



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE MESTRADO**

**FERNANDO DA SILVA MATTOS**

**A PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS PELO  
MINISTÉRIO PÚBLICO: uma análise na perspectiva da  
teoria crítica dos direitos humanos**

Florianópolis  
2016



FERNANDO DA SILVA MATTOS

**A PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS PELO MINISTÉRIO  
PÚBLICO: uma análise na perspectiva da teoria crítica dos  
direitos humanos**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Teoria, História e Filosofia do Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Thais Luzia Colaço

Florianópolis  
2016

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Mattos, Fernando da Silva

A proteção dos direitos indígenas pelo ministério público  
: uma análise na perspectiva da teoria crítica dos direitos  
humanos / Fernando da Silva Mattos ; orientadora, Profa.  
Dra. Thais Luzia Colaço - Florianópolis, SC, 2016.

269 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa  
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós  
Graduação em Direito.

Inclui referências

1. Direito. 2. Direitos Indígenas. 3. Ministério  
Público. 4. Direitos Humanos. 5. Teoria Crítica. I. Colaço,  
Profa. Dra. Thais Luzia . II. Universidade Federal de  
Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. III.  
Título.

FERNANDO DA SILVA MATTOS

**A PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO:** uma análise na perspectiva da teoria crítica dos direitos humanos

Dissertação submetida ao Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito, área de concentração Teoria, História e Filosofia do Direito, aprovada com \_\_\_\_\_.

Florianópolis (SC), 29 de fevereiro de 2016.

---

Professora Orientadora Dra. Thais Luzia Colaço, UFSC

---

Coordenador do Curso Prof. Dr. Arno Dal Ri Junior, UFSC



FERNANDO DA SILVA MATTOS

**A PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO:** uma análise na perspectiva da teoria crítica dos direitos humanos

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de “Mestre em Direito” e aprovada em sua forma final pelo Programa de Pós-Graduação em Direito.

Florianópolis (SC), 29 de fevereiro de 2015.

---

Prof. Arno Dal Ri Junior, Dr.  
Coordenador do Curso

BANCA EXAMINADORA:

---

Profa. Thais Luzia Colaço, Dra.  
Orientadora  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof. Antônio Carlos Wolkmer, Dr.  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof. Ricardo Verdum, Dr.  
Universidade Federal de Santa Catarina

---

Prof. João Mitia Antunha Barbosa, Dr.  
Fundação Nacional do Índio

---

Prof. Rogerio Silva Portanova Dr.  
Universidade Federal de Santa Catarina



A Joaquín Herrera Flores (*in memoriam*), ao Ministério Público e aos povos indígenas brasileiros, por sua contribuição à construção de um mundo melhor, mais justo e com mais dignidade a todas as pessoas.



## AGRADECIMENTOS

A vida continuará, queiramos ou não, depois de nossa passagem por ela. Os bosques seguirão produzindo oxigênio e frutos. Os mares continuarão nos proporcionando chuva e sal. As pessoas que amamos seguirão nos amando, talvez ainda mais do que quando estávamos aqui com eles. A árvore, a gota de água, o sentimento de amor estarão sempre aí colorindo a vida com todas as cores do arco-íris e com todas as misérias de nossas necessidades. Nada é mais alto ou menor. Tudo é o vivo, o que perdura, o que nos acolhe e nos recolhe.

A citação acima, que é uma das últimas frases proferidas por Joaquín Herrera Flores, inspira-me a agradecer a todas as pessoas que me acolhendo e colorindo minha existência contribuíram, de alguma forma, para a construção desse trabalho.

Agradeço primeiramente ao Ministério Público do Estado do Paraná pela oportunidade de exercer a função de Promotor de Justiça numa instituição cuja história é marcada pelo protagonismo na proteção aos direitos humanos, sobretudo dos grupos que se encontram em situação de maior vulnerabilidade social.

Ao Conselho Superior do Ministério Público, que me concedeu autorização para, sem prejuízo das funções, frequentar as aulas do curso de Mestrado em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina durante o ano de 2014.

Aos colegas e amigos de Ministério Público, em especial ao Procurador de Justiça Olympio de Sá Sotto Maior Neto, cuja atuação histórica em prol de uma sociedade melhor e mais justa, além de contribuir acentuadamente para a construção do novo Ministério Público delineado pela Constituição Federal de 1988, continua a inspirar os agentes ministeriais no cumprimento da importante missão institucional de defesa da sociedade. Em seu nome, agradeço a toda a equipe do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos, pela companhia na luta diária contra as injustiças sociais.

Ao Procurador de Justiça Luiz Eduardo Canto de Azevedo Bueno, cuja sensibilidade para a causa indígena possibilitou a estruturação de um espaço específico para o trato da temática no âmbito do Ministério Público do Estado do Paraná, no qual vem atuando de forma destacada desde o momento da sua criação.

Aos servidores do PPGD/UFSC, aos professores, colegas e amigos do curso de Mestrado.

Aos membros da banca de qualificação do Projeto de Dissertação, Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer e Prof. Dr. João Mitia Antunha Barbosa, pelas importantes considerações e sugestões que muito auxiliaram no desenvolvimento do presente trabalho.

À minha orientadora Profa. Dra. Thais Luzia Colaço, que me acolheu de braços abertos como seu orientando, sempre demonstrando firmeza, coragem, dedicação e vontade de contribuir para o desenvolvimento acadêmico dos seus orientandos e alunos e, com seu trabalho, auxiliar os povos indígenas a romper com uma história de violências e injustiças.

Aos colegas e amigos do Grupo de Pesquisa de Antropologia Jurídica, pelas trocas de conhecimento, companheirismo e amizade, que tornaram o período de curso mais fraterno e afetivo.

À minha família, pai Josué, mãe Güilma, irmãos Adriano e Maria Luzia e demais familiares, por compreenderem as ausências necessárias para a frequência adequada ao curso de Mestrado e o cumprimento das exigências que lhe são inerentes.

À minha noiva Ana Paula, pela companhia compreensiva, pela paciência, pelo apoio e amor permanente.

A todos os demais amigos, meu muito obrigado!

*“Uma prática sem teoria corre o risco de não levar a sério as consequências de suas ações”*

*(Herrera Flores)*



## RESUMO

O Ministério Público brasileiro, com a Constituição Federal de 1988, entre outras atribuições, foi alçado à posição de protetor dos direitos humanos, haja vista incumbir-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Como protetor dos direitos humanos, cabe ao Ministério Público identificar os grupos populacionais que necessitam da intervenção da instituição para que suas expectativas por dignidade sejam adequadamente atendidas. Nesse cenário, verifica-se que o Ministério Público, por expressa previsão constitucional (art. 129, V), recebeu a atribuição de proteção dos “direitos e interesses das populações indígenas”. A pesquisa realiza uma análise da referida atribuição sob o paradigma da teoria crítica dos direitos humanos, formulada por Joaquín Herrera Flores. Objetivou-se, ao longo do trabalho, evidenciar que a teoria clássica dos direitos humanos, construída no ocidente, por si só, não fornece instrumentos de atuação ao Ministério Público que se harmonizem com a realidade específica dos povos indígenas brasileiros. Para tanto, além de tratar da construção e da internacionalização da teoria clássica dos direitos humanos e da crítica realizada a esta por Joaquín Herrera Flores, a pesquisa abordou o processo de normatização dos direitos dos povos indígenas no sistema internacional e no Brasil e identificou os principais processos de luta por dignidade das referidas coletividades, apresentando, posteriormente, uma proposta de compatibilização da atuação do Ministério Público na proteção dos direitos e interesses dos povos indígenas com os elementos principais da teoria crítica dos direitos humanos. Pretende-se, por meio deste trabalho, dar às comunidades indígenas uma contribuição que transcenda o plano teórico, a fim de que seus direitos possam ser protegidos de modo contextualizado e em concreto pelo Ministério Público sob as bases de um paradigma compatível com seus processos de luta por dignidade.

**Palavras-chave:** Direitos Indígenas. Ministério Público. Direitos Humanos. Teoria Crítica.



## RESUMEN

El Ministerio Público brasileño, con la Constitución Federal de 1988, entre otras cosas, fue promovido a la posición de protector de los derechos humanos, con el objeto de atribuirle la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales fundamentales. Como protector de los derechos humanos, corresponde al Ministerio Público identificar los grupos de población que requieren la intervención de la institución para que sus expectativas por dignidad sean atendidas adecuadamente. En este escenario, es posible constatar que el Ministerio Público, por disposición constitucional expresa (art. 129, V), recibe el encargo de proteger los “derechos e intereses de los pueblos indígenas”. La investigación lleva a cabo un análisis de la mencionada atribución bajo el paradigma de la teoría crítica de los derechos humanos, formulada por Joaquín Herrera Flores. A lo largo del trabajo, se enfocó evidenciar que la teoría clásica de los derechos humanos, construida en Occidente, por sí misma, no proporciona herramientas de acción, al Ministerio Público, para armonizar con la realidad específica experimentada por los pueblos indígenas brasileños. Para ello, además de tratar de la construcción y la internacionalización de la teoría clásica de los derechos humanos y de la crítica realizada a esta por Joaquín Herrera Flores, la investigación abordó el proceso de regulación de los derechos de los pueblos indígenas en el sistema internacional y en Brasil y identificó los principales procesos de luchas por la dignidad de estas comunidades, mostrando, posteriormente, una propuesta de conciliación de las acciones del Ministerio Público en la protección de los derechos e intereses de los pueblos indígenas con los elementos principales de la teoría crítica de los derechos humanos. Se pretende a través de este trabajo, dar las comunidades indígenas una contribución que va más allá del nivel teórico, de manera que sus derechos pueden ser protegidos contextualizadamente y, en concreto, por el Ministerio Público, bajo los cimientos de un paradigma compatible con sus procesos de lucha por dignidad.

**Palabras clave:** Los derechos indígenas. Ministerio Público. Derechos humanos. Teoría Crítica.



## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

APIB	Articulação dos Povos Indígenas do Brasil
APOINME	Articulação dos Povos Indígenas do Nordeste, Minas Gerais e Espírito Santo
ARPIPAN	Articulação dos Povos Indígenas do Pantanal e Região
ARPINSUDESTE	Articulação dos Povos Indígenas do Sudeste
ARPINSUL	Articulação dos Povos Indígenas do Sul
Art.	Artigo
CNPI	Conselho Nacional de Política Indigenista
COIAB	Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira
EUA	Estados Unidos da América
ECOSOC	Conselho Econômico e Social das Nações Unidas
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
LC	Lei Complementar
MAIC	Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONG	Organização Não-Governamental
ONU	Organização das Nações Unidas
Séc.	Século
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos
SPI	Serviço de Proteção ao Índio
SPILTN	Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
UFSC	Universidade Federal de Santa Catarina



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>23</b>
<b>2 A TEORIA CLÁSSICA E SUA CRÍTICA: DA INVENÇÃO À REINVENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>29</b>
2.1 BREVE HISTÓRICO DA INVENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DO SEU PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO.....	29
2.2 A TEORIA CLÁSSICA DOS DIREITOS HUMANOS TEM SOMENTE PARADOXOS A OFERECER?.....	42
2.3 A REINVENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS POR MEIO DA TEORIA CRÍTICA: AS DECISÕES INICIAIS, O DIAMANTE ÉTICO E O DIÁLOGO INTERCULTURAL COMO ALTERNATIVA.....	63
<b>3 A NORMATIZAÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO SISTEMA INTERNACIONAL E NO BRASIL</b>	<b>93</b>
3.1 O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS.....	93
3.2 A POLÍTICA INDIGENISTA NA HISTÓRIA BRASILEIRA: DAS NORMAS JURÍDICAS COMO INSTRUMENTOS DE DOMINAÇÃO E DE DESRESPEITO AOS POVOS INDÍGENAS A UM NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL. ....	113
3.3 ALGUNS PROCESSOS DE LUTA DOS POVOS INDÍGENAS: A TERRA, A AUTODETERMINAÇÃO E O ACESSO A POLÍTICAS PÚBLICAS. ....	154
<b>4 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NA PERSPECTIVA DA TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS .....</b>	<b>171</b>
4.1. O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO COMO INSTITUIÇÃO PROTETORA DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS.....	171
4.2 AS DECISÕES INICIAIS PARA A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS E O DIÁLOGO INTERCULTURAL COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO .....	191
4.3 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCIPAIS PROCESSOS DE LUTA DOS POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS.....	207

<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>249</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>255</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A presente dissertação objetiva apresentar uma proposta de atuação do Ministério Público brasileiro para a proteção dos direitos dos povos indígenas a fim de subsidiar uma práxis da referida instituição que seja verdadeiramente comprometida com a concretização dos processos de luta por dignidade das referidas coletividades. Para tanto, utilizar-se-á como marco teórico a teoria crítica dos direitos humanos, formulada pelo jusfilósofo espanhol Joaquín Herrera Flores.

Primeiramente, faz-se importante registrar o porquê de se escolher desenvolver uma pesquisa que trata da proteção, pelo Ministério Público, de um grupo populacional que representa, atualmente, somente 0,4% da população brasileira.

O autor da pesquisa é, desde 2008, membro do Ministério Público do Estado do Paraná. Na qualidade de Promotor de Justiça teve a oportunidade de atuar, já no início da carreira, em duas Comarcas do interior que possuem áreas indígenas nos municípios que as compõem: as de Manoel Ribas e Palmas.

Desta forma, ao mesmo tempo em que iniciava sua atuação na carreira do Ministério Público paranaense, o autor teve contato com a realidade específica vivenciada por determinadas comunidades indígenas. Nesse momento foi possível perceber que, para oferecer proteção aos direitos dos povos indígenas, haveria a necessidade de se rever determinados posicionamentos e formas de atuação apreendidas nos bancos da faculdade, nos estágios realizados, na prática da advocacia e na preparação para o concurso. E as bases para a atuação não seriam encontradas nos livros tradicionais, voltados, ao mesmo tempo, para todas as carreiras jurídicas. Era preciso ir além.

O fato de o Ministério Público do Estado do Paraná contar com um Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção às Comunidades Indígenas, visando orientar os (as) Promotores (as) de Justiça a respeito das peculiaridades da temática, contribuiu para que os primeiros contatos com os povos indígenas ocorressem de forma diferenciada, mais voltada para o diagnóstico e para o diálogo, sem qualquer preocupação com a manutenção de procedimentos burocráticos com tramitação ritualística.

A inexistência de bibliografia que tratasse do assunto, somada à referida experiência, despertou o interesse na realização de uma pesquisa qualificada que pudesse oferecer uma nova proposta de atuação do Ministério Público na questão indígena. E a oportunidade, para tanto, surgiu quando do ingresso no curso de Mestrado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, especificamente na área de concentração “Teoria, Filosofia e História do Direito” e na linha de pesquisa “Conhecimento Crítico, Historicidade, Subjetividade e Multiculturalismo”, sob a orientação de uma das maiores especialistas em antropologia jurídica e em direitos dos povos indígenas do país, a Profa. Dra. Thais Luzia Colaço.

Com a realização das disciplinas do curso de Mestrado, houve, na disciplina Pluralismo Jurídico, ministrada pelo ilustre Prof. Dr. Antônio Carlos Wolkmer, a utilização do livro “A (re) invenção dos direitos humanos” do jusfilósofo Joaquín Herrera Flores. No referido livro o autor apresenta fundamentos importantes para o entendimento da sua “teoria crítica dos direitos humanos”. Já na exposição do conteúdo da obra de Herrera em sala, foi possível vislumbrar sua potência como instrumental adequado para servir de embasamento para a atuação do Ministério Público na proteção dos direitos dos povos indígenas.

Isso porque a proposta de Joaquín Herrera Flores de oferecer uma crítica à teoria clássica dos direitos humanos apresentou-se aparentemente compatível com a ideia inicial, pensada no sentido de se buscar novas bases para a atuação do Ministério Público na questão indígena, que não fosse guiada pela mera utilização das formas tradicionais.

Assim, o problema apresentado no projeto de pesquisa que guiará o presente trabalho é verificar se, na perspectiva da teoria crítica dos direitos humanos formulada pelo jusfilósofo espanhol Joaquín Herrera Flores, a atuação do Ministério Público é um instrumento adequado para a efetiva proteção de direitos e interesses dos povos indígenas.

O projeto de pesquisa partiu da hipótese de que a teoria crítica dos direitos humanos pode ou não se consubstanciar num paradigma adequado para orientar a atuação do Ministério Público no exercício da sua função de proteção dos direitos e interesses das populações indígenas brasileiras.

Desta forma, consistindo seu objetivo geral em verificar se a teoria crítica dos direitos humanos, formulada pelo jusfilósofo espanhol Joaquín Herrera Flores, configura um instrumento adequado para a atuação eficiente e eficaz do Ministério Público na tarefa de proteger os direitos indígenas brasileiros, determinou-se, inicialmente, como objetivos específicos: analisar a evolução da teoria clássica dos direitos humanos, suas características e dimensões, verificando a adequação entre a proteção dos direitos indígenas e a respectiva crítica desenvolvida pelo jusfilósofo espanhol Joaquín Herrera Flores; identificar, na história brasileira, as leis protetoras dos direitos indígenas, nos períodos colonial, imperial e republicano, analisando especialmente o papel exercido pelas instituições consideradas defensoras de tais direitos, com destaque para as características, o perfil e as funções exercidas pelo Ministério Público após a promulgação da atual Constituição Federal; delinear os elementos principais da teoria crítica dos direitos humanos com o propósito de constatar se tal arcabouço teórico, de fato, instrumentaliza uma atuação adequada do Ministério Público brasileiro na direção da concretização de direitos e interesses dos povos indígenas.

Para a realização das análises e identificações acima referidas, o trabalho será desenvolvido em 03 (três) capítulos.

O primeiro capítulo tratará, primeiramente, da teoria clássica dos direitos humanos, do seu desenvolvimento histórico e do seu processo de internacionalização. Buscar-se-á identificar as razões que conduziram a humanidade a construir um aparato jurídico tendente a, no plano abstrato, proteger a dignidade de todas as pessoas do planeta.

Após, serão abordados os paradoxos da teoria clássica dos direitos humanos, a fim de dar visibilidade às contradições que lhe são inerentes e que colocam em xeque sua potencialidade de oferecer proteção efetiva a todas as pessoas de forma igualitária.

Por fim, serão expostos os elementos principais da teoria crítica dos direitos humanos formulada por Joaquín Herrera Flores. Entre outras possibilidades de se trabalhar a referida teoria, serão apontadas as decisões iniciais que direcionam sua fundamentação, para, após, ser apresentado o “diamante ético”, figura criada por Herrera com objetivos pedagógicos, para facilitar a demonstração da interdependência de todos os

elementos que compõem a definição de direitos humanos na perspectiva de uma teoria crítica. Tratar-se-á, ainda, do diálogo intercultural como alternativa à forma pretensamente hegemônica de identificação e de proteção dos processos de luta por dignidade dos grupos que, historicamente, tiveram suas expectativas por vida digna desconsideradas ou afastadas dos seus contextos.

No segundo capítulo, será realizado um panorama histórico sobre a construção de normas jurídicas que abordaram/abordam os direitos dos povos indígenas no plano internacional, a fim de identificar o processo de internacionalização dos referidos direitos e, após, buscar-se-á identificar os principais instrumentos normativos que embasaram/embasam a política indigenista no Brasil e as instituições que, tradicionalmente, receberam a atribuição de concretizá-la. Pretende-se identificar se a previsão de direitos em normas jurídicas, no Brasil, teve por consequência a realização de ações práticas pelo Estado tendentes a garantir dignidade aos povos indígenas.

Finalizando o Capítulo 2, serão analisados alguns processos de luta dos povos indígenas brasileiros, consubstanciados em reivindicações históricas das referidas coletividades para o reconhecimento das suas expectativas. Nesse sentido, serão expostas algumas características do direito a terra, à autodeterminação e ao acesso a políticas públicas, esta última dividida em políticas públicas de saúde, educação e em relação ao funcionamento dos conselhos gestores de políticas públicas.

No Capítulo 3, de início, será realizado um breve esboço histórico do desenvolvimento da instituição Ministério Público e da evolução das suas atribuições no âmbito normativo internacional e brasileiro. Tratar-se-á, ainda, do perfil do Ministério Público no Brasil e de suas funções tradicionais, garantias e princípios institucionais estabelecidos na Constituição, com destaque à função de proteção aos direitos e interesses das populações indígenas. Será apresentada a controvérsia existente sobre a possibilidade de atuação do Ministério Público Estadual na temática, identificando-se qual posicionamento melhor atende aos interesses dos referidos grupos populacionais.

Pela perspectiva da teoria crítica dos direitos humanos, serão propostas as decisões iniciais que devem embasar a atuação do Ministério Público brasileiro na proteção dos direitos e interesses das populações indígenas. Buscar-se-á demonstrar a necessidade de ruptura com a adoção de procedimentos e entendimentos homogeneizantes, pretensamente hegemônicos e descontextualizados, que não se harmonizam com a realidade específica das referidas coletividades. Na sequência, o diálogo intercultural será proposto como instrumento de atuação do Ministério Público, tendente a possibilitar uma práxis comprometida com a concretização dos processos reais de luta por dignidade dos povos originários.

Encerrando o terceiro capítulo, buscar-se-á apresentar os elementos que devem orientar a atuação do Ministério Público, com suporte na teoria crítica dos direitos humanos, à concretização dos principais processos de luta dos povos indígenas. Serão expostas, ainda, iniciativas do Ministério Público brasileiro que vão ao encontro da referida proposta e que visam garantir aos indígenas acesso ao direito a terra, à autodeterminação, ao acesso a políticas de saúde, de educação e à participação em conselhos gestores de políticas públicas específicos.

O presente trabalho surge num momento de diversas ameaças de retrocessos em matéria de garantia de direitos aos povos indígenas.

Para além de se pensar em resistir às ameaças, faz-se necessário o fortalecimento das instituições que possuem a missão de proteção dos direitos e interesses dos referidos povos, como é o caso do Ministério Público, a fim de que atuem de forma especializada e sensível, sem corroborar com a manutenção de situações de opressão, marginalização e invisibilidade que as atingem.

Por meio do estudo que será desenvolvido, orientado pela negação de uma visão universalista, positivista e técnico-formal do direito, e reducionista da realidade sociocultural, espera-se oferecer às comunidades indígenas uma contribuição que transcenda o plano teórico, a fim de possibilitar que seus direitos humanos possam ser protegidos eficientemente pelo Ministério Público, sob as bases de um paradigma compatível com seus contextos e lutas específicas.

A dissertação, ainda, buscará realizar a união necessária entre a teoria e a prática, harmonizando-se com a missão da Universidade Federal de Santa Catarina de produzir conhecimentos que ampliem e aprofundem a formação do ser humano para o exercício profissional, a reflexão crítica, a solidariedade nacional e internacional, utilizando-se da perspectiva da construção de uma sociedade justa e democrática e da defesa da qualidade da vida.

## 2 A TEORIA CLÁSSICA E SUA CRÍTICA: DA INVENÇÃO À REINVENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

### 2.1 BREVE HISTÓRICO DA INVENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DO SEU PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO

A história dos direitos humanos<sup>1</sup> pode ser estudada a partir de diversas perspectivas, como filosófica, jurídica, política e sociológica. Para os fins do presente trabalho, interessa uma análise da sua construção jurídica mais recente, que conduziu a ideia de internacionalização dos direitos humanos, com especial enfoque na Declaração Universal de 1948, responsável pela solidificação da sua concepção contemporânea pretensamente hegemônica e universal. Apesar de relevantes para a edificação do próprio conceito de direitos humanos, os períodos históricos anteriores<sup>2</sup> não serão objeto de análise detida no presente trabalho, devido a pouca pertinência com o tema de pesquisa eleito e ao recorte metodológico realizado.

A teoria clássica dos direitos humanos, como formulação histórica e política, consubstancia-se numa invenção humana, direcionada a solucionar conflitos sociais existentes numa determinada comunidade política (LAFER, 1988, p. 146). É resultado não somente das lutas burguesas<sup>3</sup> inglesas, francesas

---

<sup>1</sup>Para Pérez Luño (1990, p. 48), os direitos humanos são um conjunto de faculdades e instituições que têm por objetivo concretizar as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas em cada momento histórico, que devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos.

