarani mantêm entre si estreitas relações políticas, econômicas, matrimoniais e religiosas. São constantes as visitas entre seus moradores. Elas podem durar alguns poucos dias, semanas, meses ou até anos; a partir de uma visita à parentela mais próxima, determinada família pode resolver instalar residência naquela aldeia visitada. Quando se visita qualquer aldeia Guarani, não há uma delas onde não se encontre parentes de indivíduos de outras aldeias, próximas ou distantes.

[16] Significa o modo de ser de um grupo étnico, o viver de acordo com suas tradições (nota do autor).
[17] [...] tekoha significa espaço, lugar (ha), possível para o modo de ser e de viver (teko). Tal é a importância deste conceito que numa mesma palavra aglutinam dois conceitos: vida e lugar. Devido às agressões ao meio ambiente e ao processo de espoliação de suas terras, os Kaiowá e Guarani têm encontrado crescentes dificuldades para esta sobrevivência (COLMAN, 2007, p. 21).

A Fortiori, o povo Guarani, que vivia há centenas de anos em toda a região (bacia do Rio da Prata e do Rio Paraguai, que compreendem Brasil, Paraguai e Argentina), simplesmente foi desconsiderado em suas especificidades e direitos de autonomia sobre seu território e, aos poucos, foram sendo "empurrados" e separados pelo processo de colonização, além de serem destituídos da quase totalidade dos seus territórios tradicionais, ao passo que a restrição imposta pela Mensagem de Veto nº 163/2017 (BRASIL, 2017b) houve por criar um embaraço jurídico no tocante à regulamentação da prática milenar da livre mobilidade dos povos tradicionais.

Sendo o Brasil um país de grandes proporções, os indígenas, por serem minoria (aproximadamente 0,5% da população brasileira segundo dados da FUNAI), conseguiram se manter de certa forma, por longos períodos, isolados em grotões territoriais, considerando que ainda hoje há vários grupos ainda não contatados; ou tiveram também, até certa altura para onde se refugiar da influência do não índio, se dirigindo à regiões menos ocupadas, como foi verificado no decorrer do processo da colonização em direção ao oeste brasileiro; como ainda, outros grupos puderam conviver com suas diferenças em meio a outros povos não indígenas, não sem grandes perdas, sacrifícios e *esbulhos*[18], como é o caso dos Guarani no sul e sudeste brasileiro (CARVALHO, 2013, p. 60).

1.2 O DECRETO IMPERIAL DE TERRAS DE 1850, A POLÍTICA EXPANSIONISTA BRASILEIRA E SEUS IMPACTOS SOBRE AS POPULAÇÕES TRADICIONAIS

A relação do Estado brasileiro com os povos indígenas, sempre foi contraditória: atitudes de negação, paternalismo, tentativas de assimilação e/ou simplesmente de eliminação, quando estes estão "no meio" do caminho da colonização/desenvolvimento. Somente em 1910 o governo explicita sua política indigenista, com a criação do SPILTN (Serviço de Proteção ao Índio e Localização dos Trabalhadores Nacionais), alocado no Ministério da Indústria e Trabalho, com a clara intenção de "localizar" os indígenas e transformá-los em mão de obra do avanço das frentes de colonização.

A partir do Estado Novo de Vargas surge em relação às fronteiras a ideologia de segurança nacional, criada a partir da figura do "inimigo interno", capaz de se opor ao

[18] Ato de usurpação pelo qual uma pessoa é privada, ou espoliada, de coisa de que tenha propriedade ou posse. O termo foi colocado em destaque por ser aplicado a quem possui a posse ou propriedade efetiva sobre o bem. No caso dos indígenas, não há a posse e nem a propriedade da terra, somente o usufruto. A propriedade pertence à União Federal (nota do autor).

"regime", que infelizmente persiste até os dias de hoje como justificativa da política empreendida pelo Estado nas regiões fronteiriças (SPRANDEL, 2005, p. 174).

No caso específico do Mato Grosso, a legislação fundiária se fundamentou na Lei Imperial de Terras de 1850 (BRASIL, 1850) e o seu regulamento de 1854 (BRASIL, 1854), que reconhecia o pleno direito dos particulares às terras devolutas e dispôs que a sua aquisição se daria a título oneroso[19]. Contudo, a lei foi adaptada aos interesses dos grandes proprietários, e foram criadas condições para que houvesse o reconhecimento da posição de proprietário, sem muitas formalidades legais, desde que a posse fosse "mansa e pacífica" devido à grande quantidade de terras ocupadas irregularmente.

Porém, quais garantias possuíam os indígenas no tocante à essa lei fundiária?

Em decorrência da Lei Imperial de Terras de 1850 (BRASIL, 1850), e após a proclamação da República (1889), foi editada a primeira lei de terras do Estado de Mato Grosso (Lei nº 20/1892) e o seu regulamento (Decreto nº 38/1893), que garantiu e regularizou as posses de terras, além de assegurar o direito de preferência para compra de terras consideradas devolutas, que ora se encontravam sob o domínio de particulares (posseiros e colonos), cujo título de posse e propriedade possuíam origem duvidosa e legalidade questionáveis.

Segundo Neto, P. e Neto, J. (2018, p. 03), os conflitos resultantes das demarcações das terras, na época, eram julgados pelo próprio presidente da província e, após aprovar a mediação, deveria remetê-la ao delegado do diretor-geral das Terras Públicas para fazer passar, em favor do posseiro, sesmeiro ou concessionário, o respectivo título de sua possessão, depois de pagos na tesouraria os direitos de chancelaria.

De acordo com o Decreto de 1854, a figura do vigário era importante nesse processo, pois os artigos 91, 97, 100 e 102 do referido decreto dispunham que:

> Art. 91. Todos os possuidores de terras, qualquer que seja o título de sua propriedade, ou possessão, são obrigados a fazer registrar as terras, que possuírem, dentro dos prazos marcados pelo presente Regulamento, os quaes se começarão a contar, na Côrte, e Província do Rio de Janeiro, da data fixada pelo Ministro e Secretário d'Estado dos Negócios do Império, e nas Províncias, da fixada pelo respectivo Presidente. [...]
>
> Art. 94. As declarações para o registro da terra possuídas por menores, Índios, ou quaisquer Corporações, serão feitas por seus Paes, Tutores Curadores, Directores, ou encarregados da administração de seus bens,

[19] De forma que o adquirente da terra se comprometesse a produzir e investir economicamente no território (nota do autor).

> e terras. As declarações, de que tratão este e o Artigo antecedente, não conferem algum direito aos possuidores. [...]
>
> Art. 97. Os Vigários de cada huma das freguezias do Império são os encarregados de receber as declarações para o registro das terras, e os incumbidos de proceder á esse registro dentro de suas Freguezias, fazendo-o por si, ou por escreventes, que poderão tomar e ter sob sua responsabilidade. [...]
>
> Art. 100. As declarações das terras possuídas devem conter: o nome do possuidor, a designação da Freguezia, em que estão situadas: o nome particular da situação, se o tiver: sua extensão, se for conhecida: e seus limites. [...]
>
> Art. 102. Se os exemplares não contiverem as declarações necessárias, os Vigários poderão fazer as apresentantes as observações convenientes a instrui-los de modo, por que devem ser feitas essas declarações, no caso de que lhe pareção não satisfazer ellas ao disposto no Art. 100, ou de conterem erros notórios: se porêm as partes insistirem no registro de suas declarações pelo modo por que acharem feitas, os Vigários não poderão recusa-las (BRASIL, 1854).

O artigo 94 demonstra que não havia garantia aos indígenas quanto ao uso da terra que ocupavam, não lhes oportunizando o registro ou qualquer outro título legal que lhes reconhecesse algum direito. Os indígenas, como tutelados pela Igreja durante anos, não contaram com o apoio das paróquias em relação ao mínimo reconhecimento de direitos ou qualquer outra benesse do Estado.

De forma geral, Neto, P. e Neto, J. (2018, p. 03) explicam que a Lei de Terras (Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850), encerrou um longo período de incertezas no Brasil. Em 17 de julho de 1822, um pouco antes da independência, o Príncipe Regente editou uma portaria colocando fim ao regime de concessão de sesmarias no Brasil.

Apesar de manter o reconhecimento às sesmarias que tivessem sido entregues, medidas, demarcadas e confirmadas de acordo com a lei, não houve, entre os anos de 1822 e 1850, qualquer diploma normativo que regulamentasse a aquisição de terras no país. A Lei de Terras continuaria em vigor durante todo o período da República Velha, com pouquíssimas alterações, até meados de 1930.

Importante ressaltar que essas ocupações estavam assentadas em grandes áreas, tendo em vista as características da economia do Estado, que se resumia na agricultura, pecuária extensiva e na exploração extrativa vegetal, que vieram a influenciar a formulação de leis que regulavam a posse de terras voltadas primeiramente ao benefício dos grandes proprietários.

O processo de privatização de terras devolutas continuou a ser efetivado por meio de invasões e ocupações de forma desordenada, constatando-se a vinculação do processo de privatização de terras devolutas ao coronelismo, que foi um fenômeno sociopolítico ocorrido na vida rural brasileira durante a Primeira República. No caso específico da região sul do então Mato Grosso, essa ocupação das chamadas terras devolutas foi acentuada por integrantes do Exército Brasileiro desmobilizado após a Guerra da Tríplice Aliança. Muitos desses militares ficaram na região e se apropriaram das terras "disponíveis", quase todas abrigando antigas aldeias indígenas.

A complacência dos governantes locais para com os abusos cometidos por particulares na apropriação de terras devolutas revelou-se também na legalização dos excessos de área incorporados ao título de domínio original, acima do permitido por lei. A título de exemplo, a Legislação Estadual de Terras previa a incorporação de terrenos devolutos contíguos aos térreos ocupados, desde que não excedessem a área cultivada, devendo possuir, no máximo, 150 hectares.

Todavia, do título provisório da terra até a expedição do título definitivo, as áreas eram aumentadas consideravelmente de tamanho, algumas chegando a atingir mais de 15.000 hectares.

Paralelamente a isso, a política governamental de incentivo à imigração aparece junto com a necessidade de povoamento e desenvolvimento do Estado, que guardava em seu âmago a intenção estatal de defender o território desocupado na porção sul do Estado de Mato Grosso, onde também se registravam a presença frequente de pequenos posseiros, sujeitos a despejos e cominações legais previstas na Lei nº 20/1892. Percebe-se, nessas ações, a total desconsideração com a presença secular de povos indígenas e suas práticas culturais de ocupação própria dos seus territórios, despercebidos pelo Estado brasileiro.

Todavia, penalizar os posseiros não soava como politicamente correto devido às suas contribuições, de uma forma ou de outra, para a colonização da região, que ocorreu sem quaisquer ônus para o Estado, mas com a contrapartida de pagamento de impostos por parte dos posseiros. Na verdade, as políticas de expansão da pequena propriedade, como foi aplicada aos imigrantes, encontrava-se dissociada dos interesses das oligarquias, já detentoras de grandes latifúndios, apoiados pelo próprio Estado.

Portanto, os atos de legitimação das posses antigas, iniciado em 1892, continuaram ocorrendo até 1930, por meio de sucessivas prorrogações de prazo para regularização fundiária, e mesmo com a proibição de regularização de posses pela via administrativa imposta pelo governo provisório em 1930, admitindo-se somente a via judicial, os governos locais continuaram convalidando os títulos de domínio de ocupações particulares, com ou sem o perdão das multas impostas (MORENO, 2017).

O Estado brasileiro, por meio do Serviço de Fronteiras, regulamentado por meio do Decreto nº 24.305/1934, exerceu a função de demarcar, caracterizar e inspecionar os marcos fronteiriços a fim de assegurar a inviolabilidade do território nacional, cujas Comissões Demarcadoras eram chefiadas por militares do Exército ou da Armada, que tinham a incumbência de planejar o povoamento das fronteiras internacionais com a posterior criação do Departamento de Terra e Colonização (SPRANDEL, 2005, p. 184).

Todo esse panorama contribuiu para a criação do mito chamado de "Marcha para o Oeste", que visava a colonização de fronteiras, pois o Brasil era considerado o "país das fronteiras abandonadas", onde o sul do Mato Grosso era desprovido de população nacional.

No caso brasileiro, a região de fronteira terá uma significação histórica, construída em torno de uma ideia de unificação nacional, fundamentada na tese da "conquista do Oeste", semelhante aos padrões norte-americanos.

Contribuíram para a formação dessa ideologia uma literatura nacionalista, bem como a imagem difundida pela elite letrada do nosso país de que o litoral seria visto como local desenvolvido, em detrimento do interior, fadado a ser uma região difícil, alimentando, assim, a formação de um estereótipo que perdura até os dias atuais.

O Estado Novo de Vargas nutrira uma forte tendência integracionista, culminando na interpenetração das fronteiras tanto políticas como econômicas, tendo como pano de fundo a expansão da soberania estatal (FAUSTO, 1995). Essa integração constituiu-se em uma importante ferramenta para a nacionalização do capital, pois as várias regiões que se ligavam ao mercado externo se encontravam dissociadas entre si, cada qual com suas regras e leis próprias, deixando de investir em seu próprio país, contribuindo para o fortalecimento da economia nacional.

Era necessária a presença do Estado nessas regiões, tanto como elemento integrador, quanto como instrumento normalizador da vida nas regiões mais longínquas.

Entretanto, importa ressaltar que grande parte dos problemas existentes nas fronteiras está associada às políticas de acesso à terra nessas regiões, que ocorreram em descompasso com a realidade social desses locais, deixando em segundo plano os interesses maiores da população, como desenvolvimento social, infraestrutura e uma vida digna.

O investimento maciço no latifúndio, na monocultura, em clara continuidade ao sistema colonial, distanciou, em muito, o modelo brasileiro de avanço para as áreas fronteiriças do sistema norte americano proposto por Turner e, segundo a sua teoria de fronteiras, a expansão dos Estados Unidos viria a enaltecer o povo americano (FERNANDES, 2018, p. 09).

Todavia, tais excessos, tolerados pelo poder público de então, e dada a ineficácia e insuficiência de leis que regulassem de forma efetiva todo o processo de ocupação de terras nas áreas fronteiriças do Brasil levaram à apropriação desordenada, usurpação de grande parte dos territórios indígenas e ao subdesenvolvimento da região. Verifica-se que as grandes extensões de terras nessas áreas, agora "tituladas" e concentradas nas mãos de poucos proprietários rurais, foram o motor da pobreza e dificuldade nessas regiões.

Se a região fronteiriça é vista por muitos como difícil e de pobreza extrema, é porque não houve uma melhor distribuição de terras e da riqueza. A convivência onde a lei é ditada pelos chefes locais e a nítida ausência do Estado teve consequências, e graves, na sociedade daquele local devido à consolidação de um sistema que contribuiu para o subdesenvolvimento da região (MORENO, 2017).

Outro fator marcante foi o exclusivo interesse financeiro nas regiões fronteiriças, não havendo contribuições relevantes para o seu desenvolvimento social. Houve incentivos para a ocupação da região, auxiliando a lhe dar uma identidade própria, porém esse processo alimentou um jogo de interesses e alianças políticas que resultou na grande tragédia social dos povos nativos dessas regiões.

A omissão de governadores e demais administradores públicos, ao legitimarem as ações criminosas de proprietários e agrimensores, aceitando e incentivando processos ilegais de venda e regularização de terras se deve, em grande medida, à necessidade do Estado em gerar receita e fazer caixa.

A regularização dos excessos gerava receitas cada vez maiores, com o predomínio da ideia de que o Estado dispunha de grandes reservas de terras devolutas e

sem valor aparente, revelando uma visão mesquinha e bastante limitada de governadores e da classe dominante da época, que não pensavam no desenvolvimento da região e dos direitos dos povos indígenas aos seus territórios ancestrais.

Na verdade, a ideia subjacente era a de que o Estado brasileiro, em longo prazo, receberia grandes somas de contribuições da produção derivada dos latifúndios, elevando consideravelmente a sua arrecadação.

A partir desse contexto de apropriação das chamadas terras devolutas, em especial no início da República e o avanço da colonização para o interior do país, surge o Decreto-Lei nº 3.059/41 (BRASIL, 1941), o qual, inaugurou uma nova fase no tema das fronteiras, pois estabelecia a criação de Colônias Agrícolas Nacionais, que tinham como meta principal a instalação de grandes colônias agrícolas destinadas a receber e fixar, como proprietários rurais, cidadãos brasileiros reconhecidamente pobres que revelassem aptidão para os trabalhos agrícolas e, excepcionalmente, agricultores estrangeiros qualificados.

A edição dessa norma representou parte de uma estratégia do Governo Federal em ocupar os espaços considerados vazios demográficos e fortalecer as fronteiras, expandindo a pequena propriedade com vistas ao fortalecimento da indústria, integrando os pequenos produtores à economia nacional, criando oportunidades e buscando diversificar a matriz de produção nacional.

O fim do Estado Novo e a abertura democrática incentivada pela Constituição de 1946 (BRASIL, 1946) impulsionaram a política de vendas de terras devolutas no Estado do Mato Grosso, na qual coexistiram tanto a política de colonização como foi feita a regularização fundiária, tendo sido criado o Departamento de Terras e Colonização – DTC.

No entanto o governo, já seguindo uma tendência que lhe era peculiar, reiterou a política de concessão de terras aos particulares com intuito político e através de barganhas. De fato, entre os anos de 1950-1964, o reordenamento fundiário no Mato Grosso foi caracterizado pela venda indiscriminada de terras devolutas e sua utilização como parte de manobras políticas, transformando a venda de terras devolutas em um negócio rentável e a serviço da especulação por parte dos grandes concessionários.

Com isso, o problema fundiário nas regiões de fronteira do Estado do Mato Grosso do Sul guarda íntima relação com os fluxos migratórios existentes nessa região, aliando pobreza ao subdesenvolvimento e falta de oportunidades.

Nessa linha, as políticas desenvolvidas pelos governos estão diretamente vinculadas a antigas práticas de distribuição de terras na localidade da fronteira que, em nenhum momento, previram a necessidade de desenvolvimento da região ou a consideraram de real importância para o Estado.

As políticas governamentais para o melhor aparelhamento das áreas fronteiriças foram operacionalizadas por meio de alguns comandos normativos que buscavam não só a defesa das áreas de fronteira e o povoamento das extensas regiões desabitadas, mas sua integração com a economia nacional.

Para este fim, foram editados decretos e leis que formaram todo um conjunto de estratégias subdivididas em diversas metas.

A primeira meta, o povoamento da região, como estudado anteriormente, deu-se por meio do Decreto-Lei nº 3.059/41 (BRASIL, 1941), com o incentivo à criação das Colônias Agrícolas Nacionais, resultando na subdivisão do território em pequenos lotes de 20 a 50 hectares aos brasileiros reconhecidamente pobres, reunindo-se os colonos por meio de cooperativas de produção, venda e consumo dos produtos. Importa destacar que todo esse processo foi conduzido por meio de subvenções do Governo Federal.

No tocante à política de povoamento, merece destaque o Decreto-Lei nº 1.351/39 (BRASIL, 1939), que criou as colônias militares de fronteira com o intuito de transferir contingentes de militares e seus familiares para aquelas regiões com a contrapartida de lhes serem concedidos títulos de propriedade das regiões ocupadas, contribuindo para a nacionalização dessas regiões, a promoção e o desenvolvimento da população nacional.

Essas colônias foram criadas em locais estrategicamente escolhidos pelo Conselho de Segurança Nacional, dentro da faixa de 150 km prevista no art. 165 da Constituição Federal, vigente na época (BRASIL, 1937).

O título de posse era passado ao colono depois de três anos de ocupação, constituindo-se o lote em bem de família, concedendo ao colono o direito real de uso da propriedade. Como medida de incentivo aos militares que viessem para as colônias de fronteira, seriam concedidas algumas vantagens como gratificação de 20% sobre os seus

vencimentos, a contagem em dobro de tempo de serviços prestados nessas regiões para efeito de aposentadoria, a concessão de um lote, dentre outras vantagens.

Todavia, é característica da vida militar a constante mobilidade dos seus efetivos de carreira, o que inviabiliza qualquer projeto de fixação, e as transferências regulamentares de localidade impuseram que os lotes outrora concedidos fossem, em sua grande maioria, negociados com os grandes latifundiários.

O Decreto-Lei nº 6.430/44 (BRASIL, 1944) dispôs sobre as transações imobiliárias e o estabelecimento de indústrias e comércio de estrangeiros na área de fronteira, permitindo aos estrangeiros, na faixa de 150 km ao longo da fronteira do território nacional, as alienações, transferências por enfiteuse[20] e as transferências de posse de áreas que não ultrapassassem 2000 hectares, legalizando todas as transações ocorridas nessas regiões.

Nesse panorama, percebe-se o direcionamento das políticas governamentais para formação de uma sociedade baseada no latifúndio, no clientelismo, nos favorecimentos políticos e na lei imposta pela influência política dos "coronéis", em detrimento da população que se encontrava ao desamparo e que dependia diretamente das benesses dos grandes proprietários.

Uma das origens das distorções havidas na região de fronteira está na equivocada distribuição de terras e da propriedade, que possui a sua função não somente econômica, mas primordialmente social, e a política de povoamento, com a agravante de que a distribuição de terras foi implementada sem considerar os povos indígenas que já habitavam aquelas regiões e, legalmente, não possuíam meios de portar qualquer título de posse ou propriedade do território.

No caso paraguaio, Junqueira et al. (2018, p. 232), explicam que os indígenas paraguaios eram considerados povos sem direitos, e essa situação persistira até a Constituição paraguaia de 1992.

Segundo os artigos 62 e 64 da Constituição paraguaia (PARAGUAY, 1992), podem-se citar:

> Artículo 62 DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y GRUPOS ÉTNICOS
> Esta Constitución reconoce la existencia de los pueblos indígenas,

[20] Direito real em contrato perpétuo, alienável e transmissível para os herdeiros, pelo qual o proprietário atribui a outrem o domínio útil de imóvel (nota do autor).

> definidos como grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguayo.
>
> Artículo 64 DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo. Se prohibe la remoción o traslado de su hábitat sin el expreso consentimiento de los mismos.

Constatando-se que a Carta magna paraguaia reconhece aos indígenas a propriedade comunitária da terra, garantindo-lhes algum direito no tocante ao território em que vivem, ao passo que o Estado brasileiro confere aos seus indígenas apenas o usufruto da terra.

1.3 A CRIAÇÃO DO SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO ÍNDIO E SUAS CARACTERÍSTICAS

Diante do descompasso gerado pelo governo em relação à questão indígena em nosso país atravessou diversas gerações, governos e regimes econômicos e sociais, com soluções nem sempre eficientes e, mesmo com o advento da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), muito pouco se verificou em termos concretos quanto ao trato desse problema. Em verdade, o embrião do problema não se deu com a edição da Lei Imperial de Terras em 1850 (BRASIL, 1850) ou com os decretos de regulamentação que se seguiram. Contribuiu para o agravamento do problema de distribuição e demarcação de territórios indígenas a criação do SPI, que foi o órgão responsável por operacionalizar toda uma ideologia de integração, consolidando a segregação de grupos sociais em prol do avanço desordenado do Estado por meio de frentes de expansão, constatando-se o predomínio de uma visão cosmológica de uns contra os outros, fazendo com que as relações de poder fossem perpetuadas.

Neste ponto, o trabalho buscará analisar alguns problemas resultantes da má administração do SPI[21], que teve sua embriogenia defeituosa e sua missão distorcida por diversos fatores como corrupção e incompetência administrativa de seus agentes, o que culminou com a sua extinção e consequente criação da FUNAI (Fundação Nacional do Índio), em 1967.

[21] Serviço de Proteção ao Índio. Órgão Federal criado por meio do Decreto nº 8.072/1910 com o intuito de prestar assistência a todos os indígenas do território nacional (nota do autor).

De acordo com Colman e Azevedo (2018, p. 08), a situação dos indígenas se agravou com a implantação de grandes propriedades voltadas para empreendimentos agropecuários e, a partir da década de 1940, com os desmatamentos para abertura de grandes áreas para pastoreio e plantio. Nas atividades de desmatamento, os próprios indígenas, por mais contraditório que possa parecer, colaboraram. Muitas lideranças foram cooptadas e iludidas, fornecendo madeiras para as serrarias. Essas ações estiveram no auge da atividade econômica nesse período. Os relatos indígenas indicam que muitos caminhões saíam das terras indígenas carregados de madeira. Essa atividade econômica influenciou, diretamente, a situação de *esparramo* (BRAND, 1993) e posterior confinamento dos Guarani e Kaiowá a pequenas áreas, criando-se as reservas indígenas.

Figura 03: Reservas indígenas criadas pelo SPI

Fonte: MORAES, 2016, p. 48.

O historiador Antonio Brand (1993) define “esparramo” como um fato ocorrido no período que vai aproximadamente de 1950 a 1970 e, com a implantação das fazendas, inúmeras aldeias Kaiowá e Guarani foram destruídas, levando à dispersão de diversos moradores, desarticulando famílias inteiras, abalando a sua relação de pertencimento com o território.