<sup>2</sup>Sobre o tema, importantes as obras “A afirmação histórica dos direitos humanos”, de Fabio Konder Comparato (2001); “Direitos humanos: uma antologia - principais escritos políticos, ensaios e documentos desde a Bíblia até o presente”, organizado por Micheline R. Ishay (2013); “Gênese dos direitos humanos na antiga filosofia grega”, de Willian Couto Gonçalves (2007); “A história social dos direitos humanos”, de José Damião de Lima Trindade (2011) e “A reconstrução dos direitos humanos”, de Celso Lafer (1988).

<sup>3</sup> Para Ricardo Marcelo Fonseca (2012, p. 40): “As revoluções burguesas têm o significado de serem exatamente aquelas em que a burguesia, que já era hegemônica do ponto de vista econômico, passa a

e norte-americanas travadas nos séculos XVII, XVIII e XIX, mas também de uma visão teórica e racionalista edificada na modernidade<sup>4</sup> que propugnou a existência de uma essência humana universal fulcrada na utilização da razão<sup>5</sup>, pertencente e componente de cada indivíduo. Por possuir tal atributo, que os distinguiria dos demais seres vivos, os seres humanos foram

---

ser hegemônica também do ponto de vista político. Pode-se dizer sem meneios que o séc. XIX é o século burguês. Além disso, e um tanto por conta disso, o séc. XIX é o século do otimismo com relação aos prodigiosos progressos científicos e tecnológicos que então se verificam, progressos esses sem par na história, até mesmo se compararmos com progressos tecnológicos dos séculos anteriores, quando nasceu a ciência moderna. O séc. XIX é o erdeiro do iluminismo que triunfou, é o século que acredita no homem de modo incondicionado.”

<sup>4</sup>Segundo Marilena Chauí (2007, p. 489): "a modernidade, nascida com a Ilustração, teria privilegiado o universal e a racionalidade; teria sido positivista e tecnocêntrica, acreditando no progresso linear da civilização, na continuidade temporal da história, em verdades absolutas, no planejamento racional e duradouro da ordem social e política; e teria apostado na padronização dos conhecimentos e da produção econômica como sinais da universalidade."

<sup>5</sup> Conforme Costa Douzinas (2009, p. 85): "A natureza humana, acreditava Hobbes, possui certos traços comuns cuja observação irá determinar o que é naturalmente lícito. A natureza torna-se, portanto, uma hipótese científica, e suas leis tomam a forma de regularidades observáveis ou de padrões comuns presentes em todos os homens. Em virtude de a natureza humana ser objetivamente determinada, a razão pode deduzir, a partir de uma observação da maneira como os homens genuinamente se comportam, uma série de leis naturais que deveriam ser seguidas por toda a República. A razão foi liberta das reivindicações metafísicas do estoicismo e do cristianismo, não é mais um espírito, não reside na alma e não tem muito a dizer sobre a essência das coisas. "A razão é cálculo", escreve Hobbes, e a verdadeira razão é parte da natureza humana. Neste novo papel, a razão pode encontrar os melhores meios e coordenar suas ações em prol de um objetivo desejado. Esta é a razão calculista e instrumental dos modernos, e sua tarefa no campo da moral e da política não é guiar a consciência, mas construir uma ciência por meio da observação do mundo e da natureza humana."

alçados a uma posição central e superior no universo, necessitando, assim, de um sistema jurídico que oferecesse proteção aos seus direitos individuais (BRAGATO, 2014, p. 208).

A invenção dos direitos humanos na sua concepção tradicional universalista, traduzida nas declarações de direitos, é resultado de uma lenta construção que pode ser dividida em três fases (BOBBIO, 1992, p. 28).

Primeiramente as declarações surgem como teorias filosóficas elaboradas pelo jusnaturalismo moderno, notadamente por John Locke, no sentido de que o homem possui direitos naturais que são inalienáveis e não podem ser subtraídos nem pelos indivíduos nem pelo Estado. Para Locke, o estado de natureza é o verdadeiro estado do homem, onde todas as pessoas são livres e iguais, e não o civil, que é uma criação artificial com o objetivo de explicitar a liberdade e a igualdade naturais. Ideia semelhante consta no “Contrato Social” de Rousseau<sup>6</sup>, refletida na célebre expressão “O homem nasceu livre e por toda a parte encontra-se a ferros” (BOBBIO, 1992, p. 29).

Conforme Bobbio, embora tenha abandonado a ideia de estado de natureza, a Declaração Universal dos Direitos do Homem conserva tal hipótese utilizando outras palavras, como um eco, ao estabelecer que “todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. É só um eco pelo fato de que, faticamente, os homens não nascem livres e iguais, mas tão-somente numa visão que diz respeito a um nascimento ou natureza ideais. Assevera que (BOBBIO, 1992, p. 29):

Enquanto teorias filosóficas, as primeiras afirmações dos direitos do homem são pura e simplesmente a expressão de um

---

<sup>6</sup> A historiadora Lynn Hunt (2009, p. 22) salienta que foi por meio das obras de Rousseau que a expressão “direitos do homem” foi difundida no séc. XVIII: “O termo “direitos do homem” começou a circular em francês depois de sua aparição em *O contrato social* (1762), de Jean-Jacques Rousseau, ainda que ele não desse ao termo nenhuma definição e ainda que – ou talvez porque – o usasse ao lado de “direitos da humanidade”, “direitos do cidadão” e “direitos da soberania”. Qualquer que fosse a razão, por volta de junho de 1763, “direitos do homem” tinha se tornado um termo comum [...]”

pensamento individual: são universais em relação ao conteúdo, na medida em que se dirigem a um homem racional fora do espaço e do tempo, mas são extremamente limitadas em relação à sua eficácia, na medida em que são (na melhor das hipóteses) propostas para um futuro legislador.

No momento em que essas teorias são acolhidas pela primeira vez por um legislador, o que ocorre com as Declarações dos Estados Norte-americanos e da Revolução Francesa (um pouco depois), e postas na base de uma nova concepção do Estado - que não é mais absoluto e sim limitado, que não é mais fim em si mesmo e sim meio para alcançar fins que são postos antes e fora de sua própria existência -, a afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, enquanto direitos positivos ou efetivos.

A segunda fase da construção da teoria clássica ocorre com a positivação dos referidos “direitos naturais” construídos teoricamente por obra dos filósofos jusnaturalistas, como nas Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos e da revolução francesa<sup>7</sup>, fazendo emergir uma nova

---

<sup>7</sup> Em relação à origem dos direitos humanos, Fabio Konder Comparato (2001, p. 47-48) ressalta a influência exercida também pela Declaração de Direitos da Virgínia: “O artigo I da Declaração que “o bom povo da Virgínia” tornou pública, em 12 de junho de 1776, constitui o registro de nascimento dos direitos humanos na História. É o reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmos. A “busca pela felicidade”, repetida na Declaração de Independência dos Estados Unidos, duas semanas após, é a razão de ser desses direitos inerentes à própria condição humana. Uma razão de ser imediatamente aceitável por todos os povos, em todas as épocas e civilizações. Uma razão universal, como a própria pessoa humana. Treze anos depois, no ato de abertura da Revolução Francesa, a mesma ideia de liberdade e igualdade dos seres humanos é reafirmada e reforçada: “Os homens

concepção de Estado: limitado e condicionado ao atendimento a determinados fins que se encontram fora da sua estrutura.

O preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, expressamente reconhece que suas disposições se consubstanciam numa “declaração solene” dos “direitos naturais”:

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundados em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.

A afirmação dos direitos do homem, nesse momento, embora ganhe em concreticidade, perde em universalidade, na medida em que a proteção oferecida pelas declarações de direitos abrange somente os cidadãos dos Estados que as reconhecem (BOBBIO, 1992, p. 30).

A terceira fase da internacionalização dos direitos humanos, segundo Bobbio (1992, p. 30), é iniciada com a

---

nascem e permanecem livres e iguais em direitos” (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, art.1º). Faltou apenas o reconhecimento da fraternidade, isto é, a exigência de uma organização solidária da vida em comum, o que só se logrou com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948.”

Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, com a afirmação dos direitos, ao mesmo tempo, de forma universal e positiva. Conforme assinala Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 56), após a Declaração da Organização das Nações Unidas há uma gradativa aproximação, ainda em construção, entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, mediante a estruturação do que se denomina direito constitucional internacional.

A concepção contemporânea de direitos humanos é resultado do seu processo recente de internacionalização, mais precisamente como resposta aos horrores e às atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial (PIOVESAN, 2014, p. 42-43).

O nazismo, com sua lógica de destruição e de desprezo à pessoa humana<sup>8</sup>, condicionando a titularidade de direitos ao pertencimento à raça ariana, alçou o Estado à condição de maior violador de direitos humanos (PIOVESAN, 2014, p. 43). Os prejuízos causados à humanidade pela Segunda Guerra Mundial foram enormes, haja vista que milhões de pessoas foram mortas e feridas, e cidades, zonas rurais e indústrias foram arrasadas e dívidas incalculáveis foram realizadas (LEITE, 2011, p. 11).

Após o fim do conflito, no ano de 1945, criou-se a Organização das Nações Unidas<sup>9</sup>, com o objetivo de promover a

---

<sup>8</sup> “O mundo não viu nada de sagrado na abstrata nudez de ser unicamente humano. [...] Os sobreviventes dos campos de extermínio, os internados nos campos de concentração, e até os relativamente afortunados apátridas, puderam ver [...] que a nudez abstrata de serem unicamente humanos era o maior risco que corriam. Devido a ela, eram considerados inferiores e, receosos de que podiam terminar sendo considerados animais, insistiam na sua nacionalidade, o último vestígio da sua antiga cidadania, como o último laço remanescente e reconhecido que os ligaria à humanidade. Sua desconfiança em relação aos direitos naturais e sua preferência pelos direitos nacionais advêm precisamente de sua compreensão de que os direitos naturais são concedidos até aos selvagens” (ARENDDT, 2007, p. 333).

<sup>9</sup> “Depois da II Guerra Mundial, que devastou dezenas de países e tomou a vida de milhões de seres humanos, existia na comunidade internacional um sentimento generalizado de que era necessário encontrar uma forma de manter a paz entre os países. Porém, a ideia de criar a ONU não surgiu de uma hora para outra. Foram necessários anos de planejamento e dezenas de horas de discussões antes do

manutenção da paz entre as nações (LEITE, 2011, p. 11) e com a missão de reconstruir os direitos humanos como referencial ético para a orientação da ordem internacional (PIOVESAN, 2014, p. 43). Assim, em 10 de dezembro de 1948<sup>10</sup>, a

---

surgimento da Organização. O nome Nações Unidas foi concebido pelo presidente norte-americano Franklin Roosevelt e utilizado pela primeira vez na Declaração das Nações Unidas, de 1º de janeiro de 1942, quando os representantes de 26 países assumiram o compromisso de que seus governos continuariam lutando contra as potências do Eixo. As Nações Unidas, entretanto, começaram a existir oficialmente em 24 de outubro de 1945, após a ratificação da Carta por China, Estados Unidos, França, Reino Unido e a ex-União Soviética, bem como pela maioria dos signatários. O 24 de outubro é comemorado em todo o mundo como o 'Dia das Nações Unidas'. Durante a primeira reunião da Assembleia Geral que aconteceu na capital do Reino Unido, Londres, em 1946, ficou decidido que a sede permanente da Organização seria nos Estados Unidos.” (NAÇÕES UNIDAS, 2015)

<sup>10</sup> Conforme Júlio Marino de Carvalho (1998, p. 56-57): “Foi em 25 de abril de 1945 que os representantes de 50 Estados se reuniram em San Francisco, onde cumpridamente enfrentaram a problemática dos direitos humanos e confiaram os estudos delineadores a uma “Comissão de Direitos Humanos”. Concluída essa tramitação das nações empenhadas em criar e manter um clima de paz universal, em 26 de junho de 1945, em San Francisco, foi firmada a Carta da ONU, que recebeu o investimento de ser a grande fonte inspiradora de um Direito internacional moderno, revestido de novas e salutares características. Os textos normativos emanados da Sociedade das Nações, da Carta do Atlântico de 1941, da Declaração das Nações Unidas de 1942 e outros convênios foram arquivados no cofre da história dos atos convencionais ultrapassados, com suas lições do que “deve e não deve ser feito” no convívio internacional, com vistas à manutenção da paz no mundo. A senhora Eleanor Roosevelt, presidenta do Comitê de Redação e representante dos EUA, considerou que o pronunciamento da ONU “era antes de tudo uma declaração de princípios básicos para servir de ideal comum a todas as nações e que podia muito bem converter-se na Carta Magna da humanidade...”. A ilustre dama não vacilou em proclamar o valor inestimável da Declaração que foi dada ao conhecimento de todos os povos e nações. O texto definitivamente acordado na Declaração, com suas inovações, foi aprovado em sessão de 10 de dezembro de 1948, com 48 votos a favor, nenhum contra e 8 abstenções. O documento foi aberto à ratificação e adesão pela Assembleia Geral em

Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas promulgou a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>11</sup>, convertendo os direitos humanos em instrumentos de proteção dos indivíduos de todo o mundo contra poderes estatais totalitários e potencialmente aniquiladores da vida humana.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, retomando ideais da Revolução Francesa, “[...] representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo I.” (COMPARATO, 2001, p. 226).

A nomenclatura escolhida, segundo Melina Fachin (2015, p. 25), evidencia a influência do jusnaturalismo de inspiração kantiana<sup>12</sup> no documento, sobretudo a noção de dignidade

---

resolução de 16 de dezembro de 1966 e entrou em vigor em 3 de janeiro de 1976 (Resolução 2.200). A ratificação de 75 estados até 1982, demonstra a universalidade dessa importantíssima proclamação.”

<sup>11</sup> Para Dalmo Dallari (2000, p. 37): “Embora não tenha a eficácia jurídica de um tratado ou de uma Constituição, a Declaração Universal é um marco histórico, não só pela amplitude das adesões obtidas mas, sobretudo, pelos princípios que proclamou, recuperando a noção de direitos humanos e fundando uma nova concepção de convivência humana, vinculada pela solidariedade. É importante assinalar, também, que a partir da Declaração e com base nos princípios que ela contém já foram assinados muitos pactos, tratados e convenções tratando de problemas e situações particulares relacionados com os direitos humanos. Estes documentos implicam obrigações jurídicas e o descumprimento dos compromissos neles registrados acarreta sanções de várias espécies, como o fechamento do acesso a fontes internacionais de financiamento e aos serviços de organismos internacionais, além de outras consequências de ordem moral e material.”

<sup>12</sup> Flavia Piovesan (2014, p. 44) ressalta tal aspecto, asseverando que: “Sob essa perspectiva se manifesta a aguda crítica e o repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal — tendo em vista que o nazismo e o fascismo ascenderam ao poder dentro do quadro da legalidade e promoveram a barbárie em nome da lei. Há um reencontro com o pensamento kantiano, com as ideias de moralidade, dignidade, Direito cosmopolita e paz perpétua. Para Kant as pessoas, e em geral

humana. Também insere o fundamento da proteção dos direitos no âmbito internacional e não somente na natureza humana<sup>13</sup> (FACHIN, 2015, p. 25-26).

Conforme ensina Flávia Piovesan (2014, p. 45), no desafio de reconstrução dos direitos humanos do pós-guerra há, de um lado, o surgimento do denominado “Direito Internacional dos Direitos Humanos” e, de outro, a abertura do Direito Constitucional ocidental a princípios e a valores, principalmente à dignidade da pessoa humana. Assim, tem início a construção de um sistema normativo e de um aparato próprio voltado a proteção dos direitos humanos e a limitar o poder estatal no

---

qualquer espécie racional, devem existir como fim em si mesmo e jamais como meio, a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito. Os objetos têm, por sua vez, um valor condicional, por serem irracionais, por isso são chamados “coisas”, substituíveis que são por outras equivalentes. Os seres racionais, ao revés, são chamados “pessoas”, porque constituem um fim em si mesmo, têm um valor intrínseco absoluto, são insubstituíveis e únicos, não devendo ser tomados meramente como meios. As pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que possuem um valor intrínseco. Desse modo, ressalta Kant, trate a humanidade, na pessoa de cada ser, sempre como um fim mesmo, nunca como um meio. Adiciona Kant que a autonomia é a base da dignidade humana e de qualquer criatura racional. Lembra que a ideia de liberdade é intimamente conectada com a concepção de autonomia, por meio do princípio universal da moralidade, que, idealmente, é o fundamento de todas as ações de seres racionais. Para Kant, o imperativo categórico universal dispõe: “Aja apenas de forma a que a sua máxima possa converter-se ao mesmo tempo em uma lei universal.”

<sup>13</sup>Extrai-se do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “A presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.”

plano internacional, como projeção de um constitucionalismo global.

O valor da dignidade humana torna-se paradigma e referencial ético a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nos âmbitos local, regional e global, conferindo-lhe unidade, racionalidade e sentido universal (PIOVESAN, 2014, p. 46). Assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade de tais direitos (PIOVESAN, 2014, p. 47), o que foi reiterado na Declaração de Viena, em 1993<sup>14</sup>.

A internacionalização dos direitos humanos por meio da universalidade trouxe como consequências a relativização da concepção de soberania plena dos Estados, haja vista a admissão de intervenções no seu interior com o objetivo de proteger os direitos humanos da sua população, bem como o entendimento de que tais direitos devem efetivamente receber proteção internacional. Possibilitou, ainda, a emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos composto de normas globais de proteção no âmbito da Organização das Nações Unidas, como a referida Declaração Universal de 1948, os Pactos de 1966 e outros de alcance específico, como as convenções internacionais sobre tortura e discriminação racial<sup>15</sup> (ROJAS, 2012, p. 17).

---

<sup>14</sup> Consta no §5º da Declaração de Direitos Humanos de Viena que: “Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase” (PIOVESAN, 2014, p. 48).

<sup>15</sup> A propósito assinala Fabio Konder Comparato (2001, p. 54): “Meio século após o término da 2ª Guerra Mundial, vinte e uma convenções internacionais, exclusivamente dedicadas à matéria, haviam sido celebradas no âmbito da Organização das Nações Unidas ou das organizações regionais. Entre 1945 e 1998, outras cento e quatorze Convenções foram aprovadas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho. Não apenas os direitos individuais, de natureza civil e política, ou os direitos de conteúdo econômico e social foram assentados no plano internacional. Afirmou-se também a existência de novas espécies de direitos humanos: direitos dos povos e direitos da humanidade. Dois Pactos Internacionais, celebrados no quadro das

Além do sistema normativo internacional surgem os sistemas e os instrumentos regionais de proteção com o objetivo de internacionalizar os direitos humanos particularmente nos âmbitos da Europa, Américas e África, mas de forma compatível com o sistema global da Organização das Nações Unidas (PIOVESAN, 2014, p. 48). Alcança-se, assim, “o termo final do longo processo de unificação da humanidade” (COMPARATO, 2001, p. 55).

Constata-se que a construção contemporânea de direitos humanos tem sua centralidade nas normas, tidas como mecanismos adequados de proteção de todos os seres humanos existentes no planeta, com fulcro na concepção de que para ser titular de direitos e para possuir dignidade basta ser pessoa. A dignidade da pessoa humana<sup>16</sup> é considerada o fundamento dos direitos humanos contemporâneos e passa a ser observada pelos Estados na produção da sua normatividade.

---

Nações Unidas em 1966, compendiarium o conjunto dos direitos civis e políticos, bem como os direitos econômicos, sociais e culturais. Em 1981, na Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, reconheceu-se que todos os povos devem ser tratados com igual respeito, tendo direito à autodeterminação, à livre disposição de sua riqueza e de seus recursos naturais, ao desenvolvimento econômico, social e cultural, bem como à paz e à segurança. Chegou-se enfim ao reconhecimento de que à própria humanidade, como um todo solidário, devem ser reconhecidos vários direitos: à preservação de sítios e monumentos considerados parte integrante do patrimônio mundial, à comunhão nas riquezas minerais do subsolo marinho, à preservação do equilíbrio ecológico do planeta.”

<sup>16</sup>Para Luis Roberto Barroso (2001): “Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade.”

Com as Declarações de Direitos há o estabelecimento de um rol de bens jurídicos mínimos<sup>17</sup> que devem ser garantidos, *a priori*, a todas as pessoas para que possam viver dignamente. As particularidades de cada Estado não se mostram relevantes, pois os direitos humanos decorrem da dignidade, considerada inerente a todo ser humano onde quer que se encontre.

Os adeptos da Teoria Clássica dos Direitos Humanos propugnam que os direitos humanos, que são os elencados na Declaração Universal independentemente de possuírem substrato na realidade, somente necessitam ser efetivados, como se já estivessem garantidos (ROJAS, 2012, p. 18). Entendem que, pelo fato de tais direitos serem anteriores à sociedade e ao Estado, por serem inerentes à condição humana e por comporem uma moral universal, são indiscutíveis, inalteráveis e insuscetíveis de supressão (ROJAS, 2012, p. 19).

Pela primeira vez na história, um sistema de princípios fundamentais atinentes à conduta humana foi livremente aceito pela maioria dos habitantes do planeta, por intermédio dos seus governos. Há a universalização de um sistema de valores, não

---

<sup>17</sup> “Os 30 artigos da Declaração consagraram, basicamente, os princípios da igualdade e dignidade humanas; a vedação absoluta à discriminação de qualquer espécie, seja em razão de raça, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição; o direito à vida, à liberdade, à segurança pessoal; a expressa proibição à escravidão, ao tráfico de escravos ou servidão; a proibição à tortura, ao tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante; o princípio do juiz natural; o acesso ao Judiciário; a vedação às prisões, detenções e exílios arbitrários; os princípios da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa; o princípio da reserva legal, a inviolabilidade à honra, à imagem e à vida privada; a liberdade de locomoção; o asilo político; o direito à nacionalidade; o direito de propriedade; a liberdade de pensamento, consciência, opinião, expressão e religião; o direito de reunião, de associação e de sindicalização; os direitos políticos; o direito ao trabalho e à livre escolha de profissão, com a conseqüente justa remuneração que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana; o direito ao repouso e ao lazer; direito à instrução e à vida cultural.” (MORAES, p. 17, 2011)

em princípio, mas de fato, haja vista sua aceitação consensual<sup>18</sup> expressa como documento hábil para reger os destinos da humanidade (BOBBIO, 1992, p. 28).

Boaventura de Sousa Santos (1997, p. 112) elenca os pressupostos gerais que compõem o conceito contemporâneo de direitos humanos, ressaltando o fato de emergirem de um contexto geopolítico específico, qual seja o ocidental. São eles:

[...] existe uma natureza humana universal que pode ser conhecida racionalmente; a natureza humana é essencialmente diferente e superior à restante realidade; o indivíduo

---

<sup>18</sup> A respeito da existência de consenso em relação à concepção de direitos humanos, Boaventura de Sousa Santos (1989, p. 2) assinala: “Este consenso é um fenômeno sociológico importante em si mesmo e merece, por isso, alguma reflexão. Em primeiro lugar, cabe indagar em que medida o consenso está relacionado com a ambiguidade conceitual dos direitos humanos, pelo que uma maior precisão conceitual destes fará surgir, no lugar do consenso, o dissenso, a divergência. Se este for o caso, o consenso não é uma conquista ideológica incondicional; tem um custo, que alguns considerarão elevado, e esse é o da ambiguidade conceitual. Em segundo lugar, pode perguntar-se se o consenso apenas respeita aos direitos humanos da primeira geração ou se, pelo contrário, abrange também os novos direitos humanos, da segunda ou da terceira gerações. Da resposta a esta pergunta depende saber se o consenso é o resultado de uma prática de inclusão ou de uma prática de exclusão de direitos humanos. Em terceiro lugar, sendo certo que o consenso sobre os direitos humanos exerce uma função legitimadora do poder político que lhes proclama obediência, e que os direitos humanos são consignados em conceitos e normas abstratas, deve investigar-se em que medida esta função pode ser exercida independentemente de um juízo social sobre a efetiva aplicação dos direitos humanos, sobretudo em países cuja cultura jurídica e positiva dominante favorece as proclamações legais em detrimento da avaliação das práticas sociais. Estas propostas de reflexão mostram que, em minha opinião, não está de fato tudo dito sobre os direitos humanos, muito longe disso, e de que o que falta dizer respeita a maior precisão conceitual, aos direitos humanos emergentes e às lutas sociais pela tradução social das suas promessas, em suma, ao campo de divergência e de conflitualidade onde é possível questionar a função de legitimação do Estado que os direitos humanos, em sua abstração e indefinição, tem exercido com demasiada facilidade.”

possui uma dignidade absoluta e irredutível que tem de ser defendida da sociedade ou do Estado; a autonomia do indivíduo exige que a sociedade esteja organizada de forma não hierárquica, como soma de indivíduos livres (Panikkar 1984: 30). Uma vez que todos estes pressupostos são claramente ocidentais e facilmente distinguíveis de outras concepções de dignidade humana em outras culturas, teremos de perguntar por que motivo a questão da universalidade dos direitos humanos se tornou tão acesamente debatida.