Segundo Pereira (2012), entre 1915 e 1928, o Serviço de Proteção aos Índios (SPI) requereu áreas de terra junto ao antigo estado de Mato Grosso e demarcou oito pequenas reservas destinadas ao recolhimento da população de centenas de grupos Guarani e Kaiowá que viviam no Estado. O órgão indigenista oficial do Estado brasileiro

considerava necessária a criação destes espaços por considerar importante a proteção aos povos indígenas diante ao avanço desenfreado das frentes pioneiras de ocupação da terra, que vinha ocasionando a dizimação de inúmeras etnias indígenas, porém o processo de demarcação de reservas Guarani e Kaiowá constituiu-se na assimilação forçada dessa população à cultura e sociedade nacional, não lhes oportunizando qualquer outra alternativa. A escolha desses espaços foi baseada em áreas próximas a povoamentos de não indígenas, como exemplo o caso das reservas de Dourados, Caarapó, Amambai, Limão Verde, Sassoró, Taquaperi, Porto Lindo e Pirajuí.

Um dos fatores que também contribuiu para a perda dos territórios pelos indígenas foi a edição do Decreto nº 8.799 de 09/12/1882 (BRASIL, 1882), que concedeu à Companhia *Matte Larangeiras* o direito de explorar a atividade de extração dos ervais até fins da década de 1920. Embora o estabelecimento da Companhia não teve por medida imediata expulsar os indígenas de seus territórios, manteve seus serviços como mão-de-obra nativa para as atividades ervateiras (EREMITES DE OLIVEIRA e PEREIRA, 2009).

A concessão da *Cia. Matte Larangeiras* para explorar os ervais no período de 1890 a 1940 e o Programa da criação de reservas do SPI entre 1915 a 1928 foram acontecimentos que marcaram o deslocamento forçado do povo Guarani e Kaiowá, causando o *esparramo* de inúmeras famílias de seus territórios tradicionais, além do confinamento de numerosos contingentes populacionais em um espaço reduzido, sem considerar as diferenças étnicas que não foram respeitadas, causando inumeráveis problemas sociais e conflitos entre os próprios indígenas.

Recordando as palavras de Cândido Rondon (BRASIL, 2003, p. 34), o que se verificou na espécie foram conflitos, miséria e desolação para essas populações:

> Toda esta população vivia no meio da maior miséria. Desalojados das suas terras, reduzidos a uma triste servidão, que nem se procurava disfarçar; sem o mínimo apoio nas leis, que pareciam ter sido feitas só para proteger os direitos, reais ou imaginários, dos seus truculentos opressores; desamparados pelas autoridades que não se dignavam a ouvir as suas queixas, nem reprimir atentados levados a efeito contra as suas pessoas e as das suas mulheres e filhas – era a vida para esses índios um fardo tão pesado, tão triste e desgraçado como certamente seria aquele com que os duros espartanos flagiciavam os míseros ilotas.

Todavia, o SPI, cujo primeiro diretor foi Cândido Rondon, tinha como principal objetivo e metodologia atrair e pacificar os grupos indígenas para tutelá-los e transformá-los no que se entedia como mão de obra para o Estado. Teoricamente, este seria o primeiro

órgão estatal e laico, dedicado integralmente aos indígenas e, portanto, ofereceria condições para inseri-los no chamado processo civilizatório, seguindo a ideia positivista da "ordem e progresso" estampada na bandeira do Brasil (SILVA et al., 2018, p. 08).

De acordo com Souza Lima (2015, p. 04):

> O SPI surgiu como resposta aos inúmeros conflitos resultantes de mais uma vaga de ocupação e exploração territorial em diversos pontos do país, dentro dos quadros de um Estado em expansão e de atividades econômicas que penetravam em regiões ocupadas por povos indígenas em estado de guerra contra seus invasores. Na contramão do discurso fundador do SPI, busquei pensar as ações governamentais sobre os indígenas não apenas como demonstração de bondade e generosidade, forma abnegada de proteger aquele que é tomado como incapaz de participar plenamente numa comunidade política, como ato humanitário, mas também de inseri-las como parte dos processos de formação de Estado, de extensão de sua malha administrativa através da articulação de âmbitos domésticos e públicos, de uso do trabalho indígena e, mais importante, de liberar terras aos interesses econômicos de grupos privados.

Constata-se que, ao se desviar de suas verdadeiras finalidades, o SPI apresentou os povos indígenas à sociedade brasileira não como seus integrantes, mas com a ideia de "outro", cujas diferenças eram associadas a um exotismo que deveria ser domado, modificado e civilizado. Nessa ótica, a tutela do Estado lhes garantiria a sobrevivência e adaptação a essa nova situação, porém a ideia subjacente de separação e exclusão estava embutida em todo esse processo, podendo ser verificada no artigo 6º do Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916).

Infelizmente, os indígenas eram vistos como representantes de um estágio mais primitivo da humanidade, considerados incapazes de sobreviver aos avanços da sociedade moderna, sendo uma obrigação do Estado protegê-los e permitir que se adaptassem ao mundo contemporâneo (OLIVEIRA FILHO, 2014).

Porém, Silva et al. (2018, p. 10) afirma que a tutela representava a perda da autonomia e atribuição de um grupo poder de falar e agir no lugar do outro, sendo negada até mesmo a possibilidade de falar em prol de seus interesses e direitos.

Embora os programas governamentais muitas vezes definam metas a serem cumpridas e benefícios a serem percebidos pelas populações tuteladas, na realidade o que é fielmente executado são ações que dissimulam a repressão e o controle, em geral para atender ao interesse de terceiros, raramente saindo do papel ou marcadamente ineficientes ou incompletas" (OLIVEIRA FILHO, 2014, p. 146).

Constata-se que, em dias atuais, os indígenas ainda possuem dificuldade de acesso a programas simples como o *Farmácia Popular*, bastando que o cidadão compareça a uma das farmácias vinculadas ao programa portando algum documento e seu CPF. Porém, nem todos os cidadãos indígenas possuem CPF, pois são indocumentados e, nas regiões fronteiriças, enfrentam graves dificuldades para obter documentação por serem confundidos com cidadãos do outro lado da fronteira.

No panorama da pesquisa, se o SPI tivesse desempenhado o seu papel, contribuído para melhor distribuir e ordenar as populações indígenas ao longo da região fronteiriça, talvez não se registrassem tantos desmandos, paternalismo e corrupção de toda a espécie.

O "avanço dos civilizados" às terras indígenas estava aliado a outra ação violenta a ser considerada no processo de integração: descaracterizar os povos indígenas, por meio da força da imposição de categorias classificatórias. O ato de classificar é operacionalizado por meio de conceitos-chave para a antropologia: raça, etnicidade e nação.

Esses conceitos estão, em princípio, relacionados ao ato de ordenar hierarquicamente indivíduos ou grupos considerados minoritários. Esta é uma discussão onde também a produção dos saberes sobre a biologia e a cultura foram utilizados basicamente para demarcar e impor a existência cristalizadas destes grupos num contexto nacional mais amplo. Um dos pressupostos do estado-nação é o reconhecimento de determinados indivíduos enquanto pertencentes ao conjunto de características determinadas como nacionais (SILVA et al., 2018, p. 11).

De acordo com esses autores (SILVA et al., 2018, p. 12), a compreensão sobre a imposição de um "caráter do índio" brasileiro e da gestão dessas populações como um problema a ser resolvido esbarrou nos reais anseios dessas populações. Ao longo do processo de colonização brasileira, os indígenas necessitaram praticar uma espécie de ocultação de sua cultura como estratégia de resistência às violências e imposições no sentido das perdas forçadas, como a língua, os conhecimentos estéticos, o manejo do meio ambiente, as afetividades e a cosmologia, e uma das dicotomias presentes se refere aos conceitos de "civilização" e "cultura". Na lógica estatal, de caráter integracionista, uma civilização pode ser integrada, porém uma cultura não pode passar por um processo de integração, mas de transformação.

Nos dizeres de Silva et al. (2018, p. 17), ao tratar o índio como selvagem, o SPI o colocou em uma condição irracional uma sociedade que dava importância aos valores da ordem. Transformar esse indivíduo em indefeso é dizer que é uma criança, que precisa de educação e proteção; domesticá-lo e civilizá-lo, e assegurar que fosse integrado como cidadão brasileiro que almeja apenas o progresso. Todavia, essa ideia induziu a negação da identidade indígena. Da mesma forma que os indígenas possuem seus traços culturais, os não índios também os ostentam, possuindo percepções muitas vezes distorcidas acerca de outros povos que também lhes consideram inferiores e subdesenvolvidos, como é o caso da Europa em relação à América Latina.

É importante destacar que o governo de Getúlio Vargas, no início dos anos de 1940, revogou a concessão feita à Companhia *Matte Larangeiras*, pois notou que esse empreendimento embaraçava o desenvolvimento econômico por proibir a entrada de colonos e sua permanência naquela região (BRAND, 1993) para diversificar a matriz de produção e trazer maior desenvolvimento. O governo Vargas, com a intenção de pôr em prática a expansão de frentes econômicas de ocupação nacional, além de desapropriar a área ocupada pela *Cia. Matte Larangeiras*, incorreu no equívoco de declarar inúmeros territórios tradicionais não demarcados como terras devolutas, repassando-os a terceiros, o que resultou no processo de esbulho das comunidades indígenas que ali se encontravam.

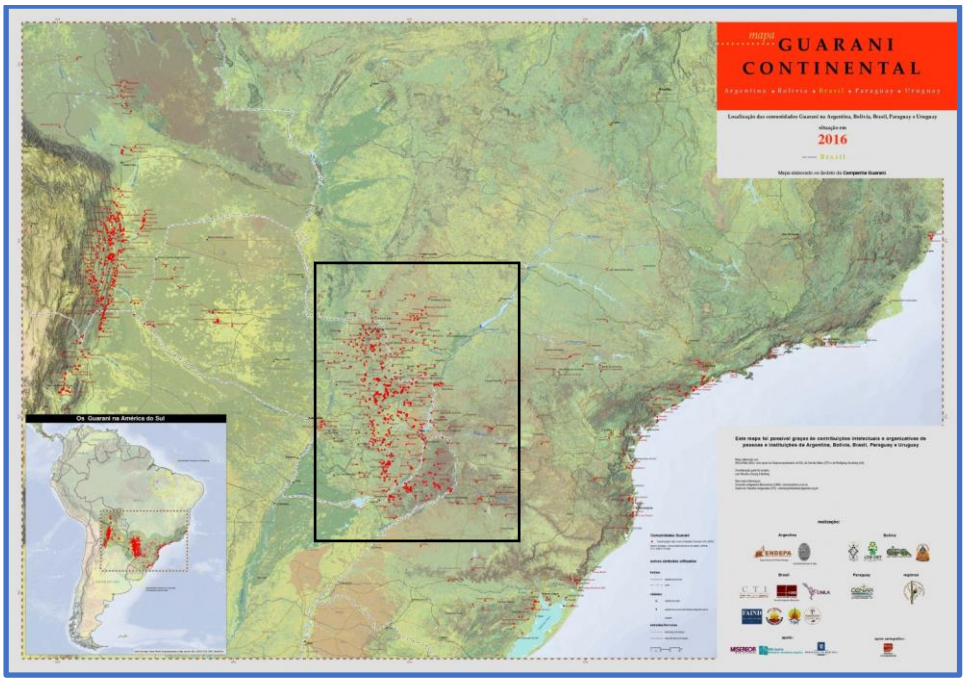
Figura 04: Área ocupada pela *Cia. Matte Larangeiras*

Fonte: (Silva, 2019, p. 01)[22]

[22] Região dos ervais do Brasil abrangendo áreas do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná e Mato Grosso.

De acordo com o Brand (1993, p. 126), os indígenas perderam rapidamente seus territórios tradicionais com a exploração econômica moderna, sofrendo agressão em seu modo de ser devido às alterações no meio ambiente em consequência do desmatamento acelerado.

Figura 05: Território Guarani



Fonte: EMGC, 2016.

Comparando-se os mapas acima, é possível constatar que os ervais ocuparam o território tradicional pertencente aos Guarani, o que justifica o *esparramo* e outras violações a direitos sofridas pelos povos indígenas dessa região.

1.3.1 Do SPI à Constituição Federal de 1988: Considerações Históricas e Políticas

A emergência de um sistema de enfraquecimento da identidade e do sentimento de "ser índio" foi responsável pela desconstrução gradativa e intencional de sua cultura e do seu modo de ser, impedindo-os de participar de forma mais efetiva com as políticas governamentais e criação de leis devido, em grande parte, à atuação da estrutura institucionalizada do SPI, que atendeu aos interesses das classes dominantes oligárquicas e da política de expansão do agronegócio cercada por interesses econômicos.

O direito dos indígenas não se resume ao mero usufruto das terras que ocupavam, estabelecidos pelas constituições brasileiras desde 1934, mas na busca pelos Direitos

Humanos, consubstanciados na dignidade, igualdade, liberdade, vida e segurança, ratificados pela Assembleia Geral das Nações Unidas, na Declaração Universal de 1948. No período ditatorial, as violações desses direitos estiveram associadas ao não cumprimento pelo Estado brasileiro de deveres para com os seus indígenas, sobretudo o de proteção e assistência, conforme estabelecidos nos decretos de criação das instituições responsáveis que funcionaram nesse período (ARAUJO, 2018, p. 04).

De acordo com Heck (1996, p. 74):

> Os militares, que tomam o poder do Estado em 1964, enfrentam uma economia marcada por forte inflação, imprimindo uma política recessiva e concentradora. A questão indígena não ficaria alheia a essa[sic] nova política. O capitão-aviador Luiz Vinhas Neves assume o SPI, com a incumbência de dar-lhe autossuficiência. Tal tarefa significava dar um caráter empresarial e desenvolvimentista ao órgão.

Nos dizeres de Guimarães (2015, p. 61):

> O índio, razão de ser do SPI, tornou-se vítima de verdadeiros celerados, que lhe impuseram um regime de escravidão e lhe negaram um mínimo de condições de vida compatível com a dignidade da pessoa humana. É espantoso que existe na estrutura administrativa do País repartição que haja descido a tão baixos padrões de decência. E que haja funcionários públicos, cuja bestialidade tenha atingido tais requintes de perversidade. Venderam-se crianças indefesas para servir aos instintos de indivíduos desumanos. Torturas contra crianças e adultos, em monstruosos e lentos suplícios, a título de ministrar justiça (MINISTÉRIO DO INTERIOR, proc. nº 4.483/68, v. 20, p. 4.912 apud ARAUJO, 2018, p. 10).

Diante do caráter ambíguo de determinadas disposições constitucionais previstas na Carta de 1988, a exemplo do art. 231, que reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os *seus bens*. Mas o que seriam esses *bens*? Além disso, essa ambiguidade está atrelada a normas não dotadas de efetividade plena e enquadradas nos limites da *reserva do possível,* que serão objeto de análise posterior.

A Carta de 1988 ganhou um somatório de direitos específicos que, em vários casos, foram sobrepostos de forma descuidada e até mesmo conflitante, em detrimento de uma harmonia nacional, resultando em uma quilométrica acumulação de direitos genéricos que acabou se revelando, em alguns pontos, inservível para pavimentar o caminho do Brasil para o pleno desenvolvimento dos seus potenciais humanos e naturais,

seguidos de sua inserção soberana em um novo ordenamento de poder mundial em rápida transformação (MSIA, 2015b, p. 03).

De acordo com Silveira e Sanches (2015, p. 146), na atualidade, com a globalização e o neoliberalismo, as empresas têm ocupado cada vez mais o espaço político e econômico nas sociedades nas quais estão inseridas. Por outro lado, os direitos humanos surgidos na terceira dimensão, reflexos das necessidades históricas da atualidade, situam-se dentro do paradigma da solidariedade, no qual se pode falar na convergência de sujeitos como o poder público, o sujeito particular, as empresas e a coletividade como ao mesmo tempo sujeitos desses direitos e responsáveis pela sua proteção e concretização.

Cabe uma reflexão crítica acerca da atual conjuntura mundial, cujas consequências se refletem nas políticas estatais, em tese ineficientes ou ineficazes em virtude da vinculação do Estado aos grandes aglomerados financeiros, que terminam por determinar quais políticas podem, ou não, ser implementadas pelo Estado.

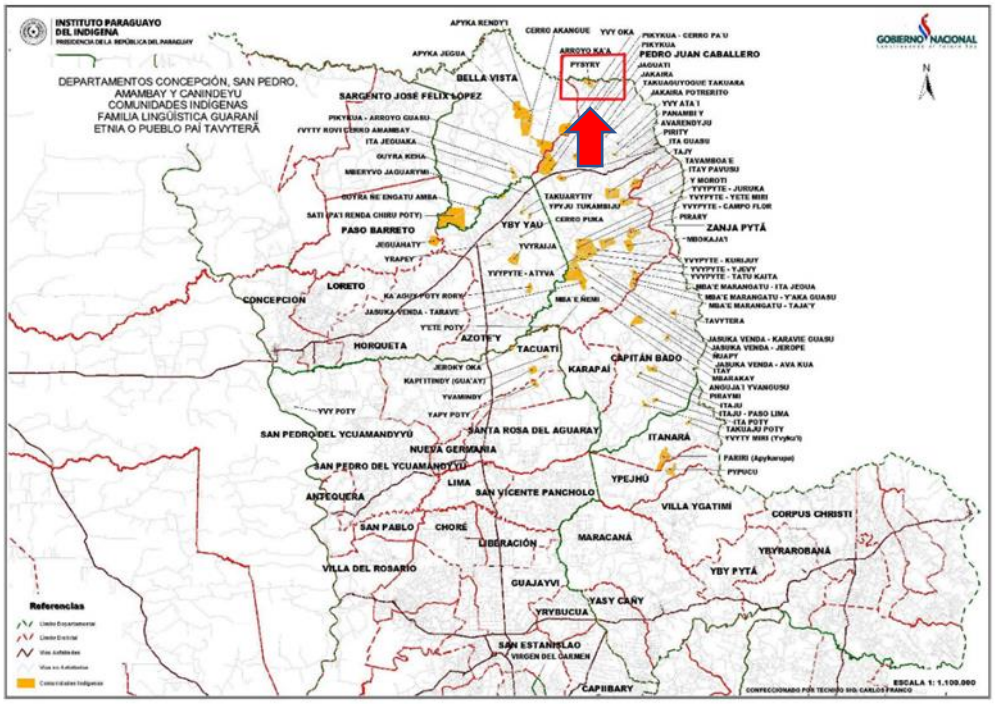
É importante ressaltar que os indígenas foram expulsos de suas terras na década de 1950-1970, tendo fugido para o Paraguai devido às frentes de expansão agropastoril e à alienação de suas terras, consideradas devolutas pelo Estado, retornando somente após a Constituição Federal de 1988 para buscar sua identidade e vivência da qual foram tolhidos.

Os Guarani e Kaiowá que fugiram viveram por longo período na Colônia *Pysyry* e, semelhantemente a refugiados, sempre almejaram retornar para o seu território tradicional, em que viveram sua infância e enterraram seus antepassados. Somente após a Constituição Federal de 1988, esse povo iniciou o caminho de volta à terra tradicional para reivindicarem seus direitos sobre o território indígena Ñande Ru Marangatu[23].

Em 1999, o antropólogo Rubem Thomaz Almeida elaborou o primeiro laudo de identificação do território como terra Ñande Ru Marangatu. Porém, anteriormente a esse período, em 1974, a antropóloga Lília Valle esteve na Terra Indígena realizando pesquisas acadêmicas, ocasião em que constatou o processo de esbulho sofrido pela comunidade, elaborando um relatório e o encaminhando à FUNAI, expondo a situação de conflito que os Kaiowá estavam enfrentando (EREMITES DE OLIVEIRA e PEREIRA, 2009).

[23] Esse território indígena é localizado no município de Antônio João/MS (nota do autor).

Figura 06: Colônia *Pysyry*, no Paraguai.



Fonte: (PARAGUAI, 2019) – Destaque do autor.

Somente em março de 2005, essa terra indígena teve sua homologação administrativa assinada por meio do Decreto Presidencial de 28 de março de 2005 do então Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva. Porém esse decreto foi parcialmente suspenso no mesmo ano pelo então ministro do STF Nelson Jobim por meio de uma liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 25.463 (BRASIL, 2018). Em decorrência da suspensão desse decreto, ocorreram graves violências físicas e psicológicas por parte do governo na tentativa de afastar as famílias que estavam buscando os direitos garantidos no art. 231 da Constituição Federal de 1988.

A presença dos direitos humanos nas constituições dos países reforça a ideia de que por meio de sua implementação é importante proteger os direitos que foram conquistados, buscando ampliá-los significativamente. A preocupação com a alteridade e o favorecimento de uma concepção de mundo centrada na dimensão de consideração do outro e de sua dignidade evidenciam a evolução do homem por meio do cuidado, da responsabilidade, do respeito e do conhecimento (AMARAL e GUTIERREZ, 2011, p. 39).

Ao se referenciar o *caput* do art. 231 da CRFB/88, verifica-se que, além dos direitos expressamente consagrados na Constituição, existem outros decorrentes de

princípios, além dos direitos tipificados nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil em favor dos povos indígenas, nem sempre observados à risca.

No raciocínio de Alencar (2004, p. 68), os grupos sociais que formam as comunidades usam uma referência de território que lhes é particular e que remete à própria constituição do grupo social que o construiu. O termo comunidade remete ao pertencimento a um grupo de parentesco, ao domínio e ocupação de um território, e está em primeiro plano em relação ao conceito de um coletivo relacionado à terra indígena.

Essa autora (ALENCAR, 2004, p. 68) ressalta que a terra indígena é um território circunscrito, historicamente construído e escrito de forma particular através da agência das gerações passadas que deram origem ao grupo social. Pertencer a uma comunidade significa partilhar um mesmo conjunto de memórias do passado que enfatizam as ações do ancestral fundador do grupo social.

Contudo, os conflitos e disputas pela posse da terra têm levado as populações indígenas a perda de sua territorialidade, haja vista os deslocamentos forçados a que inevitavelmente são submetidos.

Embora a política de demarcação das terras indígenas tenha configurado um novo território a partir do qual as populações indígenas buscam reafirmar sua diferença e resgatar um modo de vida particular, dentro desse território mais amplo existem territórios menores que são tornados significativos e particularizados pelos grupos sociais que neles residem e detêm o seu controle.

A compreensão dos mecanismos de construção desses novos territórios para os quais foram forçados a ir é importante quando se pensa em um processo que pode girar em torno do conceito de ancestralidade e cultura, correndo o risco de gerar consequências desastrosas para todos que habitam a região.

Recordando que Estado e povos indígenas estão em posições distintas, o antagonismo também surge quanto à matriz cultural. A partir desse novo parâmetro, não há muitos pontos de contato entre esses atores, dificultando ainda mais a articulação entre o direito e a antropologia quando da formação do arcabouço jurídico-normativo referente aos povos indígenas.

De acordo com Laraia (1986, p. 49), cultura é um processo cumulativo, resultante de toda a experiência histórica das gerações anteriores, que limita ou estimula a ação criativa do indivíduo.

A herança cultural brasileira, desenvolvida através de inúmeras gerações, sempre nos condicionou a reagir de forma depreciativa em relação ao comportamento

daqueles que agem fora dos padrões aceitos pela maioria da comunidade. Por isso, discriminamos o comportamento considerado desviante.

O modo de ver o mundo, as apreciações de ordem moral e valorativa, os diferentes comportamentos sociais e mesmo as posturas corporais são assim produtos de uma herança cultural, ou seja, o resultado da operação de uma determinada cultura.

No entendimento de Laraia (1986, p. 72):

> O fato de que o homem vê o mundo através de sua cultura tem como consequência à propensão em considerar o seu modo de vida como o mais correto e o mais natural. Tal tendência, denominada etnocentrismo, é responsável em seus casos extremos por inúmeros conflitos sociais.

A ineficácia dos mecanismos de proteção aos direitos dos indígenas é patente, e não reflete a busca da paz social. Um melhor entendimento quanto à questão indígena para poder discutir e buscar soluções eficazes para o problema e a aplicação da lei poderia contribuir favoravelmente à essas populações.

Segundo Bobbio (2004, p. 12), as diferenças entre o fundamento de um direito e os fundamentos de um direito dito adquirido ou, ainda, os fundamentos de uma expectativa de direito, são definições abstratas e que não refletem algo que se concretizou.

De acordo com esse autor (BOBBIO, 2004, p. 15), para que um direito seja reconhecido, é necessário que ele tenha fundamentos que justifiquem sua busca. Tal busca deve estar pautada em premissas que podem ser verificadas segundo uma moldura baseada na ciência e na observação, que sejam capazes de representar a realidade, não havendo verdades e fundamentos absolutos do direito, mas os direitos do homem derivam de constantes transformações e que a liberdade do homem pode ser dividida em diversos padrões de liberdade: liberdade de pensar, de querer, de poder mudar a sua vida.

Em face do aspecto multicultural de nosso país, é inconcebível que haja a prevalência de uma cultura sobre a outra, estimulando situações de submissão, negação e exclusão de umas em relação às outras.

Cabe destacar que o sistema político brasileiro, cuja organização jurídica também seguiu os passos, não foi capaz de agregar em torno de si as massas e as reais aspirações e necessidades da população indígena, em regra desfavorecida.