Os elementos trazidos evidenciam que a teoria clássica dos direitos humanos foi edificada num longo processo histórico ocorrido no Ocidente. Malgrado sua inegável importância, principalmente como instrumento tendente a impedir a emergência de novos conflitos mundiais potencialmente destruidores da vida, há que se reconhecer que, hodiernamente, há visíveis contradições entre aquilo que é anunciado nas Declarações de direitos e a realidade vivenciada pela grande maioria da população mundial.

Entre a criação de instrumentos jurídicos que visam à proteção dos direitos humanos e a efetivação destes na prática, há um abismo que cada vez mais se alarga (TRINDADE, 2011, p. 196). As situações de violações ou de falta de efetividade dos direitos humanos, apesar da sua vasta consagração jurídica, colocam em xeque a potencialidade da concepção tradicional de enfrentar as situações reais de conflitos e de ser instrumento adequado para suprimento das necessidades humanas, sobretudo dos mais vulneráveis, para que todos e todas possam desfrutar de uma vida digna de ser vivida.

Nesse sentido, para os objetivos do presente trabalho, é imperioso analisar os paradoxos da teoria clássica dos direitos humanos.

## 2.2 A TEORIA CLÁSSICA DOS DIREITOS HUMANOS TEM SOMENTE PARADOXOS A OFERECER?

O título do presente tópico é a transformação em pergunta de uma afirmação lançada por Costa Douzinas no prefácio do

livro “O fim dos direitos humanos” (2009, p. 17). Para o referido autor, “O paradoxal, o aporético, o contraditório não são distrações periféricas esperando para serem resolvidas pelo teórico. O paradoxo é o princípio organizador dos direitos humanos” (DOUZINAS, 2009, p. 14).

Salienta o referido autor que o registro das violações dos direitos humanos após as declarações do final do século XVIII é estarrecedor (DOUZINAS, 2009, p. 20):

[...] escreve Gabriel Marcel, “que a vida humana nunca foi tão universalmente tratada como um *commodity* desprezível e perecível quanto durante nossa própria época”. Se o século XX é a era dos direitos humanos, seu triunfo é, no mínimo, um paradoxo. Nossa época tem testemunhado mais violações de seus princípios do que qualquer uma das épocas anteriores e menos “iluminadas”. O século XX é o século do massacre, do genocídio, da faxina étnica, a era do Holocausto. Em nenhuma outra época da história houve um hiato maior entre os pobres e os ricos no mundo ocidental, e entre o Norte e o Sul globalmente. “Nenhum progresso permite ignorar que nunca, em número absoluto, nunca tantos homens, mulheres e crianças foram subjugados, passaram fome e foram exterminados sobre a terra”. Não é de espantar, então, a razão de as pomposas afirmações de preocupação de governos e organizações internacionais serem frequentemente tratadas com escárnio e ceticismo pelas pessoas. Mas será que nossa experiência da imensa lacuna entre a teoria e a prática dos direitos humanos deve fazer com que duvidemos dos seus princípios e questionemos a promessa de emancipação pela razão e pelo direito quando parece estarmos próximos de sua vitória final?

Conforme assevera Helio Gallardo (2014, p. 30), os direitos humanos podem ser infringidos e manipulados no campo jurídico por meio da existência ou inexistência de mecanismos que possibilitem o seu cumprimento. Podem, por exemplo, serem

suspensos por razões de Estado ou não serem executados pelo fato de as cortes internacionais não possuírem força material para fazer cumprir suas resoluções. Ademais, grande parte da população não tem acesso a sistemas judiciais que possam garantir seus direitos ou, quando tem, a experiência é negativa. Ressalta ainda a inexistência - e a pouca vontade para que existam - de instituições jurídicas adequadas para garantir proteção às mazelas sociais vivenciadas pelos empobrecidos, principalmente na América Latina.

A fim de tornar visíveis essas e outras contradições internas existentes na concepção tradicional de direitos humanos, Joaquín Herrera Flores apresenta o que denomina de “Seis paradoxos que subjazem à forma ocidental de lutar / obstaculizar o caminho para a dignidade: os direitos universais” (HERRERA FLORES, 2009a, p. 58), quais sejam:

- 1) paradoxo do lugar comum;
- 2) paradoxo da condição humana;
- 3) paradoxo do duplo critério;
- 4) paradoxo dos direitos e do mercado;
- 5) paradoxo dos direitos e dos bens;
- 6) paradoxo dos direitos humanos: produtos culturais ou produtos ideológicos?

De início, apresenta a problemática que se consubstancia no tema central paradoxal, que é o fato de os direitos humanos serem produtos culturais criados num contexto ocidental de problemas específicos e, ao mesmo tempo, serem propostas que se apresentam como instrumentos de proteção de todos os seres humanos do planeta.

O primeiro paradoxo, “do lugar comum”, evidencia o fato de que os direitos humanos, nos moldes propugnados pela teoria clássica, converteram-se num lugar comum que é generalizável para qualquer forma de luta contra a injustiça ou a opressão, baseado numa concepção que não oportuniza lugares de encontros de diferenças e de formas novas de atuação em prol da dignidade. Pelo contrário, impõe formas de atuar preestabelecidas com pretensão de universalidade. Ou seja, um espaço que se propõe universal, mas é composto por pessoas dotadas magicamente de direitos, entre os quais o direito a liberdade como autonomia numa concepção reduzida, traduzida

na conhecida frase: minha liberdade termina onde começa a do outro. Um lugar fechado onde só é possível ingressar se houver a permissão daqueles que o blindam de eventuais intervenções humanas que lhe proponham alternativas e outras possibilidades de inspirar lutas pela dignidade (HERRERA FLORES, 2009a, p. 59-60).

Nos referidos espaços de desencontros - verdadeiros “não lugares” – é que estão reconhecidos os direitos humanos na sua concepção tradicional, ocidental e pretensamente representativa de toda a humanidade.

YashGhai (2003, p. 562-563) apresenta algumas formas pelas quais os direitos humanos são apresentados como afirmação da hegemonia ocidental:

Pela noção de universalismo, os direitos humanos permitem que os valores ocidentais se disfarcem de universais, denegrindo assim outras culturas e valores, particularmente na medida em que prejudicam a economia de mercado;

A noção de direitos humanos, considerados superiores a outros direitos, reivindicações ou políticas, privilegia valores ocidentais;

As instituições e funcionários ocidentais mantêm a supremacia na interpretação dos direitos, por intermédio de decisões adjudicatórias e de processos educacionais;

Os valores promovidos por intermédio dos direitos humanos favorecem a globalização das economias: direitos de propriedade (hoje em dia amplamente difundidos), igualdade (desencorajando a discriminação contra não cidadãos), inclusão de empresas nas categorias de beneficiárias de direitos (mas não de deveres), liberdade contratual, poderes judiciários independentes etc.;

Enfraquecimento do Estado e reforço da sociedade civil / empresas, definição de um papel circunscrito para o Estado, beneficiando assim os já favorecidos (também pelo questionamento do status dos direitos econômicos, sociais e culturais como direitos – a concepção dos direitos é em grande parte determinada por intelectuais e o

Ocidente tem os recursos para financiar os intelectuais e os seus centros de aprendizado);  
 Ampliação do âmbito das intervenções em outros Estados pela promoção e direção de organizações não governamentais internacionais e do apoio a movimentos e a organizações não governamentais locais, muitas vezes hegemônicas por organizações com base no Ocidente;  
 Permitir sanções contra outros Estados ou intervenções “humanitárias”;  
 Seletividade ou dualidade de critérios que permitem uma utilização oportunista dos direitos, condenando Estados hostis ao Ocidente (como o Irã), mas ignorando ou passando por alto [glossing over]o cadastro vergonhoso dos seus aliados (a Indonésia de Suharto), com o apoio dos meios de comunicação ocidentais;  
 Possibilidade, para um Estado poderoso, de sair impune de violações de direitos (como acontece regularmente com os Estados Unidos), em parte devido à sua hegemonia sobre as instituições internacionais. O mesmo não se passa com Estados fracos.

Assim, a cultura ocidental se autoneomeia universal, relegando outras culturas para o campo da barbárie ou da imaturidade. “Ou todas as culturas e formas de vida aprendem a falar segundo o idioma universal da concepção ocidental dos direitos (o universalismo ‘a priori’), ou terão dificuldades para ver garantidas suas próprias opções, de índole econômica, política ou cultural” (HERRERA FLORES, 2009b, p. 174).

Joaquín Herrera Flores (2009a, p. 59-60), embora reconheça o progressismo das afirmações de Bobbio no sentido de que o grande desafio atual é a implementação dos direitos já conquistados<sup>19</sup>, ressalta que tal entendimento reflete uma

---

<sup>19</sup> “[...] o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los. [...] Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais

desconfiança ou um desprezo a argumentações críticas que enfoquem novos problemas tendentes a aproximar os direitos dos contextos mutáveis que acometem cada época.

Nesse sentido, ironiza Joaquín Herrera Flores (2009a, p. 60):

Generalizemos a partir do problema que nos ocupa. Para que novas teorias sobre os direitos se eles já estão bem teorizados por um conjunto de técnicos em filosofia política e de pais fundadores que os esculpiram em pedra para que ninguém os transgredisse, mas, também, para que nada nem ninguém interferisse sobre eles? Coloquemo-los em prática, apliquemos a teoria dos pais fundadores, dos técnicos e juristas profissionais que formalizam cada vez mais as normas sem levar em conta que vivemos num mundo completamente distinto do que eles viveram, e as problemáticas que temos que enfrentar não têm nada a ver com as que os técnicos profissionais enfrentam dia após dia! [...] ou assumimos acriticamente as propostas dos pais fundadores que fecharam toda possibilidade de novas fundamentações e novas problemáticas, ou cairemos indefectivelmente em mãos dos inimigos da democracia e das liberdades. [...] É o que Slavoj Žižek denominou de “Denkverbot”, a “proibição de pensar” fora dos marcos estabelecidos, já que não há outra alternativa ao totalitarismo senão a passividade e a entrega ao que predomine nos lugares comuns surgidos da pena de Bobbio e seus seguidores.

---

e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados (BOBBIO, 1992, p. 25).”

A teoria clássica dos direitos humanos, ao colocar-se como hegemônica e universal, restringe a possibilidade de emergirem novas formas de luta pela dignidade humana que estejam mais harmonizadas com seus contextos específicos, não necessariamente ocidentais. Para esta, as diferenças culturais, geográficas, sócio-históricas, entre outras, não afetam as estruturas fechadas em que se encerram as construções formuladas a respeito dos bens que devem compor o valor dignidade de forma absoluta.

Para a teoria clássica, por serem direitos emanados do Estado, os direitos humanos, além de universais, são gerais e abstratos, negando os diferentes contextos em que estão inseridos e direcionando as atenções mais para sua produção do que para sua aplicação. Com a negativa do contexto, que é considerada uma conquista científica da ciência jurídica, criou-se um conhecimento técnico altamente especializado que possibilitou uma fácil legitimação do poder político e aumentou a distância existente entre os cidadãos e o direito (SANTOS, 1989, p. 8).

Os direitos humanos, assim, sob a ótica dessa concepção hegemônica, tornam-se o lugar comum para onde recorrem os movimentos sociais, as ONGs, os governos e demais instituições para pautarem suas práticas (HERRERA FLORES, 2009a, p. 63).

O segundo paradoxo é o “da condição humana”. Para Joaquín Herrera Flores, a UNESCO e a maioria dos teóricos tradicionais dos direitos humanos utilizam-se da construção feita por Hannah Arendt a respeito da condição humana para defenderem a tese de que os direitos humanos sempre estiveram presentes na história da humanidade, consubstanciando-se numa espécie de fundamento ideológico e de argumento empírico que procura evidenciar que os referidos direitos, mesmo após as barbáries perpetradas pelo nazismo, já existiam como produto privilegiado da condição humana desde os primórdios da humanidade. O genocídio causado pelo nazismo seria, assim, uma exceção cruel e trágica no processo de manifestação da referida condição humana (HERRERA FLORES, 2009a, p. 66).

Para refutar o referido entendimento, Joaquín Herrera Flores (2009, p. 66) realiza interessantes questionamentos:

Algumas questões martelam nossas inteligências quando lemos as belas e terríveis páginas surgidas da paixão humanista (abstrata) de Hannah Arendt: a destruição sistemática dos sistemas produtivos, sociais e culturais das zonas colonizadas pelas metrópoles europeias desde o século XV até meados do século XX foram também um erro trágico ou não tinham nada a ver com a manifestação da condição humana? E, daí, saltamos a outra questão: não falar dos genocídios perpetrados por espanhóis, portugueses, ingleses, franceses, belgas, italianos e alemães não é outra maneira de banalizar o mal? E o fenômeno do deslocamento forçado de africanos à América para que os europeus pudessem adoçar com os açúcares ultramarinos seus cafés e bolos?

Com os referidos questionamentos, o jusfilósofo evidencia a seletividade dos eventos que são tidos relevantes para serem considerados exceções da manifestação da referida condição humana. Constata-se que o rol de fatos (apresentados por meio de questões) diz respeito a graves situações que atingiram povos considerados inferiores pela concepção ocidental de humanidade contemporânea às suas ocorrências.

Há tantos contraexemplos históricos<sup>20</sup> da denominada “condição humana” que se desenvolve de forma abstrata e transcendental, que causa a suspeita de que a mais expressiva

---

<sup>20</sup>Joaquín Herrera Flores (2009a, p. 68) apresenta mais os seguintes questionamentos: “Não supunha banalizar o mal não levar em conta os lamentos dos escravos africanos embarcados à força nos navios negreiros para serem vendidos, posteriormente, como mercadorias? Quer maior banalização do mal que o Congresso de Berlim de 1885, no qual se dividiu a África entre as potências europeias utilizando os tiralinhas e o desprezo mais absoluto pelos lamentos daqueles que ficavam separados para sempre por fronteiras coloniais? E as centenas de mulheres mortas por reivindicar um verdadeiro sufrágio universal não excludente? E que dizer do processo de descolonização da Índia por britânicos indiferentes às profundas feridas religiosas e culturais que semeou seu domínio arbitrário e selvagem no país de Gandhi?”.

das banalizações do mal é não considerar que a real desumanização é a que impossibilita a maioria da humanidade de fazer valer suas propostas, convicções e modelos de organização de forma livre e igualitária (HERRERA FLORES, 2009a, p. 68).

Por tal motivo Joaquín Herrera Flores repudia a conhecida formulação denominada de gerações de direitos<sup>21</sup>, afirmando que:

A metáfora das gerações de direitos não é algo neutro, inocente, com efeitos meramente retóricos e/ou pedagógicos. Pelo contrário, ostenta um rol constitutivo quase ontológico dos direitos como universais, pois tem muito a ver com os objetivos da UNESCO e com a teoria de Arendt de uma condição humana universal e eterna que se desenvolve geracionalmente, superando continuamente as fases anteriores como se já estivessem definitivamente fundamentadas e efetivadas. Também, tal metáfora constitutiva dos direitos tem muito a ver com as teses metafísicas e “jusnaturalistas” conservadoras que consideram a evolução humana, primeiro, como uma queda do paraíso em direção a terra e, segundo, como a construção de uma escada mágica que nos conduz diretamente à contemplação do mais alto, seja uma ideia transcendental, um direito natural inacessível à ação humana ou uma determinada concepção da divindade. O cume resplandecente do “palácio dos direitos humanos” seriam os direitos individuais e,

---

<sup>21</sup>Em relação às gerações de direitos humanos, certo grupo de doutrinadores, que vão desde H. Marshall a Norberto Bobbio, C. B. Macpherson, Maria de Lourdes M. Covre, Celso Lafer, Paulo Bonavides, Gilmar A. Bedin, Ingo W. Sarlet, José Alcebiades de Oliveira Jr., HelioGallardo e outros, tem construído uma evolução linear e cumulativa de “gerações” sucessivas de direitos, a fim de sistematizá-los, de precisar seu conteúdo, seus titulares e sua efetivação. Tal evolução linear e cumulativa compreenderia três, quatro ou cinco “gerações” (WOLKMER, 2012, p. 19).

pouco a pouco, vamos descendo degraus e instâncias até encontrarmos pretensos direitos que ninguém pode levar diante de um juiz e que, como naquele jogo de experiências e expectativas, sempre irão se afastando de nossa vista à medida que nos vamos aproximando deles. O paradoxo salta sobre nós: que ocorreu depois de 11 de Setembro de 2001? A que geração de direitos está afetando principalmente? O neocolonialismo energético que justificou a sombra dos genocídios no Afeganistão, Iraque e no atual Sudão é também erro trágico? Ou não vamos ter outro remédio senão afirmar que a norma da condição humana é o terror e, à exceção, as lutas pela dignidade (HERRERA FLORES, 2009a, p. 68-69).

Da mesma forma David Sanchez Rubio (2014, p. 88-89), questionando a referida classificação geracional (ou dimensional)<sup>22</sup>, a vislumbra como sendo resultado de um imaginário excessivamente linear e eurocentrado que reforça a ideia de homogeneização do ser humano. Salienta que, apesar de possuir virtudes e elementos positivos, a referida classificação acaba implantando uma cultura anestesiada e relacionada somente à trajetória histórica ocidental, com sua forma liberal,

---

<sup>22</sup>Importante crítica é dirigida à terminologia “gerações” de direitos, havendo quem defenda maior adequação na expressão “dimensões”, pois, conforme Antônio Carlos Wolkmer (2012, p. 21): “Compartilhando com aportes mais atuais (ainda que, criticamente, com certas reservas), substituem-se os termos ‘gerações’, ‘eras’ ou ‘fases’ por ‘dimensões’, porquanto esses direitos não são substituídos ou alterados de tempos em tempos, de forma unilateral e sequencial, mas resultam num processo material de lutas sociais, fazendo-a e complementando-se. Tampouco possuem um conteúdo abstrato, único e permanente. Tendo claras a ‘inter-relação’, a contextualidade e a integralidade de todos os direitos, e reconhecendo os aportes de Marshall, Bobbio e principalmente Oliveira Jr. e Helio Gallardo, propõe-se uma taxonomia flexível, processual e dialética dos ‘novos’ direitos em cinco dinâmicas ‘dimensões’.”

burguesa e hegemônica de conceber a modernidade<sup>23</sup>. Enfatiza que:

[...] parece que os direitos humanos e sua visão geracional são como a roupa do conto: estão feitos para um corpo concreto, com um propósito e uma finalidade, porém aquelas pessoas que possuem corpo e figura diferentes (por mais magra, mais obesa, mais alta ou mais baixa) ou que por razões de seu contexto não necessitam exatamente de uma roupa feita desta maneira, mas não possuem outra alternativa a não ser expressar sua corporalidade e espiritualidade, usando uma roupagem que não atende suas demandas e não se encaixa bem com seus imaginários.

A divisão da evolução dos direitos humanos em gerações (ou dimensões) é instrumento tendente à solidificação de uma concepção hegemônica de tais direitos, eurocentrada, passiva e excludente. Povos inteiros de diversas partes do mundo, historicamente subjugados, não foram considerados nessa concepção histórica e gradual de direitos humanos, haja vista que eram tidos como não adequados ao modelo de racionalidade exigido para serem considerados pessoas dignas de direitos.

Os direitos humanos surgem num contexto específico de problemas “[...] e alcançam validade quando se consideram afetados e, por sua vez, afetam tal contexto desde – e para – uma concepção “válida” da dignidade” (HERRERA FLORES, 2009a, p. 70). As divisões social, sexual, étnica e territorial condicionam de forma negativa e desigual a possibilidade de acesso das pessoas aos bens indispensáveis para viver uma vida digna e, portanto, determinam a validade dos direitos humanos, independentemente de sua especificação evolutiva e

---

<sup>23</sup>Carlos Weis (1999, p. 40) também aponta críticas à mencionada classificação geracional no sentido da inexistência de correspondência entre as “gerações” e o processo histórico de nascimento e de desenvolvimento dos direitos humanos, salientando que a referida noção acarreta, ainda, confusões conceituais sobre as suas características distintivas.

geracional, “[...] nem de uma esfera moral pessoal incondicionada, mas de sua eficácia ou ineficácia na hora de luta contra dita forma de dividir e hierarquizar o acesso a tais bens” (HERRERA FLORES, 2009a, p. 70).

O terceiro paradoxo é o do “duplo critério”, por meio do qual Joaquín Herrera Flores demonstra, por meio de fatos históricos<sup>24</sup>, que as solenes Declarações de direitos que propugnam valores universais e dedutíveis tão-somente do exercício da racionalidade componente da natureza humana, como liberdade, igualdade e fraternidade, não valem para todas as pessoas<sup>25</sup>. Embora fossem retoricamente designados de universais, indivíduos, grupos e culturas foram excluídos das

---

<sup>24</sup>Joaquín Herrera Flores traz o exemplo da Revolução Haitiana, ocorrida no final do século XVIII, meses após a Revolução Francesa. Embora já estivesse em vigor a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, consagrando os valores da liberdade, igualdade e fraternidade, os exércitos franceses impediram os escravos libertos haitianos de desfrutarem de tais direitos. Da mesma forma Olimpe de Gouges foi condenada à guilhotina por lutar para que a revolução considerasse também as mulheres, redigindo uma contradecaração de direitos das mulheres e das cidadãs (HERRERA FLORES, 2009a, p.71-72).

<sup>25</sup> Para Boaventura de Sousa Santos (2009, p. 5): “As lutas pelos direitos humanos no período do capitalismo liberal visaram confrontar e democratizar, na medida do possível, a forma política das relações sociais capitalistas, isto é, a dominação. As lutas do período do capitalismo organizado tiveram como alvo privilegiado a forma social e econômica destas relações e, portanto, a exploração. Por último, as lutas do período do capitalismo desorganizado têm vindo a incidir prevalentemente na dimensão simbólico-cultural das desigualdades, isto é, na alienação. O valor democrático dominante por detrás das lutas sociais pelos direitos humanos foi, no primeiro período, a liberdade, no segundo, a igualdade e, no terceiro, a autonomia e a subjetividade. Em todos os períodos, o que se tem consolidado é contudo a liberdade possível, a igualdade possível, e a autonomia e a subjetividade possíveis no marco das relações sociais capitalistas. Trata-se, porém, de possibilidades, ativas, criadoras, na medida em que as lutas sociais pelos direitos humanos acabaram por transformar significativamente as relações sociais capitalistas. Até onde pode ir tal transformação é ponto de debate.”

suas disposições, como se dotados de menor humanidade (HERRERA FLORES, 2009a, p. 71-72), o que ocorre ainda hoje.

Conforme salientam João Mitia Antunha Barbosa e Marco Antonio Barbosa (2013, p. 139-140), os Estados e os conceitos de povo e nação foram construídos sob a influência do racionalismo, seguido do pensamento evolucionista social, no contexto do processo econômico-político que estava em fase de constituição, qual seja o capitalismo, o que acabou por transformar a ideia de desenvolvimento. Após o evolucionismo social<sup>26</sup>, o desenvolvimento passa a ser tratado como algo

---

<sup>26</sup>“É importante também ter-se claro o fato de que o evolucionismo social, na sua versão preliminar e mais dura, conhecida como evolucionismo unilinear, parte da ideia de que a evolução se dá em um único sentido para todas as diferentes sociedades humanas, todas devendo passar pelas mesmas etapas de desenvolvimento, encaixando-se umas nas outras, de modo igual e sucessivo. Assim, foram estabelecidos estágios de desenvolvimento pelos quais deveriam passar todas as sociedades humanas até chegar ao mais alto: o estágio de civilização! Para os antropólogos evolucionistas, as sociedades às quais eles próprios pertenciam se encontravam exatamente nesse patamar, definido também por eles próprios como o estágio de civilização. As sociedades contemporâneas que conheceram, na medida de sua maior ou menor proximidade com a sociedade ocidental, foram classificadas como correspondentes a estágios anteriores pelos quais sua própria sociedade teria passado. Trata-se na verdade, o evolucionismo social, de uma construção de orientação histórica, porém de uma história hipotética, na medida em que seus teóricos – entre os quais se destacam Morgan e Frazer – nunca foram a campo a fim de ali verificar a realidade concreta dos fatos. As afirmações que faziam apoiavam-se, sobretudo, em depoimentos de viajantes, missionários e funcionários coloniais, os quais revelavam muito mais seus próprios preconceitos. Trata-se de uma construção cerebrina, com forte motivação ideológica e que prestou grande serviço ao imperialismo ocidental, podendo ser enfocada também na perspectiva das relações promíscuas entre conhecimento e poder.