Tendo em mente o problema de articulação entre o direito e a antropologia quando da formulação de leis, isso se reflete na realidade dos povos indígenas, não sendo levados em conta parâmetros culturais e outras peculiaridades, gerando insegurança e contradições tanto em sentenças judiciais e programas governamentais.

Diante dessa dificuldade, o próximo capítulo buscará analisar de que maneira o fator cultural impactou os grupos sociais considerados excluídos pelo Estado, deixando-os *de fora* das leis e de seus principais interesses.

CAPÍTULO 2

DA ANÁLISE DO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DA CULTURA ESTATAL E A EXCLUSÃO DOS POVOS INDÍGENAS.

Um dos aspectos principais de integração e inclusão social diz respeito, primeiramente, à cultura e aos costumes, que irão determinar a organização dos grupos sociais e sua dinâmica de vida, estabelecendo sua posição em face da política estatal.

De acordo com a doutrina de formação do Estado, o estrangeiro e o *diferente* serão vistos e entendidos como o *outro*, e essa visão poderá assumir diferentes conotações, determinantes quanto ao grau de pertencimento desses grupos em relação à ordem estabelecida ou imposta.

Ao se abordar essa questão, cabe refletir sobre a relação de pertencimento dos povos indígenas em relação ao Estado. Se essa relação é conflituosa, pressupõe-se estar pautada em fatores como cultura e o modo de ser que os torna *diferentes*.

O *diferente* tende a ser visto de maneira distante, não surpreendendo imaginar que a relação de exclusão dos indígenas do aparato jurídico estatal deve-se em fatores culturais intrínsecos e complexos conforme será visto.

Nessa lógica, a exclusão dos indígenas de parte do arcabouço jurídico e político brasileiro se dá, em grande medida, devido às diferenças culturais, remontando pelo menos ao ano de 1889, quando a Proclamação da República veio a consolidar a estrutura de poder das oligarquias.

Este capítulo surgiu a partir da reflexão sobre essa consolidação de poder e sob quais fundamentos ela se operou.

2.1 POVOS ORIGINÁRIOS, DIREITO E ESTADO: CONSIDERAÇÕES À LUZ DOS CONCEITOS DE HUMANISMO EM LÉVI-STRAUSS E PLURALISMO JURÍDICO DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

Diante da hipótese de pesquisa, cumpre analisar o problema das comunidades indígenas por outro ângulo e com a devida profundidade, pois se trata de uma situação em que não há vencedores, apenas vencidos.

A situação de expectativa quanto aos direitos dos povos indígenas, que não são plenamente atendidos, é responsável por um ambiente de grave crise e insegurança jurídica, constatados por meio do ataque de fazendeiros contra comunidade Guarani

Kaiowá acontecido em 2015, causando a morte de Simião Vilhalva, uma de suas lideranças.

Como se não bastasse, os já assegurados direitos indígenas em nossa Constituição Federal de 1988 (artigo 231), diante da comunidade internacional o Brasil é signatário da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Autóctones, de 13 de setembro de 2007, que reconheceu importantes direitos em Assembleia da ONU. Fundamentalmente, o Artigo 26 do pacto internacional assegura o reconhecimento e demarcação dos territórios tradicionais indígenas de todo o mundo, todavia é necessário reclamar alternativas no sentido de garantir maior eficácia aos direitos dos povos indígenas, porém preservando sua cultura.

Seguindo a metodologia da pesquisa, o eixo da discussão será mudado, pois até o momento, a questão indígena tem sido enfrentada de forma pontual, em que se coloca a ameaça a direitos como premissa imediata, mas é importante refletir sobre os fundamentos da questão indígena, e as evidências indicam o conflito fundiário, marcado concessão do título de domínio da terra, outorgado pelo próprio poder público.

Contudo, ao mudar a perspectiva de análise do problema, podem ser mostrados outros caminhos que, se não indicarem uma solução, podem vir a estimular diferentes reflexões ou, ao menos, a sua compreensão.

A criação do Estado brasileiro está envolta em crenças, culturas controvertidas e na imposição do regime que foi trazido para as terras brasileiras, instalado sem levar em consideração os aspectos sociais e políticos da população que aqui se encontrava.

Considerando-se como foram recepcionados os costumes e leis dos povos originários, baseadas na ancestralidade e cultura considerada estranha ao soberano. Sem dúvida, essas normas traduzem um comportamento humano, que pela constância acaba se incorporando ao ordenamento jurídico, todavia, o direito dos povos originários não conseguiu se impor a ponto de ser recepcionado pelo Estado em sua plenitude e, em vista da mensagem de veto analisada, constata-se que o agir estatal mantém, cento e trinta anos depois, a mesma postura, explicada por meio da teoria antropológica.

O processo de exclusão dos povos indígenas acha acolhida na teoria humanista de Lévi-Strauss, que explica as bases do Estado nascente, centrado na noção do soberano que condena ou aprova, levando a uma compreensão do humanismo que se baseia no antropocentrismo direcionado ao desenvolvimento técnico capaz de se sobrepor à natureza humana, colocando o homem como senhor absoluto das coisas, força criadora e mestre do mundo.

Diante da concepção universalista de Estado, os conceitos de liberdade, igualdade e pluralismo não poderiam se compatibilizar com o de universalidade, porque a doutrina universalista converge necessariamente para um modelo de partido único, ou de poder soberano e centralizado, característicos da cultura estatal.

Nessa linha, Todorov (1993, p. 89), explica:

> Encontramos com Lévi-Strauss traços de dois tipos diferentes de humanismos. Um, que ele aceita sem hesitar, é o da identidade biopsicológica da espécie: é, de qualquer forma, um humanismo 'de saída' incontestável, mas que não comporta escolha alguma. 'O que a hereditariedade determina no homem é a aptidão geral para adquirir uma cultura qualquer, mas qual será a sua vai depender dos acasos de seu nascimento e da sociedade em que receberá sua educação' (*Le regarde éloigné*, p. 40). É o que Lévi-Strauss também chama — pelo menos em certos textos — de inconsciente: leis estruturais intemporais e universais; ou, ainda, a função simbólica 'que, em todos os homens, se exerce segundo as mesmas leis' — mas são puras formas sem conteúdos. 'O inconsciente é sempre vazio, ou, mais exatamente, é tão estranho às imagens quanto o estômago aos alimentos que o atravessam' (*Anthropologie* structurale, p. 224). De outro lado, encontra-se o mau universalismo, ou melhor, o falso, o que não quer reconhecer as diferenças, o que consiste em um projeto voluntarista — e, inevitavelmente, unificador.

Articulando o humanismo com as bases de formação do Estado brasileiro, constata-se que a ciência jurídica e a antropologia serviram de fundamento para a construção do ordenamento jurídico, que também se estendeu às regiões de fronteira e, ao invés de integrar, afastou os povos indígenas da dinâmica de construção do direito nacional.

Ao promover o diálogo entre o conceito antropológico de humanismo de Lévi-Strauss e o pluralismo jurídico de Boaventura de Sousa Santos, este trabalho busca encaixar esses conceitos na moldura de formação do sistema jurídico nacional, excludente, analisando as distorções que se refletem até hoje na vida dos Guarani e Kaiowá fronteiriços do Mato Grosso do Sul.

Um dos aspectos principais motivadores de integração e inclusão social depende da assimilação da cultura e dos costumes, que irão determinar se a organização dos grupos sociais e sua dinâmica de vida serão recepcionados pelo ente estatal.

Segundo Wolkmer (2003, p. 38), registra-se, no caso brasileiro, a consolidação de uma instância de poder que, além de incorporar o aparato burocrático e profissional da administração lusitana, surgiu sem identidade nacional, completamente desvinculada dos objetivos de sua população de origem da sociedade como um todo. Alheia à manifestação

e à vontade da população, a Metrópole instaurou extensões de seu poder real na Colônia, implantando um espaço institucional que evoluiu para a montagem de uma burocracia patrimonial legitimada pelos donatários, senhores de escravos e proprietários de terras.

Se a contribuição dos indígenas foi relevante para a construção de nossa cultura, o mesmo não se pode dizer quanto à origem do Direito nacional, pois os nativos não conseguiram impor seus "mores" e suas leis, participando mais "na humilde condição de objeto do direito real", ou seja, objetos de proteção jurídica.

Igualmente o negro, para aqui trazido na condição de escravo, se sua presença é mais visível e assimilável no contexto cultural brasileiro, a sua própria condição servil e a desintegração cultural a que lhes impelia a imigração forçada a que se viam sujeitos, não lhes permitiu também pudessem competir com o luso na elaboração do Direito brasileiro (WOLKMER, 2003, p. 45).

Na visão de Cunha (2017, p. 253), comunidades indígenas são aquelas que, tendo uma continuidade histórica com sociedades pré-colombianas, consideram-se distintas da sociedade nacional. Índio é quem pertence a uma dessas comunidades indígenas e é por ela reconhecido. Dessa forma, pertence à sociedade indígena o direito soberano de decidir quem lhes pertence, não cabendo ao Estado interferir nesse processo.

A participação, ou interferência, historicamente marcante do Estado sobre as sociedades indígenas dá-se por meio da tutela ou custódia em face das terras indígenas, e a aparente proteção histórica do Estado não se deve à ignorância desses povos acerca dos usos e costumes da sociedade, mas em decorrência de uma grande dívida histórica (CUNHA, 2017, p. 261).

O homem é um ser social e ele é considerado como integrante de uma sociedade. Os direitos do homem, portanto, são aplicados a um homem que se encontre na sociedade, supondo-se assim a existência de uma gama de direitos das sociedades e dos povos.

Querer a integração não significa assimilar-se, mas querer ser ouvido e ter participação no processo político do país, fazendo valer seus direitos específicos.

Cunha (2017, p. 262), afirma que politicamente os índios eram percebidos como nações autônomas consideradas pelo Estado quando havia interesse em seu apoio por ocasião de litígios ou busca de alianças, prevalecendo princípios de justiça nesses momentos, ao passo que em outras ocasiões as razões de Estado foram invocadas para justificar o seu próprio massacre e abandono.

As culturas humanas diferem entre si, podendo anular-se, estar em contradição ou concorrerem para formar um conjunto harmonioso, porém é importante destacar que

essa diferenciação não se dá do mesmo modo e nem no mesmo plano (LÉVI-STRAUSS, 1976, p. 330).

Existem nas sociedades humanas forças que trabalham em direções opostas, que podem acentuar particularismos ou proporcionar convergências e similaridades, não sendo possível conceber as culturas humanas de maneira estática e fragmentada.

Partindo desse conceito Lévi-Strauss (2008, p. 40) percebe a cultura envolta em uma relação de complementaridade existente entre a história e a estrutura, e de acordo com a característica de cada cultura, denominada como "afastamento diferencial" em relação às outras culturas, é possível compreender "a maneira particular como elas resolvem os seus problemas e perspectivam valores, que são aproximadamente os mesmos para todos os homens, porque todos os homens sem exceção possuem uma linguagem, técnicas, arte, conhecimentos de tipo científico, crenças religiosas, organização social, econômica e política".

E dessa forma, a cultura indígena é apresentada à consciência jurídica nascente, incapaz de perceber a relação de complementaridade, importante na construção do próprio Estado brasileiro.

Conforme Barth (2000, p. 110), cultura é um conceito que não pode ser representado como um *corpus* unificado de símbolos e significados interpretados de maneira definitiva, mas algo dinâmico e que deve ser entendido como uma construção proveniente da linguagem, categorias, símbolos, rituais e instituições que deveriam ter sido levadas em conta quando da delimitação de territórios, fronteiras nacionais e de todo o sistema jurídico decorrente.

De acordo com Cavararo Rodrigues (2019, p. 104), o mundo não é formado por uma única sociedade, e muitas das conexões existentes são assimétricas e indiretas, e não pode haver o caso de decisões acerca do destino de uma comunidade aborígene sem que a população afetada seja ouvida.

Nesse sentido, Wolkmer (2009, p. 187) lembra que inúmeras doutrinas podem ser identificadas no pluralismo de teor antropológico, filosófico, ou político, o pluralismo jurídico não deixa por menos, pois compreende muitas tendências e caracterizações singulares, envolvendo um conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos, que não se reduzem entre si.

No entendimento de Lévi-Strauss (1976, p. 335), as grandes declarações dos direitos do homem têm sua força e sua fraqueza ao enunciar um ideal que raramente atenta

para o fato de que o homem não realiza sua natureza numa humanidade abstrata, mas em culturas tradicionais.

Assim:

> [...]colocado entre a dupla tentação de condenar experiências que o ferem afetivamente e de negar diferenças que não compreende intelectualmente, o homem moderno entregou-se a centenas de especulações filosóficas e sociológicas, para chegar a acordos inúteis entre estes polos contraditórios, e explicar a diversidade das culturas, procurando suprimir o que ela tem para ele de escandaloso e chocante (LÉVI-STRAUSS, 1976, p. 335).

O conceito de humanismo em Lévi-Strauss, considera a existência de três humanismos no estabelecimento da estrutura do Estado.

Lévi-Strauss escolheu estudar os povos sem escrita e dividiu o seu estudo em três etapas. De acordo com Iegelski (2011, p. 04), a primeira delas parte da análise do fim da Idade Média e início do Renascimento, quando a Antiguidade greco-romana é redescoberta. A segunda etapa corresponde à análise dos séculos XVIII e XIX, nos quais o humanismo está colado à expansão geográfica e ao processo colonial e pensadores como Rousseau e Diderot integram às suas reflexões as civilizações distantes do Oriente Médio e do Extremo Oriente, a exemplo da Índia e da China. Estes dois primeiros humanismos não estão interessados em uma abertura total para a compreensão e diálogo com o outro, pois as comparações, na primeira etapa, e as relações estabelecidas entre as sociedades, na segunda, colocam o outro em um lugar hierarquicamente inferior. O humanismo do Renascimento, segundo Lévi-Strauss, era aristocrático, pois além de ser restrito quanto ao seu objeto, o era também quanto "aos seus beneficiários, que formam uma classe privilegiada". Já o humanismo do século XIX era burguês, na medida em que se encontrava "ligado aos interesses industriais e comerciais que lhe serviam de apoio" (LÉVI-STRAUSS, 1976, p. 279).

Importante recordar que um fenômeno social e jurídico não se esgota nas leis, sendo produto das relações humanas que não se prendem a doutrinas, dogmas, norma de decisão ou prescrições estatais, mas tem sua base nas relações entre as pessoas (FELISMINO, 2010, p. 06).

No tocante ao pluralismo jurídico, Randeira (2003, p. 467) afirma que esse conjunto de ideias questiona os alicerces da teoria política e da jurisprudência liberais, principalmente no que diz respeito à congruência entre o território, o Estado e o direito,

ou seja, a centralidade do direito elaborado pelo Estado e a exigência de exclusividade no ordenamento normativo da vida social.

Santos (2007, p. 171) afirma que, apesar da hegemonia do direito estatal moderno, não se pode deixar de reconhecer a existência do pluralismo jurídico, manifestado no plano supranacional através do direito internacional e, no plano interno, através de diversas ordens jurídicas locais, que regem determinadas categorias de relações sociais.

No entendimento de Boaventura de Sousa Santos (1988, p. 73-75) o pluralismo legal reside em duas situações concretas, ou seja, a origem colonial ou não colonial. No primeiro caso, o pluralismo jurídico desenvolve-se em países que foram dominados econômica e politicamente, sendo obrigados a aceitar os padrões jurídicos das metrópoles.

A Antropologia é a ciência que estuda a diversidade sociocultural humana, ou seja, é a chave para compreensão da dinâmica cultural, organização social, política, econômica e práticas religiosas dos povos originários, porém, em alguns casos, o direito se acha parcialmente dissociado dessas ideias.

A relação entre o "eu" e o "outro", estabelece um julgamento devido às diferenças por se imaginar os sujeitos como seres centrais do mundo. Esse comportamento direciona a outro conceito dentro da antropologia, definido como etnocentrismo, fundado no dogma de que uma cultura é melhor do que a outra quando se passa a conviver ou apenas se possua poucos conhecimentos sobre ela. O caminho oposto ao etnocentrismo é o *relativismo cultural*, baseado no respeito à diversidade, significando o pensar uma relação entre o eu e o outro. Partindo dessa visão, constrói-se a ideia de *eu*, *nós* e *nossa sociedade*, comparando-se os diversos grupos e avaliando as diferenças entre tais grupos de forma positiva ou negativa.

Segundo Calixto e Carvalho (2017, p. 370), o conceito de direitos humanos encontra-se assentado em um conjunto de pressupostos tipicamente ocidentais, facilmente distinguíveis de outras concepções de dignidade humana defendidos por outras culturas, sendo concebido, na perspectiva de Santos (2003), como um discurso dominante, sobretudo ante o fato de pregar o universalismo ocidental e de concebê-lo como superior àquela de outras realidades. Diante de tal fato, relativistas passaram a questionar esse universalismo dos direitos humanos, como visto no tópico anterior, por entenderem que estes não levam em consideração as peculiaridades inerentes a cada sistema cultural diversificado. Em que pese o embate entre universalistas e relativistas, surge no cenário

global a proposta do estabelecimento de um diálogo intercultural (interculturalismo) entre as diferentes comunidades, como meio de transformação das relações entre culturas e povos, propiciando caminhos para uma proteção dos direitos humanos sem desconsiderar as diversidades culturais existentes entre os países do globo, e essa proposta inclui a não aceitação do exclusivismo das teses da universalidade ou da relatividade dos direitos humanos.

Ao recordar a lição de Simmel (1973, p. 25), podemos verificar que as regiões são dotadas de correntes opostas que encerram a vida e se desdobram, bem como se juntam a outras com iguais direitos, porém uma das vertentes do problema em estudo é a igualdade formal, nem sempre respeitada ou reconhecida quando se tratam de povos indígenas.

Acerca do conceito de relativismo cultural no contexto desta pesquisa, Wirth (1973) afirma que os modos de vida das pessoas seguem paradigmas que refletem a cultura dominante, em que o conceito de lugar circunscrito e definido tem a ver com a própria origem do Estado, outrora dividido em feudos que deram lugar às cidades, que são produtos de um processo do crescimento e evolução dos modos de associação humana, que exercem influência sobre os modos de vida das pessoas e sua visão acerca da realidade.

Nessa concepção, as populações originárias, distanciadas do plano de ideologias, costumes e dogmas estatais, buscam sobreviver e manter sua cosmologia ao lado de toda uma estrutura de poder, dominação e imposição de sua cultura ao "outro", geralmente considerado inferior.

Raffestin (1993, p. 138) afirma que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que postula relações simétricas, não conseguiu se impor e buscou desenhar um mapa mundial das liberdades às vezes questionáveis. A falta de relações simétricas significa que a ação política se faz conforme as estratégias, que combinam códigos procurando homogeneizar os diferentes elementos à disposição.

Dessa forma, o pluralismo e a autonomia que daí decorrem não representam valores políticos dominantes, e duvida-se que, no contexto atual, um dia venham a sê-lo. A necessidade do pluralismo racial e étnico só pode ser redescoberta por ocasião de uma crise do sistema ocidental, contida por meio da centralização do poder e prestes a eclodir devido a pressão social.

A eliminação da diferença está relacionada com a destruição da informação. É paradoxal que estejamos conscientes desse fenômeno, que é essencial no mundo físico e

bem menos no mundo humano. Procuramos proteger a “diferença” no mundo vegetal e animal, mas nos esforçamos em destruir a “diferença” no mundo humano. Finalmente, corremos o risco de, a longo prazo, sermos vítimas dessa atitude e desse comportamento (RAFFESTIN, 1993, p. 139).

Tendo em vista o sistema político brasileiro na época da Proclamação da República, ao lado de sua organização jurídica, percebeu-se que não foi dotado de amplitude suficiente para agregar em torno de si todas as nuances e diferenças presentes na sociedade, inclusive as regras e costumes presentes em determinados estratos sociais, excluídos da lei positivada pelo Estado.

Vale lembrar as palavras de Aristides Lobo, o propagandista da República, que manifestou seu desapontamento com a maneira pela qual foi proclamado o novo regime. Segundo ele, o povo, que pelo ideário republicano deveria ter sido protagonista dos acontecimentos, assistira a tudo bestializado, sem compreender o que se passava, julgando ver talvez uma parada militar (CARVALHO, 1987, p. 09).

No panorama da pesquisa, é importante analisar as articulações entre cidadão, Estado, o sistema político, e o cidadão com a própria atividade política. Dessa forma, surgem algumas indagações, pois de que forma essas hipóteses se encaixam no quadrante dos povos indígenas?

Segundo Carvalho (1987, p. 11), o momento de transição do Império para a República é particularmente adequado para o estudo desta questão. Tratava-se da primeira grande mudança de regime político após a independência. Mais ainda: tratava-se da implantação de um sistema de governo que se propunha, exatamente, trazer o povo para o proscênio da atividade política, embora a República tenha sido proclamada sem a iniciativa popular.

A discussão sobre os vários conceitos de cidadania em voga por ocasião da proclamação da República corrobora os termos de uma dicotomia marcada de um lado pela visão liberal e individualista, de outro, pela a visão positivista e *rousseauniana*, integrativa e comunitária.

É possível verificar a emergência de uma classe com pontos de contato e exclusão. Importante destacar que os pontos de contato ou integração se deram por meio das manifestações religiosas e festividades, dentre elas as religiões afro-brasileiras, que foram um dos pontos principais de agregação das pessoas em torno de um objetivo sedimentado na fé, no sincretismo e na crença comum, capazes de integrar o rico, o pobre, o branco e o negro.

Sempre que havia espírito de associação, seja nas irmandades religiosas, seja nas organizações beneficentes, seja nas organizações operárias, ele se concretizava no estilo comunitário. As grandes festas religiosas e profanas tinham igualmente o mesmo sentido integrativo de solidariedade vertical.

Nesse sentido, Carvalho (1987, p. 156) afirma:

> A grande festa da Penha foi tomada do controle branco e português por negros, ex-escravos, boêmios; as religiões africanas passaram a ser frequentadas por políticos famosos como, pasmem, J. Murtinho; o samba foi aos poucos encampado pelos brancos; o futebol foi tomado aos brancos pelos negros. Movimentos de baixo e de cima iam minando velhas barreiras e derrotando as novas, que se tentavam impor com a reforma urbana.

Nesse compasso, ao ser impedida de ser república, a cidade mantinha suas repúblicas, seus nódulos de participação social, nos bairros, nas associações, nas irmandades, nos grupos étnicos, nas igrejas, nas festas religiosas e profanas e mesmo nos cortiços e nas maltas de capoeiras. Estruturas comunitárias não se encaixavam no modelo contratual do liberalismo dominante na política. Ironicamente, foi da evolução destas repúblicas, algumas inicialmente discriminadas, se não perseguidas, que se foi construindo a identidade coletiva da cidade (CARVALHO, 1987, p. 163).

A dinâmica social e cultural de uma sociedade não a levará necessariamente a um processo de homogeneização cultural, porém o processo de contato não dispensará as trocas e a reciprocidade como condições essenciais para sua reprodução, contudo isso não irá significar o extermínio das diferenças ou diversidade.

Dessa forma, o contato entre grupos culturais distintos pode ser intenso, não significando que vá ocorrer a perda de sua identidade cultural, mas o surgimento de novas identificações, sejam elas globais ou locais, simultaneamente criadas.

No caso dos povos indígenas, eles demonstram que o dinamismo faz parte de sua vida social, levando-os a repensar conceitos tradicionalmente arraigados e seus valores culturais. Nessa ótica, o respeito à diferença surge do entendimento por meio do diálogo e de uma relação de mutualidade, mesmo havendo obstáculos e dificuldades. Em linhas gerais, comparando-se os indígenas ao processo de identificação e integração do negro em nossa sociedade, percebe-se claramente as diferenças, haja vista o negro ter buscado estabelecer o seu espaço na sociedade nascente por meio dos festejos e do sincretismo religioso.

Os negros trazidos da África como escravos, eram rapidamente batizados e obrigados a acompanhar o Catolicismo. Essa passagem de uma religião para outra era leviana e as religiões de origem africana conseguiam permanecer de forma secreta. As Religiões Afro-brasileiras ainda mantêm suas raízes africanas como o Candomblé e Xangô do Nordeste, outras se constituem através da fusão religiosa como o Batuque, Xambá e Umbanda. As Religiões Afro-Brasileiras apresentam o predomínio do Catolicismo (SANTOS, Marlene, 2015, p. 27).

A fusão cultural de diferentes elementos demonstra igualmente pelo conhecimento de batizar os filhos e casar-se na igreja Católica mesmo ao seguir abertamente uma religião afro-brasileira.

No Brasil, a prática do Catolicismo tradicional tem o predomínio africano que se revela no culto de santos de origem africana como São Benedito, Santo Elesbão, Santa Efigênia e Santo Antônio de Noto (Santo Antônio do Categeró ou Santo Antônio Etíope). No culto há a preferência de santos facilmente relacionados como os orixás africanos como São Cosme e Damião (ibejis), São Jorge (Ogum no Rio de Janeiro), Santa Bárbara (Iansã) (SANTOS, Marlene, 2015, p. 28).