Émile Brehier, em sua *Historia de la Filosofia*, considera o período em que floresceu o evolucionismo social como o mais obscuro e menos científico de toda a história do pensamento ocidental, exatamente em razão de sua falta total de correspondência fática com as realidades sociológicas sobre as quais pretende incidir e também por ser resultado de mero construto cerebral que atendia antes de tudo a uma função

atinente às ciências econômicas, vinculado ao nível de produção material. Nessa perspectiva, as sociedades mais prósperas economicamente passaram a ser consideradas mais “desenvolvidas”, o que favoreceu a forma de organização dos Estados ocidentais e levou à classificação das demais formas como menos “evoluídas”, por não se aproximarem daquelas, pretensamente “superiores”.

Como o referido contexto conviveu com a ideia de “evolução jurídica” que culminou com a construção do que se denomina de direitos humanos, o paradoxo do duplo critério permite a reflexão sobre a possibilidade de discursos e normas de direitos humanos serem utilizados para legitimar processos de opressão. Conforme salienta Manuel E. Gándara Carballido (2013, p. 79), é um erro supor que toda referência aos direitos humanos é impulsionada por uma intencionalidade crítica por si só. Os discursos de direitos humanos são objeto de disputa de poder que podem ou não refletir os processos de luta dos diferentes grupos sociais e serem utilizados como forma de legitimação do sistema capitalista e de práticas neocoloniais.

O quarto paradoxo da teoria clássica dos direitos humanos é o “dos direitos e do mercado”. Joaquín Herrera Flores conceitua “[...] ‘historicamente’ o mercado como um conjunto de regras, normas e procedimentos que vieram regulando – certamente, de um modo diferenciado e plural –, há milênios, a produção e o intercâmbio de bens” (HERRERA FLORES, 2009a, p. 74). Atualmente, com a preponderância dos interesses acumulativos do capital de forma irrestrita e infinita, o mercado, ao contrário, opõe-se a normas, regras e procedimentos que possa lhe representar algum obstáculo (HERRERA FLORES, 2009a, p. 74).

Franz Hinkelammert corrobora referido aspecto afirmando que:

A estratégia de globalização, e com ela o crescimento exorbitante das burocracias privadas, adota rigorosamente uma lógica de

---

ideológica de dominação ocidental sobre o resto dos povos da Terra.” (BARBOSA; BARBOSA, 2013, p. 140-141)

maximização dos lucros e com isso promove a abolição dos direitos humanos mais elementares. O critério de maximização dos lucros precisa ser canalizado pelo respeito aos direitos humanos, daí decorrendo que não deve ser mais que um critério secundário. Sem dúvida, trata-se de uma luta social que é preciso assumir, mas não se pode tratá-la exclusivamente como luta de classes. Seu objetivo precípua é dominar e controlar as burocracias privadas que estão ameaçando a humanidade. Trata-se, portanto, de uma luta pela sobrevivência da humanidade inteira (HINKELAMMERT, 2014, p. 118.)

Deve-se partir da constatação de que o povo não tem o poder, que já está nas mãos invisíveis do mercado<sup>27</sup> protegido pelas normativas globais. Dessa forma o poder deve ser conquistado por meio de lutas sociais que afirmem as diferenças e pela garantia de direitos que assegurem a virtualidade política de tais lutas (HERRERA FLORES, 2009a, p. 78).

O fato de a Declaração Universal dos Direitos Humanos conviver há tantos anos com uma lógica de mercado autorregulado e provocador de injustiças e desigualdades, indica

---

<sup>27</sup>Salienta Agostinho Ramalho Marques Neto (2010, p. 116): “A soberania, por exemplo, desloca-se cada vez mais do âmbito do Estado (ou do povo, ou da nação) para o domínio do mercado. O Mercado, esse ser metafísico, inatingível e indestrutível enquanto tal é o verdadeiro soberano no mundo da economia globalizada. Destituído do lugar de soberania para o de simples garantidor do livre funcionamento do mercado, ou seja, da competição, o Estado contemporâneo vai sofrendo sua afânise: apequena-se, minimiza-se. Com isso, a noção de espaço público se contrai e vai diluindo-se rapidamente na medida em que é implicitamente reduzida ao espaço de garantia das relações negociais. A linguagem corrente nos veículos de comunicação de massa dá-nos um eloquente testemunho desse deslocamento: já quase não se fala mais, por exemplo, de “países em desenvolvimento”, como até há pouco tempo atrás, mas de “mercados emergentes”. O que decai, aí, é a própria noção de país, de nação. E o que “emerge” dessa linguagem é a subsunção do político no econômico.”

que seus conceitos idealizados de direitos humanos universais legitimam tal lógica de dominação e exclusão<sup>28</sup>.

“Dos direitos e dos bens” é o quinto paradoxo da teoria clássica dos direitos humanos formulado por Joaquín Herrera Flores, por meio do qual o jusfilósofo enfrenta o dogma da prioridade do direito em face dos bens, ou seja, “da norma jurídica e seus procedimentos diante dos projetos vitais (o significado sobre o significante, a extensão da violência e a

---

<sup>28</sup>A respeito, Joaquín Herrera Flores (2009a, p. 75-76) assevera e questiona: “[...] toda essa história da apropriação capitalista do mercado deve nos fazer suspeitar que algo ocorre com isso que chamam “mercado”, dado que os que, em teoria, deveriam ser seus defensores até a morte dedicam-se a lhe outorgar uma qualidade ideológica tão metafísica que o tiram de qualquer contexto real no qual se desenvolva a organização econômica. Os argumentos legitimadores do mercado falam de sua mão invisível, da harmonia e equilíbrio ideais que necessariamente requer, da perfeita correspondência estabelecida entre ofertantes e demandantes, no que diz respeito, sobretudo, aos dados econômicos favoráveis, da competitividade entre iguais, etc.; Conceitos que parecem questionar o próprio mercado mais que reforçar sua existência. O termo “vantagem competitiva” não quer dizer outra coisa senão a possibilidade existente em algum nicho econômico de fugir das incômodas regras do mercado. Por tal razão, talvez o mais sincero dos economistas atuais seja Hayek, posto que não deixou de denunciar desde os anos quarenta do século XX até a atualidade a ineficácia e o excessivo intervencionismo dos “ideólogos do mercado” diante dos defensores da ordem catalática que Hayek atribui à economia capitalista: ou seja, a seu progresso infinito sem a mínima implicação e intervenção de normas, regras e procedimentos. Algo, portanto, deve ocorrer, pois tais argumentos parecem excluir do racional o próprio mercado: mão invisível, ordem catalática... Ainda que, em última instância, sempre servem para justificar qualquer tipo de ação econômica que tenha efeitos sociais indesejáveis: os tristemente famosos “efeitos colaterais” do mercado!.... Não será que as relações sociais que impõe o capital necessitam de algum tipo de justificação normativa, ainda que sejam tão débeis como as que surgem das regulações do mercado por parte da aceitação, como dizíamos, na marra de algumas normas básicas de justiça que, na teoria jurídica e política do século XX, se deram chamar de “direitos humanos”? Acaso existia a ideia de direitos humanos antes da manifestação do capital na modernidade ocidental que se vai pouco a pouco globalizando por todos os rincões do mundo?”

coação sobre o poder fazer) e dos valores que conformam a concepção de uma ‘vida digna de ser vivida’.” (HERRERA FLORES, 2009a, p. 81).

Com efeito, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao estabelecer um rol de direitos e de deveres necessários para garantir dignidade a todas as pessoas, direciona as lutas sociais para a implementação dos direitos já existentes ou para a criação de novos direitos, vinculando a realidade a diretrizes abstratas produzidas num contexto específico, que não necessariamente guardam ou guardarão ressonância com as lutas concretas travadas nos diferentes espaços da vida social.

Conforme destaca Rodrigo Cançado Anaya Rojas (2012, p. 31-32):

Ainda que, *a priori*, se possa dizer que o afastamento da supremacia do direito sobre os bens possibilitaria a geração de processos totalitários ou de comunitarismos (impondo-se uma concepção de vida digna sem que se participe de sua construção, sacrificando principalmente os mais fracos), a manutenção da tal dogma (a supremacia do direito) leva a um individualismo discutido em abstrato, sem a obrigação de se levarem em conta os modos de existência concreta das pessoas (“minha liberdade termina onde começa a liberdade do outro”) e sem nenhum compromisso com o que se passa com esses “outros” (uma liberdade sempre individual). Além disso, esse dogma traz pelo menos três incongruências: a) na medida em que se separa a luta pelo direito da luta pelos bens, posterga-se, indefinidamente, aquilo que se pretende do direito, qual seja, a igualação de oportunidades quanto às condições sociais, econômicas e culturais entre os grupos que compõem o corpo social; b) em sua forma liberal o direito se autorreferencia, em um processo de subsunção interna, o qual Joaquín Herrera Flores define como “reflexividade especular”, “a partir de *cual*la condición humana se define porque tenemos derechos como passo necessário para la dignidade, la cual se define, *asi mismo*, por la

tenencia de derechos que garantizarán los derechos previos a tener derechos, y así sucesivamente”; c) também, o direito se converte em um fim em si mesmo, haja vista que tem prioridade e precedência aos bens, além de se categorizar como o “instrumento” dos instrumentos necessários e justos para os acessar, em um processo de “reflexividade especular”, se fixando como única realidade.

Para Joaquín Herrera Flores (2009b, p. 30-31), a teoria tradicional e hegemônica dos direitos humanos confunde os planos da realidade e das razões na mesma Declaração Universal dos Direitos Humanos, haja vista que estabelece que os direitos são algo que já se tem pelo fato de ser pessoa, independentemente de qualquer condição ou característica social. Ou seja, tradicionalmente os direitos humanos são assim considerados mesmo ante a inexistência de condições fáticas capazes de colocá-los em prática, o que o jusfilósofo sevilhano denomina uma concepção *a priori* dos direitos humanos. Enfatiza que, embora esta seja uma lógica bastante simplista, suas consequências são muito importantes, pois direcionam os direitos humanos para uma concepção que preconiza que as pessoas têm direitos mesmo antes de terem as capacidades e as condições materiais adequadas para poder exercê-los, o que ocorre com a imensa maioria da população mundial. Tal lógica, que começa e termina falando dos direitos, acaba por desencantar as pessoas que lutam para a concretização das suas concepções de dignidade humana.

O sexto e último paradoxo da teoria clássica dos direitos humanos é: “Os direitos humanos: produtos culturais ou produtos ideológicos?”.

Com base nas informações trazidas anteriormente, evidencia-se que os direitos humanos não podem ser concebidos como direitos naturais, mas como produtos culturais que surgiram como reações a contextos históricos específicos, eminentemente ocidentais (HERRERA FLORES, 2009a, p. 85).

Do século XVI até os dias atuais, emergiu uma nova construção acerca da natureza componente da “condição humana”, agora possuidora abstratamente de direitos universais alcunhados de “direitos humanos”. Não há como se ignorar o fato

de que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que pela primeira vez formulou concretamente tal concepção, possui fundamentos ideológicos, filosóficos e culturais puramente ocidentais, o que acaba por gerar graves conflitos interpretativos em relação a concepções culturais que sequer possuem o conceito de direito na sua bagagem linguística (HERRERA FLORES, 2009b, p. 42-43).

A concepção tradicional de direitos humanos predominante na modernidade ocidental capitalista tem a pretensão de instrumentalizar pautas éticas universais que devem ser seguidas por toda a humanidade<sup>29</sup> a fim de legitimar ações sociais funcionais aos interesses hegemônicos. Assim, ao idealizar e universalizar uma específica configuração de direitos, os direitos humanos tornam-se processos ideológicos tendentes a dificultar ou impedir a existência de ações sociais alternativas<sup>30</sup> (HERRERA FLORES, 2009a, p. 86).

---

<sup>29</sup> Conforme Rodrigo Cançado Anaya Rojas (2012, p. 35): “A homogeneização de mundo quanto ao modo de ver o Direito e de pensar os direitos humanos sustenta-se na mesma ideologia da chamada “globalização econômica”. Assim, através de padronizações de comportamentos baseadas em pautas mercantilizadas de competitividade, rentabilidade, eficiência e modos de vida ostentosa e consumista, essa homogeneização tem como método apresentar a realidade de alguns grupos como se fossem próprias e apropriadas a todos, não aceitando qualquer outra forma de interpretar e arquitetar a vida, ou seja, põe-se como inevitável e resultado inexorável dos fatos. Todavia, guarda uma lógica e uma finalidade muito bem planejada: sob o controle de poucos, procura edificar uma realidade oficial em função de seus interesses e com suporte no conjunto de regras do próprio sistema (ausência de controle do mercado e controle absoluto dos demais campos pela lei), colocando o acesso aos bens e às coisas reais no econômico, o modo de exercer o poder no político e as maneiras de reagir ao mundo no ideológico.”

<sup>30</sup> “En el “nuevo” contexto, la articulación entre estado, mercado y sociedad civil tiene al mercado como la institución, sin legitimación democrática, que cumple las funciones de hegemonía, de control social y de desregulación de todas las ataduras y obstáculos que los derechos humanos imponen a libre empresa y la libre circulación de los capitales. Se parte de la convicción de que los derechos humanos suponen un “coste” o un “gasto” social que hay que evitar a toda costa”. (HERRERA FLORES; MEDICI, p.107)

Joaquín Herrera Flores (2009b, p. 46-47), ao tratar da complexidade jurídica dos direitos humanos, ressalta o fato de que as normas jurídicas são produzidas no marco de um sistema de valores pretensamente hegemônico que seleciona as formas de acesso aos bens:

[...] uma norma não descreve nem cria nada por si só. As normas estão inseridas em sistemas de valores e em processos sociais de divisão do trabalho humano a partir dos quais se institui uma forma de acesso aos bens e não outra. Estamos diante de meios, de instrumentos que prescrevem comportamentos, impõem deveres e compromissos individuais ou coletivos, sempre interpretados a partir de um sistema axiológico e econômico dominante. Por isso, quando falamos de direitos humanos como se tratasse de um “fato”, podemos chegar, inclusive, a confundir os cidadãos e as cidadãs de um determinado entorno político e cultural, pois pode ser que creiam que, com o simples fato de que suas expectativas se converteram em normas, já têm assegurado o acesso aos bens para cujo acesso essas normas deveriam ser criadas. O sistema de valores hegemônico em nossos dias é majoritariamente neoliberal e, por conseguinte, coloca por cima as liberdades funcionais ao mercado e por baixo as políticas públicas de igualdade social, econômica e cultural. Desse modo, a aplicação efetiva das normas reconhecidas nas constituições ou nos diferentes ordenamentos jurídicos não serão aplicadas em benefício de um acesso igualitário aos bens, mas em função dos “valores” que afirmam tal sistema econômico, que tanta influência teve no desmantelamento do que nossa constituição denomina de Estado Social.

O sistema capitalista não se consubstancia numa fase histórica objetiva possuidora de um passado e de um futuro inexoráveis, mas é uma força edificadora das estruturas sociais,

ou seja, determina a própria natureza das práticas sociais para, posteriormente, condicionar as referidas práticas a um modelo de ação desmobilizado, despolitizado e conservador. Na medida em que esse modelo de estrutura social generaliza-se historicamente e se consolida nas diversas esferas do poder compatíveis com seu intento voraz de dominação e de acumulação, surge o que atualmente se denomina direitos humanos (HERRERA FLORES, 2009a, p.186), pois, segundo Joaquín Herrera Flores, estes:

[...] constituem, por um lado, dinâmicas sociais de diferentes tipos que impulsionaram a ação frente à extensão e generalização das relações sociais, políticas, econômicas e culturais que se construíram na interação entre as diferentes formas de capital e suas consequentes formas de poder, e, do mesmo modo, funcionaram como marcos ou esquemas de ação e pensamento que permitiram generalizar socialmente valores alternativos à forma de relação social dominante. [...] Estamos, pois, diante de processos e dinâmicas históricas que tomaram forma em textos e declarações que, desde o século XVIII até a atualidade, confirmaram o marco de adaptação ou reação frente às consequências da extensão social, econômica, política e cultural do modo de produção capitalista (HERRERA FLORES, 2009a, p. 186-187).

Pelo quanto foi analisado, tem-se que a teoria clássica dos direitos humanos, apesar de possuir elementos positivos, é composta por paradoxos que permitem questionar a sua possibilidade de, atualmente, ser paradigma adequado para proteção às necessidades vitais dos grupos que se encontram em situação de maior vulnerabilidade social, principalmente em se tratando de grupos que possuem um contexto histórico-social e geopolítico totalmente diverso daquele que embasou a formulação das modernas Declarações de Direitos, como é o caso dos povos indígenas brasileiros.

Conforme Costas Douzinas (2009, p. 17): “Permitam-me repetir: os direitos humanos têm apenas paradoxos a oferecer”. E se a teoria clássica somente tem paradoxos a oferecer, é

imperioso que sejam apresentados os elementos centrais da teoria crítica dos direitos humanos, formulada por Joaquín Herrera Flores, que visa oferecer alternativas e novas concepções de tais direitos, mais compatíveis com as especificidades dos povos historicamente esquecidos pela concepção tradicional.

### 2.3 A REINVENÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS POR MEIO DA TEORIA CRÍTICA: AS DECISÕES INICIAIS, O DIAMANTE ÉTICO E O DIÁLOGO INTERCULTURAL COMO ALTERNATIVA.

Diferentemente da teoria clássica, a teoria crítica dos direitos humanos busca garantir a dignidade das pessoas sem ancoramento num universalismo de partida essencialista, pois considera que tal universalização dos direitos humanos é fruto de um processo cultural.

Decerto, é crucial reconhecer os paradoxos da teoria clássica (HERRERA FLORES, 2009a, p. 59-87) e não afastá-la por completo, na medida em que a crítica não se opõe à dogmática, mas, antes, procura rechaçar as pretensões intelectuais apresentadas como “neutras” em relação às condições reais em que as pessoas vivem (HERRERA FLORES, 2009b, p. 37).

Há que se encontrar um critério que permita pensar os direitos humanos de forma que expresse a necessidade humana de avançar para aquilo que é propriamente humano: a vida, a ação e a luta pela dignidade, dando-se voz aos oprimidos, aos excluídos e aos dominados (HERRERA FLORES, 2009b, p. 191). O referido critério é o da “riqueza humana”, que preconiza uma concepção íntegra do ser humano, sem universalismo, colonialismo e imperialismo e se desmembra no desenvolvimento das capacidades e na construção de condições que permitam que os indivíduos, grupos e culturas se apropriem e desdobrem tais capacidades (HERRERA FLORES, 2009b, p. 191).

Esse critério, além de nos servir de fiel da balança na hora de sopesar em termos de direitos humanos as diferentes posições culturais, políticas e sociais, também nos serve para fugir de qualquer tendência ao relativismo cultural radical: todos os pontos

de vista são igualmente válidos. Partindo da base de que não se podem valorar globalmente as culturas – ao estilo da cantilena liberal sobre a existência de “valores verdadeiros” –, a não ser aspectos parciais de todas elas, o critério da riqueza humana nos permitirá comparar e “julgar” questões de choque ou conflito: o tema da mulher na cultura ocidental e na ideologia dos talibãs; o consumismo visto da cultura islâmica ou europeia; a proteção e o respeito à natureza no ocidente ou nos povos indígenas da Amazônia. Utilizar o critério da riqueza humana nos permite estabelecer as bases de discussão e diálogo entre culturas. A realidade dos direitos humanos em nosso mundo plural e diversificado cultural e ideologicamente deve ser avaliada em função desse critério de valor. Do mesmo modo, com esse critério, poderemos hierarquizar não os direitos em si, já que todos têm a mesma importância, mas a prioridade de sua satisfação e focar de um modo mais justo o conjunto de políticas sociais, econômicas ou culturais relacionadas a eles. Em vez de universalizar uma concepção dos direitos ou afirmar que todas as visões e práticas são igualmente válidas, o critério da riqueza humana nos adverte que os direitos não são algo prévio à construção de condições sociais, econômicas, políticas e culturais que propiciam o desenvolvimento das capacidades humanas e sua apropriação e desdobramento nos contextos em que se situem. A relação entre os direitos humanos e esse conjunto de condições é estreita. Por isso, a partir da riqueza humana, rechaça-se qualquer universalismo “a priori” que imponha critérios como se fossem o padrão-ouro da ideia de humanidade. O único universalismo que podemos defender desta posição é um universalismo *a posteriori*, um universalismo de chegada, em que todas as culturas possam oferecer suas opções e as discutir em um plano não de mera simetria

mas de igualdade (HERRERA FLORES, 2009b, p. 192-193).

Com base no critério da “riqueza humana”, Joaquín Herrera Flores define os direitos humanos como um “[...] sistema de objetos (valores, normas, instituições) e de ações (práticas sociais, institucionais ou não) que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana” (HERRERA FLORES, 2009b, p. 193).

Nesse sentido, conforme salientam Antônio Carlos Wolkmer e Anne Carolline Batista (2010, p. 132), por meio da teoria crítica dos direitos humanos, Joaquín Herrera Flores rebela-se contra concepções formalistas, falsas, passivas, normativas e idealistas, defendendo a construção de uma proposta de direitos humanos que seja realista, histórica e contextualizada. Essa proposta passa por um processo de lutas sociais, políticas e culturais que se exerce de forma dialética, complexa e relacional, pois os direitos humanos não podem ser concebidos como categorias normativas que existem num mundo ideal em que aguardam sua colocação em prática pela ação social.

Os direitos humanos são criados e recriados à medida que se atua no processo de construção social da realidade. Assim, devem ser colocados em prática como produtos de lutas culturais, sociais, econômicas e políticas para ajustar a realidade aos esforços que são feitos por uma determinada formação social para que a vida seja digna de ser vivida (WOLKMER; BATISTA, 2010, p. 132).

Em oposição à teoria clássica, a teoria crítica dos direitos humanos encontra seu fundamento na realidade e nas práticas sociais emancipadoras. Considera que os direitos humanos não são produtos de conquistas meramente normativas, mas, de forma destacada, de práticas sociais de instituições, movimentos sociais, dos cidadãos e de reivindicações de grupos “tradicionalmente marginalizados do processo de positivação e de reconhecimento institucional de suas expectativas” (HERRERA FLORES, 2009b, p. 77).

Além disso, mediante a contextualização das práticas sociais concretas, a teoria crítica dos direitos humanos se opõe às práticas institucionais tradicionais que invisibilizam,

homogeneizam, centralizam e hierarquizam a realidade (HERRERA FLORES, 2009b, p. 77).

Para a fundamentação da teoria crítica dos direitos humanos, Joaquín Herrera Flores (2009a, p. 38-57) estabelece a necessidade de observância de seis decisões iniciais, quais sejam:

- 1ª decisão: pensar é pensar de outro modo;
- 2ª decisão: da negatividade dialética à afirmação ontológica e axiológica;
- 3ª decisão: pensar as lutas pela dignidade humana significa problematizar a realidade;
- 4ª decisão: da utopia às heterotopias;
- 5ª decisão: a indignação diante do intolerável deve nos induzir ao encontro positivo e afirmativo de vontades críticas;
- 6ª nem tudo vale o mesmo.

Em relação à primeira decisão: “pensar é pensar de outro modo”, Joaquín Herrera Flores afirma ser esta a mais importante reação cultural que se pode adotar. Tal decisão estimula a criação do novo, mediante uma reflexão crítica a respeito das regras que estabelecem a dinâmica de todo o processo cultural e que impõem uma única forma de progresso e crescimento constante. Significa propor alternativas ao mundo para a solução de problemas ontológicos que afetam a humanidade, como a pobreza, as guerras e a destruição do meio ambiente.

Pensar de outro modo importa no processo de humanização do humano pela construção de novas formas de reação aos entornos de relações reais, situadas num plano de imanência<sup>31</sup> (HERRERA FLORES, 2009a, p. 38-39), onde

---

<sup>31</sup> “[...] ou seja, em um âmbito absolutamente oposto aos planos transcendentais, cuja função consiste em diluir as ações humanas em um espaço sobrenatural e inacessível. O plano do imanente é, ao contrário, um marco de consistência, um contexto no qual o que prevalece é a produção contínua de diferenças, distinções e disjunções criativas e positivas a respeito do mundo que, desde os planos transcendentais, querem nos impor como se fosse a única realidade possível e a única racionalidade real. Viver na imanência supõe assumir o risco que comporta ser um ser humano completo: quer dizer, um ser

convivem diferenças e disjunções que se opõem radicalmente ao intolerável, a qualquer forma de homogeneização do mundo, à coisificação do real (o déficit de sentido) ou à entrega ao desconhecido oculto pelas armadilhas da transcendência (o excesso de sentido) (HERRERA FLORES, 2009a, p. 41).

Antonio Carlos Wolkmer, tratando dos objetivos e da significação da teoria crítica<sup>32</sup>, ressalta que a intenção desta é estabelecer um projeto que torne possível a mudança da sociedade em função do novo tipo de homem, emancipado da sua condição de alienado e reconciliado com a natureza não repressora e com sua história (WOLKMER, 2012, p. 34). Salienta, ainda, que:

Naturalmente que toda a lógica discursiva da teoria crítica circunscreve o problema do homem na história e a emergência de um sistema de referências acabado, firmado em pressupostos racionais, unidade de fundamento e legitimação dos agentes a que se destina. Tem razão Ernildo Stein quando afirma sobre o paradigma filosófico que sustenta a teoria crítica frankfurtiana '(...) As

---

humano que vive no mundo como lugar onde pode produzir sentidos e significações à realidade. Nem mais aquém, nem mais além, mas aqui mesmo é onde se constroem as realidades e as racionalidades. E é aqui mesmo onde devemos empoderar-nos, evitando, na medida do possível, cair nas armadilhas de uma transcendência que, ao separar a verdade da busca e da práxis humana, nos deixa desarmados diante do que ocorre ao nosso redor." (HERRERA FLORES, 2009a, p. 39-40).

<sup>32</sup> "[...] pode-se conceituar teoria crítica como o instrumento pedagógico operante (teórico-prático) que permite a sujeitos inertes, subalternos e colonizados uma tomada histórica de consciência, desencadeando processos de resistência que conduzem à formação de novas sociabilidades possuidoras de uma concepção de mundo libertadora, antidogmática, participativa, criativa e transformadora. Trata-se de proposta que não parte de abstrações, de um *a priori* dado, de um instituinte fundante, da elaboração mental pura e simples, mas da experiência histórico-concreta de lutas, da prática cotidiana insurgente, dos conflitos e das interações sociais e das necessidades humanas essenciais" (WOLKMER, 2012, p. 30).

questões do conhecimento não podem mais ser resolvidas através do apelo à natureza ou a explicações teológicas. A partir da destruição da ideia de consciência, da crítica dos modelos epistemológicos da relação sujeito-objeto, da recusa das teorias da representação, estas questões não podem mais ser resolvidas através de uma espécie de viagem para o interior, para a consciência. Não é por uma descrição de uma fictícia máquina mental-cognitiva que nós vamos resolver o problema do conhecimento. Teremos de resolvê-lo a partir da análise do que o homem produz: seu discurso, sua cultura, sua história.' [...] A teoria crítica tem o mérito de demonstrar até que ponto os indivíduos estão coisificados e moldados pelos determinismos histórico-naturais, mas que nem sempre estão cientes das inculcações hegemônicas e das falácias ilusórias do mundo oficial. Em seu primeiro momento, os agentes acreditam que estão agindo de modo livre e intencional ao aceitar a representação de seu imaginário social; entretanto é com a teoria crítica que adquirem a autorreflexão que dissolve as falsas legitimações e as pseudo-objetividades. A especificidade de tal revelação qualifica as condições materiais para a aplicação de uma teoria crítica.

Os processos de emancipação e conscientização propostos pela teoria crítica, para além de privar as elites dominantes das vantagens que possuem, devem possibilitar que estas espontaneamente reconheçam a necessidade de renunciar aos privilégios injustos dos quais são beneficiárias, legitimando uma aspiração utópica e revolucionária compatível com a proteção da dignidade humana de forma ampla, salvando e resgatando os conteúdos utópico-libertadores do pensamento ocidental (WOLKMER, 2012, p. 37).

A segunda decisão inicial para a construção de uma teoria crítica de direitos humanos, “da negatividade dialética à afirmação ontológica e axiológica”, propõe a necessidade de desprendimento da dialética negativa de corte hegeliano: “[...]”

que se apresenta como um método que afirma a chegada de uma síntese afirmativa a partir da mútua negação dos termos de uma relação determinada.” (HERRERA FLORES, 2009a, p. 42). A negação e a desqualificação de todos os pressupostos teóricos e práticos da teoria clássica dificilmente possibilitariam a afirmação das diferenças existentes entre ambas as formas de enfocar os direitos<sup>33</sup> (HERRERA FLORES, 2009a, p. 42).

---

<sup>33</sup>YashGhai (2003, p. 563-564) arrola algumas possibilidades de utilização dos direitos humanos de forma contra-hegemônica: “Os movimentos independentistas no período pós-guerra apoiaram-se na linguagem dos direitos, em particular na da autodeterminação; desafiando a noção de universalidade dos valores ocidentais e promovendo outros valores (o debate sobre os valores asiáticos); usando argumentos sobre o relativismo cultural para demonstrar a especificidade cultural dos direitos humanos; inculcando noções de culturas diferenciais no regime de direitos humanos (comparar as interpretações do Art. 27 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos; [...]); conquistando mais espaço para derrogações e limitações dos direitos; denegrindo, de modo abrangente, a ideia de direitos, por intermédio, por exemplo, da referência à primazia dos deveres ou à primazia da comunidade; desprestigiando os direitos por intermédio de afirmações da soberania estatal; procurando métodos mais democráticos para a formulação dos direitos; expandindo a noção dos direitos, isto é, autodeterminação, direitos dos povos indígenas, direitos das minorias e dos migrantes, direito ao desenvolvimento, direitos econômicos, sociais e culturais, e direitos relativos à diferença sexual; estes direitos desafiam a tradição até agora dominante dos direitos civis e políticos, alguns destes intimamente relacionados às economias de mercado; usando os direitos para a construção de redes (exemplos especialmente bem-sucedidos são os das campanhas realizadas por mulheres e povos nativos); desenvolvendo noções de direitos coletivos (e defendendo que o Estado personifica o coletivo); expondo a hipocrisia ocidental quanto aos direitos demonstrando seu cumprimento assimétrico por parte dos Estados ocidentais (por exemplo, a China publicou dois relatórios oficiais documentando e criticando a realidade dos direitos nos Estados Unidos da América); utilizando as ideias do universalismo e da interdependência para atribuir responsabilidade aos países mais ricos; utilizando o conceito de direitos econômicos, sociais e culturais para resistir à ajuda e a outras condicionantes, a programas de ajuste estrutural e a diretivas da Organização Mundial de Comércio etc.”

Se desde o início de nossa caminhada, partimos da negação como método, conseguiremos alguma vez afirmar nossas diferenças a respeito do que nos indigna? Se, por exemplo, começamos a trabalhar em busca de um novo conceito de direitos humanos permanecendo na denúncia, por outro lado muito importante, das cumplicidades estruturais que se dão entre as normas jurídicas existentes e as exigências de continuidade do “statu quo” dominante, surgem duas questões: primeiro, como garantir o resultado de nossas lutas pela dignidade? E segundo, como compreender a práxis de muitos dos movimentos de direitos humanos, cujos militantes põem em jogo a vida para conseguir maiores garantias jurídicas e processuais para as vítimas de discriminações e opressões? A partir dessas premissas, puramente negativas – que negam as possibilidades de romper ditas cumplicidades entre o ordenamento jurídico e os poderes hegemônicos – nada poderemos fazer para reinventar democraticamente o direito. Não se trata de desarmar-se diante de tais cumplicidades entre o jurídico e o sistema de relações sociais hegemônico, mas em afirmar nossa diferença e nossa discrepância política, social e cultural contra todo fechamento da capacidade humana de transformar o mundo em função de novos valores e novas formas de reagir diante do mundo (HERRERA FLORES, 2009a, p. 43).

Deve-se, assim, ao invés de se negar as formas tradicionais de tratar teórica e praticamente os direitos humanos, buscar a reapropriação de tais formas a fim de contextualizá-las criticamente, ampliando suas deficiências a fim de articulá-las com outras práticas de maior conteúdo político, econômico e social (HERRERA FLORES, 2009a, p. 44).

“Pensar as lutas pela dignidade humana significa problematizar a realidade”, que é a terceira decisão, estabelece a necessidade de se problematizar as formas tradicionais e

hegemônicas de abordar os direitos humanos - ao invés de meramente negá-las - bem como tudo que é apresentado como algo independente das ações e das intervenções no mundo, a fim de possibilitar a abertura de caminhos para novos conceitos, categorias e formas de ação alternativas (HERRERA FLORES, 2009a, p. 44).

A problematização da realidade só pode ocorrer desde dentro do mundo, com a sua apropriação teórica e prática com base em novas formas, com a criação de novos problemas à realidade e mediante o reconhecimento da exterioridade do mundo e da possibilidade de se questionar positivamente as relações que se apresentam como imutáveis e/ou transcendentais em relação às potencialidades humanas (HERRERA FLORES, 2009a, p. 45).

O pensamento deve ser direcionado para o enfrentamento à concepção filosófica hegemônica ocidental, que propugna a neutralidade e a homogeneidade do pensar e iguala todas as formas de se perceber a realidade<sup>34</sup>. Para tanto, primeiramente, deve-se desvalorizar a parte da realidade que se vislumbra rechaçável e, concomitantemente, deve-se reavaliar o que se apresenta marginalizado, oculto ou ignorado, possibilitando a

---

<sup>34</sup> “Para a ideologia dominante, a “racionalidade humana” coincide unicamente com o que se ajusta a uma formulação abstrata, ideológica e pragmaticamente separada dos contextos. A visão ocidental-liberal dos direitos apresenta-se globalmente como universal e, por isso, tudo o que dela se desvia é visto como uma violação dessa ética e dessa justiça que parece existir à margem da vida real das pessoas. Essa visão particular se apresenta, pois, como a ideologia global dos direitos humanos e não como uma perspectiva parcial dos mesmos. Ao final, o universalismo do Banco Mundial triunfa sobre a pretensão de reconhecimento e respeito dos moradores das selvas de Chiapas. [...] A força das armas ou das quotas de mercado impõe um critério que determina se uma cultura cumpre ou não com os requisitos de adequação à ordem hegemônica. Todas essas constatações nos levam às seguintes perguntas: existe algum critério que nos permite apelar ao humano sem cair nessas abstrações ideológicas? Esse caminho do ser humano ao ser humano dependerá apenas da força e do poder hegemônicos ou os débeis, os excluídos e os explorados por essa ordem dominante têm algo a propor?” (HERRERA FLORES, 2007, p. 105-106).

emergência da heterogeneidade em relação às concepções anteriores e a criatividade em relação ao futuro (HERRERA FLORES, 2009a, p. 45-46).

A problematização da realidade relaciona-se com a construção de espaços de encontro positivos que permitam a explicação, a interpretação ou a intervenção no mundo por meio de posições e disposições alternativas. Desta forma, para pensar os direitos de forma crítica, deve-se criar novas problemáticas que estimulem o encontro e a atuação conjunta da maior quantidade possível de militantes em favor da dignidade humana, em sintonia com os acontecimentos e com os contextos atuais (HERRERA FLORES, 2009a, p. 46).

Pensar de forma isolada dos contextos em que se está inserido impossibilita o real dimensionamento das situações de opressão que acometem grande parte dos seres humanos e dificulta o surgimento de empatia com as suas demandas por dignidade, pois, conforme salienta Zygmunt Baumann (2007, p. 94):

Quanto mais as pessoas permanecem num ambiente uniforme – na companhia de outras “como elas” com as quais podem ter superficialmente uma “vida social” praticamente sem correrem o risco da incompreensão e sem enfrentarem a perturbadora necessidade de traduzir diferentes universos de significado, mais é provável que “desaprendam” a arte de negociar significados compartilhados e um *modus vivendi* agradável. Uma vez que esqueceram ou não se preocuparam em adquirir as habilidades necessárias para uma vida satisfatória em meio à diferença, não é de estranhar que os indivíduos que buscam e praticam a terapia da fuga encarem com horror cada vez maior a perspectiva de se confrontarem cara a cara com estranhos. Estes tendem a parecer mais e mais assustadores à medida que se tornam cada vez mais exóticos, desconhecidos e incompreensíveis, e conforme o diálogo e a interação que poderiam acabar assimilando sua “alteridade” ao mundo de alguém se

desvanecem, ou sequer conseguem ter início. A tendência a um ambiente homogêneo, terrivelmente isolado, pode ser deflagrada pela mixofobia. Mas praticar a separação territorial é o colete salva-vidas e o abastecedor da mixofobia; e se torna gradualmente seu principal reforço.

Indispensável, assim, problematizar a realidade a partir da criação de lugares de encontro entre os seres humanos e entre estes e a natureza, liberando o pensamento de construções teóricas desconectadas da realidade, criadas para solucionar problemáticas atualmente inexistentes ou existentes em outros termos (HERRERA FLORES, 2009a, p. 47).

A quarta decisão inicial para uma teoria crítica dos direitos humanos é denominada de “Da utopia às heterotopias” e estabelece a necessidade de se pensar a utopia de acordo com os contextos reais vivenciados pelas pessoas.

A modificação das condições existenciais dos seres humanos, motivada pela esperança no surgimento de um novo começo histórico, deve ser estimulada pela criação de condições materiais que possibilitem a sua efetivação mediante uma práxis humana não fundamentada em automatismos transcendentais ou em algo impossível de ser realizado, mas nos modos de existência concretos e contextualizados (HERRERA FLORES, 2009a, p. 48).

A concepção ocidental de utopia<sup>35</sup> formulada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que preconiza a

---

<sup>35</sup> Conforme Zygmunt Bauman (2007, p. 100) “‘Utopia’ é o nome que, graças a sir Thomas More, se tem comumente atribuído a esses sonhos desde o século XVI – ou seja, desde o tempo em que as rotinas antigas e aparentemente eternas começaram a se desintegrar; em que hábitos antigos e convenções começaram a mostrar sua idade e os rituais, sua debilidade; em que a violência se tornou frequente (ou era assim que as pessoas tendiam a explicar a profusão de demandas e ações não-ortodoxas que eram novas, e que os poderes que elas até então acreditavam onipotentes descobriram ser demasiado refratários e/ou difíceis de manejar para que pudessem contê-los, e muito poderosos e incontroláveis para serem dominados das maneiras antigas e já testadas). Quando sir Thomas More desenhou a sua planta de um mundo livre das ameaças imprevisíveis, o improvisado e a

existência de direitos universais inerentes à condição humana, mesmo que as pessoas não possuam condições necessárias para colocá-los em prática, é funcional ao sistema capitalista de mercado. Enquanto se luta para a conquista de cada vez mais direitos, as grandes corporações se apoderam dos bens e dos recursos naturais pertencentes a toda a humanidade (HERRERA FLORES, 2009a, p. 48).

Pedro Demo (2012, p. 31-32) denomina o abuso da utopia de “utopismo”, por reivindicar um modelo de sociedade que só pode existir em sonhos e a realidade concreta não pode ser alimentada somente por sonhos. Apesar da importância da utopia, principalmente como freio à estagnação, o seu excesso conduz à alienação, ao escapismo e ao irrealismo.

Deve-se, assim, buscar a construção de “outros lugares” – heterotopias - ao invés dos “não lugares” propostos pela construção utópica ocidental, que se baseia na esperança do surgimento, no futuro, de um novo momento histórico. Ou seja, deve-se considerar a necessidade de se construir o novo em meio à história e nos processos presentes, com a consciência da sua permanente transformação, pois:

[...] a heterotopia, como outro lugar a partir do qual se construirá o radicalmente novo, não supõe situar-nos mais além da história, do fluir dos processos, das mutações da realidade, mas, ao contrário, reapropriar-nos desse fluir e dessa possibilidade de mutação para conseguir condições que nos permitam devenir outra coisa, devenir algo novo no marco da realidade e da época histórica na qual vivemos. [...] Não é, portanto, nosso interesse tornar a expandir o futuro em direção a horizontes que vão se afastando

---

experimentação, cheios de riscos e erros, estavam se tornando rapidamente a ordem do dia. Sir Thomas sabia muito bem que, tanto quanto um projeto para o estabelecimento de uma vida boa, seu plano de um mundo limpo da insegurança e dos medos sem fundamento era apenas um sonho: ele chamou sua concepção de “utopia”, referindo-se ao mesmo tempo a *duas* palavras gregas: *eutopia*, ou seja, ‘lugar bom’, e *outopia*, que significa ‘em lugar nenhum’.”

cada vez mais à medida que vamos nos aproximando deles. Nosso interesse reside, ao contrário, em recuperar o presente e ampliá-lo com novas propostas teóricas e práticas. Só expandindo o presente é que podemos construir o futuro sem violências totalitárias. A modernidade ocidental capitalista nos propôs tantas e tantas utopias irrealizáveis, tantos e tantos projetos adiados “*sine die*”, que se converteu em um desafio conseguir crer neste mundo, o mundo real em que vivemos e no qual sofremos a indignação diante das injustiças e opressões que nele se dão. [...] Ao aceitarmos o núcleo da filosofia ocidental hegemônica, que parte da base de que somos capazes de dar forma “*a priori*” ao mundo antes de experimentá-lo, não tardaremos muito tempo em cair nos formalismos e jusnaturalismos que, interiorizando o mundo e emprestando-lhe uma forma prévia, “*a priori*”, nos conduzem à passividade e à espera de que os problemas se solucionem por si próprios (HERRERA FLORES, 2009a, p. 50-51).

Indispensável à internalização de uma ética da vida e do vivo, comprometida com os sofrimentos humanos e sem o sacrifício de pessoas em nome de um valor de um ideal ou de qualquer outra criação humana (RUBIO, 2014, p. 38).

A quinta decisão para a concepção de uma teoria crítica dos direitos humanos estabelece que “A indignação diante do intolerável deve nos induzir ao encontro positivo e afirmativo de vontades críticas”. Esta decisão, centrada nas anteriores, estabelece a necessidade de superação de três tendências para que se formule uma teoria crítica efetivamente diversa das concepções hegemônicas dos direitos humanos (HERRERA FLORES, 2009a, p. 52).

Primeiramente, uma teoria crítica não pode ser formulada mediante a construção de uma teoria geral dos direitos humanos apta a ser aplicada a todos os contextos existentes no planeta, pois tal teoria negaria práticas, saberes e visões componentes de outras formas culturais que podem contribuir para o conhecimento do mundo, haja vista que fechada em marcos

universais cuja coerência interna deve ser sempre defendida, independentemente da sua efetividade em relação aos diferentes contextos (HERRERA FLORES, 2009a, p. 52).

Em segundo lugar, não é adequada uma negação em bloco da forma tradicional de conceber os direitos humanos, haja vista ainda ser o instrumental comumente utilizado pelos movimentos sociais, ONGs, sindicatos e partidos políticos na luta pela dignidade humana, além de servir de fundamento para decisões no âmbito das Cortes e Tribunais de direitos humanos (HERRERA FLORES, 2009a, p. 52).

Em terceiro lugar, não se deve aferir a validade de uma teoria crítica de direitos humanos a partir das possibilidades de sua efetivação prática, no presente ou no futuro. Isso porque o teórico, isoladamente, não é o sujeito social que deve ensinar aos movimentos sociais o que devem ou não devem fazer, mas sim, deve, em conjunto com estes e suas práticas sociais, realizar uma revisão dos seus pressupostos e reflexões teóricas. Uma teoria crítica, ao invés de ser avaliada por suas possibilidades de implementação futura, deve ser medida pela sua potencialidade de impulsionar a sociedade a construir heterotopias e caminhos alternativos de dignidade (HERRERA FLORES, 2009a, p. 53).

A última decisão inicial “nem tudo vale o mesmo” questiona a concepção ocidental que condiciona a existência dos direitos humanos à sua formulação ancorada na ideia de universalidade, ignorando o fato de que os direitos humanos universais foram construídos num contexto de relações específicas e determinadas, funcionais aos interesses do mercado e mediante a desconsideração de outros variados e diversos caminhos de dignidade, tidos como irracionais ou bárbaros (HERRERA FLORES, 2009a, p. 54).

Desde essas premissas universalistas, generalizava-se por onde quer que fosse o particularismo ocidental considerando, paradoxalmente, que todo o alheio ao racional valia o mesmo; ou seja, nada. Não há maior relativismo ético que o que surge da pretensão de universalidade ocidental. Tudo aquilo que está fora do círculo de racionalidade empoeirado e privilegiado valia exatamente o mesmo, ou, como dissemos,

não valia nada, sendo, por conseguinte, legítimo invadi-lo, apoderar-se de todos seus recursos naturais, submetê-lo à servidão legal e, ao final, “civilizá-los” no que valia universalmente: a concepção ocidental da dignidade. Pois bem, nessa linha universal/relativista, nunca se propôs que o próprio valesse igual ao outro, porque aquelas cabeças empoeiradas e aqueles olhares míopes não pertenciam a indivíduos estúpidos ou incultos. Eles sabiam perfeitamente que admitir tal relativismo – até agora projetado para fora – supunha reconhecer que o próprio tampouco valia nada de nada. E isso era absolutamente inadmissível. Havia que ser universalista, impor um só ponto de vista sobre a ciência, a ética, a religião, o direito e a política, e uma vez estabelecidos como “sentido comum” da modernidade, desprezar qualquer outra forma de entender o mundo (HERRERA FLORES, 2009a, p. 56).

A teoria clássica dos direitos humanos fundamenta-se em pretensas verdades concebidas por determinados pensadores vinculados a relações determinadas pelos contextos específicos do momento e pela necessidade de atendimento a determinados fins tidos como relevantes pela razão ocidental da época em que foram inventados.

A negativa do mundo que estava fora da racionalidade hegemônica, mediante o estabelecimento de formas “a priori” de se conceber os direitos humanos, reduziu estes a pressupostos imutáveis a serem observados por todas as pessoas (HERRERA FLORES, 2009a, p. 56-57).

Assim, deve-se negar as justificações colonialistas que buscam a dominação do mundo e de todo o conhecimento, mostrando as diferenças mediante um “relativismo relativista”, que reconhece a exterioridade do mundo em relação ao pensamento e a inexistência de critérios absolutos e transcendentais por meio dos quais seja possível se fazer um juízo definitivo a respeito das reações diante do mundo. O realismo relativista permite a aceitação positiva da multiplicidade de interpretações, explicações e intervenções que ocorrem nos

variados entornos de relações que compõem a realidade onde cada grupo e indivíduos atuam (HERRERA FLORES, 2009a, p. 57).

Ainda, deve-se assumir um relativismo relacional, por meio do qual as diversas formas culturais de interpretar, explicar e transformar o mundo não necessitam se adequar às formas ocidentais de reação em relação às situações que ocorrem em seus entornos específicos, pois consideradas igualmente legítimas e verdadeiras. Os que, historicamente, foram conduzidos à condição de inferioridade e de subordinação, por processos de divisão social, sexual, étnica e territorial são, assim, empoderados, ou seja, tidos como possuidores de autoridade suficiente para dialogar em condições de igualdade (HERRERA FLORES, 2009a, p. 58).

Após discorrer sobre as seis decisões necessárias para a formulação de uma teoria crítica dos direitos humanos, faz-se uma breve explanação sobre um dos elementos centrais da concepção de Joaquín Herrera Flores a respeito dos direitos humanos, que é o que denominou de diamante ético como marco pedagógico e de ação.

Com efeito, o diamante ético é um esquema construído a partir dos pressupostos da metodologia relacional, que, ao mesmo tempo em que contém os variados elementos que compõem a realidade dos direitos, afirmando a sua interdependência, torna possível a visualização adequada do tema e facilita a sua compreensão por parte daqueles que participam do processo educativo e pelos atores sociais (HERRERA FLORES, 2009b, p. 119-120).