Com a escassez cada vez maior dos índios e a concentração dos negros nas áreas de atividades mercantis, esses últimos exerciam papel decisivo na formação da sociedade local, tornando-se agentes da europeização, difundindo a língua do colonizador e ensinando os escravos recém-chegados as técnicas de trabalho, as normas e valores da cultura a que se viam incorporados. No entanto, conseguem exercer influências emprestando dengues ao falar lusitano, impregnando todo o contexto com o pouco que se pode preservar da herança cultural africana (RIBEIRO, 1995, p. 116).

Na ótica da pesquisa, uma das dicotomias presentes se refere aos conceitos de "civilização" e "cultura". Na lógica estatal, de caráter integracionista, uma civilização pode ser integrada, porém uma cultura não pode passar por um processo de integração, mas de transformação, adaptação e consolidação, marcantes do pluralismo.

Outro ponto não menos importante consistiu na percepção de que a especificidade do projeto antropológico também consiste no conhecimento e no reconhecimento de uma humanidade plural em que as sociedades diferentes da nossa devem também ser vistas como diferentes entre si (OLIVEIRA e JUNIOR, 2019, p. 06).

A perspectiva desenvolvida a partir desse período buscou compreender que as sociedades não europeias não eram uma massa indistinta, mas carregavam consigo elementos diferenciadores e justificadores de análises direcionadas.

Se inúmeras doutrinas podem ser identificadas no pluralismo de teor antropológico, filosófico, ou político, o pluralismo jurídico não deixa por menos, pois compreende muitas tendências e caracterizações singulares, envolvendo um conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos, que não se reduzem entre si (WOLKMER, 2009, p. 187).

De acordo com esse autor (WOLKMER, 2009, p. 189), a consolidação da sociedade burguesa, a plena expansão do capitalismo industrial, o amplo domínio do individualismo filosófico, do liberalismo político-econômico e do dogma do centralismo jurídico-estatal sofreram forte reação por parte das doutrinas pluralistas em fins do século XIX e meados do século XX.

Fazendo um contraponto ao humanismo de Lévi-Strauss, Boaventura também divide o pluralismo em três situações distintas. Primeiramente, países com cultura e tradições normativas próprias que acabam adotando o Direito europeu como forma de modernização e consolidação do regime político. Num segundo caso, trata-se de países onde ocorreram revoluções. Por fim, aquela situação em que populações indígenas ou nativas, não inteiramente dizimadas e submetidas às leis coercitivas dos invasores, adquirem a autorização de manterem e conservarem o seu Direito tradicional (WOLKMER, 2009, p. 191).

A pluralidade envolve a coexistência de ordens jurídicas distintas que definem ou não relações entre si. O pluralismo pode ter como meta práticas normativas autônomas e autênticas geradas por diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais e complementares reconhecidas, incorporadas e controladas pelo Estado (WOLKMER, 2009, p. 193).

De acordo com Boaventura de Sousa Santos (2000, p. 75-114), o projeto da modernidade vive, hoje, um período de crise, marcado pelo desencadeamento de um processo de déficits e excessos irreparáveis, de modo que enquanto algumas de suas promessas foram cumpridas em excesso, outras foram relegadas a segundo plano.

Dentro de uma visão contratualista de nação, pode-se afirmar que a lei deve mediar e administrar o convívio entre diferentes costumes e a convivência entre diversas comunidades morais. Nessa ótica, o capital simbólico de maior peso no exercício de dominação estará associado à pressuposta superioridade moral.

Todavia, quando se discute a formação das leis a partir do referencial dos costumes das sociedades tradicionais, é importante se considerar não só a ética, mas o impulso ético, que vai além do direito e da moral.

O imperialismo cultural e o *epistemicídio*[24] fazem parte da trajetória histórica da modernidade ocidental. Após séculos de trocas culturais desiguais, não se revela justo tratar todas as culturas de forma igual.

Desse modo, o humanismo é capaz de explicar os fundamentos centralizadores do Estado, que teve como consequência a exclusão dos povos indígenas de seu ambiente político, ao passo que o pluralismo jurídico representa o oposto, ao contemplar a cultura do *outro* por considerá-lo integrante desse *corpus* único, formado por diferentes leis, regras e costumes.

2.2 O ASPECTO CULTURAL NA REGIÃO DE FRONTEIRA E AS BASES DA DOUTRINA DE SEGURANÇA NACIONAL

Analisando-se os limites impostos pelo poder estatal sem se levar em conta o direito de ir e vir das populações tradicionais dentro do seu próprio território, Raffestin (2005) afirmou que a fronteira delimita "um pra cá" e "outro pra lá" como forma de segurança. Esse autor enuncia: "A fronteira é um dos elementos da comunicação biossocial que assume uma função reguladora" (RAFFESTIN, 2005, p. 14).

A mobilidade espacial praticada entre os Guarani e Kaiowá, associada ao princípio da ancestralidade do território. Eles são povos agricultores que utilizam um sistema rotativo das terras, de forma a se evitar o desequilíbrio ecológico. Eles também praticam visitação a seus parentes, podendo ficar por meses até mesmo anos, mantendo assim suas redes sociais e políticas. Outra causa não menos importante é o deslocamento para outros territórios devido a conflitos internos, doenças, acidentes e imprevistos com parentes como, por exemplo, o falecimento de algum membro da família.

Conforme Melià (2016), os territórios indígenas são parte da sua identidade, remetendo para o seu modo de ser. O território é o espaço no qual as relações de parentesco, com suas complexas redes de comunicação, se reproduzem. Por isso, sob a ótica indígena, as fronteiras políticas e geográficas são relativizadas em determinados

[24] O epistemicídio é, segundo a definição de Boaventura de Sousa Santos (2000), a destruição de conhecimentos, de saberes, e de culturas não assimiladas pela cultura branca/ocidental. É um subproduto do colonialismo instaurado pelo avanço imperialista europeu sobre os povos da Ásia, da África e das Américas (nota do autor).

casos, em decorrência de casamentos ou pelas dinâmicas de alianças. Essas redes seguem, no presente, em pleno vigor, constituindo e desconstituindo fronteiras, entendidas como dinâmicas e não fixas conforme as entendemos.

Historicamente, a valorização do sertanejo trabalhador, associado ao conceito de progresso, contrapõe-se ao sujeito indígena, configurado por alguns autores como indivíduo antagônico à civilização e, simultaneamente, ao progresso (CASTILHO, 2006, p. 87).

Assim, essa concepção foi reforçada, acerca de os brasileiros identificarem-se, unirem-se e sentirem-se membros de um mesmo corpo, a "Nação", que considera o índio, com "os seus costumes ferozes", como uma barreira a essa integração, ao levar suas vidas "independentes" e como obstáculo aos grandes projetos de infraestrutura e desenvolvimento da nação.

Logo, ao mesmo tempo em que o índio é constituído como não pertencente a esse *corpus*, a literatura apontava a possibilidade desse indivíduo tornar-se civilizado no contato com as "povoações" pois, como Carlos diz a Alfredo, em um dos diálogos:

> Há ainda alguns, no interior do Amazonas, do Pará, de Mato Grosso, de Goiás, Espírito Santo, São Paulo, Paraná, Santa Catarina, Maranhão, conservando a sua vida independente e os seus costumes ferozes. Mas, perto das povoações, já todos eles vão se convertendo à vida civilizada [...] (BILAC& BOMFIM, 2000, p. 80)

Lembrando Boaventura de Sousa Santos (2003, p. 06), o conjunto de pressupostos que norteiam a cultura e política ocidentais estão organizados em uma entidade social chamada direito, capaz de ser definida nos seus próprios termos e de funcionar de maneira autônoma, seja das populações consideradas *ferozes* ou interioranas. O que definirá suas leis serão os aspectos culturais, crenças e costumes característicos do direito consuetudinário.

Ao se considerar as diferenças entre o Estado e a cultura dos povos originários, Evans-Pritchard (2002, p. 107) explica que cosmologia representa um conjunto de doutrinas e princípios religiosos, míticos ou científicos que se ocupa em explicar a origem e o princípio do universo, assemelhando-se à metafísica. De acordo com esse autor, é possível inferir que a ideia de cronologia para os indígenas é completamente diversa das adotadas em nosso cotidiano, bem como a sua visão acerca dos limites espaciais e temporais reconhecidos como um padrão pela sociedade não indígena, o que pode ter sido capaz de afastar os povos tradicionais do *agir* e *sentir* estatal.

Muitos aspectos da cultura indígena estão vinculados ao Direito Consuetudinário[25], sendo uma prática longínqua. Segundo Melià (2016, p. 85), o direito consuetudinário é o direito próprio, tal qual reconhecido pelo Estado paraguaio, disposto no art. 62 da Constituição Paraguaia de 1992 (PARAGUAY, 1992), que reconhece os povos indígenas como integrantes de um grupo de cultura diferente e anterior à formação da organização desse Estado nacional.

Um fator a ser estudado é a Doutrina de Segurança Nacional, que vê o *outro* como inimigo comum e capaz de subverter a ordem estabelecida, e essa doutrina, surgida no regime de exceção, era intransigente e possuía caráter excludente.

De acordo com Joseph Comblin (1978) a Doutrina de Segurança Nacional apresenta como conceitos básicos a geopolítica e bipolaridade. A geopolítica fornece à Doutrina duas importantes contribuições fundamentadas em uma visão ideológica, ou pseudocientífica, ou seja, o conceito geopolítico de Nação e o de bipolaridade. Segundo a Geopolítica, a nação se constitui em um único projeto e uma única vontade: o desejo de ocupação e domínio do espaço.

Nos dizeres de Comblin (1978, p. 28):

> A Nação age pelo Estado: como vontade, poder e poderio, ela se exprime pelo Estado. É impossível encontrar ou fazer uma distinção real entre a Nação e o Estado: a Nação acrescenta ao Estado os materiais, uma população, um território, recursos, apenas o passivo. O que faz formalmente a Nação não difere do que constitui formalmente o Estado. É esse o conceito de Nação com o qual joga a Doutrina de Segurança Nacional.

Nesse contexto, a bipolaridade se fundamenta em um sistema político que teve como base as oligarquias, constituídas em sua maioria por famílias proprietárias de terras que haviam afiançado ao capital externo o controle sobre o setor mais dinâmico da economia nacional, o latifúndio, enquanto que esse mesmo capital externo garantia o domínio oligárquico da sociedade, se necessário intervindo de forma militar quando houvesse alguma movimentação popular que de alguma forma colocasse em questão a dominação dessas oligarquias.

No caso brasileiro, o sistema político emerge exatamente dessa realidade e se consolida com a Doutrina de Segurança Nacional, sedimentada sobre um sistema de dominação e segregação baseado nas oligarquias e no coronelismo.

[25] Veja mais no 3º capítulo.

Nas palavras de Raymundo Faoro (2012, p. 1115):

> O bacharel reformista, o militar devorado de ideais, o revolucionário intoxicado de retórica e de sonhos, todos modernizadores nos seus propósitos, têm os pés embaraçados pelo lodo secular. Os extraviados cedem o lugar, forçados pela mensagem da realidade, aos homens práticos, despidos de teorias e, não raro, de letras. No campo, no distrito, no município, o chefe político, o *coronel* tardo e solene, realista e autoritário, amortece, na linguagem corrente, o francês mal traduzido e o inglês indigerido.

Faoro (2012, p. 1118) explica que o coronel, antes de ser um líder político, é um líder econômico, não necessariamente, como se diz sempre, o fazendeiro que manda nos seus agregados, empregados ou dependentes. O vínculo não obedece a linhas tão simples, que se traduziriam no mero prolongamento do poder privado na ordem pública. Segundo esse esquema, o homem rico exerce poder político, num mecanismo onde o governo será o reflexo do patrimônio pessoal.

Nesse prisma, constata-se que o Estado brasileiro não possui meios de gerenciar e organizar o livre trânsito de pessoas ao longo de suas fronteiras, alegando questões de segurança nacional como justificativa para a sua incapacidade de regulamentar o trânsito de pessoas, seja de forma autônoma ou em regime de cooperação internacional, mantendo sua visão historicamente distorcida em relação aos povos indígenas.

O livre trânsito dos povos originários na fronteira é algo arraigado em sua cultura tradicional, em seu modo de ser e viver, não podendo ser vetado, mas regulamentado à medida que se estabelece parâmetros para sua circulação sem que fossem afetadas a soberania estatal e autonomia desses povos.

Conforme Calixto e Carvalho (2017, p. 372) o interculturalismo, a partir da premissa de que todas as culturas possuem concepções diferentes de dignidade humana, bem como de que todas elas são incompletas quanto a esse conceito, permite o estabelecimento de um diálogo entre as diferentes sociedades acerca da dignidade humana, possibilitando a formação de uma cultura mista de direitos humanos, a qual, ao invés de recorrer a falsos universalismos, se organiza em uma amplitude de sentidos locais.

De acordo com Neves (2009), o processo de globalização e consequente integração da sociedade mundial, levam a problemas constitucionais comuns entre diferentes nações, como no caso de violações a direitos humanos, tais problemas tornando-se insuscetíveis de serem tratados por uma única ordem jurídica estatal no

âmbito do respectivo território, já que relevantes para mais de uma ordem, simultaneamente.

Os problemas de direitos humanos perpassam as fronteiras internas do Estado, onde a constituição estatal passa a ser vista como uma instituição limitada para enfrentá-los. Assim, embora o direito constitucional tenha sua base no Estado, dele se emancipa, passando a considerar as soluções dadas aos mesmos problemas por outras ordens jurídicas, através de um processo de constante diálogo e intercâmbio de ideias e conhecimentos entre ordens jurídicas distintas (NEVES, 2009).

Os costumes representam fontes importantes do direito, no entanto o direito positivo vigente confere aos costumes um valor secundário, colocando o direito costumeiro como algo inferior ou atrasado, como se fosse um estágio anterior à constituição do direito positivo normativo emanado pelo Estado (CURI, 2012, p. 05).

Nos dizeres de Curi (2012, p. 07), para caracterizar o direito indígena como um direito consuetudinário ou costumeiro, podemos, de modo geral, levantar dois traços específicos: 1) ele se encontra imerso no corpo social, firmemente entrelaçado com todos os outros aspectos da cultura, com o qual forma uma unidade compacta; 2) ele extrai sua força e seu conteúdo da tradição comunitária expressa nos usos e costumes.

Ensina Cuevas Gayosso (2000), que o direito costumeiro para os povos indígenas atende a uma cosmovisão fundada em princípios ancestrais que está relacionada com a ordem natural dos acontecimentos. São regras aceitas e aplicadas pela sociedade porque a consciência coletiva diz que são boas para os homens. Sua aplicação não requer a inclusão de tais regras em textos normativos, pois o que as tornam legítimas é a consciência comum do grupo que, por meio do conhecimento dos princípios gerais que regem as suas condutas, sustenta as regras determinadas para a resolução de problemas específicos.

Segundo Aristóteles (2010, p. 27), tal qual os seres humanos, as leis fundamentais possuem origem na natureza. Aristóteles distingue as leis escritas, visionadas e promulgadas pelo legislador, das leis não escritas ou consuetudinárias, e estas são consideradas superiores, mais seguras e fortes, já que a força de uma lei deriva do hábito e do costume, que ganham vigor no decorrer do tempo. O filósofo considera que a supremacia da lei resultante do tempo é fonte de força para a comunidade e de estabilidade para uma constituição.

Diante da população estudada, constata-se a exclusão histórica desses povos do processo de construção de uma consciência política e jurídica do país. Além da exclusão,

registra-se a ocorrência de um processo distorcido e de sutil diferenciação e discriminação das populações indígenas, que desaguou na difícil situação em que se encontram.

Estudar a situação dos povos indígenas sem esses pormenores poderia dificultar a sua análise, pois o princípio da dialeticidade é um importante caminho a ser seguido ao se considerar os pormenores e os traços culturais envolvidos na pesquisa, indicando um justo equilíbrio entre as partes envolvidas quando se vislumbra a imputação de responsabilidade ao Estado que, em tese, poderia agir proativamente na solução dessa questão, e não age, fazendo-se omisso ou, se age, o faz de forma ineficiente ou desviado de suas reais finalidades, cabendo a esses povos buscar a realização do seu direito em órgãos internacionais devido às violações de direitos humanos, considerados em sua universalidade.

O estabelecimento de Cortes Internacionais de Justiça garantiu os direitos dos cidadãos em um nível mais amplo, transcendendo as fronteiras geográficas dos países a fim de se resguardar os direitos fundamentais das pessoas, independentemente de crença, país ou cultura, evitando-se casos drásticos de perseguições e violências.

De maneira geral, os tratados entre os países surgiram como uma fórmula para refrear os ímpetos dos governantes, transcendendo os limites territoriais a fim de se proteger os direitos fundamentais dos cidadãos sem ferir a autonomia e soberania nacionais.

A Constituição Federal de 1988 garante aos povos indígenas o direito de buscar e resgatar seus direitos originários como cidadãos etnicamente diferenciados mostrando a possibilidade de existência de um Estado pluriétnico, porém a letra da Constituição não garantiu de forma plena, até o momento, a inclusão das comunidades étnicas em um processo de participação nas políticas públicas de desenvolvimento que permitam a essas comunidades viver com dignidade.

As antinomias são conflitos entre as diversas regras componentes de um sistema jurídico, cansando embaraços à realização plena do direito e dando margem à insegurança e dificuldades de interpretação pelo Judiciário.

Importa salientar que por detrás da questão demarcatória de terras indígenas, subsistem princípios étnicos, econômicos, culturais, jurídicos e ambientais, cuja complexidade se revela incompatível com a formação de um juízo valorativo, afinal a judicialização leva ao binômio vencedor/perdedor.

Os direitos humanos são definidos como a última fronteira de convivência e pluralismo entre os povos, ao passo que o sujeito de direitos humanos será compreendido em sua dimensão racional e emocional.

É necessário que seja estimulado um intenso debate em diversos setores da sociedade quanto ao trato deste tema tão sensível e que atinge os indígenas e suas famílias, no tocante à elaboração de leis e procedimentos capazes de normatizar essas questões.

Diante do exposto até o momento, constata-se que o nosso sistema jurídico caminha lentamente no que diz respeito aos povos indígenas, fixando suas premissas em expectativas de direito, regras de eficácia muitas vezes limitadíssimas e que refletem toda a concepção histórica que foi vista até então, pela qual é possível perceber a ineficiência do aparelho estatal e a falta de perspectivas.

Conforme descrito, os conflitos normativos também são foco de análise neste trabalho, pois as questões envolvendo os indígenas perpassam por esse plano quando se consideram as nuances da norma positivada, que colocou os indígenas na invisibilidade em alguns pontos fundamentais de seus reclames.

No próximo capítulo, serão analisados alguns desses mecanismos e a eficácia dos tratados de direitos humanos em favor dos povos indígenas, analisando-se até que ponto a estrutura jurídico-administrativa brasileira é capaz de corresponder às expectativas desses povos.

CAPÍTULO 3

DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS DIREITOS HUMANOS: PONDERAÇÕES ACERCA DE SUA EFETIVIDADE NA ESFERA DOS POVOS INDÍGENAS

O Estado é constituído por povo, nação e território, regulados pelas leis que reproduzem fatos sociais.

O universo jurídico é dotado de variáveis cuja análise e quantificação são de extrema dificuldade dada a infinidade de fatos sociais nem sempre alcançados pela normatividade. Recordando o pensamento de Luis Legaz y Lacambra (1934, p. 12):

> O Estado de Direito é um dos mistérios da ciência jurídico-política; é, na esfera da ciência do Direito e do Estado, o que na Teologia é o mistério do Deus-Homem, o mistério do Criador da Natureza submetido à Natureza. Deus e Homem verdadeiros, diz o Credo; legislador, e, não obstante, submetido à lei, afirma a teoria política.

Neste capítulo será estudada a norma jurídica e sua articulação com os demais ramos do conhecimento a fim de reproduzir um fato, que se torna jurídico a partir do momento em que é previsto no universo do *dever-ser* da norma.

A norma reproduz as crenças e cultura do legislador, que elabora e endereça essa norma a um determinado grupo social, podendo submeter essa norma à sua vontade e aos seus interesses, desde que este grau de discricionariedade esteja dentro de uma moldura legal e dos limites previstos pela constituição.

Considerando o problema das lacunas e antinomias no Direito, elas podem ocorrer quando o magistrado não encontra norma aplicável ao caso concreto, não sendo possível subsumir o fato a nenhum preceito, sendo geradas em virtude da falta de conhecimento sobre um *status* jurídico de certo comportamento, um defeito do sistema, uma ausência de norma ou uma disposição legal injusta ou em desuso.

Para tanto deverá haver um desenvolvimento aberto, uma consciência da modificação que as normas experimentam para a aplicação do Direito. Essa integração, de acordo com os limites estabelecidos pelo Direito, de criar uma norma individual, em consonância com o ordenamento, poderá suprir a lacuna, atendo-se aos subconjuntos valorativo, fático e normativo que compõem o sistema jurídico (DINIZ, 1996, p. 90).

À luz do processo de globalização e de uma visão que não percebe mais o Estado como um ente fechado em si mesmo, mas em uma visão cooperativa, é possível que

conceitos, como o de soberania, sejam flexibilizados em prol de uma nova ordem de ideias, sendo difícil conceber um Estado que não busque acompanhar a dinâmica mundial.

O fator cultural subsidia o direito, que poderá ser posto pelo Estado, considerado direito positivo, ou um direito baseado nos costumes e na tradição, denominado direito consuetudinário.

A cultura, como integrante de um fato social, envolve e influencia o direito. Se o aspecto cultural for adaptado ou mesmo mitigado para integrar a norma devido ao grau de discricionariedade do legislador, o Estado, em vista de sua supremacia, eventualmente poderá vetar essa norma, desconsiderando a sua origem, o seu conteúdo e apelo social, excluindo os anseios legítimos de determinados segmentos sociais.

Promover a dignidade da pessoa significa reconhecer que ele ou ela possuem direitos inalienáveis, e que não podem ser suprimidos arbitrariamente, sob pena de serem convertidos em uma fonte de conflitos e violência, e no caso dos povos indígenas, não se pode deixar de levar em conta a sua visão de mundo, os seus costumes e paradigmas, mormente suprimidos por meio de uma lógica mecanicista baseada no mito de Trasímaco[26] (PLATÃO, 2013).

As quatro dimensões do direito, estabelecidas a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 2018), estão fundamentadas na liberdade, nos direitos sociais, civis e políticos, assentadas na defesa do Estado soberano integrante de uma comunidade de Estados organizados e harmônicos entre si, cujo objetivo maior é a prosperidade universal dos povos.

No tocante à justiça social, ela estará vinculada à defesa do trabalho digno, cidadania e respeito aos direitos fundamentais.

A Declaração de 1948 (ONU, 2018) abriu a possibilidade de grupos minoritários terem reconhecidos seus direitos como seres humanos de forma especial, e dentro da universalidade de direitos e suas particularidades culturais, sendo possível harmonizar a relação hierárquica entre direitos universais e aqueles reconhecidos apenas pela população local.

[26] Trasímaco, por meio de sofismas, declara que a força é um direito, e que a justiça é o interesse do mais forte. As formas de governo fazem leis visando seus interesses, e determinam assim o que é justo, punindo como injusto aquele que transgredir suas regras (nota do autor).

O Brasil é signatário de tratados e acordos internacionais, dentre os quais a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho[27], que foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 5.051 de 19 de abril de 2004 (BRASIL, 2004), com *status* de lei ordinária dotada de hierarquia supralegal.

De acordo com Jonas (2006), a finalidade básica do Estado será o bem-comum dos cidadãos em suas mais diversas vertentes, baseadas na ética voltada à responsabilidade para com o futuro, sendo capaz de lançar um olhar sobre as populações indígenas em todos os seus aspectos, sejam sociais, históricos e jurídicos, como se verá adiante.

3.1 OS FINS DA NORMA E A EXISTÊNCIA DE LACUNAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A vida humana em sociedade necessita ser ordenada pela comunidade para que a convivência seja a mais harmônica possível, requerendo processos de adaptação ao meio social que, consciente ou inconscientemente, essa comunidade concede ou impõe.

> Os processos de adaptação social — como a Religião, a Moral, a Política, a Educação, a Economia, a Ciência, a Arte, a Moda, a Etiqueta, o Direito — são os instrumentos de que se vale a comunidade para agir sobre o homem, instilando em sua personalidade os valores, as concepções e os sentimentos que integram e representam a própria cultura daquela sociedade. As experiências vivenciais que o ambiente social lhe proporciona atuam como elementos determinantes de seu comportamento e em razão delas o homem aprende a falar e o que falar, veste-se e sabe como vestir-se, sabe o que comer e como comer, enfim aprende a comportar-se diante dos outros homens e da comunidade que condicionou as suas aptidões (MELLO, 1988, p. 09).

Uma das condicionantes da vida social diz respeito ao processo de adaptação à cultura dominante, que irá determinar a situação do sujeito de direitos em face desse sistema. Nessa perspectiva, a organização social, costumes e ideias podem entrar em conflito com toda uma estrutura que já se encontra arraigada entre os habitantes, dificultando a aceitação e assimilação do comportamento considerado diferente.

[27] A Convenção n° 169, sobre povos indígenas e tribais, adotada na 76ª Conferência Internacional do Trabalho em l989, revê a Convenção n° 107. Ela constitui o primeiro instrumento internacional vinculante que trata especificamente dos direitos dos povos indígenas e tribais. A Convenção aplica-se a povos em países independentes que são considerados indígenas pelo fato de seus habitantes descenderem de povos da mesma região geográfica que viviam no país na época da conquista ou no período da colonização e de conservarem suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas (nota do autor).

Acerca desse raciocínio, Becker (2008) nos ensina que certos comportamentos podem ser considerados incorretos, porém sem que haja uma lei ou sistema que possa estabelecer regras concisas esses comportamentos são passíveis de não serem reconhecidos. Contudo, todos os grupos sociais fazem regras e tentam, em certos momentos, e em algumas circunstâncias, impô-las. Nesse ponto talvez resida um dos problemas de aceitação e assimilação dos indivíduos à cultura do "outro".

Em vista disso, um dos fatores resultantes desse processo refere-se à negação do direito consuetudinário quando foram estabelecidas as matrizes do direito estatal, positivado segundo o conceito de Kelsen, em que não foram contemplados os conflitos culturais com a cidade, representada pelos não índios.

Keppi (2001) afirma que é justamente nas relações entre índios e não índios que o direito indígena não é respeitado, acarretando aos povos indígenas grandes prejuízos, que os leva a se tornar vítimas de um poder estatal não assimilado, mas que lhes é aplicado.

Conforme Park (1973), a cidade é um estado de espírito e um corpo de costumes e tradições dos sentimentos e atitudes organizados e que sobrevivem ao tempo em virtude de sua transmissão ao longo das gerações. Dessa maneira, a cidade, segundo o autor, não é entendida somente como um mecanismo físico e uma construção artificial, mas está integrada aos processos vitais das pessoas que a compõem.

De acordo com esse autor, a cidade é organizada em harmonia com os interesses comuns dos habitantes, que se incorporam segundo seus hábitos e organização moral e se enraízam e contribuem para a demarcação de espaços urbanos pré-determinados, resultantes dessa interação ocorrida entre os habitantes desse mesmo espaço, sendo divididas de acordo com os sentimentos, tradições e histórias dos moradores, fatores determinantes para preservação da cultura.

Com base nessas afirmações, a vizinhança surge como a menor unidade local de organização social e política da cidade. Importa destacar que mesmo morando em uma mesma vizinhança, pessoas de mesma raça ou vocação podem viver em grupos separados, e essa distância tende a acentuar a diferença entre esses grupos, podendo aumentar o nível de descontentamento entre si.

Com efeito, as contradições podem ocorrer durante os deslocamentos dos povos indígenas por diferentes territórios, ocasião em que se deparam com diferentes culturas urbanas, bem como diferentes vizinhanças que os leva a uma situação de insulamento social e moral.

Nesse panorama, a ação social decorre do comportamento humano que guarda relação de significado para os agentes individuais, onde essa ideia de relação social terá um duplo fenômeno de significação de ação e de orientação mútua direcionados à estabilidade e previsibilidade de um sistema de significações (RICOEUR, 1990, p. 67).

Ao situar a função particular de dominação como integrante de aspectos hierárquicos da organização social, a ideologia interpreta e justifica a relação de autoridade. Toda autoridade procura legitimar-se, e os sistemas políticos se distinguem segundo seu tipo de legitimação, tendo a ideologia papel intermediário nesse processo, exercendo o papel de distorção e dissimulação do poder através do próprio fenômeno social, que faz parte da construção do Estado.

Como exemplo dessa construção ideológica, podemos citar, de forma breve, o princípio da supremacia do interesse público e a presunção de legitimidade dos atos administrativos[28].

De acordo com Mello (1988, p. 25), se ponderarmos que os efeitos jurídicos — desde as situações jurídicas simples, como os estados pessoais, as relações jurídicas de conteúdo o mais complexo, que se desdobram em múltiplos direitos, deveres, pretensões obrigações, ações e exceções são, exclusivamente, imputações feitas pelos homens a certos fatos da vida através das normas jurídicas, teremos de admitir que a distinção, no mundo, entre o que é jurídico e o que não entra no mundo jurídico, reveste-se de fundamental importância ao trato científico do direito, e arremata: "Por falta de atenção aos dois mundos, muitos erros se cometem e, o que é mais grave, se priva a inteligência humana de entender, intuir e dominar o direito"

Diante das eventuais contradições entre os fatos sociais, a norma é definida como um esquema interpretativo dos fatos ocorridos no âmbito da sociedade, tendo como estrutura lógica o plano do *ser* a refletir a vontade do legislador e o *dever-ser* como a determinação da norma quanto ao comportamento dos destinatários.

A lei, que reproduz a norma positivada pelo Estado, prevê a conduta dos sujeitos, gerando uma vinculação entre os destinatários e a norma. A sanção prevista pela norma, um prêmio ou um castigo, será a resposta do Estado em relação à conduta dos cidadãos.

[28] Os atos administrativos gozam da presunção relativa de legitimidade (iuris tantum), cabendo a quem os impugna trazer robusta prova em contrário. No entanto, a eficácia desses atos é imediata, e mesmo que atestem uma ilegalidade, podem causar efeitos danosos na vida dos destinatários. A supremacia do interesse público também é uma construção ideológica que não possui fundamento legal, mas legitima o poder estatal e a sua coerção sobre os indivíduos (nota do autor).

Sendo a coerção representa o monopólio do Estado como garantia da segurança dos indivíduos para que a lei seja cumprida, sendo baseada em fatos e na conduta das pessoas, normalizada pelos referenciais *deônticos*, traduzidos no sentido de obrigar, proibir ou permitir.

Na verdade, somente o fato que esteja albergado pela norma jurídica pode ser considerado um fato jurídico, ou seja, um fato gerador de direitos, deveres, pretensões e obrigações (MELLO, 1988, p. 25).

Tendo em vista a sua influência no ambiente social, regulando a conduta humana, o direito é um *fato social*. A realidade do direito, deste modo, revela-se na coincidência do comportamento social com os modelos e padrões traçados pelas normas jurídicas. Como se vê, as normas do direito, embora abstratamente formuladas, tornam-se realidade no meio social, materializando-se nas condutas por elas prescritas.

Diante disso, o direito, definido por Mello (1988) como um fato social, também estará submetido às regras e imposições do meio, podendo sofrer alterações, modificações e adequações pelo legislador e pelo Estado, negando, concedendo e restringindo direitos.

Nessa linha, constata-se que o direito pode ser manipulado e a norma pode refletir a vontade estatal, negar o clamor social e ignorar fatos que não estejam de acordo com a agenda política, permitindo compreender o mecanismo pelo qual o Estado pôde manter os povos indígenas afastados de suas diretrizes políticas e jurídicas.

De acordo com Luciana Roberto (2018, p. 190), a ciência do Direito surge como uma teoria hermenêutica por ter a tarefa de interpretar normas, verificar a existência da lacuna jurídica e afastar contradições normativas; é a teoria da decisão. Para tanto, deverá estabelecer a sistematização de normas, daí a sua função de organização, com a finalidade de decisão, ou seja, da busca de condições de possibilidade de resolução de conflitos. A ciência do Direito não se separa da técnica, o conhecimento e domínio de meios para atingir certo objetivo, sendo instrumento de viabilização do Direito.

A dogmática jurídica tem uma função social, no dever de limitar as possibilidades de variação na aplicação do Direito e de controlar a consciência das decisões, com base em outras decisões.

Verifica-se que o direito surge estampado como um fato social, tendo a teoria antropológica como uma de suas bases fundamentais, haja vista a importância do aspecto cultural quando da elaboração da norma, sendo uma realidade que não pode ser negada sob penas de se produzir situações de exclusão, violência social e conflitos de consequências irreversíveis como se tem constatado no Mato Grosso do Sul.

Diante desse raciocínio, pode-se concluir que a norma representa o fato social, subsidiado pela cultura e pelos costumes, que irão se projetar na ordem jurídica por meio da lei.

Conferir legalidade a um fato social é reconhecê-lo como integrante do ordenamento jurídico estatal, porém as ambiguidades e distorções na interpretação da lei, juntamente com os *vazios* normativos são responsáveis pela criação de um ambiente propício a abusos, violações e ineficácia da lei.

O fenômeno da incidência constitui a primordial diferença entre a norma jurídica e as regras dos demais processos de adaptação social, pois se impõe de forma obrigatória, sem sofrer qualquer influência do querer ou não-querer daqueles atingidos por seu preceito (PONTES DE MIRANDA, 1960, p. 27), sendo efeito característico da norma jurídica, seja ela cogente ou não.

Quando a norma jurídica incide sobre um determinado fato, ocorre a primeira manifestação de eficácia do seu enunciado. É o poder da norma de criar o fato jurídico, juridicizando o seu suporte fático, numa expressão de sua eficácia normativa, correspondente à incidência da norma jurídica (MELLO, 2004, p. 01).

A eficácia não é uma expressão de significação única na doutrina jurídica. Ao contrário, diversas são as significações, considerando-se a eficácia como a capacidade da norma de alcançar objetivos previamente traçados como metas, diferentemente do Prof. Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1980, p. 58), para o qual a eficácia é uma espécie do gênero validade, manifestação desta em sentido fático (SANTOS, Kledson, 2015, p. 06).

Maria Helena Diniz (1995, p. 47), por seu turno, compreende a eficácia como uma condição da validade, consistente no cumprimento efetivo da norma ou, se não cumprida, na aplicação da norma, lição esta expressada sob clara influência da concepção kelseniana acerca da norma.

Santos, Kledson (2015, p. 07) faz uma importante indagação ao analisar a eficácia da norma diante do mundo jurídico, afirmando que eficácia é a aptidão da norma jurídica para gerar efeitos no mundo jurídico. O que dizer do seu sentido sob o prisma sociológico? Faz-se mister verificar se a efetividade da norma no seio social deve necessariamente corresponder à sua eficácia jurídica, à realização do preceito abstrato contido em sua estrutura lógico-jurídica.

Em sentido jurídico, a eficácia diz respeito à produção do fato jurídico pela norma e dele o desencadeamento das consequências descritas no seu preceito abstrato. Esse efeito se propaga no campo da dogmática jurídica, quando a norma incide sobre o

seu suporte fático e atua independentemente da vontade das pessoas, que se subordinam à norma no âmbito das suas relações intersubjetivas (MELLO, 1998, p. 14).

De outro modo se coloca a eficácia social, também chamada eficácia do direito, que, numa dimensão sociológica, consiste na realização dos efeitos da norma jurídica no seio social, concretamente, adaptando as condutas humanas ao padrão estabelecido no seu preceito normativo, como processo de harmonização social.

Conforme Santos, Kledson (2015, p. 08), essa tem sido a principal diferença apontada na doutrina pátria sobre a eficácia da norma jurídica e a realização do direito na sociedade. Na lição de José Afonso da Silva (1998, p. 65), a eficácia é tratada como um termo de significação dupla. A eficácia jurídica, qualidade de produzir, em maior ou menor grau, os efeitos jurídicos por ela colimados, e a eficácia social, que consiste na efetiva aplicação e obediência à norma pela sociedade.

Interessante distinção entre a eficácia jurídica e a social é feita por Marcelo Neves (apud GALINDO, 2005, p. 52), quando ensina que a primeira se refere à possibilidade jurídica de aplicação da norma, após o preenchimento das condições intrassistêmicas para produzir efeitos jurídicos específicos, enquanto a segunda se relaciona com a conformidade das condutas sociais ao preceito da norma no plano concreto, empírico[29].

A capacidade conferida pela eficácia jurídica detém uma larga margem de produção de seus efeitos, podendo ser total ou parcial, plena ou limitada, ou de diversos outros modos, a depender da classificação adotada pelo jurista. Mas o fenômeno da eficácia jurídica transcende o plano lógico-formal, à vista das relações do mundo real, em que se analisa a efetividade da norma aplicada.

É imperioso reconhecer que a problemática da efetividade do direito no meio social não é uma questão apenas lógica. Uma norma jurídica pode ser perfeitamente válida, juridicamente eficaz, sem, no entanto, ser efetiva, pois não concretiza no mundo das condutas, desperdiçando a força transformadora do direito. Evidentemente, a efetividade da norma jurídica será tão presente quanto for a adesão da comunidade jurídica ao seu preceito.

Esse é o principal fundamento da existência do ordenamento jurídico: disciplinar a vida em sociedade, incidindo sobre as relações intersubjetivas e buscando solucionas os dissídios humanos gerados pelos conflitos de interesse, por meio da incidência obrigatória

[29] SANTOS, Kledson, 2015, p. 08.

e infalível de suas normas, que buscam a harmonia pela aceitação da comunidade jurídica (SANTOS, Kledson, 2015, p. 09).

No entendimento de Souza Filho (1997, p. 07), Kelsen considera as lacunas, a diferença entre o direito positivo e uma ordem melhor, mais justa e mais correta. Portanto, para a teoria pura a lacuna existe apenas num mundo de sonho e ficção, que, em consequência, não é jurídico. Trazer a discussão para dentro do direito só é possível por quem espera do juiz um julgamento pelos princípios subjetivos da justiça, e não pelas razões técnicas da lei.

Diniz (1996, p. 92) nos informa que há três espécies de lacunas: a normativa (ausência de norma); ontológica (a norma não corresponde aos fatos sociais) e axiológica (há ausência de norma justa). Apresenta, ainda, a lacuna como problema de jurisdição, considerando-a uma questão processual, pois é este que, na aplicação das normas, levanta o problema da lacuna, caracterizando a incompletude de um sistema jurídico, levando à ineficácia das normas aplicáveis aos indígenas.

Essa autora escreve sobre a constatação e preenchimento das lacunas, mostrando que o primeiro passo é a identificação (constatação) da lacuna, a partir da admissão de sua existência. Para tanto se faz necessária a análise de duas situações: o ordenamento jurídico e a existência de fato da lacuna (ausência de norma tida como lacuna), resultante de um juízo de apreciação e de integração. A constatação e o preenchimento das lacunas são aspectos correlatos, mas independentes e indicados pela própria lei (Art. 4º Lei de Introdução do Código Civil - LICC)[30].

Quanto aos meios supletivos de uma lacuna, Luciana Roberto (2018, p. 188) aponta que a analogia, consistente na aplicação de uma norma prevista para uma situação distinta, a um caso que não seja contemplado por norma jurídica, a este semelhante. Envolve duas fases: a constatação e um juízo de valor das lacunas, levando à decisão do magistrado, que atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum. É um processo revelador de normas implícitas, com fundamento na igualdade jurídica, em "razões relevantes de similitude" e na teleologia.

Se o caso *sub judice* não estiver previsto em norma jurídica, se houver uma semelhança com outro previsto, que esse elemento de identidade entre eles for fundamental, será o caso da aplicação da analogia. Esta pode ser distinta em *analogia*

[30] Lei de Introdução ao Código Civil: Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (nota do autor).

legis (aplicação de uma norma existente) e a *analogia juris* (conjunto de normas, do qual se extrai elementos de aplicabilidade no caso concreto não contemplado e similar). Na realidade toda analogia é *juris*, devido ao fato de que toda aplicação prescinde do sistema jurídico que o envolve.

O costume fica em plano secundário, e também representa uma fonte jurídica decorrente do uso pelo interessado, pelos tribunais e doutrinadores, formada por dois elementos necessários: o uso e a convicção jurídica, sendo que de acordo com o Art. 4º da LICC, deve ser aplicado "conforme usos e costumes" e em "respeito aos bons costumes", respeitando sua continuidade, sua uniformidade, sua diuturnidade, sua moralidade e sua obrigatoriedade, levando em conta os fins sociais, as exigências do bem comum, os ideais de justiça e de utilidade comum.

Diniz (1996, p. 102) esclarece que os costumes existem em três espécies: o *secundum legem* (previsto na lei), o *praeter legem* (supre a lei em caso de omissão) e o *contra legem* (em sentido contrário à lei: norma de costume oposta à lei ou o não-uso formal da lei, respectivamente *consuetudo abrogatoria* e *desuetudo*). É útil não apenas para o caso da lacuna normativa, mas também para a lacuna axiológica (injustiça ou inconveniência da aplicação da lei vigente) e para a lacuna ontológica (incompatibilidade entre fatos e normas). Assim, nota-se que a aplicação dos costumes, para a integração do sistema normativo, exige sensibilidade e atualidade social por parte do aplicador da lei.

No âmbito da pesquisa, tomemos como exemplo a mais ostensiva lacuna do direito brasileiro: o instituto da manumissão. Não há uma única linha, em toda a legislação novecentista brasileira, acerca da manumissão dos escravos, porém era, efetivamente, um direito. Há vários julgados conhecidos em que esse direito foi reconhecido, bastava que o escravo pagasse seu preço perante a autoridade para se ver livre, por sentença. Mas não havia lei, e, seguramente por isso, muitas manumissões foram liminarmente negadas (SOUZA FILHO, 1997, p. 04), e a ausência da manumissão de escravos no direito brasileiro poderia demonstrar claramente:

a) a existência de lacunas no direito, o que obrigava aos juízes julgarem, por sua obrigação de julgar baseados no costume, apesar de não ter lei;

b) a completude do direito, tanto que os juízes sequer precisavam de lei para julgar.

Souza Filho (1997, p. 04) entende que essa discussão perde sentido e utilidade, porque se resolve por si mesma no reconhecimento universal do direito à sentença. Entretanto, se passarmos à esfera do Direito Constitucional contemporâneo, a discussão

ganha novas proporções, porque então já não se trata de direito à sentença que solucione a causa concreta levada a juízo, mas do direito à existência de norma reguladora do exercício de determinado direito consagrado, mas não regulamentado na Constituição. O direito público subjetivo e individual impõe ver ditada a sentença que transforma em direito público coletivo a emanação de norma.

Souza Filho (1993, p. 01), percebe que aos olhos da lei a realidade social é homogênea e na sociedade não convivem diferenças profundas geradas por conflitos de interesse de ordem econômica e social. O Sistema Jurídico os transforma em questões pessoais, isola o problema para tentar resolvê-lo em composição de partes, como se elas não tivessem, por sua vez, ligações profundas com outros interesses geradores e mantenedores dos mesmos conflitos. O Estado, quando legisla, executa políticas ou julga, não trata os conflitos de terra, por exemplo, como o choque de interesses de classes, segmentos sociais ou setores da sociedade, mas como o conflito entre o direito de propriedade do fazendeiro tal contra o direito subjetivo do posseiro qual. Tudo fica reduzido a desafetos pessoais e a Lei, geral e universal em princípio, se concretiza apenas nos conflitos individuais, podendo ser injusta na aplicação, mas mantendo sua aura de justiça na generalidade.

Esta determinação de considerar todos os povos indígenas uma única categoria é uma constante na história das relações dos colonizadores com os povos indígenas, tendo gerado o termo único "índio" em contraposição ao nome de cada uma das nações, a "língua geral", pela qual os missionários queriam que todos os povos os entendessem e se entendessem entre si, fruto de uma religião única e universal. A dimensão do preconceito, discriminação e etnocentrismo está clara nesta tentativa de unificar a religião, a língua, a cultura e o direito, negando a diversidade. E evidente a existência de línguas, culturas, religiões e direitos diferentes que até hoje sobrevivem, a duras penas é verdade, na sociedade brasileira. Mas são acima de 170 grupos que praticam essas diferenças e que organizam a sua vida segundo normas jurídicas que nada tem a ver com direito estatal, porque são a expressão de uma sociedade sem Estado, cujas formas de poder são legitimadas por mecanismos diferentes dos formais e legais, instâncias do Estado (SOUZA FILHO, 1993, p. 05).

Diante desse panorama, Mendes (2009, p. 40) afirma que, no âmbito da teoria geral do direito, o enfoque tradicional aponta para uma dicotomia básica no estudo das fontes do direito, compreendendo as fontes materiais e as fontes formais, assim consideradas, respectivamente, a realidade material subjacente e preexistente a toda e

qualquer formalização normativa — fatores econômicos, políticos, sociais, religiosos, culturais etc. — e as "formas" sob as quais essa realidade, ainda não jurídica ou, se quisermos, pré-jurídica, vem a se apresentar enquanto fenômeno especificamente jurídico como lei, costume, jurisprudência ou atos negociais.

Avançando na discussão, Mendes (2009, p. 46) considera que quatro são as fontes do direito, porque quatro são as formas de poder: o processo legislativo, expressão do Poder Legislativo; a jurisdição, que corresponde ao Poder Judiciário; os usos e costumes jurídicos, **que exprimem o poder social, ou seja, o poder decisório anônimo do povo (grifo do autor)**, e, finalmente, a fonte negocial, expressão do poder negocial ou da autonomia da vontade, todos esses considerados como subsidiários do direito constitucional.

Barroso (2018, p. 40) aponta que a Constituição é um instrumento do processo civilizatório, tendo por finalidade *conservar* as conquistas incorporadas ao patrimônio da humanidade e *avançar* na direção de valores e bens jurídicos socialmente desejáveis e ainda não alcançados. **Como qualquer ramo do Direito, o direito constitucional tem possibilidades e limites. Mais do que em outros domínios, nele se expressa a tensão entre norma e realidade social (grifo do autor).**

> [...] Nesse particular, é preciso resistir a duas disfunções: (i) a da Constituição que se limita a reproduzir a realidade subjacente, isto é, as relações de poder e riqueza vigentes na sociedade, assim chancelando o *status quo*; e (ii) a do otimismo juridicizante, prisioneiro da ficção de que a norma pode tudo e da ambição de salvar o mundo com papel e tinta. O erro na determinação desse ponto de equilíbrio pode gerar um direito constitucional vazio de normatividade ou desprendido da vida real (BARROSO, 2018, p. 44).

Nesse aspecto, a norma não poderá atender somente aos interesses e às aspirações da vontade do legislador, mas refletir um fato social e a realidade dos acontecimentos do mundo, captados pelo Estado e transformados em lei.

Nesse sentido, Barroso (2018, p. 45) assevera que a singularidade da ciência do Direito é que ela não pode servir-se, em escala relevante, da ambição de *objetividade* que caracteriza as ciências exatas ou as ciências naturais. Nesses domínios, as principais matérias-primas intelectuais são a observação, a experimentação e a comprovação, todas elas passíveis de acompanhamento e confirmação *objetiva* por parte dos demais cientistas e da comunidade em geral. O Direito, todavia, não lida com fenômenos que se ordenem independentemente da atividade do intérprete, de sua subjetividade, de sua ideologia. Ao contrário, por exemplo, do astrônomo, que observa e revela algo que lá já está, o jurista

cria, ele próprio, o objeto da sua ciência. O Direito, a norma jurídica, não é um *dado* da realidade, mas uma *criação* do agente de conhecimento.

Direito é, também, em uma terceira acepção, a possibilidade que o beneficiário de uma norma tem de fazê-la atuar em seu favor, inclusive por meio de recurso à coação estatal. Normas jurídicas e, *ipso facto*, normas constitucionais tutelam bens jurídicos socialmente relevantes e interesses individuais. Um direito subjetivo constitucional confere a seu titular a faculdade de invocar a norma da Constituição para assegurar o desfrute da situação jurídica nela contemplada. Consoante doutrina clássica, é o poder de ação, fundado na norma, para a tutela de bem ou interesse próprio (BARROSO, 2018, p. 47).

Como regra, na vida social, as normas jurídicas são espontaneamente observadas e os direitos subjetivos delas decorrentes realizam-se por um processo natural e simples. As normas jurídicas têm, por si mesmas, uma eficácia racional ou intelectual, por tutelarem, usualmente, valores que têm ascendência no espírito dos homens.

Quando, todavia, deixa de ocorrer a submissão da vontade individual ao comando normativo, a ordem jurídica aciona um mecanismo de sanção, promovendo, por via coercitiva, a obediência a seus postulados. Mas esta é a exceção. De fato, se não houvesse essa observância voluntária das normas e dos direitos subjetivos, se fosse necessário um policial atrás de cada indivíduo e, quem sabe, um segundo policial atrás do primeiro, a vida social seria impossível (BARROSO, 2018, p. 48).

Acerca dessas considerações, as normas constitucionais poderão ser divididas em *programáticas* e *operativas*. A norma programática necessita de uma lei ordinária ou complementar para que possam produzir efeitos no mundo jurídico (ter eficácia), porém a sua efetividade pode ser comprometida quando caem no âmbito do princípio da reserva do possível[31].

As normas constitucionais também poderão ser *operativas*, sendo aptas a produzir efeitos imediatos no mundo jurídico, tendo eficácia plena conforme as disposições do artigo 5º da CRFB/88.

Nesse raciocínio, cabe destacar que as normas constitucionais de eficácia plena seriam aquelas que produziriam ou estariam em condições de produzir, desde sua entrada em vigor, todos os seus efeitos essenciais.

[31] De acordo Sarlet & Figueiredo (2008) com a noção de reserva do possível, a efetividade dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos (nota do autor).