Com o 'diamante ético', nos lançamos a uma aposta: os direitos humanos vistos em sua real complexidade constituem o marco para construir uma ética que tenha como horizonte a consecução das condições para que 'todas e todos' (indivíduos, culturas, formas de vida) possam levar à prática sua concepção de dignidade humana.

Nada é mais universal que garantir a todos a possibilidade de lutar, plural e diferenciadamente, pela dignidade humana. A maior violação aos direitos humanos consiste em impedir que algum indivíduo,

grupo ou cultura possa lutar por seus objetivos éticos e políticos mais gerais; entre os quais se destaca o acesso igualitário aos bens necessários ou exigíveis para se viver dignamente (HERRERA FLORES, 2009b, p. 119-120).

Conforme Manuel Eugenio Gándara Carballido (2013, p. 177), com a figura do “diamante ético”, Joaquín Herrera Flores esquematiza, com fins pedagógicos, sua concepção complexa, histórica e relacional dos direitos humanos, favorecendo o seu conhecimento e a sua visualização de forma ampla, complexa e interativa, em prol do empoderamento indispensável de todas as pessoas, para que possam formular e desfrutar da sua concepção de vida digna.

O diamante ético possui três camadas com conexões mútuas, que representam o mínimo necessário para a compreensão dos direitos humanos na sua integral complexidade. É uma imagem em três dimensões<sup>36</sup> e em constante movimento (HERRERA FLORES, 2009a, p. 120-121).

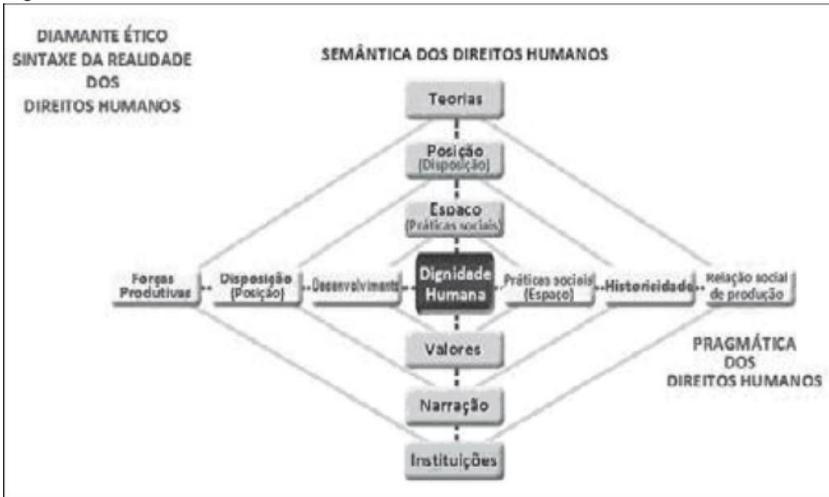
Os elementos componentes do diamante ético são: o eixo vertical, composto por teorias, posição, espaço, valores, narração e instituições; e o eixo horizontal, composto por forças produtivas, disposição, desenvolvimento, práticas sociais, historicidade e relações sociais. Os eixos vertical e material se encontram no centro do diamante, onde está situada a ideia de dignidade humana. Para a facilitação da compreensão do que é

---

<sup>36</sup> “Dada a sua transparência, a aposta é que o leitor deste texto possa imaginar uma figura em que seus diferentes componentes, além de estarem inter-relacionados, sejam visíveis de todos os pontos de vista em que nos coloquemos. Por isso, falamos de um diamante: um sistema integrado de cristais que se formou com o passar do tempo por superposições de materiais que, ao final, convergem na maravilhosa figura da joia. Os direitos humanos, vistos a partir de uma perspectiva crítica e contextualizada – não como justificações ideológicas dos neocolonialismos contemporâneos – podem converter-se não em uma joia a ser contemplada, mas sim no resultado de lutas que se sobrepõem com o passar do tempo e que são impulsionadas tanto por categorias teóricas (linha vertical de nosso diamante) como por categorias práticas (linha horizontal da figura)” (HERRERA FLORES, 2009b, p. 120).

mencionado, seguem abaixo os elementos mencionados na imagem elaborada por Joaquín Herrera Flores:

Figura 1: Semântica dos direitos humanos.



Fonte: HERRERA FLORES, 2009b, p. 122.

A imagem evidencia que a dignidade humana e os direitos não podem ser concebidos como elementos isolados e estabelecidos *a priori*, mas construídos gradativamente pela comunidade ou por um grupo afetado pela violação a sua concepção de dignidade, mediante uma construção materialista e relacional dos direitos humanos (HERRERA FLORES, 2009b, p. 123).

Joaquín Herrera Flores conceitua os elementos componentes do eixo material do diamante ético da seguinte forma (HERRERA FLORES, 2009b, p. 124-125):

Forças produtivas: as tecnologias, tipos de trabalho e processos econômicos que levam à produção de um bem ou serviço. Ex.: produção industrial, produção agrícola etc.  
 Relação social de produção: forma de se relacionar por parte daqueles que intervêm na produção de bens e serviços tanto entre eles mesmos como com a natureza; todos os aspectos que determinam o modo pelo qual se acessa a esses bens. Ex.: forma

cooperativa, empresa privada, negócio familiar, trabalho livre etc.

Disposições: “consciência” da situação que se ocupa no processo de acesso aos bens e “consciência” de como se atua dentro de dito processo. Ex.: sou favorecido ou desfavorecido, explorado ou recebo vantagens, maltratado ou tratado como igual etc.

Historicidade: as causas históricas e os grupos sociais que deram origem a um processo social, como também os efeitos e a atual situação desse processo social no momento da análise. Ex.: o desemprego – quando se originou, quais as suas causas, em que situação se está no momento da análise (segue-se sem trabalho, em trabalho precário etc.).

Desenvolvimento: processo e situação atual de criação de condições sociais, econômicas e culturais que permitam ou impeçam o acesso aos bens. Ex. países desenvolvidos e com pleno acesso aos bens; com acesso limitado, excluídos etc.

Práticas sociais: formas de organização e ação a favor ou contra uma situação de acesso aos bens que se pretende obter. Ex: grupo organizado em mobilização pelo acesso, indivíduos isolados e em inatividade.

Por sua vez, compondo o eixo conceitual do diamante, tem-se (HERRERA FLORES, 2009b, p. 126-127):

Teorias: formas de observar um processo ou uma coisa e que nos permitem ter uma ideia sobre suas características. Ex.: o trabalho é uma obrigação; todos temos direitos humanos; os direitos humanos se conquistam.

Valores: preferências individuais ou coletivas, majoritárias ou minoritárias, a respeito de alguma coisa, bem ou situação social que permitem manter relação com os outros. Ex.: a cooperação é boa; o trabalho dignifica; o dinheiro é a medida da felicidade.

Posição: lugar que se ocupa nas relações sociais e que determina a forma de acessar aos bens. Ex.: pobre, rico, classe média, camponês ou urbano; marginalizado ou incluído.

Espaço: lugares físicos, geográficos, humanos ou culturais em que ocorre o conjunto das relações sociais. Ex.: a cidade, a família, a classe social, o grupo religioso.

Narrações: formas como definimos as coisas ou situações; modos a partir dos quais as coisas ou situações nos são definidas, e, também, a forma pela qual nos dizem como devemos participar das relações sociais. Ex.: novelas, textos, discursos ou imagens... que nos transmitem, por exemplo, a mensagem de que o meio ambiente é necessário; que a propriedade privada é a melhor forma de propriedade, que tal pessoa é boa, é má, culta ou inculta, desenvolvida ou marginalizada.

Instituições: normas, regras e procedimentos que articulam hierárquica e burocraticamente a resolução de um conflito ou satisfação de uma expectativa. Ex.: parlamento, família.

Os elementos mencionados devem ser analisados em atenção às mútuas influências entre eles existentes, questionando-se de que maneira cada um influencia os demais e por eles é influenciado (CARBALLIDO, 2013, p. 188).

Os direitos humanos só podem ser entendidos mediante a conjunção dos processos sociais e econômicos que permeiam a formação social em que ocorrem. E os processos sociais são determinados pela interação constante entre o conjunto de ideias e teorias e as instituições que atuam numa sociedade específica. Já os processos econômicos são constituídos pela interação entre as forças produtivas e as relações sociais de produção (CARBALLIDO, 2013, p. 179).

Os elementos devem ser analisados em uma relação de interação em contextos espaço-temporais concretos, em contínua movimentação histórica e mediante a submissão a formações narrativas (CARBALLIDO, 2013, p. 179).

A análise relacional dos direitos humanos, da forma como proposta pela teoria crítica, evita a manutenção de visões estáticas, abstratas e universalistas dos referidos direitos que os concebem como se fossem todos estabelecidos *a priori*, num único momento histórico, independentemente das situações concretas e específicas que acometem as pessoas no momento presente e nos seus contextos particulares.

Como forma de oferecer oposição ao modelo ocidental de conceber os direitos humanos, entre outros elementos componentes dos eixos material e conceitual do “diamante ético”, Joaquín Herrera Flores ressalta ainda a importância das instituições. Afirma:

Se uma teoria chega a ser posta em prática institucionalmente, aumenta sua capacidade de ‘durar’, de ser ‘transmitida’ e, inclusive, de ‘resistir’ a possíveis deformações. Isso não quer dizer que a institucionalização das ideias seja a panaceia de todos os problemas de conexão entre a reflexão e a prática. Em muitas ocasiões, a institucionalização supõe diminuição e esquecimento das relações conflitantes para as quais foi criada. Mas, sem ter em nosso horizonte a possibilidade de “institucionalizar” os resultados provisórios de nossas lutas, pode ocorrer que muitos deles fiquem no limbo dos conceitos. Teoria e prática, ideias e políticas públicas devem caminhar de mãos dadas.

O componente institucional dos direitos é, então, muito relevante, pois toda instituição é o resultado jurídico/político/econômico e/ou social de uma determinada forma de entender os conflitos sociais. Nesse sentido, entendemos as instituições como espaços de mediação nos quais se cristalizam os resultados sempre provisórios das lutas sociais pela dignidade. Tudo isso sem esquecer que falar de ‘instituição’ é o mesmo que tratar das relações de poder que primam no momento histórico concreto em que vivemos. Daí a enorme importância da luta política / institucional para levar à prática

nossas ideias críticas sobre os direitos (2009b, p. 124-125).

O jusfilósofo salienta que as instituições são importantes pela possibilidade de colocarem em prática as ideias críticas sobre os direitos.

Isso porque, conforme ressalta Pedro Demo (2012, p. 29), a crítica que se restringe apenas a apresentar inovações teóricas e a desenhar novos discursos e ideias, embora tenha sentido propedêutico e localizado, pode acabar por destruir a própria inovação. A teoria e a prática devem se relacionar de forma lógico-dialética, mediante uma conexão necessária e uma independência relativa, pois a inovação não pode ser algo atinente tão-somente ao espaço acadêmico, discursivo e especulativo e a prática não pode ser um exercício de mera experimentação.

Assim, para dar concretude às ideias críticas sobre os direitos, é indispensável, entre outros elementos, a atuação das instituições, a fim de possibilitar a união necessária entre a teoria e a prática mediante uma mediação comprometida com a concretização dos diferentes processos de luta por dignidade existentes na vida social. Entende-se que tal mediação pode ser realizada por meio de uma perspectiva nova, integradora, crítica e contextualizada em práticas sociais emancipadoras, prezando-se pelo diálogo intercultural, opondo-se a universalismos *a priori* e a essencialismos, identificando os processos de luta dos grupos historicamente esquecidos, de modo a internalizá-los numa prática transformadora<sup>37</sup>.

O diálogo intercultural como instrumento de atuação afasta as instituições de visões, racionalidades e práticas universalistas, abstratas, desconectadas das circunstâncias reais vivenciadas

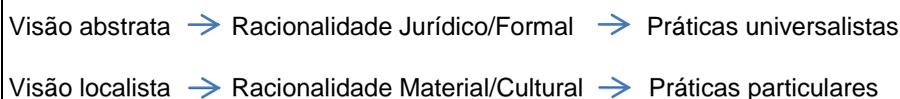
---

<sup>37</sup> Conforme assinala Antonio Carlos Wolkmer (2010, p. 26): “O clássico modelo jurídico liberal-individualista tem sido pouco eficaz para recepcionar e instrumentalizar as novas demandas sociais, portadoras de direitos humanos referentes a dimensões individuais, coletivas, metaindividuais, bioéticas e virtuais. Tal situação estimula e determina o esforço de propor novos instrumentos jurídicos mais flexíveis e mais abrangentes, capazes de regular situações complexas e fenômenos novos.”

pelas pessoas, sobretudo das mais vulneráveis. Também rejeita posições radicais tendentes a consagrar localismos.

Com efeito, contemporaneamente, conforme afirma Joaquín Herrera Flores (2009b, p. 155), há duas visões, duas racionalidades e duas práticas sobre os direitos humanos. Uma abstrata, com base numa concepção ocidental de direito, sem referências às circunstâncias reais vivenciadas pelas pessoas; e outra localista, que propugna a preponderância do próprio, do local, ocupando a cultura e a diferença posições centrais. Ambas as visões propõem formas específicas de racionalidade e de observância prática:

Figura 2 - Visão abstrata/ Visão localista



Fonte: HERRERA FLORES, 2009b, p. 155.

As duas visões são defendidas por meio de fortes argumentos. A visão abstrata pretende garantir a todas as pessoas elementos universais de convivência e a localista, a garantia de sobrevivência de símbolos, formas de conhecimento e de valoração que são consideradas indispensáveis para a orientação das ações do grupo de acordo com as características culturais e as finalidades específicas dos seus integrantes. O problema não reside na existência das referidas visões, mas na pretensão de superioridade de uma em detrimento da outra. “O direito acima do cultural, ou vice-versa. A identidade como algo prévio à diferença, ou vice-versa. Nem o direito, garantidor da identidade comum, é neutro; nem a cultura, garantidora da diferença, é algo fechado.” (HERRERA FLORES, 2009b, p. 155-156)

Ambas as visões acima mencionadas são resultado de distorções e reduções da realidade a dogmatismos que não relacionam suas propostas com os contextos reais. Colocam-se numa posição central<sup>38</sup> com a pretensão de interpretar todos os

<sup>38</sup>Joaquín Herrera Flores propõe uma visão complexa, situada não no centro, mas na periferia: “Só existe um centro, e o que não coincide com ele é abandonado à marginalidade. Periferias, entretanto, existem

demais contextos, desintegrando-os (HERRERA FLORES, 2009b, p. 156).

A visão abstrata, embora se desenvolva por meio de ideias essencialistas e na absoluta falta de contexto, afirma basear-se em dados e fatos reais. Já a visão localista baseia-se num excesso de contexto que desconsidera outras perspectivas (HERRERA FLORES, 2009b, p. 158).

Tanto a visão abstrata quanto a localista do mundo e do direito direcionam as pessoas a discursos especializados que devem ser aceitos de forma universal, limitando hermeneuticamente a avaliação racional das suas análises e propostas, sejam estas provenientes de um filósofo ou de um xamã (HERRERA FLORES, 2009b, p. 158-159).

Para a visão abstrata, deve preponderar uma racionalidade formal, mediante a análise da coerência interna das regras e da possibilidade de sua aplicação universal aos diferentes contextos. A realidade deve se adaptar às regras formais e as ações culturais devem intervir sobre as palavras e símbolos e não sobre aquela. Para a visão abstrata dessa racionalidade formal, só vale o que pode ser representado simbólica ou

---

muitas. Na verdade tudo é periferia, se aceitarmos que não há nada puro e que tudo está relacionado. Uma visão dos fenômenos a partir da periferia nos indica que devemos deixar a percepção de 'estar em um entorno' como se fôssemos algo alheio ao que nos rodeia e que deve ser dominado ou reduzido ao centro que inventamos. Não estamos no entorno. 'Somos o entorno'. Não podemos descrever a nós mesmos sem descrever e entender o que é e o que faz o entorno do qual fazemos parte. E, no entanto, fomos educados a nos ver e "viver" como se fôssemos entes isolados de consciência e de ação, postos em um mundo que não é nosso, que nos é estranho, que é diferente do que somos e fazemos e, que por isso mesmo, podemos dominar e explorar. Ver o mundo a partir de um suposto centro pressupõe entender a realidade material como algo inerte, passivo; algo que se terá de dar forma a partir de um raciocínio que lhe é alheio. Ver o mundo desde a periferia implica reconhecer que mantemos relações que nos mantêm amarrados tanto interna quanto externamente a tudo e a todos. A solidão do centro pressupõe a dominação e a violência. A pluralidade das periferias nos conduz ao diálogo e à convivência." (HERRERA FLORES, 2009b, p. 157)

numericamente. “O formalismo supõe um endurecimento da realidade que permita quantificar e ‘representar’ em um ‘molde’ prefixado a riqueza e a mobilidade sociais.” (HERRERA FLORES, 2009b, p. 159)

A racionalidade formal privilegia uma prática universalista que Joaquín Herrera Flores denomina de “universalismo de partida” ou *a priori*. A referida prática reduz os direitos ao seu componente jurídico<sup>39</sup>, logo, a prática social pelos direitos deve se restringir às lutas jurídicas, que são funcionais ao mercado. “Essa ordem jurídica, com todo o seu fundamento ético e político, é o que se universaliza *a priori*, fazendo com que se deixe de analisar questões importantes como o poder, a diversidade ou as desigualdades.” (HERRERA FLORES, 2009b, p. 161)

A visão localista, por vezes tida como saída para o universalismo *a priori*, também constrói, da sua forma, outro modelo de universalismo, que é o que Joaquín Herrera Flores denomina de “universalismo de retas paralelas”, de átomos que somente se encontram quando colidem (HERRERA FLORES, 2009b, p. 161-162).

Tendo como supedâneo premissas de uma racionalidade material, o localismo despreza as distinções culturais e fecha-se na sua própria forma de ver o mundo, utilizando-se dos mesmos elementos da visão abstrata para fazer prevalecer suas concepções: “a separação entre nós e eles, o desprezo ao outro, a ignorância do fato de que a nossa relação com os outros é a única coisa que nos faz idênticos; a contaminação da alteridade.” (HERRERA FLORES, 2009b, p. 162)

---

<sup>39</sup> David Sanchez Rubio (2010, p. 222) assinala: “*El carácter excesivamente formal de la mayoría de los discursos y de las concepciones modernas sobre los derechos humanos, adolecen de un excesivo carácter abstracto, tendencia que tiene su raíz y gestación en el orden burgués. De esta forma, se concibe al ser humano como “individuo”, y cada “individuo” pertenece a una idea de “humanidad” con independencia de las relaciones sociales que se establecen entre sí y de las lógicas que las animan. Ambas circunstancias se deshistorizan y se ignoran los concretos y complejos señalamientos sociales, que configuran las posiciones y las prácticas que protagonizan o sufren las diversas personas o grupos humanos.*”

Não concordar com a eliminação das diferenças que provoca o universalismo abstrato é uma reação natural; mas contrapor a este a existência de diferenças essenciais que podem ser rastreadas unicamente por uma arqueologia histórica provoca, no melhor e mais pacífico dos casos, novas distorções ao se sobrepor, sem inter-relacionar, formas culturais diferentes.

Estamos ante a postura “nativista”, ou, o que é o mesmo, diante, por exemplo, dos essencialismos da “negritude”, do “latino-americano”, do “feminino”, do “ocidental”... como formas de tornar absolutas algumas identidades. Adorar essas identidades essenciais é tão perverso como abominá-las; é deixar a história da humanidade ao arbítrio de essencialidades alheias à experiência e que podem conduzir ao enfrentamento dos seres humanos entre si (HERRERA FLORES, 2009b, p. 162).

Essa racionalidade material direciona a uma prática comumente denominada de multiculturalismo, como conclusão necessária do universalismo de retas paralelas. O multiculturalismo atenua as relações hierárquicas existentes entre as identidades, respeitando-as e tornando-as absolutas (HERRERA FLORES, 2009b, p. 162):

O termo multicultural ou não diz nada, dada a multidão de culturas que convivem neste mundo e a inexistência de culturas separadas, puras ou independentes; ou conduz a superpor, ao estilo de um museu, as diferentes culturas e formas de entender os direitos. O multiculturalismo respeita as diferenças, absolutizando as identidades e indefinindo as relações hierárquicas – dominados/dominantes – que se dão entre as mesmas (HERRERA FLORES, 2000, p. 74)

O localismo, segundo Herrera Flores (2009b, p. 163), conduz a “[...] um multiculturalismo liberal de tendência progressista”, tornando desnecessárias medidas para

aproximação das diferentes culturas àquela considerada hegemônica (como, por exemplo, ações afirmativas), que deve ser respeitada.

Ocorre que, conforme salienta Boaventura de Sousa Santos (1997, p. 114), malgrado todas as culturas possuam concepções próprias de dignidade humana, nem todas elas a concebem como direitos humanos. Ademais, deve-se reconhecer o fato de que as diferentes culturas são incompletas e problemáticas em relação à noção de dignidade humana, podendo, ainda, possuir versões diferentes desta.

Joaquín Herrera Flores propõe, assim, uma “racionalidade de resistência”, que não rejeita a possibilidade de se “[...] chegar a uma síntese universal das diferentes opções ante os direitos e também não descarta a virtualidade das lutas pelo reconhecimento das diferenças étnicas ou de gênero.” (HERRERA FLORES, 2009b, p. 163)

Deve-se chegar ao universal (universalismo de chegada ou de confluência), após um processo de diálogo, de luta discursiva e de confrontações em que haja ruptura com os preconceitos e com as linhas paralelas, mediante o entrecruzamento e não a superposição de propostas (HERRERA FLORES, 2009b, p. 163).

O universal e o particular estão numa relação de tensão constante que, ao mesmo tempo em que assegura a subsistência de ambas as visões de mundo, impede a prevalência de uma sobre a outra<sup>40</sup>. Deve haver, assim, um universalismo que se realize no transcurso da convivência intercultural sem pretender impor-se previamente. “Se a universalidade não se impuser, a diferença não se inibe.” (HERRERA FLORES, 2009b, p. 164).

David Sanchez Rubio (2014, p. 56) ressalta a necessidade de essa convivência intercultural incorporar as diferentes culturas e visões a respeito dos direitos humanos:

Esta alternativa intercultural de confluência deve ser assumida e deve incorporar tanto a presença de múltiplas culturas com suas lutas e reivindicações, como distintas visões e pretensões de unidade a que aspiram,

---

<sup>40</sup> “O reconhecimento de incompletudes mútuas é condição *sine qua non* de um diálogo intercultural” (SANTOS, 1997, p. 118).

construídas através das próprias relações sociais, que podem ser diferentes e equidistantes umas de outras. Por esta razão, a ideia de direitos humanos e de dignidade humana irá variar e mudar em casa caso. Cada contexto marcará o grau de atenção a diversidade. Por isso há que ser feito evitando posturas essencialistas existentes tanto nos discursos e cultura de carácter local como global e hegemônica. A aceitação desta pluralidade de opções não tem por que implicar inevitavelmente total ausência de comunicação e separação entre culturas. O certo é que, tal como se disse, podemos nos deparar com lugares em que será impossível estabelecer “vasos comunicantes”, mas haverá outros em que existirão pontos de encontros, sendo os direitos humanos um – não o único – desses lugares de confluência e/ou desencontros.

A teoria crítica dos direitos humanos propõe um esquema que abarque essa visão complexa de direitos humanos:

Figura 3 - Visão complexa

Visão complexa	→	Racionalidade de resistência	→	Práticas intercultural
----------------	---	------------------------------	---	------------------------

Fonte: HERRERA FLORES, 2009b, p. 156.