As normas constitucionais programáticas de eficácia contida são aquelas normas que embora incidam imediatamente e produzam todos os seus efeitos, ou estejam em condições de fazê-lo, podem ser restringidas ou limitadas, em circunstâncias determinadas, como se verifica na obrigatoriedade do exame de ordem para exercer a profissão de advogado.

Por fim a categoria das normas constitucionais programáticas de eficácia limitada são aquelas que não foram dotadas, pelo legislador constituinte, de normatividade suficiente para produzirem, desde logo, os efeitos essenciais visados por aquele, reclamando o desenvolvimento legislativo ulterior que lhes outorgue eficácia (SILVA, 1998).

Para Mendes (2009, p. 91), essa classificação, das mais conhecidas no direito constitucional, tem servido para negar eficácia a preceitos constitucionais, justificando a sua não aplicação por se tratar de norma simplesmente *programática*. À luz dessa tradicional classificação, que se baseia na executoriedade das normas constitucionais, dizem-se *operativos* os preceitos que são dotados de eficácia imediata ou, pelo menos, de eficácia não dependente de condições institucionais ou de fato; e *programáticos*, a seu turno, os que definem objetivos cuja concretização depende de providências situadas *fora* ou *além* do texto constitucional.

Diante de uma ampla gama de situações, o direito é chamado a se posicionar diante de cada uma delas, havendo, por conseguinte, a necessidade de ponderação entre regras e princípios na busca da eficácia e realização plena do direito.

Alexy (1993, p. 89) assevera:

> O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios reside em que os princípios são normas ordenadoras de que algo se realize na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandatos de otimização, caracterizados pelo fato de poderem ser cumpridos em diferentes graus, e a medida do seu cumprimento não depende apenas das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito dessas possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostos. As regras, ao contrário, só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. Por conseguinte, as regras contêm determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Isto significa que a diferença entre regras e princípios é qualitativa e não de grau. Toda norma ou é uma regra, ou é um princípio.

Nessa linha, destaca-se que as normas constitucionais e sua efetividade acabam dependendo de variáveis externas, capazes de determinar se irão atingir seus reais

objetivos, na totalidade ou de forma parcial, dentro de suas possibilidades jurídicas e princípios.

Dentro da moldura da pesquisa, Sgarbossa (2009, p. 155) faz uma distinção tradicional, firmada no *senso comum* e no sentido de que os direitos negativos ou de defesa gozam de plena eficácia, exequibilidade e justiciabilidade, ao passo que outros direitos, especialmente os de caráter positivo ou prestacional, como a maior parte dos direitos sociais, estariam sempre condicionados, seja ao desenvolvimento legislativo, seja sujeitos à existência de recursos ou ao montante dos recursos disponíveis, notadamente às dotações orçamentárias.

Assevera o autor que o Estado, ao ser acionado judicialmente para adimplir os deveres correlatos à realização dos direitos fundamentais de alguém, imediatamente ganha corpo, alegando a escassez de recursos.

Não obstante, Sgarbossa (2009, p. 165) revela que o orçamento traduz, para o legislador ordinário e para o administrador público, a possibilidade de despender dois bilhões de reais com atividade legislativa, não sendo muito, e despender oito bilhões com saúde é o limite do aceitável, senão excessivo. Ou que em face dos gastos correspondentes a 50% ou mais das alocações orçamentárias destinadas à saúde e ao saneamento apenas com atividade legislativa não há falar em reserva do possível, mas que, uma vez na iminência de ser compelido a concretizar direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário, aquelas alocações orçamentárias convertem-se em óbices intransponíveis por força da primazia do interesse público encarnado na *reserva do possível*.

Nos dizeres de Sgarbossa (2009, p. 165):

> Trata-se, aqui, ao mesmo tempo, de uma seletividade perversa de matriz ideológica, decorrente, de um lado, de uma ideologia reacionária liberal, radicalmente avessa aos direitos de igualdade e, de outro lado, de certa ideologia presente entre os corpos legislativos e administradores públicos que, como uma subformação ideológica, aferra-se na livre disposição dos recursos públicos, em uma lógica ainda anti-republicana de disposição dos recursos públicos segundo o alvedrio do príncipe, de aceitação da apropriação privada do erário, como despojos da "guerra" eleitoral, de que se apoderam os vencedores, e de distribuição de prebendas e patronagem de cargos como finalidade da atividade política.

Se uma Constituição é definida como norma fundamental dentro de uma comunidade política e de um ordenamento jurídico, unificando e condensando em torno de si as garantias dos cidadãos e os limites do agente estatal, a realidade é que o seu alcance deve ser tal que consiga efetividade, amparando as liberdades fundamentais e

reparando ilegalidades que terminam por criar estados de desvalor constitucional (MENDES, 2009, p. 574).

Conforme Friedrich e Leite (2019, p. 19), o reconhecimento dos direitos culturais encartados no caput do art. 231 da Constituição de 1988 de nada adiantaria se fosse mantida a atávica concepção do Estatuto do Índio de que a cultura deve ser integrada e incorporada à sociedade dominante. O reconhecimento cultural se torna efetivo quando o Estado, ao desenvolver e implementar políticas públicas, leva em consideração a necessidade de proteção desses valores. Nesse sentido, diante do vazio normativo, a Convenção n° 169 pode preencher uma notável lacuna, apontando diretrizes para o respeito à cultura dos povos indígenas. Não só atribuindo direitos no campo da saúde, da educação e da previdência, a Convenção n° 169/OIT também regulamenta o direito de escolher prioridades no desenvolvimento econômicos e social (artigo 7°) e o respeito aos costumes e direito consuetudinário (artigos 8° e 9°).

Portanto, se o art. 231 prevê aos povos indígenas o exercício de direitos culturais, diante do superado Estatuto do Índio, a Convenção n° 169 oferece uma importante base principiológica e normativa para a sua realização e efetivo respeito. Também se destacam as possibilidades de aplicação da Convenção n° 169 da OIT em relação à disciplina jurídico-constitucional das terras indígenas. A Constituição Federal de 1988, nos parágrafos 1° a 7° do art. 231, prevê o direito dos índios às terras tradicionalmente ocupadas e encontra similitude com o que prevê a Convenção em seus artigos 13 a 17. Como um dos mais relevantes exemplos da interface entre a Constituição Federal de 1988 e o conteúdo da Convenção n° 169 da OIT, é interessante mencionar o que está previsto no art. 231, § 3º:

> O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivadas com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei (FRIEDRICH e LEITE, 2019, p. 20).

Se o dispositivo menciona que as comunidades afetadas devem ser ouvidas, pouco informa sobre a forma e o procedimento em que essas comunidades deverão ser consultadas. Contudo, a Convenção n° 169, ao estabelecer os direitos de consulta e participação dos povos indígenas, oferece um conjunto de diretrizes normativas sobre como esse direito se realiza. O seu artigo 6° dispõe, por exemplo, que as consultas "deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o

objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas". E o art. 15, § 2°, determina:

> Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes nas terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades (FRIEDRICH e LEITE, 2019, p. 21).

Nesse sentido, Friedrich e Leite (2019, p. 22) apontam sobre a maneira como as comunidades devem ser ouvidas e quais as obrigações dos Estados contidas nesse dever de consulta, mostrando que a Convenção n° 169 desenvolve normativamente um direito reconhecido no plano constitucional, demandando assim o reconhecimento de um diálogo entre o que prevê a Constituição e o que resta estabelecido como obrigação do Estado brasileiro em um tratado internacional. Assim, na configuração de uma "brecha de implementação" entre o anseio constitucional e a insuficiente ou incoerente legislação nacional, a implementação da Convenção n° 169 firma-se como um ato necessário à efetivação dos direitos dos povos indígenas reconhecidos na Constituição.

Aparentemente, a restrição ao livre trânsito dos povos indígenas ao longo das fronteiras pode indicar a necessidade de políticas de maior controle do fluxo de pessoas, contudo, o veto estudado trouxe uma discussão no meio acadêmico e no âmbito da sociedade quanto à finalidade e o alcance do Estado na formulação de políticas para as populações indígenas, além de suscitar uma reflexão sobre a eficácia do direito consuetudinário no âmbito da norma estatal.

Veto é o instituto através do qual o Presidente da República manifesta sua discordância para com o projeto de lei, impedindo, pelo menos em um primeiro momento, a sua entrada em vigor. Montesquieu (2005) o concebera em termos absolutos, como manifestação da *faculté d'empêcher*, sem a qual o Poder Executivo seria "logo despojado de suas prerrogativas". Não é este, todavia, o perfil que lhe dá o moderno Direito Constitucional, já que as várias constituições que mantêm o instituto permitem a derrubada do veto pelo Poder Legislativo.

Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, o Presidente da República só pode vetar projetos de lei com base em dois fundamentos: o da inconstitucionalidade e o da

contrariedade ao interesse público. O veto jurídico, como é conhecido no caso de inconstitucionalidade, coloca o Presidente da República como guardião da Constituição, exercendo o controle prévio de constitucionalidade das leis. O veto político, como é conhecido no caso de contrariedade ao interesse público, coloca o Presidente da República como um defensor desse, competindo-lhe formular o juízo de conveniência e oportunidade do ato normativo.

O veto pode ser parcial ou total. Todavia, o veto parcial passou a ser utilizado na história política brasileira como instrumento de abuso do Poder Executivo, para, vetando palavras isoladas do texto legal, mudar-lhe completamente o sentido, acabando por desvirtuar o projeto de lei.

Diante desses fatos, constata-se que o veto à mobilidade dos povos tradicionais nas fronteiras se constitui numa afronta à Constituição da República (BRASIL, 1988), pois o art. 231 reconhece expressamente o direito originário dos índios à mobilidade sobre as terras tradicionalmente ocupadas, previstas na Convenção nº 169/OIT.

Diante do uso de construções ideológicas, usadas para conferir validade a um agir de se alinha à negação a direitos quando se posicionam as normas relativas aos indígenas no campo programático, atrelando-as ao princípio da reserva do possível, o que deixa muitas opções aos indígenas senão buscar a tutela do direito internacional.

3.2 OS TRATADOS, AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS E A EFETIVIDADE DE DIREITOS DIANTE DO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789[32] marcou a derrubada do *antigo regime*, bem como estabeleceu diretrizes do pensamento liberal, tendo como núcleo central a liberdade traduzida pelos direitos do indivíduo burguês à propriedade e segurança.

Nessa linha, o Estado emerge como garantidor dos direitos individuais através da lei, mas sem intervir na esfera de direitos individuais das pessoas.

Os movimentos revolucionários ocorridos no ano de 1848 na Europa, denominados *primavera dos povos* traduzem uma série de revoluções ocorridas em função de regimes autocráticos, sendo importante para a inclusão do tema relacionado

[32] A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi o documento culminante da Revolução Francesa ao definir os direitos individuais e coletivos dos homens como universais. Influenciada pela doutrina dos "direitos naturais", os direitos dos homens são tidos como universais: válidos e exigíveis a qualquer tempo e em qualquer lugar, sendo afetos à própria natureza humana (nota do autor).

aos Direitos Humanos na pauta de diversos países, sendo interpretados como direitos sociais.

Essa categoria de direitos mudaram a finalidade estatal, antes consubstanciada na segurança e na propriedade, mudando a atuação do Estado, que passa a ter o dever de prestar aos indivíduos assistência e serviços em prol da diminuição das desigualdades econômicas e sociais, ampliando a participação de todos os cidadãos no agir estatal e motivando ações orientadas ao bem-estar social[33].

O conjunto de direitos reivindicados pelas revoluções burguesas, tal como liberdade, direitos políticos e civis, serão condensados na Declaração Universal de 1948, que irá promover a inclusão social das massas originariamente excluídas, representadas pelas mulheres, crianças, estrangeiros, analfabetos e escravos.

Se o problema político é pautado em bases puramente técnicas, distanciando-se da ética em muitas ocasiões, os direitos humanos constituem um grande progresso da autoconsciência da humanidade, podendo se tornar um ponto de intersecção e consenso entre diferentes doutrinas filosóficas, fé religiosa e culturas (AMARAL, 2017).

Nesse contexto, torna-se extremamente complexa, para não dizer penosa, a interpretação/aplicação das normas constitucionais definidoras dos direitos sociais, na medida em que, de um lado, os seus operadores, independentemente de sentimentos de ordem pessoal, são obrigados a emprestar-lhes a *máxima efetividade* — afinal de contas, esse é um dos princípios da interpretação especificamente constitucional—e, de outro, devem observar, também, outros cânones hermenêuticos de igual hierarquia, como os princípios da *unidade da Constituição,* da *correção funcional* e da *proporcionalidade* ou da *razoabilidade*, a cuja luz, sucessivamente, não podem interpretar a Lei Fundamental em "fatias", desrespeitar o seu modelo de separação dos Poderes e, tampouco, proferir decisões segundo particulares concepções de justiça — por mais respeitáveis que sejam —, de todo incompatíveis com a ordem de valores plasmada na Constituição. Neste, como em muitos outros domínios, enganam-se os que acreditam — juristas e filósofos — que é possível *fazerem-se coisas com palavras* (MENDES, 2009, p. 762).

A relação de complementaridade entre as tutelas nacional, regional e universal dos direitos humanos fundamentais são operacionalizadas pelas organizações internacionais, reconhecidas como sujeitos de direito internacional público de acordo com

[33] Amaral, Ana Paula Martins. Direito Internacional dos Direitos Humanos. Notas de aula, Faculdade de Direito. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2017.

a Declaração de 1948 (ONU, 2018) e formalmente na Declaração de Viena de 1986 (BRASIL, 2009) sobre os direitos dos tratados internacionais.

De acordo com Campello (2013) o princípio da solidariedade internacional é baseado na ideia de integração e consenso em torno de determinados interesses coletivos essenciais à sociedade internacional.

Diante disso, o princípio da solidariedade reforça a concepção de uma comunidade global de Estados independentes com vistas a condicionar a formação de normas jurídicas capazes de estimular a formação de normas consuetudinárias alinhadas com a realidade e, de forma indireta e por meio de técnicas jurídicas, conferir maior força cogente aos tratados multilaterais, impondo aos sujeitos as obrigações deles decorrentes.

Os tratados internacionais são acordos jurídicos escritos e firmados pelos Estados e Organizações Internacionais dentro de parâmetros estabelecidos pelo Direito Internacional podendo ser também denominados como convenção, acordo, pacto ou ata.

Segundo o posicionamento de Mendes (2009, p. 304), é legítimo, portanto, cogitar de direitos fundamentais previstos expressamente no catálogo da Carta de 1988 e de direitos materialmente fundamentais que estão fora da lista. Direitos não rotulados expressamente como fundamentais no título próprio da Constituição podem ser assim tidos, a depender da análise do seu objeto e dos princípios adotados pela Constituição. A sua fundamentalidade decorre de sua referência a posições jurídicas ligadas ao valor da dignidade humana; em vista da sua importância, não podem ser deixados à disponibilidade do legislador ordinário.

Assim, o Brasil recebeu significativa influência europeia e americana na estruturação do seu texto constitucional e na definição dos mecanismos para a internalização dos tratados internacionais, os quais foram gradualmente sendo considerados como fontes normativas ao ordenamento jurídico do Estado.

O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos teve início com a aprovação da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem[34], doravante denominada DADH, e adoção da Carta da Organização dos Estados Americanos, doravante denominada Carta da OEA, as quais declaram que o respeito aos direitos

[34] A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem é uma declaração internacional aprovada em 1948 na IX Conferência Internacional Americana realizada em Bogotá, a mesma conferência em que foi criada a Organização dos Estados Americanos (OEA). Historicamente, este foi o primeiro instrumento internacional que declara direitos humanos, antecipando a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada seis meses depois (nota do autor).

fundamentais da pessoa humana constitui um dos princípios fundadores da Organização dos Estados Americanos.

A Corte Interamericana foi criada em 1979, em San José, na Costa Rica. Considerado o órgão jurisdicional máximo do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, a Corte tem a finalidade de interpretar e aplicar os preceitos estabelecidos na CADH[35] diante de violações aos Direitos Humanos.

A Corte é regulamentada pelos Artigos 52 a 73 da CADH, assim como, pelo teor do seu Estatuto normativo. A sua instância máxima é composta por sete juízes de diferentes nacionalidades, provenientes dos Estados membros da Organização dos Estados Americanos, os quais são escolhidos por demonstrarem significativa competência em matéria de direitos humanos. Além destes, a Corte também pode designar juízes *ad hoc* para atuarem em casos específicos (DANELI, 2017, p. 62).

Noutro ponto, a Corte Internacional de Justiça, estabelecida pela Carta das Nações Unidas como o principal órgão judiciário das Nações Unidas, será composta de um corpo de juízes independentes, eleitos sem atenção à sua nacionalidade, dentre pessoas que gozem de alta consideração moral e possuam as condições exigidas em seus respectivos países para o desempenho das mais altas funções judiciárias ou que sejam jurisconsultos de reconhecida competência em direito internacional.

A competência da Corte abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor.

A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

> a. As convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
> b. O costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
> c. Os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas (ONU, 2019).

Dentre os tratados em vigor, pode-se destacar a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (ONU, 2015).

De acordo com Bim (2014), a Convenção OIT nº 169 (ONU, 2015) se aplica aos povos indígenas e tribais (*Indigenous and Tribal Peoples ou Peuples Indigènes et*

[35] Convenção Americana de Direitos Humanos (nota do autor).

Tribaux). É oportuno discorrer sobre o que se entende como povos tribais, mesmo que esses não estejam abrangidos pela cláusula do artigo 231, § 3o da Constituição Federal, garantindo a proteção aos costumes e tradições das populações indígenas e outras populações tribais.

Bim (2014) destaca que a Convenção OIT 169 não se aplica somente aos povos indígenas e tribais, mas também se aplica aos (i) povos tribais em países independentes, (ii) cujas condições sociais culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional e (iii) que sejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial.

Conforme Friedrich e Leite (2019, p. 07), a deficiência do regime jurídico aplicável aos povos indígenas, decorrente de uma concepção incompatível com o paradigma intercultural da nova Constituição, tem sido suplantada por um prolífico desdobrar do Direito Internacional. Em verdade, em paralelo a um processo de reforma constitucional desencadeado na América Latina a partir da década de 1980, o Direito Internacional está sob um processo de reformulação e redefinição das bases legais dos povos indígenas. Além da Convenção n° 169, de 1989, da OIT – que prevê uma série de direitos aos povos indígenas e tribais – órgãos internacionais, como o Comitê de Direitos Humanos (CDH), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e o Comitê para a Eliminação de Discriminação Racial (CEDR), tem feito uma leitura amigável de tratados internacionais de direitos humanos para acolher a reivindicação dos povos indígenas.

Como apontado, a Convenção n° 169 da OIT qualifica-se como um tratado internacional. Tendo sido ratificada pelo Estado brasileiro e observado o trâmite regular de incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico interno, ela passa a gozar do status normativo dos demais tratados internacionais. Nesse diapasão, de acordo com as regras aplicáveis à incorporação de tratados internacionais no direito brasileiro (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 477-487), a Convenção n° 169 possui hierarquia de lei, e, nesse sentido, possui aplicação direta em nosso ordenamento jurídico.

Considerando o avanço constitucional e o vazio normativo, a Convenção n° 169 da OIT é capaz de servir como um parâmetro normativo válido a regulamentar a Constituição? Para proceder a essa análise, é preciso observar o que diz a Constituição quando disciplina o direito dos povos indígenas e das comunidades remanescentes de quilombos.

No art. 231, a Constituição Federal expressamente dispõe que é reconhecido 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". É nesse dispositivo que se localiza uma cláusula de interculturalidade. Se o Estado reconhece aos povos indígenas sua cultura (organização social, costumes, línguas, crenças e tradições), incumbe ao Estado adotar medidas que visam à proteção cultural desses povos. Implícito no reconhecimento desse direito está, ademais, a necessidade de adequar quaisquer políticas públicas voltadas aos povos indígenas à sua cultura, em áreas tais como saúde, educação e trabalho (FRIEDRICH e LEITE, 2019, p.16).

A Convenção nº 169/OIT dispõe que os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade, promovendo a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes, tradições e as suas instituições.

Além disso, a Convenção nº 169/OIT estabelece que não seja empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais dos povos interessados, inclusive o direito ao seu território tradicional.

O Brasil também é signatário da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2008), que estabelece, dentre suas disposições, a garantia de não serem removidos à força de seus territórios, além de garantir a esses povos o direito de manter contato entre si quando seus territórios forem divididos, prevendo que os Estados adotem medidas eficazes para que essas disposições tenham validade e efetividade.

Na contramão de tudo isso, a mensagem de veto nº 163/2017 dispõe que a livre circulação em terras tradicionalmente ocupadas afronta o art. 231 da Constituição da República, impondo que a defesa do território nacional é um elemento de soberania, cabendo à União demarcar as terras tradicionalmente ocupadas, proteger e fazer respeitar os bens dos índios brasileiros.

Mas o território tradicional e a livre circulação fazem parte da herança cultural dos indígenas, garantidos pelo art. 231 da Constituição Federal de 1988, além de integrar as disposições da Convenção nº 169/OIT, que possui hierarquia superior à Lei nº 13.445/2017 e à Mensagem de Veto nº 163/2017, registrando-se um conflito normativo, ou melhor, a não observância a preceitos de ordem superior, mas construindo-se uma

lacuna jurídica, estampada por não se saber as consequências jurídicas do veto à livre mobilidade ou circulação dos povos originários fronteiriços.

De acordo com Simioni e Vedovato (2018, p. 312), a Corte Internacional de Justiça tem se destacado na proteção das fronteiras e na garantia de se colocar como um meio de referência na discussão do tema. Assim, é natural que a ela se socorra quando a temática é fronteira. Dois conceitos importantes são identificados no julgado Burkina Faso vs. Niger (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2013), em especial do voto do Juiz Antonio Augusto Cançado Trindade, e na interpretação relativa ao Templo de Preah Vihear, no caso Camboja vs. Tailândia (CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, 2011).

Dessa forma, Simioni e Vedovato (2018, p. 313) ressaltam que na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 2007(ONU, 2007), há dispositivos claros de proteção aos povos indígenas, que poderiam ser também aplicados às populações tradicionais, tendo em vista as decisões da CIJ, a cuja jurisdição o Brasil se submeteu.

A Mensagem de Veto nº 163/2017, no dispositivo que não reconheceu o livre trânsito dos povos originários pelas fronteiras e terras tradicionalmente ocupadas, vai na contramão de dispositivos constitucionais, do direito internacional público e de decisões da Corte Internacional de Justiça (SIMIONI e VEDOVATO, 2018, p. 311) e trouxe à tona o ideário de segurança nacional, que se distancia dos ideais humanizantes da Nova Lei de Migração e da Constituição Federal de 1988.

3.2.1 Primeiro estudo de caso: Comunidade Indígena Yakye Axa *vs*. Paraguai (2005)

A comunidade indígena Yakye Axa ("Isla de Palmas") pertencente ao povo Lengua Enxet do Sul e ocupam o Chaco paraguaio desde tempos imemoriais. Com a venda de 2/3 da região para pagamento de dívida da Guerra da Tríplice Aliança (Guerra do Paraguai), entre os anos de 1885 e 1887, os povos indígenas da região ficaram confinados. Empresários britânicos compraram parte do território da comunidade indígena Yakye Axa (BRASIL, MPF, 2019, p. 231).

Na área conhecida como Alwáta Etkok foi estabelecida a primeira fazenda de gado da região, dirigida pela *Chaco Indian Association*, formando estancias (fazendas), onde indígenas chegaram a trabalhar. Em 1986, os indígenas deixaram a área "devido às graves condições de vida que enfrentavam na Estancia Loma Verde onde os homens não

recebiam salários ou estes eram muito baixos, as mulheres eram exploradas sexualmente por trabalhadores paraguaios e não contavam com serviços de saúde nem alimentação suficiente" (SENTENÇA, § 50.13 apud BRASIL, MPF, 2019, p. 231).

O processo de demarcação se iniciou somente em 1993 sem definição. Isso significou a impossibilidade de acesso ao seu território, implicando em um estado de vulnerabilidade alimentar, médica e sanitária, que ameaçou de forma contínua a sobrevivência dos membros da comunidade.

A Corte IDH[36] assentou que, "ao aplicar estes padrões aos conflitos que se apresentam entre a propriedade privada e os reclamos de reivindicação de propriedade ancestral dos membros de comunidades indígenas, os Estados devem avaliar, caso a caso, as restrições resultantes do reconhecimento de um direito sobre o outro" (Ibid., p. 232).

Nesse sentido, a Corte IDH, em suas considerações prévias, assentou seu entendimento:

> Considerando que o presente caso trata dos direitos dos membros de uma comunidade indígena, a Corte considera oportuno recordar que, de acordo com os artigos 24 (Igualdade perante a Lei) e 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) da Convenção Americana, os Estados devem garantir, em condições de igualdade, o pleno exercício e gozo dos direitos destas pessoas que estão sujeitas à sua jurisdição. Entretanto, há de se ressaltar que para garantir efetivamente estes direitos, ao interpretar e aplicar sua normativa interna, os Estados devem levar em consideração as características próprias que diferenciam os membros dos povos indígenas da população em geral e que conformam sua identidade cultural O mesmo raciocínio deve aplicar a Corte, como, com efeito, fará no presente caso, para apreciar o alcance e o conteúdo dos artigos da Convenção Americana, cuja violação a Comissão e os representantes imputam ao Estado (BRASIL, MPF, 2019, p. 233).

No que tange à violação dos artigos nº 8 e 25 da Convenção Americana - (Garantias Judiciais e Proteção Judicial), a Corte IDH considera que a concessão de personalidade jurídica serve para tornar operativos os direitos já existentes das comunidades indígenas, que os vêm exercendo historicamente e não a partir de seu nascimento como pessoas jurídicas. Seus sistemas de organização política, social, econômica, cultural e religiosa, e os direitos deles resultantes, como a designação de seus próprios líderes e o direito a reclamar suas terras tradicionais, são reconhecidos não à pessoa jurídica que deve inscrever-se para cumprir um formalismo legal, mas à

[36] Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Brasil aderiu à sua jurisdição por meio do Decreto nº 4.463, de 08 de novembro de 2002 (nota do autor).

comunidade em si mesma, que a própria Constituição Paraguaia reconhece como preexistente ao Estado (BRASIL, MPF, 2019, p. 233).

Assim, a Corte IDH ressalta que os conflitos que se apresentam entre a propriedade privada e os reclamos de reivindicação de propriedade ancestral dos membros de comunidades indígenas, os Estados devem avaliar, caso a caso, as restrições resultantes do reconhecimento de um direito sobre o outro. Assim, por exemplo, os Estados devem ter em conta que os direitos territoriais indígenas incluem um conceito mais amplo e diferente que está relacionado com o direito coletivo à sobrevivência como povo organizado, com o controle de seu *habitat* como uma condição necessária para a reprodução de sua cultura, para seu próprio desenvolvimento e para levar a cabo seus planos de vida. A propriedade sobre a terra garante que os membros das comunidades indígenas conservem seu patrimônio cultural.

Ao final, a Corte IDH declarou em sua sentença que o Estado paraguaio, ao agir em dissonância com a sua própria constituição, violou o direito à propriedade, à vida e às garantias judiciais consagradas na Convenção Americana de Direitos Humanos (BRASIL, 1992).

Desse modo, extrai-se do dispositivo da sentença da Corte IDH (BRASIL, MPF, 2019, p. 242) que:

> 1. O Estado violou os direitos às Garantias Judiciais e à Proteção Judicial consagrados nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1. e 2 da mesma, em detrimento dos membros da Comunidade indígena Yakye Axa, nos termos dos parágrafos 55 a 119 da presente Sentença.
> 2. O Estado violou o Direito à Propriedade, consagrado no artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma, em detrimento dos membros da Comunidade indígena Yakye Axa, nos termos dos parágrafos 123 a 156 da presente Sentença.
> 3. O Estado violou o Direito à Vida, consagrado no artigo 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento dos membros da Comunidade indígena Yakye Axa nos termos dos parágrafos 160 a 176 da presente Sentença.

Nesse panorama, a questão indígena e o controle de convencionalidade se entrelaçam quando relacionados com a defesa dos direitos fundamentais, tomando como um dos parâmetros a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (ONU, 2015).

Segundo Mazzuoli (2011, p. 30), a Carta de 1988 (BRASIL, 1988) atribuiu aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos devidamente ratificados pelo

Estado brasileiro a condição de *fontes* do sistema constitucional de proteção de direitos. É dizer, tais tratados passaram a ser fontes do sistema constitucional de proteção de direitos no mesmo plano de eficácia e igualdade daqueles direitos, expressa ou implicitamente, consagrados pelo texto constitucional, o que justifica o *status* de norma constitucional que detêm tais instrumentos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro.

A falta de um modelo adequado somado à ao agir do poder público perante a um problema que perdura há décadas reflete a necessidade de atuação externa em prol da solução dessa questão.

É necessária maior proteção às sociedades indígenas, que reflitam a intenção do legislador em tutelar os direitos dos povos tradicionais quanto à sua propriedade, vida e cultura.

A ineficácia dos mecanismos de proteção aos direitos dos indígenas é patente, e não reflete os anseios da sociedade, que busca a paz social acima de tudo, e que permanece alheia aos reais acontecimentos e carece de melhor entendimento quanto à questão indígena para poder discutir e buscar soluções eficazes para o problema, seja pela aplicação concreta da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, representado por um efetivo controle de convencionalidade por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ou dos órgãos internos responsáveis por garantir os direitos dos índios e das populações marginalizadas, com a aplicação dos dispositivos constitucionais decorrentes dos tratados.

Embora se admita a possibilidade de ocorrer problemas complexos em matéria de direito constitucional nacional, a conservação das leis consuetudinárias pode ser grande importância para manter o vigor da vida intelectual, cultural e espiritual e o patrimônio dos povos indígenas e das comunidades locais, que também reclamam várias formas de respeito e reconhecimento de suas leis consuetudinárias para além dos limites das suas próprias comunidades, sendo possível desde que o Estado não suprima a matéria, mas a regulamente.

3.2.2 Segundo Estudo de Caso: Comunidade Indígena Xucuru *vs.* Brasil (2018)

Em 16 de março de 2016, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada "Comissão Interamericana" ou "Comissão") submeteu à Corte o *Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros contra a República Federativa do Brasil* (doravante denominado "Estado" ou "Brasil"). De acordo com a Comissão, o caso se

refere à suposta violação do direito à propriedade coletiva e à integridade pessoal do Povo Indígena Xucuru, em consequência: i) da alegada demora de mais de 16 anos, entre 1989 e 2005, no processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de suas terras e territórios ancestrais; e ii) da suposta demora na desintrusão total dessas terras e territórios, para que o referido povo indígena pudesse exercer pacificamente esse direito. O caso também se relaciona à suposta violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, em consequência do alegado descumprimento do prazo razoável no processo administrativo respectivo, bem como da suposta demora em resolver ações civis iniciadas por pessoas não indígenas com relação a parte das terras e territórios ancestrais do Povo Indígena Xucuru. A Comissão salientou que o Brasil violou o direito à propriedade, bem como o direito à integridade pessoal, às garantias e à proteção judiciais previstos nos artigos 21, 5, 8 e 25 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento (CORTE IDH, 2018, p. 04).

Diante das requisições formuladas pela Corte IDH, o Estado brasileiro buscou justificar a sua atitude e omissão, ressaltando que formalizou sua adesão à Convenção Americana em 6 de novembro de 1992, e que reconheceu a jurisdição da Corte em 10 de dezembro de 1998. Portanto, a Corte só poderia conhecer de casos iniciados depois dessa aceitação. Também afirmou que a interpretação da Comissão, além de não levar em consideração a soberania estatal, por estender a jurisdição da Corte além dos limites declarados pelo Brasil, viola o regime especial de declarações com limitação da competência temporal instituído pelo artigo 62.2 da Convenção.

O Estado afirmou, ademais, que as alegações de violações dos direitos à proteção judicial e às garantias judiciais, em detrimento do Povo Indígena Xucuru, quanto à reivindicação territorial de seus membros, não podem ser avaliadas em sua totalidade, mas unicamente as possíveis violações causadas por fatos iniciados ou que deveriam ter iniciado depois de 10 de dezembro de 1998, e que constituam violações específicas e autônomas de denegação de justiça (Ibid., p. 10).

Além disso, o Estado alegou que a Corte deveria se declarar incompetente para conhecer de supostas violações sucedidas antes de 25 de setembro de 1992, data em que o Brasil aderiu à Convenção Americana; especificamente, os atos relativos ao processo de demarcação da terra indígena Xucuru ocorridos de 1989 a setembro de 1998.

Em suas considerações, a Corte IDH entendeu que o Brasil ratificou a competência contenciosa da Corte Interamericana em 10 de dezembro de 1998, e em sua

declaração salientou que o Tribunal teria competência a respeito de "fatos posteriores" a esse reconhecimento. Com base no exposto e no princípio de irretroatividade, a Corte não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar uma violação de suas normas quando os fatos alegados, ou a conduta do Estado que pudesse implicar sua responsabilidade internacional, sejam anteriores a esse reconhecimento de competência. Por esse motivo, os fatos ocorridos antes que o Brasil reconhecesse a competência contenciosa da Corte encontram-se fora da competência do Tribunal (CORTE IDH, 2018, p. 11).

Porém, em resposta à Corte IDH, o Estado brasileiro reproduz sua consciência jurídica baseada na exclusão e não reconhecimento de direitos originários em vista de sua não observância às normas internacionais e direitos humanos na condução de questões relacionadas aos povos indígenas.

Não obstante, o Estado brasileiro destacou que as supostas vítimas ou seus representantes não podem buscar diretamente a tutela jurisdicional internacional sem antes promover os recursos internos. Nesse sentido, acrescentou que o reconhecimento de violação dos direitos humanos e sua reparação só podem ser solicitados à jurisdição do Sistema Interamericano de Direitos Humanos se ambos – reconhecimento e reparação – foram antes objeto de recurso na jurisdição doméstica (CORTE IDH, 2018, p. 12).

Além disso, a respeito do registro do território indígena Xucuru como propriedade da União, o Estado salientou que, em agosto de 2002, se apresentou a ação de *suscitação de dúvida*, ao passo que a petição foi apresentada à Comissão em outubro de 2002, e que o período de dois meses é muito curto para resolver uma questão tão complexa. O Estado também alegou que os peticionários, como organizações não governamentais, estavam legitimados para fazer uso da ação civil pública regulamentada mediante a Lei nº 7.347/85, prevista para a defesa de direitos de caráter difuso ou coletivo. Por fim, o Estado citou uma série de ações civis públicas interpostas por uma das organizações peticionárias em outros casos, e concluiu que os denunciantes não estão convencionalmente autorizados a não utilizar os recursos internos existentes[37].

O Brasil salientou também que os indígenas sempre tiveram os meios e recursos necessários para impugnar o processo de identificação e indenização das ocupações privadas de sua terra, bem como para conseguir a retirada forçada de pessoas não

[37] CORTE IDH, 2018, p. 12.

indígenas, razão pela qual a não interposição desses recursos internos implica a inadmissibilidade da apresentação do caso a esta Corte (CORTE IDH, 2018, p. 12).

Por outro lado, o Estado brasileiro argumentou que não impediu nem dificultou que os membros da comunidade indígena Xucuru tentassem recursos judiciais para reclamar indenizações por supostos danos materiais ou morais decorrentes do processo de delimitação ou de qualquer outra causa. Ressaltou que, pelo contrário, a legislação civil brasileira confere aos indígenas, como a qualquer outro cidadão, uma série de direitos que lhes permitem ter pleno acesso à justiça[38].

Os antecedentes do caso datam do início do procedimento de demarcação do território Xucuru, o processo demarcatório não estava regulamentado pelo Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996, sendo determinado pelo Decreto nº 94.945, de 1987. O processo foi iniciado em 1989, com a criação do Grupo Técnico para realizar a identificação e delimitação do território, por meio da Portaria nº 218/FUNAI/89.

Segundo o Decreto 94.945/87, a FUNAI deveria propor a demarcação da área com base no estudo do Grupo Técnico. O Grupo Técnico emitiu o Relatório de Identificação, em 6 de setembro de 1989, mostrando que os Xucuru tinham direito a uma área de 26.980 hectares (primeira etapa). O relatório foi aprovado pelo Presidente da FUNAI (Despacho No. 3), em 23 de março de 1992, e, em 28 de maio do mesmo ano, o Ministro da Justiça concedeu a posse permanente da terra ao Povo Indígena Xucuru mediante a Portaria nº 259/MJ/9254. Em 1995, a extensão do território indígena Xucuru foi retificada, determinando-se uma área de 27.555,0583 hectares (segunda etapa), realizando-se, posteriormente, a demarcação física do território (terceira etapa)[39].

Em 8 de janeiro de 1996, o Presidente da República promulgou o Decreto nº 1.775/96 (BRASIL, 1996), que introduziu mudanças no processo administrativo de demarcação. O decreto reconheceu o direito de terceiros interessados no território de impugnar o processo de demarcação e interpor ações judiciais por seu direito à propriedade, e de solicitar indenizações. Além disso, nos casos em que o processo administrativo estivesse em curso, os interessados tinham o direito de manifestar-se em um prazo de 90 dias, a contar da data de publicação do Decreto.

[38] Ibid., p. 12.
[39] Ibid., p. 19.

Em março de 1992, Milton do Rego Barros Didier e Maria Edite Didier apresentaram a ação de reintegração de posse nº 0002697-28.1992.4.05.8300 (número original 92.0002697-4), em desfavor do Povo Indígena Xucuru e dos litisconsortes passivos, o Ministério Público Federal (doravante denominado "MPF"), a FUNAI e a União. Essa ação se referia à fazenda Caípe, de aproximadamente 300 hectares, localizados no território indígena Xucuru, na cidade de Pesqueira, que havia sido ocupada por cerca de 350 indígenas do povo Xucuru, em 1992.

Após um incidente de conflito de competência (CC 10.588), suscitado em 17 de junho de 1994 pela Vara de Pesqueira e decidido pelo STJ em 14 de dezembro de 1994, o expediente da ação de reintegração de posse foi enviado à 9ª Vara Federal do Estado de Pernambuco. Em 17 de julho de 1998, a sentença foi emitida a favor dos ocupantes não indígenas. Posteriormente, a FUNAI, o Povo Indígena Xucuru, o Ministério Público e a União apresentaram recursos de apelação (CORTE IDH, 2018, p. 19).

Importa destacar que atos de violência foram registrados no decorrer desse processo, em que o Cacique Xicão, chefe do povo Xucuru, foi assassinado em 21 de maio de 1998.

O inquérito determinou que o autor intelectual do homicídio foi o fazendeiro José Cordeiro de Santana, conhecido como "Zé de Riva", um ocupante não indígena do território Xucuru. O autor material foi identificado como "Ricardo", que havia sido contratado pelo autor intelectual mediante um intermediário, Rivaldo Cavalcanti de Siqueira, conhecido como "Riva de Alceu". "Ricardo" morreu no estado de Maranhão, em um acontecimento não relacionado ao presente caso.

José Cordeiro de Santana se suicidou enquanto se encontrava detido pela Polícia Federal. Após o início do inquérito policial nº 211/1998-SR/DPF/PE (98.0012178-1), na 4ª Vara Federal do Estado de Pernambuco, o Ministério Público Federal interpôs uma Ação Pública Incondicionada, em agosto de 2002 (processo nº 2002.83.00.012442-1), acusando Rivaldo Cavalcanti Siqueira de autor do crime de homicídio simples. O processo foi redistribuído à 16ª Vara Federal de Pernambuco e, em novembro de 2004, o Tribunal do Júri condenou Rivaldo Cavalcanti Siqueira a 19 anos de prisão. Porém, o senhor Cavalcanti Siqueira foi assassinado enquanto cumpria pena no centro penitenciário, em 2006 (CORTE IDH, 2018, p. 20).

O processo de delimitação, demarcação e desintrusão da terra indígena do povo Xucuru foi marcado por um contexto de insegurança e ameaças, que resultou na morte de vários líderes indígenas da comunidade.

A presença de ocupantes não indígenas no território do povo Xucuru, durante o processo administrativo de demarcação, e a existência de interesses alheios provocou dissidências e conflitos internos na própria comunidade indígena.

O filho e sucessor do Cacique Xicão, o Cacique Marquinhos, e sua mãe, Zenilda Maria de Araújo, receberam ameaças por sua posição de líderes da luta do Povo Indígena Xucuru pelo reconhecimento de suas terras ancestrais. Em 2001, as ameaças se concentraram no Cacique Marquinhos. A Comissão Interamericana concedeu medidas cautelares em favor de ambos, em 29 de outubro de 2002.

No entanto, o Cacique Marquinhos sofreu um atentado contra sua vida, em 7 de fevereiro de 2003, que causou a morte de dois membros do povo Xucuru, que acompanhavam o Cacique nesse momento, marcando atos de violência no território indígena.

Em suas considerações, a Corte IDH recorda que o artigo 21 da Convenção Americana protege o estreito vínculo que os povos indígenas mantêm com suas terras bem como com seus recursos naturais e com os elementos incorporais que neles se originam. Entre os povos indígenas e tribais existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que a posse desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade[40].

Essas noções do domínio e da posse sobre as terras não necessariamente correspondem à concepção clássica de propriedade, mas a Corte estabeleceu que merecem igual proteção do artigo 21 da Convenção Americana. Desconhecer as versões específicas do direito ao uso e gozo dos bens, dadas pela cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, equivaleria a afirmar que só existe uma forma de usar os bens, e deles dispor, o que, por sua vez, significaria tornar ilusória a proteção desses coletivos por meio dessa disposição. Ao se desconhecer o direito ancestral dos membros das comunidades indígenas sobre seus territórios, se poderia afetar outros direitos básicos, como o direito

[40] Ibid., p. 20.

à identidade cultural e à própria sobrevivência das comunidades indígenas e seus membros.

Nessa linha, a Corte também estabeleceu que, em atenção ao princípio de segurança jurídica, é necessário materializar os direitos territoriais dos povos indígenas mediante a adoção de medidas legislativas e administrativas para criar um mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação, que reconheça esses direitos na prática, considerando que o reconhecimento dos direitos de propriedade coletiva indígena deve ser garantido por meio da concessão de um título de propriedade formal, ou outra forma similar de reconhecimento estatal, que ofereça segurança jurídica à posse indígena da terra frente à ação de terceiros.

No dispositivo de sentença, a Corte IDH condenou o Estado brasileiro a garantir, de maneira imediata e efetiva, o direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru sobre seu território, de modo que não sofram nenhuma invasão, interferência ou dano, por parte de terceiros ou agentes do Estado que possam depreciar a existência, o valor, o uso ou o gozo de seu território (CORTE IDH, 2018, p. 54).

Além disso, a sentença da Corte IDH determinou ao Brasil que conclua o processo de desintrusão do território indígena Xucuru, com extrema diligência, efetuando os pagamentos das indenizações por benfeitorias de boa-fé pendentes, bem como remova qualquer tipo de obstáculo ou interferência sobre o território em questão, de modo a garantir o domínio pleno e efetivo do povo Xucuru sobre seu território, em prazo não superior a 18 meses[41].

Acerca da possibilidade de condenação do Estado, é forçoso admitir que um dos caminhos para a busca de direitos dos povos indígenas está pavimentado no sentido das Cortes Internacionais de Justiça, pois a presença de antinomias, lacunas e ineficácia das leis brasileiras em relação ao tema são danosas e representam todo um contexto de insegurança, desmandos e abusos de toda ordem em detrimento dos povos originários.

[41] Ibid., p. 54.

CONCLUSÃO

A presente dissertação buscou evidenciar as consequências da mensagem de veto estudada e seus desdobramentos no tocante aos povos indígenas fronteiriços do Mato Grosso do Sul.

Ao longo de anos, o ser humano tem desenvolvido modelos de justiça que inevitavelmente refletiram, em quase sua totalidade, os interesses dos mais fortes e das classes dominantes.

Não seria diferente no caso dos indígenas, que ao longo do tempo foram destituídos de suas coisas em face do progresso desordenado e desregulamentado;

O progresso de uma nação se faz por meio dos grandes projetos de infraestrutura, sendo de vital importância, porém é necessária a observância de direitos e deveres para com os cidadãos de boa-fé. Os danos causados aos povos indígenas são irreparáveis, ou de difícil reparação, devido à ineficaz proteção legal.

É necessário que haja ações fundamentadas no diálogo intra e intercultural, abrindo-se espaço em todos os sentidos possíveis aos saberes e práticas dos povos indígenas, de forma a atender às demandas de valorização das comunidades.

Para isso, é fundamental o trabalho conjunto entre indígenas e não-indígenas, em um permanente exercício de protagonismo compartilhado, o que implica em um processo constante de reposicionamentos, inclusive epistemológicos, de todos os envolvidos, bem como de diálogo com o passado e com as realidades vivenciadas no presente, a partir das quais se possam refletir em conjunto os valores indígenas e não indígenas.

A questão dos territórios indígenas e seus recursos naturais no Brasil e no Mato Grosso do Sul não pode ser dissociada do longo e sistemático processo histórico de busca de superação da diversidade ambiental e cultural, no bojo dos projetos de construção dos Estados Nacionais e a perspectiva monocultural de desenvolvimento, frente aos quais a persistência histórica dos povos indígenas representava sempre o risco de futuras fragmentações políticas e/ou sinal de atraso.

Dessa forma, a ocupação territorial traduziu-se, inevitavelmente, em prejuízos quanto à tradição cultural de inúmeros povos indígenas, em paralelo à eliminação da riqueza ambiental. Em outras palavras, a apropriação dos territórios indígenas e a correspondente exploração das riquezas naturais caracterizou-se, dessa forma, como um

processo de crescente comprometimento da diversidade ambiental e de homogeneização cultural, com consequências danosas para suas práticas.

Esta pesquisa representou um desafio devido a sua diversidade, pois o conceito de pensamento complexo foi usado como parâmetro por se tratar de uma pesquisa multidisciplinar que busca a sua completude por meio da articulação entre os mais diversos campos do conhecimento científico e das disciplinas.

Em muitas áreas indígenas simplesmente não há mais como caçar ou pescar. Em outras, até a agricultura é difícil, porque há tão pouco território disponível, que não é possível permitir que a terra descanse o tempo necessário para que se torne novamente produtiva, como acontece com os Guarani, em Mato Grosso do Sul. Em outros casos, os povos indígenas retomam suas terras depois de haverem sido intensivamente exploradas pelos colonizadores, como foi o caso de várias terras Xavante, em Mato Grosso, e de outras etnias.

Observa-se que não há como se diferenciar políticas que sejam voltadas para resguardar os interesses imediatos das populações indígenas ou mesmo a sua dignidade, destruída ao longo dos anos.

Paralelamente aos avanços sociais anunciados pelo governo, as comunidades étnicas coexistem nesse sistema como grupos vulneráveis que buscam soluções para seus problemas, que tendem a se agravar devido à política do Estado mínimo, que tem como corolário o princípio da reserva do possível, não deixando espaço para políticas sociais que incluam as minorias étnicas ou grupos em situação de vulnerabilidade.

Focando-se na disposição do parágrafo 2º do art. 1º da Lei nº 13.445/2017, suprimido por meio da mensagem de Veto nº 163/2017, fica demonstrada a visão anacrônica e limitada do Estado brasileiro, revelando que ainda se mantém vinculado à sua antiga estrutura patriarcal, oligárquica e clientelista.

À luz do arcabouço legal abordado neste trabalho, é inconcebível que não exista uma política efetivamente voltada à causa dos povos indígenas, ou se prefiram adotar soluções *cosméticas* em vista da gravidade dos problemas enfrentados por essas populações.

A mera percepção de que um conflito pode ser vencido merece revisão. A busca de procedimentos alternativos pode mudar o panorama habitual, baseado no dogma de que as partes se imputam reciprocamente a culpa por determinado problema.

Não resta dúvida de que as partes vencedoras de uma disputa podem se sentir perdedoras em razão do tempo, além do que um litígio gera adversários de grande animosidade, podendo destruir relações entre os envolvidos e perdurar por gerações.

Diante da diversidade cultural brasileira, o pluralismo é capaz de abarcar as múltiplas nuances de nossa sociedade, cabendo ao poder público organizar e normatizar essas diferenças na busca do bem comum.

O bem comum se traduz na liberdade, na justiça e na solidariedade e nos valores almejados pelos cidadãos, ficando acima dos interesses particulares dos indivíduos. Assim, as leis devem ter eficácia e garantir o bem comum, sendo capazes de atender ao interesse social acima de tudo, mesmo no caso da solução de conflitos duvidosos.

A importância da cultura indígena para o nosso país merece ser respeitada. Entretanto, a agonia experimentada pelos Guarani e Kaiowá é fruto dos mais variados interesses econômicos embutidos no discurso estatal acerca desses povos, equivocadamente considerados um entrave ao progresso.

Não se pode negar que as relações humanas são movidas por interesses, e as crises são ocasionadas pelo desequilíbrio, cujo conflito se acaba a partir do momento em que as partes transijam.

No caso dos povos indígenas, os interesses imediatos são apenas a terra para plantar, o território onde nasceram e morreram seus ancestrais, bem como a preservação de sua cultura e do território onde vivem.

A divisão de territórios e delimitação de fronteiras não considerou os direitos e costumes dos povos dessas regiões, e uma das garantias de um país justo e democrático é a cidadania, garantida ao cidadão através da sua participação na administração do Estado. Cumpre ao agir estatal, desse modo, buscar meios para melhor atender aos interesses de todos e diminuir essas desigualdades.

É importante que o Estado brasileiro confira cidadania aos povos tradicionais, para que se sintam incluídos como brasileiros e tenham pertencimento, não sendo lembrados somente nas eleições, mas seja garantida a sua participação nos demais acontecimentos, conferindo-lhe direitos e deveres de cidadão como justo reconhecimento ao seu valor como pessoa humana.

De acordo com a pesquisa, uma alternativa para se conferir cidadania e reconhecimento dos direitos dos povos originários à livre circulação pelas terras tradicionalmente ocupadas seria a elaboração de registro de cidadão tradicional

fronteiriço, que poderia amenizar ou evitar problemas futuros na hipótese de fechamento ou fiscalização rigorosa nos pontos de travessia nas fronteiras.