É uma visão que rejeita essencialismos universalistas e particularistas e dá forma ao único essencialismo válido para se alcançar uma visão complexa do real: “aquele que cria condições para o desenvolvimento das potencialidades humanas, de um poder constituinte difuso que se componha não de imposições ou exclusões, mas sim de generalidades compartilhadas às quais chegamos, não das quais partimos.” (HERRERA FLORES, 2009b, p. 164)

A proposta de uma racionalidade de resistência<sup>41</sup> direciona a um universalismo impuro, de contrastes, de entrecruzamento,

<sup>41</sup> “A racionalidade de resistência, outrossim, reconhece as limitações da visão de mundo própria de cada cultura, fazendo da realidade em que

de mesclas, que propugna a inter-relação entre as diferentes concepções de mundo. Conduz, assim, a uma prática intercultural (HERRERA FLORES, 2009b, p. 166) que reconhece que ser humano é “ser cultural” e “ser cultural” é perceber que os indivíduos reagem de acordo com os entornos das relações que vivenciam, sendo necessário, assim, criar condições que potencializem o encontro e a construção de espaços de contato entre indivíduos e grupos componentes de processos culturais diversos (HERRERA FLORES, 2008, p. 251-252).

Os critérios de uma nova legitimação social e de um novo diálogo intercultural determinam a possibilidade de constituição de uma cultura jurídica antiformalista, anti-individualista e antimonista, que sirva para o empoderamento da comunidade (WOLKMER, 2008, p. 180).

Com efeito, reivindicar a interculturalidade não diz respeito somente ao reconhecimento do outro, mas também à transferência de poder, ao empoderamento dos excluídos dos processos hegemônicos, mediante mediações políticas, jurídicas e institucionais (HERRERA FLORES, 2009b, p. 169-170).

Assim, mediante o diálogo intercultural, a teoria crítica dos direitos humanos propõe a prevalência de mecanismos discursivos, inter-relacionais, que não cedam a universalismos de partida essencialistas e a localismos, mas possibilitem a construção de lugares de encontro onde as diferentes concepções de dignidade humana não são hierarquizadas e nem afastadas dos seus contextos.

Nesse cenário, as instituições, no exercício do seu mister de conferir concretude às ideias críticas sobre os direitos humanos, podem valer-se do diálogo intercultural como alternativa, sobretudo quando da atuação na defesa dos grupos historicamente esquecidos e marginalizados pela sociedade pretensamente hegemônica, como os povos indígenas.

Assim, tendo em vista os objetivos do presente trabalho, é indispensável realizar, no capítulo a seguir, uma análise do processo de internacionalização dos direitos dos povos

---

se vive o ponto de partida para a construção de uma existência melhor por meio do diálogo intercultural.” (WOLKMER; BATISTA, 2010, p. 144)

indígenas, traçar um breve histórico do desenvolvimento da legislação indígena brasileira e dos seus principais processos de luta por dignidade.

### **3 A NORMATIZAÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NO SISTEMA INTERNACIONAL E NO BRASIL**

#### **3.1 O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS**

Para os fins do presente trabalho, faz-se importante realizar uma breve explanação a respeito do processo de internacionalização da questão indígena em diferentes documentos internacionais aplicados ou aplicáveis no Brasil.

A construção de normas tendentes à proteção aos direitos humanos dos povos indígenas em âmbito internacional resulta da constatação de que estes foram, além de reiteradamente vítimas de extermínio, violência, invasões e destruição da sua cultura e do seu território, também excluídos da concepção ocidental de direitos humanos.

Com efeito, o discurso de direitos humanos construído no ocidente deu pouca importância aos povos indígenas, na medida em que, pelos parâmetros de uma racionalidade que se pretendia hegemônica e universal, eram considerados incapazes e equiparados a menores de idade, logo, entendia-se que necessitavam somente de políticas assistenciais, de apoio por parte de entidades beneficentes, religiosas ou de alguma outra instituição secundária do Estado (STAVENHAGEN, 2006, p. 22).

A teoria clássica dos direitos humanos não se preocupou em construir instrumentos teóricos e analíticos visando posicionar-se com credibilidade perante os movimentos indígenas, priorizando a aplicação abstrata e genérica de uma noção de direitos humanos proveniente de receitas políticas ocidentais (SANTOS, 2013, p. 56).

Ademais, tradicionalmente os povos indígenas não fizeram parte dos sistemas jurídicos nacionais, regendo-se por leis próprias. Para estes, assim, a pretensa universalidade das normas de direitos humanos sempre foi parcial (SOUZA FILHO, 2012, p. 84). Nesse sentido, assinala Joaquín Herrera Flores (2009b, p. 26-27):

Clássica e tradicionalmente considerados como parte da essência humana, os direitos humanos são reduzidos, por um lado, à mera retórica conservadora – ou evangelizadora – que serve mais para justificar o injustificável

que para resolver os problemas concretos da humanidade. Por outro lado, são concebidos como uma proposta utópica dirigida a vingar os povos das maldades de ditadores e golpistas absolutamente funcionais ao novo totalitarismo do mercado absoluto e onisciente. O que ocorre com os direitos sociais econômicos e culturais? O que dizer dos direitos coletivos dos povos indígenas? [...]

Malgrado a constatação acima referida, determinados documentos internacionais estabeleceram previsões aplicáveis aos povos indígenas.

Embora não seja uma panaceia, o amparo em normas internacionais tem o objetivo de garantir aos povos indígenas direitos mínimos que possam obstar a manutenção do referido cenário de desconsideração das suas especificidades. Ainda, possibilita que os referidos grupos sejam inseridos nas três vertentes principais do regime internacional dos direitos humanos, quais sejam: a Declaração Universal de 1948, os Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966 e os demais instrumentos jurídicos internacionais<sup>42</sup> (STAVENHAGEN, 2006, p. 24).

Em relação à Declaração Universal dos Direitos Humanos, malgrado esta não tenha feito referência expressa aos povos indígenas<sup>43</sup>, suas disposições são a estes aplicáveis, haja vista

---

<sup>42</sup> *“Si bien esto puede parecer lógico y evidente, el hecho es que en numerosos países los indígenas siguen sufriendo discriminación étnica, racial y de género, y en algunos hasta hace poco eran sujetos de regímenes tutelares especiales sin disfrutar plenamente de todos los derechos humanos reconocidos. Su acceso a la justicia es generalmente difícil, su participación política es limitada, sus niveles socio-económicos se encuentran por debajo del promedio nacional, su identidad cultural es negada y sus características culturales son menospreciadas por la sociedad mayoritaria o hegemónica. Con razón el movimiento indígena planteaba desde sus inicios «el derecho a tener derechos.»”* (STAVENHAGEN, 2006, p. 24).

<sup>43</sup> “Nem a Carta das Nações Unidas nem a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 contém uma referência direta aos povos indígenas. Todavia, esses instrumentos são relevantes para os direitos

que o seu art. 1º estabelece que todos os seres humanos nascem livres e iguais e o seu art. 2º prevê que toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos na Declaração, sem distinção de qualquer espécie. É o que defende Dalmo de Abreu Dallari (1999, p. 258):

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, com a afirmação constante de seu artigo 1º, de que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, reforçada por princípios relativos à dignidade da pessoa humana e à solidariedade, apontou o caminho para o estabelecimento de novas bases fundando as regras de convivência social. Isso favoreceu os grupos humanos mais frágeis, como os índios, que passaram a ter o reconhecimento expresso de seu direito a garantias especiais. Em alguns casos, esse reconhecimento está inserido em normas de maior amplitude, aplicáveis a minorias, havendo, ao lado disso, instrumentos e normas objetivando determinados grupos sociais e seus integrantes [...].

Digna de nota, também, é a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial<sup>44</sup>, aprovada em 1965 pela ONU e ratificada pelo Brasil por

---

dos membros de povos indígenas, embora não diretamente para os direitos dos povos indígenas enquanto tal. Apesar de internacionalizar a proteção dos direitos humanos, dessa maneira excluindo-os dos assuntos internos dos Estados, a Carta das Nações Unidas obriga os Estados a proteger as liberdades fundamentais de todo ser humano, independentemente de raça, gênero, religião ou idioma. A assim proibição de discriminação racial, se efetivamente implementada, pelo menos assegura que os membros de povos indígenas teriam os mesmos direitos, incluindo o direito de participar nos assuntos políticos, tal como outros membros da população de um dado Estado.” (WOLFRUM, 2010, p.601)

<sup>44</sup>A propósito, João Mitia Antunha Barbosa, Marco Antonio Barbosa e Pablo Antunha Barbosa (2009, p.248) salientam que “A partir dos anos

meio do Decreto nº 65.810, em 8 de dezembro de 1969. Conforme salienta Dalmo de Abreu Dallari (1999, p. 258), há diversas divergências quanto à terminologia adotada pelo referido documento, haja vista que o mais adequado seria a referência a “etnia” e não raça. Ademais, deveria haver menção expressa a “povos indígenas”, “nações indígenas”, “grupos indígenas”, “comunidades indígenas” ou “populações pré-colombianas”, em relação aos índios situados na América Latina.

Ressalvadas as divergências apontadas, deve ser ressaltada a aplicabilidade da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial aos povos indígenas. Suas previsões têm por objetivo garantir maior aproximação entre as diferentes raças (e etnias), inclusive prevendo a necessidade de adoção de medidas positivas e/ou ações afirmativas que possibilitem a redução de desigualdades (BORGES DA SILVA, 2006, p. 127).

Importantes também para a proteção dos direitos dos povos indígenas no âmbito internacional são o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Com efeito, o art. 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos<sup>45</sup>, adotado em 16 de dezembro de 1966 pela

---

70, as primeiras reivindicações indígenas no cenário internacional dirigiram-se contra a discriminação racial. Foram à cena internacional para dizer ao mundo: “nós existimos, temos o direito à vida e à nossa própria vida cultural” (BARBOSA, 2001(2), p. 250). Assim, a luta por direitos começou em razão da discriminação racial de que são vítimas. Após a descolonização da África e da Ásia, nos anos 50 e 60, o tema da discriminação racial passou a ser muito valorizado no mundo ocidental, e os indígenas perceberam que eles eram colonizados internos e que todos os instrumentos internacionais relativos à descolonização poderiam ser aplicados a eles [...].”

<sup>45</sup>“Comentando esse artigo do Pacto e o tratamento diferenciado a determinados grupos, que ele determina, Buergenthal e colaboradores oferecem a justificativa moral e teórica para essa diferenciação, que, ao contrário de significar a concessão de um privilégio, é apenas a tentativa de correção de injustiças históricas: “Esse artigo do Pacto de Direitos Civis e Políticos reafirmou a necessidade de amparar os grupos étnicos, pois era importante estabelecer a seu favor uma proteção

Resolução nº 2.200-A da Assembleia Geral das Nações Unidas e ratificado pelo Brasil em 6 de julho de 1992, por meio do Decreto nº 592, faz referência expressa à proteção de minorias:

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

Desta forma, ao menos no Brasil, em relação aos povos indígenas, o pressuposto fático contido no art. 27 retrotranscrito resta preenchido, haja vista que estes representam cerca de 0,25% da população<sup>46</sup> (KAYSER, 2010, p. 326).

O Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>47</sup>, por sua vez, trata, sobretudo, dos direitos coletivos à educação, saúde, trabalho, previdência, ao seguro social e à cultura. Ao

---

adicional à reconhecida a todos os nacionais de um Estado, com o fim de obter uma efetiva igualdade.” (DALLARI, 1999, p. 260)

<sup>46</sup> “O conceito de minoria, no entanto, não é definido pelo art. 27 PIDCP com maior precisão. Todavia, a praxis do Direito Internacional Público elaborou uma definição. De acordo com essa definição, existe uma minoria no sentido do artigo 27 PIDCP, quando se trata de um grupo que, em um período determinado de tempo, é numericamente menor do que o restante da população de um Estado, e que não se encontra em posição dominante. Ao mesmo tempo, os membros desse grupo devem apresentar características étnicas, religiosas ou linguísticas que os diferenciem do restante da população, para que possam ser reconhecidos por um sentimento de solidariedade em relação a sua cultura, tradição, religião ou língua.” (KAYSER, 2010, p. 326)

<sup>47</sup> Conforme ensina Carlos Weis (2006, p. 80): “O Pacto divide-se em cinco partes, concernentes, respectivamente, (I) à autodeterminação dos povos e à livre disposição de seus recursos naturais e riquezas; (II) ao compromisso dos Estados de implementar os direitos previstos; (III) aos direitos propriamente ditos; (IV) ao mecanismo de supervisão por meio da apresentação de relatórios ao ECOSOC; e (V) às normas referentes a sua ratificação e entrada em vigor. Menos extenso que seu germano, este Pacto visa estabelecer, sob a forma de direitos, as condições sociais, econômicas e culturais para a vida digna.”

tratar da educação, no art. 13.1<sup>48</sup>, estabelece a necessidade de compreensão, tolerância e amizade não só entre as nações, mas entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos (BORGES DA SILVA, 2006, p. 127).

Salienta-se que, como as regras das convenções e tratados vinculam os Estados que os ratificam, consubstanciam-se nos principais documentos do sistema global de proteção aos direitos humanos, logo, com pretensões de abstração e universalidade. Desta forma, “Os povos indígenas, como todos os demais cidadãos, têm, em princípio, todos os direitos consagrados nos pactos internacionais descritos e, se ratificados pelos Estados, podem exigir seu cumprimento das autoridades nacionais.” (VILLARES, 2009, p. 25)

Conforme visto, as normas internacionais antes referidas dizem respeito à proteção dos direitos humanos de todos os seres humanos do planeta, sem previsões expressas a respeito das realidades específicas vivenciadas pelos povos indígenas, sendo a estes aplicáveis pela interpretação de alguns dos seus dispositivos.

O primeiro documento internacional que estabeleceu normas específicas de proteção aos povos indígenas foi a Convenção nº 107 da Organização Internacional do Trabalho, conhecida como Convenção sobre Populações Indígenas e Tribais.

A Organização Internacional do Trabalho, que é uma agência especializada afiliada a Organização das Nações Unidas<sup>49</sup>, adotou, em 05 de junho de 1957, a Convenção nº 107

---

<sup>48</sup> “ARTIGO 13.1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.”

<sup>49</sup> Extrai-se da página da Organização Internacional do Trabalho na internet que: “A Organização Internacional do Trabalho (OIT) é a agência das Nações Unidas que tem por missão promover

e a Resolução nº 104 a ela vinculada após a realização de diversos estudos e reuniões de especialistas (sem a participação aparente de representantes dos povos indígenas) que ressaltaram a situação de grande vulnerabilidade que acometia os trabalhadores indígenas (ANAYA, 2005, p. 88-89).

A referida Convenção tratou de um rol de direitos indígenas que eram objeto de reivindicações e não apenas de questões trabalhistas. Apesar da sua importância, sua principal falha foi a manutenção de propostas paternalistas e integracionistas, formuladas com esboço numa ideia de transitoriedade da condição de indígena predominante na época, que propugnava que os indígenas deveriam ser integrados e assimilados à sociedade nacional, já que, nas condições em que viviam, iriam desaparecer (BORGES DA SILVA, 2006, p. 128-129).

Identificando os indígenas como pessoas que necessitavam de medidas especiais que pudessem proteger seus direitos humanos, a Convenção nº 107 da OIT acabou por

---

oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade. O Trabalho Decente, conceito formalizado pela OIT em 1999, sintetiza a sua missão histórica de promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter um trabalho produtivo e de qualidade, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas, sendo considerado condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável.

O Trabalho Decente é o ponto de convergência dos quatro objetivos estratégicos da OIT: o respeito aos direitos no trabalho (em especial aqueles definidos como fundamentais pela Declaração Relativa aos Direitos e Princípios Fundamentais no Trabalho e seu seguimento adotado em 1998: (i) liberdade sindical e reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; (ii) eliminação de todas as formas de trabalho forçado; (iii) abolição efetiva do trabalho infantil; (iv) eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e ocupação), a promoção do emprego produtivo e de qualidade, a extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social.” (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2015)

refletir a ideia da necessidade de assimilação dos grupos culturais diversos daqueles existentes nos sistemas políticos dominantes nacionais e internacionais que propunham a emancipação social dos territórios coloniais. A assimilação e os direitos de cidadania plena foram utilizados para atrair os indivíduos localizados nos países já independentes ou independentes há pouco tempo. Assim, as ideias de autogoverno e de direitos humanos deveriam se manter subordinadas aos padrões normativos europeus, estruturadas na dicotomia estado-indivíduo e na homogeneidade cultural de um estado-nação (ANAYA, 2005, p. 89).

Conforme salienta James Anaya (2005, p. 90):

[...] a ideia básica da Convenção 107 da OIT de 1957 é a promoção de melhores condições sociais e econômicas para os povos indígenas em geral, mas dentro de um esquema que não parece ser um futuro para formas culturais e associativas indígenas permanentes e politicamente significativas. A Convenção 107 é concebida em função dos membros das populações indígenas e seus direitos em pé de igualdade em relação à sociedade e seu conjunto. Os povos ou grupos indígenas como tais são beneficiários de uma proteção de caráter tão-somente secundário. O Convenio reconhece o direito consuetudinário indígena e o direito a propriedade comunal da terra. Este reconhecimento, não obstante, tem um caráter transitório e se vê eclipsado por uma diferença persistente e mesmo preferência por programas nacionais de integração e assimilação não coercitivas (tradução nossa).<sup>50</sup>

---

<sup>50</sup> “[...] *la idea básica del Convenio 107 de la OIT de 1957 es la promoción de mejores condiciones sociales y económicas para los pueblos indígenas en general, pero dentro de un esquema que no parece uno futuro para formas culturales y asociativas indígenas permanentes y politicamente significativas. El Convenio 107 se concibe en función de los miembros de las poblaciones indígenas y sus*

Deve-se, ressaltar que os interesses econômicos foram o ponto de partida para que a OIT voltasse suas atenções para as comunidades indígenas, já que, como em inúmeros países os indígenas representavam um número expressivo da força de trabalho, deveria se possibilitar a utilização de tal força de forma mais efetiva com o estabelecimento de melhorias sociais e econômicas para estes, o que iria refletir na melhoria da economia popular dos Estados respectivos (KAYSER, 2010, p. 331).

Assim, as disposições da Convenção nº 107 da OIT objetivavam a adoção de programas de governo que possibilitassem a promoção do desenvolvimento social, econômico e cultural de populações tribais ou semitribais, a fim de garantir o desenvolvimento da sua dignidade e da sua utilidade social mediante a melhoria das condições de vida e de trabalho, inclusive estabelecendo a necessidade de se evitar situações de discriminação (SANTOS FILHO, 2012, p. 71), o que era funcional aos interesses do mercado.

Embora sua importância como instrumento jurídico específico que visava à proteção aos direitos humanos dos povos indígenas, a Convenção nº 107 da OIT passou a receber progressivas críticas, sobretudo nas décadas de 1960 e 1970, principalmente pelos movimentos indígenas e por antropólogos, indigenistas e entidades de Direitos Humanos de países diversos, que assinalavam as consequências negativas dessa perspectiva assimilacionista, baseada em práticas etnocêntricas de dominação colonial, que condenava os indígenas a um único futuro possível, qual seja a necessidade de transferir ao Estado todas as decisões sobre temas do seu interesse, excluindo a possibilidade de sua participação. O aumento das críticas à

---

*derechos como individuos en pie de igualdad en relación con la sociedad en su conjunto. Los pueblos o grupos indígenas como tales son beneficiarios de una protección de carácter tan sólo secundario. El Convenio reconoce el derecho consuetudinario indígena y el derecho a la propiedad comunal de la tierra. Este reconocimiento, no obstante, tiene un carácter transitorio y se ve eclipsado por una persistente diferencia e incluso preferencia por programas nacionales de integración y asimilación no coercitivas.”*

Convenção conduziu a ONU a realizar um estudo detalhado sobre a realidade vivenciada pelos povos indígenas (LACERDA, 2009, p. 6), reforçando propostas no sentido da necessidade de sua revisão.

Para o reconhecimento dos direitos humanos dos povos indígenas, entendeu-se que não bastava reafirmarem-se as garantias e as liberdades individuais com base somente nos princípios da liberdade e da igualdade (BORGES DA SILVA, 2006, p. 130), haja vista que as comunidades indígenas possuem características culturais próprias impossíveis de serem enquadradas nos parâmetros pretensamente hegemônicos, essencialistas e homogeneizantes ocidentais.

Nesse cenário, em 1986, a OIT promoveu um Encontro de Especialistas, que recomendou a revisão e a atualização da Convenção nº 107<sup>51</sup>. Desta forma, em 1989, foi instituída a

---

<sup>51</sup> S. James Anaya (2005, p. 97) resalta: “En 1986 la OIT convocó a una <Reunión de Expertos> que incluía a representantes del Consejo Mundial de Pueblos Indígenas, una alianza escasamente cohesionada de grupos indígenas de todo el mundo. La reunión recomendó la revisión del Convenio 107, concluyendo que: [...] el lenguaje orientado a la integración que utiliza el Convenio nº 107 era articulado y [era] perjudicial su aplicación en el mundo moderno. En 1956 y en 1957, cuando se discutió el Convenio, se opinaba que la integración en la sociedad nacional dominante era la mejor forma de que esos grupos participaran en el proceso de desarrollo de los países en donde habitaban. Esta idea, no obstante, tuvo varias consecuencias que no eran de desear y, si adquirió un carácter negativo, por lo menos en parte se debió a la manera en que lo interpretaron los gobiernos. En la práctica se transformó en un concepto que significaba la extinción de las formas de vida distintas de la sociedad dominante. La inclusión de esta idea en el texto del Convenio también impidió que los pueblos indígenas y tribales, en razón de la desconfianza que éste les inspiraba, aprovecharan plenamente las sólidas protecciones que algunas de sus disposiciones les ofrecen. A este respecto, se recordó que el relator especial de la Subcomisión insistió en su estudio sobre la necesidad de adoptar una concepción que tuviese en cuenta las demandas de las poblaciones indígenas. En su opinión, las políticas de pluralismo, autosuficiencia, autogestión y etnodesarrollo parecían ser las que ofrecían a las poblaciones indígenas las mejores posibilidades y medios de participar directamente en la formación e implementación de las políticas oficiales.”

Convenção nº 169 da OIT, garantindo aos povos indígenas o direito de viverem de acordo com os seus próprios padrões. Após tramitar por onze anos no Congresso Nacional, a referida Convenção foi aprovada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 143, de 2002, e promulgada por meio do Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004 (SANTOS FILHO, 2012, p. 71-72).

A Convenção nº 169 da OIT representa uma manifestação destacada do direito internacional contemporâneo em relação à questão indígena e traz a lume uma mudança significativa no campo normativo a respeito da ideia de assimilação e de integração constante na Convenção nº 107 (ANAYA, 2005, p. 96). A ideia fundamental da Convenção nº 169 consta no seu preâmbulo, no sentido de garantir a autodeterminação dos povos indígenas no interior dos Estados onde vivem, bem como a possibilidade de manutenção das suas identidades, línguas e religiões (ANAYA, 2005, p. 98).

A especial importância da Convenção nº 169 reside no fato de gerar nos Estados que a ratificaram obrigações convencionais que se harmonizam com as principais demandas dos povos indígenas. Ainda, a Convenção torna-se parte de um conjunto mais amplo de desenvolvimento normativo que pode ser denominado de um novo direito consuetudinário internacional em matéria indígena, baseado em consensos acerca da necessidade de estabelecimento de patamares mínimos que devem balizar o tratamento aos povos indígenas (ANAYA, 2005, p. 102-103).

Luiz Fernando Villares (2009, p. 49), além de realizar uma síntese dos principais pontos da Convenção 169, ressalta a sua importância e as críticas a ela formuladas:

Em relação ao sistema específico de direitos humanos, a Convenção sobre os Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, é marco fundamental no Direito Internacional, direcionado exclusivamente aos povos indígenas. Ratificaram a Convenção 169 a Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Dinamarca, República Dominicana, Equador, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Noruega, Países Baixos (Holanda), Paraguai,

Peru e Venezuela. A Convenção é composta de quarenta e três artigos, divididos em dez seções (política geral, terras, contratação e condições de emprego, indústrias rurais, seguridade social e saúde, educação e meios de comunicação, contratos e cooperação através das fronteiras, administração, disposições finais e transitórias).

A par de suas poucas adesões, compensadas pela expressividade populacional indígena dos países que a ratificaram, a Convenção deve ser observada integralmente. Ela estabelece as bases para a política indigenista com autonomia para os povos indígenas e inúmeras obrigações estatais para proteção dos povos indígenas, sua vida, territórios, instituições, cultura e saúde. A Convenção 169 da OIT revela sua importância na influência que exerceu nas mudanças constitucionais levadas pelos países latino-americanos na década de 90. Por outro lado, ela não escapa de críticas, que apontam a omissão em relação à proteção da propriedade intelectual, posição mais firme sobre o direito à autodeterminação e sobre a falta de instrumentos de participação dos próprios povos indígenas no controle de sua aplicação.