Em que pese a propriedade ter sua importância desde tempos longínquos, devendo ser respeitada, tanto pelos indígenas como pelos grandes proprietários de terras que geram renda com a produção e exploração de alimentos, a autoridade pública deve atuar em prol da segurança jurídica e respeito aos tratados e convenções internacionais, observando os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana, além de buscar uma melhor perspectiva no ordenamento jurídico com vistas a aplicar a lei com correção e segurança.

O dever do Estado brasileiro em demarcar as terras indígenas está previsto na Constituição, todavia não existe um modelo demarcatório claramente definido e uma política sobre o tema, o que inviabiliza e dificulta a eficácia desse processo devido ao processo histórico que consubstanciou a emissão dos títulos de propriedade, resultando em invasões e violência contra os povos indígenas.

Assim, o poder político poderia abandonar a sua ótica surrealista e trabalhar para a consecução do mínimo bem-estar geral das populações indígenas e não-indígenas, no plano físico e social, que também são direitos humanos primordiais, ao lado do direito à vida, dignidade e costumes das civilizações.

Encerrando este trabalho, fica uma indagação quanto à legitimidade dos títulos de posse da terra reclamados atualmente pelos proprietários por meio de ações judiciais. Afinal, se a posse e a propriedade foram tituladas em favor daqueles que se dizem donos, não seria conveniente buscar a cadeia dominial desses imóveis?

REFERÊNCIAS

AGUILERA URQUIZA, Antonio H. (Org.) **Culturas e história dos povos indígenas em Mato Grosso do Sul.** Campo Grande: Ed. UFMS, 2013.

ALENCAR, Edna Ferreira. Estudo Estratégico. **Situação Sócio-Econômica: diagnóstico dos tipos de assentamentos, demografia e atividades econômicas**. Municípios de São Paulo de Olivença, Tabatinga, Amaturá e Benjamin Constant. Segundo Relatório de Campo. Santarém, PA. 2004.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**, tradução de Ernesto Garzon Valdês, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 89.

AMARAL, Ana Paula Martins. GUTIERREZ, José Paulo. **A implementação dos direitos humanos nos sistemas jurídicos estrangeiros: uma análise de direito comparado**. Coletânea de Direito Constitucional: artigos. Jaceguara Dantas da Silva Passos; Ana Paula Martins Amaral. Campo Grande: Alvorada, 2011. p. 15-42.

AMARAL, Ana Paula Martins. **Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Notas de aula, Faculdade de Direito. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2017.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Introdução ao direito internacional público**. São Paulo: Atlas, 2008.

ARAÚJO, Rayane Barreto de. **O Relatório Figueiredo e as violações dos direitos indígenas nas páginas do Jornal do Brasil (1965-1968)**. Espaço Ameríndio, Porto Alegre, v. 12, n. 2, p. 213-250, jul./dez. 2018.

ARISTÓTELES. **Política**. 4. reimp. São Paulo: Martin Claret, 2010.

BARBOSA, Maria Lucia Victor. **América Latina: em busca do paraíso perdido**.1ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 1995.

BARTH, Fredrik. **O guru, o iniciador e outras variações antropológicas**. Tradução de John Cunha Comerford. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BECKER, Howard. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BILAC, Olavo. BOMFIM, Manoel. **Através do Brasil***;* Org. Marisa Lajolo. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p.113[1ªedição 1910].

BIM, Eduardo Fortunato. **A participação dos povos indígenas e tribais. Oitivas na Convenção 169 da OIT, Constituição Federal e Instrução Normativa n. 1 da Funai (IN FUNAI 01/2012).** Revista de Informação Legislativa. Brasília, Ano 51, nº 204, out/dez: 2014, p. 206-208.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política** *I* Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino; trad. Carmen C, Varriale et al.; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. - Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1 ed., 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Imprenta: Rio de Janeiro, Campus, Elsevier, 2004.

BRAND, Antonio Jacó. **O confinamento e o seu impacto sobre os Pai-Kaiowá**. Dissertação (Mestrado em História) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre,1993.

BRASIL: Lei nº 3.071. **Código Civil de 1916**. Estado da Guanabara, 1º de janeiro de 1916.

_____: **Constituição Federal de 1937.** Constituição de República Federativa do Brasil. Estado da Guanabara, 1937.

_____: **Constituição Federal de 1946**. Constituição de República Federativa do Brasil. Estado da Guanabara, 1946.

_____: **Constituição Federal de 1988.** Constituição de República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988.

_____: Decreto nº 8.799. **Concede permissão a Thomaz Larangeira para colher herva-matte na Provincia do Mato-Grosso**. Rio de Janeiro, Estado da Guanabara, 09 de dezembro de 1882.

_____: Decreto nº 24.305. **Aprova o Regulamento para o Serviço de Fronteiras.** Rio de Janeiro, Estado da Guanabara, 29 de maio de 1934.

_____: Decreto nº 678. **Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Brasília, DF, 06 de novembro de 1992.

_____: Decreto nº 1.775. **Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas e dá outras providências.** Brasília, DF, 08 de janeiro de 1996.

_____: Decreto nº 5.051. **Promulga a Convenção nº 169 da OIT sobre os povos indígenas e tribais.** Brasília, DF, 19 de abril de 2004.

_____: Decreto nº 7.030. **Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**. Brasília, DF, 14 de dezembro de 2009.

_____: Decreto-Lei nº 1.351. **Cria as Colônias Militares nas fronteiras.** Rio de Janeiro, Estado da Guanabara, 16 de junho de 1939.

_____: Decreto-Lei nº 3.059. **Dispõe sobre a Criação das Colônias Agrícolas Nacionais**. Rio de Janeiro, Estado da Guanabara, 14 de fevereiro de 1941.

_____: Decreto-Lei nº 6.430. **Dispõe sobre as transações imobiliárias e o estabelecimento de indústria e comércio de estrangeiros na faixa de fronteira**. Rio de Janeiro, Estado da Guanabara, 17 de abril de 1944.

_____: Lei nº 6.634. **Dispõe sobre a Faixa de Fronteira**. Brasília, DF, 02 de maio de 1979.

_____: Lei nº 13.445. **Promulga a Nova Lei de Migração**. Brasília, DF, 24 de maio de 2017(a).

_____: Lei nº 601. **Dispõe sobre terras devolutas do Império**. Estado da Guanabara, RJ, 18 de setembro de 1850.

_____: Mensagem de Veto nº 163. **Dispõe sobre vetos à Lei nº 13.445/2017.** Brasília/DF, 24 de maio de 2017(b).

_____: Senado Federal: **Missão Rondon, apontamentos sobre os trabalhos realizados pela comissão de linhas telegráficas estratégicas de Mato Grosso ao Amazonas, de 1907 a 1915.** Brasília: Senado Federal, 2003.

_____: Congresso. Câmara dos Deputados. **Decreto Imperial 1.318 de 30 de janeiro de 1854. Manda executar a Lei 601 de 18 de setembro de 1850**. Collecção das Leis do Império do Brasil de 1854, Rio de Janeiro, RJ, Tomo XVII, parte II, ano de 1855.

_____: Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão, 6. **Manual de jurisprudência dos direitos indígenas / 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais**. – Brasília: MPF, 2019. 920 p.

_____: Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 25.463, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, **Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) NELSON JOBIM, julgado em 21/07/2005, publicado em DJ 02/08/2005**. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 05 dez. 2018.

CALIXTO, Angela Jank. CARVALHO, Luciani Coimbra. **O Papel da Alteridade no Âmbito da Teoria do Transconstitucionalismo: O Respeito à Identidade Cultural como Forma de Estabelecimento de uma Cooperação em Matéria de Direitos Humanos**. Revista Argumentum – RA, Marília/SP, v. 18, n. 2, pp. 363 - 385, Mai - Ago 2017.

CAMPELLO, Lívia Gaigher Bósio. **Mecanismos de controle e promoção do cumprimento dos tratados multilaterais ambientais no marco da solidariedade internacional.** Tese. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo/SP, 2013.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto. **Nacionalidade e etnicidade em fronteiras**. In: CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto & Stephen G. BAINES (orgs.) Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2005.

CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados: O Rio de Janeiro e a República que não foi.** São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

CARVALHO, Maria Lucia Brant de. **Das terras dos índios a índios sem terras: o Estado e os Guarani do Oco'y: Violência, silêncio e luta**. Tese (Doutorado em Geografia). Universidade de São Paulo/SP. 2013.

CASTILHO, Mariana Moreno. **O olhar da elite cultural sobre um Outro: Imagens do indígena na Primeira República**. Dissertação (Mestrado em História Cultural). Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis/SC, 2006.

CAVARARO RODRIGUES, Andréa Lúcia. **Kaiowá-Paĩ Tavyterã: onde estamos e aonde vamos? Um estudo antropológico do Oguata na fronteira Brasil/Paraguai**. Dissertação. (Mestrado em Antropologia). Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Campo Grande/MS. 2019.

CENTENO, Carla Villamaina. **História e Memória na Fronteira de Mato Grosso com o Paraguai.** Dilemas e Diálogos Platinos. Orgs. Angel Nuñes, Maria Medianeira Padoin, Tito Carlos Machado de Oliveira. Dourados: Ed. UFGD, 2010.

COLMAN, Rosa Sebastiana. **Guarani Retã e Mobilidade Espacial Guarani: belas caminhadas e processos de expulsão no território Guarani**. Tese (Doutorado em Demografia) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas/SP. 2015.

COLMAN, Rosa Sebastiana. AZEVEDO, Marta Maria Amaral. **Ojeguata Porã: Mobilidade espacial entre os Guarani e Kaiowá no Mato Grosso do Sul, região fronteiriça entre Brasil e Paraguai.** Disponível em

http://www.abep.org.br/publicacoes/index.php/anais/article/view/2253/2208> Acesso em 10/06/2018.

COMBLIN, Joseph. **A Ideologia da Segurança Nacional – O Poder Militar na América Latina,** 2ª edição, Rio de Janeiro: Ed Civilização Brasileira, 1978.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS. **Faixa de Fronteira**. Disponível em https://www.cnm.org.br/relacao-dos-municipios-de- fronteira. Acesso em 20/10/2019.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Caso Burkina Faso vs. Niger, julgado pela Corte Internacional de Justiça, em 2013.** Brasília, DF, 2013.

_____. **Caso Camboja vs. Tailândia, julgado pela Corte Internacional de Justiça**. Brasilia, DF, 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil.** Sentença de 05 de fevereiro de 2018. Disponível em https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/julho/sentenca-cidh-caso-do-povo-indigena-xucuru-e-seus-membros-vs-brasil. Acesso em 20/10/2019.

CUEVAS GAYOSSO, José Luis. **La Costumbre Jurídica de los Pueblos Indígenas em la Constitución Del Estado de Vera Cruz, México (2000), de la Norma a la Práxis**. Ciudad del México: Universidad Veracruzana, 2000.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Cultura com aspas e demais ensaios**. São Paulo: Ubu Editora, 2017.

CURI, Melissa Volpato. **O Direito Consuetudinário dos Povos Indígenas e o Pluralismo Jurídico**. Revista Espaço Ameríndio, v. 6, n. 2, p. 230-247, UFRGS, Porto Alegre/RS, jul./dez. 2012.

DANELI, Jardel Anibal Casanova. **A Proteção aos Direitos Humanos na Corte Interamericana e o Controle de Convencionalidade**. Dissertação. Mestrado em Direitos Humanos. Universidade do Minho. Portugal, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 89 a 173 (Arts. 4º e 5º).

EMGC. Equipe Mapa Guarani Continental. **Caderno Mapa Guarani Continental: povos Guarani na Argentina, Bolívia, Brasil e Paraguai**. Campo Grande/MS, Cimi, 2016.

EREMITES DE OLIVEIRA, Jorge; PEREIRA, Levi. **Ñande Ru Marangatu. Laudo antropológico e histórico sobre uma terra kaiowá na fronteira do Brasil com o Paraguai, município de Antônio João, Mato Grosso do Sul.** Dourados: Editora UFGD, 2009.

EVANS-PRITCHARD, EE. **Os Nuer: Uma descrição do modo de subsistência e das instituições políticas de um povo Nilota**. 2 ed. São Paulo: Perspectiva, 2002.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. prefácio Gabriel Cohn. – 5.ed. – São Paulo: Globo, 2012.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**.- 2ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Fundação do Desenvolvimento da Educação, 1995.

FELISMINO, Lia Cordeiro. **Pluralismo jurídico: um diálogo entre os pensamentos emancipatórios de Boaventura de Sousa Santos e Antônio Carlos Wolkmer**. Anais XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

FERNANDES, Arissane Dâmaso. **A Expansão da Fronteira e a Formação de uma Ideologia no Brasil**. Revista História Hoje. Vol. 4 nº 10. São Paulo: ANPUH, agosto, 2006.Disponível em<http://www.anpuh.org/revistahistoria>Acesso em 12/02/2018.

FERRAZ JÚNIOR. Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Forense Universitária, 1994.

FRANCISCO DE VITÓRIA. **Relecciones sobre Los Indios y el Derecho de Guerra**. Disponível em https://www.uv.es/correa/troncal/resources/Relectio-prior-de-indis-recenter-inventis-Vitoria.pdf. Acesso em 20 dez. 2018.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. LEITE, Rafael Soares. **Entre Compromissos Constitucionais e Vazios Normativos: Uma Análise da Incorporação da Convenção n° 169 da OIT no Direito Brasileiro e e Proteção dos Povos Indígenas e Tribais**. Disponível em http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=b5d62aa6024ab6a6. Acesso em 21/10/2019.

GABAGLIA, Fernando Raja. **Fronteiras do Brasil**. Disponível em <http:// archive.org/details/asfronteirasdobr00gaba>. Acesso em 09 set. 2014.

GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais.* 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2005.

GUANAES, Senilde Alcântara. **O Estado nacional e as políticas desenvolvimentistas: o "cerco articulado" contra os Guarani na tríplice fronteira sul**. Tessituras: Revista de Antropologia e Arqueologia, Pelotas, v. 3, n. 1, p. 307 – 336,2015. Disponível em < https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/tessituras/issue/view/381> Acesso em 03/06/2018.

GUIMARÃES, Elena. **Relatório Figueiredo: entre tempos, narrativas e memórias**. 2015. 204 f. Dissertação (Mestrado em Memória Social) – Programa de Pós-Graduação em Memória Social. Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

HECK, Egon Dionisio. **Os índios e a caserna: políticas indigenistas dos governos militares (1964-1985).** 1996. 146 f. Dissertação (Doutorado em Ciência Política) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política, Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP. São Paulo: UNICAMP, [1996].

HEYDTE, Friedrich August Von Der. **O Nascimento do Estado Soberano: Uma contribuição à História do direito natural, da teoria geral do Estado e do pensamento político.** Rio de Janeiro: Capax Dei, 2014.

IEGELSKI, Francine. **Humanismo e história: a propósito do terceiro humanismo de Claude Lévi-Strauss**. Anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH. São Paulo, julho 2011.

JONAS, Hans. **O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Tradução de Danilo Marcondes. Rio de Janeiro: Ed. da PUC Rio, 2006.

JUNQUEIRA, Michelle Asato. ANDREUCCI, Ana Cláudia Pompeu Torezan. CARACIOLA, Andrea Boari. **A Proteção Constitucional das Minorias no Paraguai:**

Marcos Normativos e a Busca pela Efetivação Pragmático-Social dos Direitos e Garantias Fundamentais. Revista Direito UFMS, Campo Grande, MS. v.4, n.2 p. 221 – 238, jul./dez. 2018.

KEPPI, J. **Os direitos indígenas e o sistema jurídico nacional**. Publicado em 2001, disponível em http://comin.org.br/static/arquivos-publicacao/direitos-indigenas-1207011974.pdf. Acesso em 17/10/2016.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: Um conceito antropológico**. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.

LEACH, Edmund R. **"The Frontiers of 'Burma'".** Comparative Studies in Society and History, 1960.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia estrutural dois**. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1976.

_____. **Raça e história**. Lisboa: Editorial Presença, 2008.

LUCIANA ROBERTO, Mendes Pereira. **Resenha**. Revista Jurídica da UniFil. Ano IV. n. 4, 2018. p. 187-191.

LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, **Eí Estado de Derecho en la actualidad.** Madrid: Reus, 1934, p. 12.

LUSSI, Carmen, DURAND, Jorge. **Metodologia e Teorias no Estudo das Migrações**. São Paulo: Paco Editorial, 2015.

MARCHINI, Rodrigo Sergio Meirelles. **A proteção constitucional das terras indígenas brasileiras no período republicano: Evolução e estagnação**. Dissertação. Universidade de São Paulo. São Paulo/SP. 2011.

MATO GROSSO, Governo de. **Decreto nº 38,** de 15 de fevereiro de 1893.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis; prefácio Luiz Flávio Gomes**. – 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MELIÀ, Bartomeu. **Camino guaraní: de lejos veninos, hacia más lejos caminamos**. Centro de Estudios Paraguayos"; Antonio Guasch". Asunción. 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____: **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____: **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia, 1ª Parte.** 2ª ed. Ver. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. Rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORENO, Gislaene. **O Processo Histórico de Acesso a Terra em Mato Grosso.** Disponível em <https://periodicos.ufsc.br/index.php/geosul/article/view/18833> Acesso em 15 fev. 2017.

MORIN, Edgar. **Introdução ao Pensamento Complexo**. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

MSIA - Movimento de Solidariedade Ibero-americana. **Nação à deriva.** Rio de Janeiro, 2015a, p. 1-3.

MSIA - Movimento de Solidariedade Ibero-americana. **Amazônia: Indígenas já alteravam Meio Ambiente há Milhares de Anos**. Rio de Janeiro, 2015b, p. 12.

NETO, Pedro Felippe Tayer. NETO, João da Cruz Gonçalves. **Direito agrário e velha república: uma análise da legislação e dos conflitos por terra a partir do romance "tocaia grande" de Jorge Amado.** Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f7b027d45fd7484f> Acesso em 03/07/2018.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

OLIVEIRA, Fabio Fidelis de. JUNIOR, Jose Albenes Bezerra. **Antropologia e Direito: A abordagem do "Terceiro Humanismo" sobre as Problemáticas Jurídicas de Fundo Cultural.** Disponível em http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=25daeb9b3072e9c5. Acesso em 02 fev. 2019.

OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. **Pacificação e tutela militar na gestão de populações e territórios.** Mana, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 125-161, abr. 2014. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-93132014000100005>. Acesso em 15 jan. 2019.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: < http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em 20/08/2018.

ONU. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Disponível em: < http://www.oitbrasil.org.br/node/292>. Acesso em 23/04/2015.

ONU. **Corte Internacional de Justiça.** Disponível em <https://nacoesunidas.org/carta/cij/>. Acesso em 20/05/2019.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro, 2008.

PARAGUAY: **Constitución de la República** de 1992.

PARAGUAI. **Mapas Georreferenciados**. Disponível em www.indi.gov.py. Acesso em 19/09/2019.

PARK, Robert. **A cidade: sugestões para a investigação do comportamento humano no meio urbano.** VELHO, Otávio (org.) O fenômeno urbano. Rio de Janeiro: Zahar, 1973 (p.25-66).

PEREIRA, Levi Marques. **Expropriação dos territórios kaiowá e guarani: implicações nos processos de reprodução social e sentidos atribuídos às ações para reaver territórios (tekoharã)**. R@U – Revista de Antropologia da UFSCar, v. 4, n. 2, p. 124-133, jul./dez. 2012.

PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1946.** I, 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

PLATÃO, **Apologia de Sócrates. Banquete**. 6ª Reimp. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2013.
PROVÍNCIA DE MATO GROSSO: **Lei nº 20,** de 09 de novembro de 1892.

RAFFESTIN, Claude. **Por uma geografia do poder.** Tradução: Maria Cecília França. Editora Ática. São Paulo, 1993.

_____. **A ordem e a desordem ou os paradoxos da fronteira**. Território sem limites: estudos sobre fronteiras / Tito Carlos Machado de Oliveira, organizador. Campo Grande, MS: Ed. UFMS, 2005.

RANDEIRA. Shalino. **Pluralismo Jurídico, soberania fraturada e direitos de cidadania diferenciados: instituições internacionais, movimentos sociais e Estado pós-colônia na Índia**. Trad. de Ana Cláudia Jorge. In SANTOS, Boaventura de Sousa (org). Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003

RIBEIRO, Darcy. **Povo Brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 2ed, São Paulo: Companhia das Letras,1995.

RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias**. Org. de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: Ed. F. Alves, 1990.

SAYAD, Abdelmalek. **A Imigração ou os Paradoxos da Alteridade**. Prefácio Pierre Bourdieu; tradução Cristina Marachco. – São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder: Ensaio sobre a Sociologia da Retórica Jurídica**. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1988.

_____. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós modernidade**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Poderá o direito ser emancipado?** – Revista Crítica de Ciências Sociais. Universidade de Coimbra, n. 65, p. 3-76, mai. 2003.

SANTOS, Marlene Gôngora dos. **Contribuições do Negro na Formação do Povo Brasileiro.** Especialização em Educação das Relações Étnico-Raciais – Núcleo de Estudos Afro-Brasileiros – Universidade Federal do Paraná, 2015. p. 28.

SANTOS, Kleidson Nascimento dos. **Eficácia Jurídica e Eficácia Social: Apontamentos sobre a Norma Jurídica e a Efetividade do Direito**. Revista do Curso de Direito - Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe - FANESE – Sergipe/SE - Vol. V – Nº 1 – outubro de 2015b.

SARLET, I.W.; FIGUEIREDO, M. F. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Revista de doutrina da 4ª região, Porto Alegre (RS), 24.ed. julho. 2008. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em 19 outubro. 2014.

SGARBOSSA, Luis Fernando. **Do Estado-providência ao Mercado-providência: direitos sob a "reserva do possível" em tempos de globalização neoliberal**. 2009. 260f. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Terras Tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: Os Direitos Indígenas e a Constituição**. 8ª edição. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 1992. p. 45-50.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. *3. ed. rev., ampl. e atual.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SILVA, Katiane et al. **Tutela, classificações e prática da renda indígena no Relatório Figueiredo: algumas considerações sobre processos de desumanização dos povos indígenas na gestão do serviço de proteção aos índios**. Espaço Ameríndio, Porto Alegre, v. 12, n. 2, p. 314-341, jul./dez. 2018.

SILVA, Jovan Vilela. **Um Truste Encravado no Sul de Mato Grosso. (1882 A 1950) A MULTIFACE DA EMPRESA MATE LARANJEIRA.** Disponível em periodicoscientificos.ufmt.br › index.php › coletaneas › article › download. Acesso em 10/10/2019.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; SANCHES, Samyra Naspolini. **Direitos Humanos, Empresa e Desenvolvimento Sustentável.** Revista Direito e Desenvolvimento. João Pessoa, v. 6, n. 12, 2015. p. 145-156.

SIMMEL, Georg. **A metrópole e a vida mental**. VELHO, Otávio (org.) O fenômeno urbano. Rio de Janeiro: Zahar, 1973 (p. 11-25).

SIMIONI, Rafael Lazzarotto, VEDOVATO, Luis Renato. **A Migração Fronteiriça no Brasil os Desafios da Nova Lei de Migração, Vetos e Regulamento**. Migrações Fronteiriças/Rosana Baeninger; Alejandro Canales (Coordenadores); Campinas, SP: Núcleo de Estudos de População "Elza Berquó" – Nepo/Unicamp, 2018. 680 p.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Direito Envergonhado (O Direito e os Índios no Brasil)**. Revista de Estudos Jurídicos. Curitiba/PR, v. 1, n. 1, p. 20-36, ago. 1993.

_____: **O Direito Constitucional e as lacunas da lei**. Revista de Informação Legislativa. a. 34, n. 133. p. 5-16. Brasília, DF, 1997.

SOUZA LIMA, Antônio Carlos de. **Sobre tutela e participação: povos indígenas e formas de governo no Brasil, séculos XX/XXI.** Mana, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 425-457, ago. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/mana/v21n2/0104-9313-mana-21-02-00425.pdf>.

SPRANDEL, Márcia Anita. **Algumas Observações sobre Fronteiras e Migrações. In: Nacionalidade e etnicidade em fronteiras**. Roberto Cardoso de Oliveira e Stephen Grant Baines (Org.) Ed. UnB, 2005.

TODOROV, Tzvetan. **Nós e os outros**. A reflexão francesa sobre a diversidade humana I. Tradução de Sergio Goes de Paula. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

TODOROV, Tzvetan. **A Conquista da América: a questão do outro**. Tradução Beatriz Perrone Moisés. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VARELLA, Marcelo Dias et al. **O caráter humanista da Lei de Migrações: Avanços da Lei n. 13.445/2017 e os desafios da regulamentação**. Revista de Direito Internacional. v.14, n.2, UniCEUB, Brasília, DF, 2017. p. 254-266.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. São Paulo: Saraiva, 2009.

WIRTH, Louis. **O urbanismo como modo de vida**. VELHO, Otávio (org.) O fenômeno urbano. Rio de Janeiro: Zahar, 1973 (p.90-113).