Percebe-se que a Convenção nº 169 da OIT é um importante marco jurídico no processo de construção dos direitos dos povos indígenas em âmbito internacional. Suas disposições procuram conferir direitos específicos aos povos originários, entre os quais a consulta e a participação, indispensáveis para garantia do direito à autodeterminação<sup>52</sup>.

---

<sup>52</sup> Artigo 6º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho: “1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas

Os procedimentos para a realização da Convenção nº 169 da OIT são entregues a cada Estado-membro, o que confere a este grande liberdade de movimentação, nos termos do que dispõe o seu art. 34: “A natureza e o alcance das medidas que sejam adotadas para pôr em efeito a presente Convenção deverão ser determinadas com flexibilidade, levando em conta as condições próprias de cada país” (KAYSER, 2010, p. 346-347). Tal constatação aumenta a responsabilidade das instituições incumbidas da proteção dos direitos dos povos indígenas, haja vista que se tornam instrumentos importantes para atenuação dessa margem de liberdade conferida ao poder público, com o objetivo de tornar exigível a observância das disposições contidas na Convenção nº 169.

Infelizmente, no Brasil, a Convenção nº 169 da OIT é objeto de atenção tão-somente pelo meio indigenista e por poucos advogados e membros do Ministério Público que atuam diretamente na questão indígena, o que acaba fazendo com que o estudo das suas disposições privilegie meramente o conhecimento do seu teor e a necessidade da sua transmissão para as comunidades e para as organizações indígenas. Inexiste uma vasta literatura jurídica direcionada a analisar e a fortalecer o seu alcance ou a propagação dos mecanismos de controle da sua aplicação por parte do Estado (LACERDA, 2009, p. 9).

Ressalta-se, ainda, no sistema regional, a proteção dos direitos dos povos indígenas pela Convenção Americana de

---

legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes; c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim. 2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.”

Direitos Humanos de 1969, denominada de Pacto de San José da Costa Rica<sup>53</sup>. Embora o referido documento não faça menção expressa, a conclusão a respeito da sua aplicabilidade em relação a questões indígenas se extrai do fato de ser um instrumento jurídico voltado à proteção dos direitos de todas as pessoas, sem exclusões ou discriminações.

Por fim, como ápice do processo de internacionalização dos direitos dos povos indígenas, tem-se a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas no ano de 2007 e que, segundo Luiz Fernando Villares (2009, p. 60): “Sem dúvida é o documento internacional mais relevante para os povos indígenas, cuja força política não pode ser comparada com nenhuma outra carta internacional, apesar de ser documento de restrita força jurídica.”

O processo de construção da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas inicia-se em 1970 em atendimento a uma recomendação exarada pela Subcomissão de Prevenção de Discriminações e Proteção das Minorias da ECOSOC (Conselho Econômico e Social das Nações Unidas), no sentido da necessidade de realização de um estudo completo sobre o problema da discriminação contra os povos indígenas. O relator especial nomeado para tanto, Sr. José R. Martínez Cobo, em seu estudo, abordou uma variedade de temas de direitos humanos atinentes aos povos indígenas, entre os quais (FONDO INDÍGENA, 2006, p. 9):

- Uma definição de Povos Indígenas.
- Identificação dos princípios básicos em vigor em matéria de Direitos Humanos dos

---

<sup>53</sup> “Os Estados da Organização dos Estados Americanos (OEA) assinaram, conforme o artigo 112 do Estatuto da Organização dos Estados Americanos, na redação de 27 de fevereiro de 1967, a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH), o chamado “Pacto de San José de Costa Rica”, em 22 de novembro de 1969. Conforme o artigo 74, parágrafo 2, o Pacto está em vigor desde 18 de julho de 1978. O Brasil aderiu a ele em 25.9.1992. Ele contém, ao todo, oitenta e dois artigos. Nos artigos 3 a 23, estão regulamentadas as liberdades e os direitos protegidos.” (KAYSER, 2010, p. 355)

Povos Indígenas e a eliminação da discriminação.

➤ Diagnóstico e propostas em torno da problemática dos Povos Indígenas e dos seus membros em áreas tais como: saúde, habitação, educação e emprego.

➤ Reconhecimento das particularidades indígenas que demandam um estatuto específico de direitos que respeite os idiomas e as culturas indígenas, suas instituições sociais, culturais e jurídicas, o acesso a terra, os direitos políticos, as práticas religiosas e o direito e o acesso em condições de igualdade à administração da justiça (tradução nossa<sup>54</sup>).

As conclusões do Relator foram expostas num informe final que foi apresentado à Subcomissão da Prevenção de Discriminações e Proteção das Minorias, onde foi recomendada a criação de um Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas com o objetivo de promover os seus direitos. O Grupo de Trabalho foi criado em 1982 e foi composto por cinco especialistas independentes, recebendo a incumbência de elaborar uma proposta de Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, que começou a ser preparada em 1985 e foi apresentada oito anos depois à Subcomissão de Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias, após a realização de debates abertos que contaram com a participação de povos indígenas (FONDO INDÍGENA, 2006, p. 10). No ano de 1994 a

---

<sup>54</sup>“*Una definición de Pueblos Indígenas. Identificación de los principios básicos que rigen en materia de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas y la eliminación de la discriminación. Diagnóstico y propuestas en torno a la problemática de los Pueblos Indígenas y sus miembros en áreas tales como: salud, vivienda, educación y empleo. Reconocimiento de las particularidades indígenas que demandan un estatuto específico de derechos en lo que respecta a los idiomas y culturas indígenas, sus instituciones sociales, culturales y jurídicas, el acceso a la tierra, los derechos políticos, las prácticas religiosas y el derecho y acceso en condiciones de igualdad a la administración de justicia.*”

proposta foi aprovada e enviada à Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas.

No mês de março de 1995, a Comissão de Direitos Humanos criou um grupo de trabalho para rever a proposta de Declaração, garantindo a participação das organizações não-governamentais indígenas em condições de igualdade com os Estados-membros. Houve, ainda, a participação do Fórum Permanente da ONU para tratar dos assuntos indígenas (UNPFII), que havia sido criado em 28 de julho de 2000 (SANTOS, 2013, p. 44).

Por fim, em junho de 2006, o Conselho de Direitos Humanos da ONU aprovou o texto da forma como proposto pelo Grupo de Trabalho e, após uma reformulação para conferir maior exatidão ao termo “autodeterminação” constante na Declaração, em setembro de 2007, a proposta foi submetida à votação e aprovada na Assembleia Geral (SANTOS, 2013 p. 44-45), surgindo, assim, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas<sup>55</sup>. Embora não tenha força cogente,

---

<sup>55</sup> A Declaração Universal dos Direitos foi proclamada acompanhada de uma série de justificativas, que evidenciam, ao menos no plano formal, o rompimento definitivo com as ideias integracionistas e assimilacionistas de outrora: “A Assembleia Geral, *Guiada* pelos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas e a boa-fé no cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados de conformidade com a Carta; *Afirmando* que os povos indígenas são iguais a todos os demais povos e reconhecendo ao mesmo tempo o direito de todos os povos a serem diferentes, a considerar-se a si mesmos diferentes e a serem respeitados como tais; *Afirmando* também que todos os povos contribuem para a diversidade e riqueza das civilizações e culturas, que constituem o patrimônio comum da humanidade; *Afirmando* ainda que todas as doutrinas, políticas e práticas baseadas na superioridade de determinados povos ou pessoas que a proponham alegando razões de origem nacional ou diferenças raciais, religiosas, étnicas ou culturais são racistas, cientificamente falsas, juridicamente inválidas, moralmente condenáveis e socialmente injustas; *Reafirmando* que, no exercício de seus direitos, os povos indígenas devem estar livres de toda forma de discriminação; *Preocupada* pelo fato de que os povos indígenas tenham sofrido injustiças históricas como resultado, entre outras coisas, da colonização e alheação de suas terras, territórios e recursos, o que lhes tem impedido de exercer, em particular, seu direito ao desenvolvimento em conformidade com suas próprias necessidades e interesses;

---

*Consciente* da urgente necessidade de respeitar e promover os direitos intrínsecos dos povos indígenas, que derivam de suas estruturas políticas, econômicas e sociais e de suas culturas, de suas tradições espirituais, de sua história e de sua concepção da vida, especialmente o direito a suas terras, territórios e recursos; *Consciente* também da urgente necessidade de respeitar e promover os direitos dos povos indígenas afirmados em tratados, acordos e outras convenções construídas com os Estados; *Celebrando* que os povos indígenas estão se organizando para promover seu desenvolvimento político, econômico, social e cultural e para pôr fim a todas as formas de discriminação e opressão donde quer que ocorram; *Convencida* de que o controle pelos povos indígenas dos acontecimentos que afetem a eles e as suas terras, territórios e recursos lhes permitirá manter e reforçar suas instituições, culturas e tradições e promover seu desenvolvimento de acordo com suas aspirações e necessidades; *Considerando* que o respeito aos conhecimentos das culturas e das práticas tradicionais indígenas contribuem ao desenvolvimento sustentável e equitativo da ordem adequada do meio ambiente; *Destacando* a contribuição da desmilitarização das terras e territórios dos povos indígenas para a paz, o progresso e o desenvolvimento econômico e social, a compreensão e as relações de amizade entre as nações e os povos do mundo; *Reconhecendo* em particular o direito das famílias e comunidades indígenas a seguir participando da responsabilidade pela criança, pela formação, pela educação e para o bem estar de seus filhos, em observância dos direitos da criança; *Considerando* que direitos afirmados nos tratados, acordos e outros acordos entre os Estados e os povos indígenas são, em algumas situações, assuntos de preocupação, interesse e responsabilidade internacional, e possuem caráter internacional; *Considerando* também que os tratados, acordos e demais acordos, e as relações que estes representam, servem de base para o fortalecimento da associação entre os povos indígenas e os Estados; *Reconhecendo* que a Carta das Nações Unidas, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, assim como a Declaração ou o Programa de Ação de Viena, afirmam a importância fundamental do direito de todos os povos a livre determinação, em virtude do qual estes determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural, *Tendo* presente que nada do conteúdo na presente Declaração poderá ser utilizado para negar a nenhum povo seu direito a livre determinação, exercido de conformidade com o direito internacional; *Convencida* de que o

a Declaração possui grande importância política, podendo servir, inclusive, de supedâneo para a criação de uma Convenção Internacional dos Povos Indígenas (COLAÇO, 2006, p. 13).

A Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas possui quarenta e seis artigos que preveem diversos direitos para os povos indígenas. José Aparecido dos Santos (2013, p. 48-49) destaca os seguintes:

- a) direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas com seus assuntos internos e locais, assim como os meios para financiar suas funções autônomas (art. 4º);
- b) direito de conservar e reforçar suas próprias instituições políticas, jurídicas, econômicas, sociais e culturais, mantendo,

---

reconhecimento dos direitos dos povos indígenas na presente Declaração fomentará relações harmoniosas e de cooperação entre os Estados e os povos indígenas, embasadas nos princípios da justiça, da democracia, do respeito dos direitos humanos, a não discriminação e boa-fé; *Alentando* aos Estados que a cumpram e apliquem eficazmente todas as suas obrigações para com os povos indígenas diante dos instrumentos internacionais, em particular as relativas aos direitos humanos, em consulta e cooperação com os povos interessados; *Sublinhando* que corresponde às Nações Unidas desempenhar um papel importante e contínuo de promoção e proteção dos direitos dos povos indígenas; *Considerando* que a presente Declaração constitui um novo passo importante em direção ao reconhecimento, à promoção e à proteção dos direitos e às liberdades dos povos indígenas e no desenvolvimento de atividades pertinentes do sistema das Nações Unidas nesta esfera; *Reconhecendo* e reafirmando que as pessoas indígenas têm direito sem discriminação a todos os direitos humanos reconhecidos no direito internacional, e que os povos indígenas possuem direitos coletivos que são indispensáveis para sua existência, bem-estar e desenvolvimento integral como povos; *Reconhecendo* também que a situação dos povos indígenas varia segundo as regiões e os países e que se deve ter em conta a significação das particularidades nacionais e regionais e das diversas tradições históricas e culturais; *Proclama* solenemente a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, cujo texto representa a seguir, como ideal comum que deve perseguir com um espírito de solidariedade e respeito mútuo [...]"

por sua vez, seus direitos de participar plenamente, se o desejam, na vida política, econômica, social e cultural do Estado (art. 5º);

c) direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas, costumes ou sistemas jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos (art. 34); de determinar sua própria identidade ou pertencimento étnico (art. 33);

d) direito de determinar as responsabilidades dos indivíduos para com as suas comunidades (art. 35);

e) direito de não sofrer da assimilação forçosa ou da destruição de sua cultura (art. 8º);

f) direito de pertencer a uma comunidade ou nação indígenas, em conformidade com as tradições e costumes da comunidade, ou nação de que se trate, sem se submeterem a nenhuma discriminação de qualquer tipo por conta do exercício desse direito (art. 9º);

g) direito a um processo equitativo, independente, imparcial, aberto e transparente, em que nele se reconheçam devidamente as leis, tradições, costumes e sistemas de usufruto da terra dos povos indígenas, bem como o direito de participação dos povos nesse processo (art. 27);

h) direito de revitalizar, utilizar, fomentar e transmitir às gerações futuras suas histórias, idiomas, tradições orais, filosóficas, sistemas de escrita e literatura, e de atribuir nomes às suas comunidades, lugares e pessoas, e mantê-los (art. 13);

i) direito de estabelecer e controlar seus sistemas e instituições docentes que compartilham educação em seus próprios idiomas, em consonância com seus métodos culturais de ensino-aprendizagem (art. 14);

j) direito de manter e desenvolver os contatos, as relações e a cooperação entre si

quando estejam divididos por fronteiras internacionais, incluídas as atividades de caráter espiritual, cultural, político, econômico e social, com seus próprios membros, assim como outros povos através das fronteiras (art. 36);

l) direito às terras, territórios e recursos que tradicionalmente tem possuído ocupado ou de outra forma ocupado ou adquirido (art. 26), de não serem retirados pela força de suas terras ou territórios (art. 10), de manter e fortalecer sua própria relação espiritual com as terras, territórios, águas, mares costeiros e outros recursos que tradicionalmente têm possuído ou ocupado e utilizado (art. 25), de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional, ou outra forma tradicional de ocupação ou utilização, assim como aqueles que tenham adquirido de outra forma (art. 26); à reparação, preferencialmente em terras, ou à restituição pelas terras, territórios e os recursos que tradicionalmente tenham possuído, ocupado ou utilizado de outra forma e que tenham sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados ou danificados sem seu consentimento livre, prévio e informado (art. 28); à conservação e proteção do meio ambiente e da capacidade produtiva de suas terras, territórios e recursos (art. 29); de determinar e elaborar as prioridades e estratégias para o desenvolvimento ou utilização de suas terras ou territórios e outros recursos (art. 32).

É possível perceber que a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, no campo normativo, soma-se à Convenção nº 169 da OIT no sentido de prever direitos específicos aos povos indígenas que respeitem suas especificidades sócio-histórico-culturais, centrando suas disposições na necessidade de proteção do direito à autodeterminação, à consulta e à participação e no direito a terra.

Embora a Declaração não possua força impositiva, suas disposições devem orientar as ações a serem executadas pelas autoridades públicas responsáveis pela proteção aos direitos dos povos indígenas. Da mesma forma deve orientar os processos de discussão e de aprovação de novas leis no interior dos Estados, haja vista o seu caráter transnacional.

Realizada uma breve explanação acerca do processo de internacionalização dos direitos dos povos indígenas, cujos instrumentos jurídicos correspondentes podem ser utilizados pelas instituições protetoras dos seus direitos, importante se faz, no item seguinte, discorrer sobre as normas que, na história brasileira, consagraram direitos específicos ao referido grupo populacional e as que ainda estão em vigor, relacionando-as com o contexto histórico respectivo. Isso porque uma adequada compreensão dos instrumentos jurídicos tradicionalmente utilizados para tratar da questão indígena no Brasil permitirá identificar de que forma as instituições, em especial o Ministério Público, devem se apropriar das normas ainda em vigor para o embasamento (crítico) de uma práxis verdadeiramente protetiva, que não legitime práticas já superadas e inadequadas para a realidade específica por estes vivenciadas.

### 3.2 A POLÍTICA INDIGENISTA NA HISTÓRIA BRASILEIRA: DAS NORMAS JURÍDICAS COMO INSTRUMENTOS DE DOMINAÇÃO E DE DESRESPEITO AOS POVOS INDÍGENAS A UM NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL.

Antes de adentrar nas normas que, historicamente, foram utilizadas para tratar da questão indígena no Brasil, será realizada uma breve contextualização sócio-histórica a fim de servir de auxílio para a adequada compreensão da situação atual vivenciadas pelos indígenas e dos seus principais processos de luta por dignidade.

A chegada dos conquistadores europeus na América representa o marco inicial de uma série de violações de direitos dos povos indígenas, já ocupantes do território “descoberto”, e que persistem até hoje.

Os primeiros relatos a respeito da “descoberta” das novas terras da América não evidenciam surpresa dos europeus quanto à presença de pessoas no seu interior, mas em relação aos seus costumes, sua beleza, sua saúde e sua “mansidão”. Isso porque

a imagem que se tinha na Europa, ao contrário, era a da existência de homens e mulheres selvagens, violentos e comparáveis a animais (SOUZA FILHO, 2012, p. 27), o que pode ser constatado na Carta de Pêro Vaz de Caminha<sup>56</sup> a el-rei D. Manuel a respeito do primeiro encontro dos portugueses com os habitantes do Brasil, ocorrido em 23 de abril de 1500:

E o capitão mandou no batel em terra, Nicolau Coelho, para ver aquele rio. E tanto que ele começou para lá d'ir, acudiram pela praia homens, quando dous, quando três, de maneira que quando o batel chegou à boca do rio eram ali 18 ou 20 homens, pardos, todos nus, sem nenhuma cousa que lhes cobrisse suas vergonhas. Traziam arcos nas mãos e suas setas. Vinham todos rijos para o batel e Nicolau Coelho fez sinal que pusessem os arcos; e eles os puseram. (SOUZA FILHO, 2012, p. 27).

A imagem de nudez relatada na carta transmite a ideia de inocência dos referidos povos, ao ponto de confiarem nos portugueses desde o primeiro dia, o que contrasta com a

---

<sup>56</sup> “A primeira carta sobre o Brasil, a belíssima carta de 1500, escrita por Pero Vaz de Caminha a el-rei dom Manuel, fica inédita e soterrada até 1773 nos arquivos portugueses. São as cartas de Américo Vespúcio – as autênticas e as apócrifas -, talvez por serem endereçadas a Lourenço de Medina e, através dele, ao público letrado europeu, que notabilizaram a então Terra de Vera Cruz e seus habitantes. Por mais exatas que sejam (e certamente são mais escrupulosas do que muitos relatos posteriores), as primeiras cartas já assentam em ideias propagadas desde o *Diário da primeira viagem* de Colombo, elas próprias enraizadas nos relatos de viagens – reais ou imaginárias – de Marco Polo, de Mandeville, do Preste João: ideias de Paraíso terreno e de fonte da juventude à sua proximidade, de amazonas e de seus tesouros, mitos de origem medieval ou clássica que povoam o imaginário dos “descobridores”, e que se insinuam nas mais verazes descrições. [...] Terão vida particularmente longa as primeiras notícias de Colombo sobre a inocência, a docilidade, a ausência de crenças da gente que encontrou, elaboradas, segundo Gerbi ([1975] 1978: 27-28), para convencer os reis católicos da facilidade de se dominarem terras tão prodigiosamente férteis e ricas de ouro e especiarias.” (CUNHA, 2012, p. 29-30)

deslealdade, a ganância e a sede de prata e ouro destes (CUNHA, 2012, p. 30).

Para completar o inventário básico a respeito da imagem dos índios do período do descobrimento, têm-se os relatos de Américo Vespúcio, que percorreu a costa brasileira durante dez meses em 1501. Vespúcio narra que, durante vinte e sete dias, comeu e dormiu entre os “animais racionais” existentes no novo mundo. Em vez da mera inocência divulgada, informa que os indígenas praticavam a antropofagia e estavam em constantes guerras contra seus inimigos, que eram declaradas como forma de vingança à morte de seus pais e dos seus antepassados (CUNHA, 2012, p. 31-32). A imagem de pureza e de doçura que poderia facilitar a conversão dos indígenas foi, então, substituída pela imagem do índio selvagem, animal e bestial, o que justificaria o estabelecimento de novas estratégias de relacionamento, agora voltadas à exploração (MOURA, 2001, p. 224).

Os referidos relatos evidenciam que os portugueses procuravam encontrar nos povos existentes no Brasil traços que pudessem apontá-los como possuidores de características diversas daquelas estabelecidas pelo padrão ocidental, pretensamente superior e mais desenvolvido.

De início, os portugueses, preocupados com a possibilidade de expansão das suas riquezas, não tardaram em subjugar e eliminar aqueles que pudessem obstaculizar tal desiderato, os quais consideravam “[...] bruto, semibesta, indolente, sujo, canibal, idólatra etc” (COLAÇO, 2009, p. 89). Assim, os índios foram dizimados, escravizados, violentados e tiveram suas crenças, costumes e tradições desconsiderados.

Conforme salientado por Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2012, p. 45): “A invasão, a conquista e colonização das Américas desconhecera qualquer conceito indígena de territorialidade e investiram contra povos, dividindo-os, impondo-lhes inimizades imaginadas e falsas alianças forçadas”.

O encontro de sociedades do Antigo e do Novo Mundo provocou o desaparecimento de diversos povos indígenas, tendo como impulsos principais a ganância e a ambição, formas culturais de expansão do capitalismo mercantil. Os índios foram exterminados pela proliferação de epidemias e por outros fatores (CUNHA, 1992, p. 12-14):

As epidemias são normalmente tidas como o principal agente da população indígena (ver, por exemplo, Borah, 1964). A barreira epidemiológica era, com efeito, favorável aos europeus, na América, e era-lhes desfavorável na África. Na África, os europeus morriam como moscas; aqui eram os índios que morriam: agentes patogênicos da varíola, do sarampo, da coqueluche, da catapora, do tifo, da difteria, da gripe, da peste bubônica, possivelmente a malária, provocaram no Novo Mundo o que Dobyns chamou de “um dos maiores cataclismos biológicos do mundo”. No entanto, é importante enfatizar que a falta de imunidade, devido ao seu isolamento, da população aborígine, não basta para explicar a mortandade, mesmo quando ela foi de origem patogênica. Outros fatores, tanto ecológicos quanto sociais, tais como a altitude, o clima, a densidade de população e o relativo isolamento, pesaram decisivamente. Em suma, os microrganismos não incidiram num vácuo social e político, e sim num mundo socialmente ordenado [...] Mas não foram só os microrganismos os responsáveis pela catástrofe demográfica da América. O exacerbamento da guerra indígena provocado pela sede de escravos, as guerras de conquista e de apresamento em que os índios de aldeia eram alistados contra os índios ditos hostis, as grandes fomes que tradicionalmente acompanhavam as guerras, a desestruturação social, a fuga para novas regiões das quais se desconheciam os recursos ou se tinha de enfrentar os habitantes [...], a exploração do trabalho indígena, tudo isto pesou decisivamente na dizimação dos índios.

Tendo como base as primeiras narrativas, o governo Português começou a teorizar um Direito a ser aplicado no território brasileiro, independentemente daquele já construído pelos indígenas, desprezando-se o fato de que, para estes, as normas de organização social não são construídas e preparadas

previamente para reger a sociedade, mas confundem-se com esta, por isso estão em constante mutação<sup>57</sup> (SOUZA FILHO, 2012, p. 30-31).

A legislação indigenista no período colonial foi marcada por contradições. De um lado, buscava-se atender os interesses dos colonos que pretendiam escravizar os índios e, de outro, os esforços dos missionários, que procuravam convertê-los ao cristianismo e “civilizá-los”. Desta forma, o regimento trazido pelo primeiro governador-geral do Brasil, ao mesmo tempo em que previa que a conversão dos índios era a justificativa para o povoamento, razão pela qual estes deviam ser bem tratados e reparados na eventualidade de sofrerem algum dano, possibilitava a prisão ou o assassinato daqueles que agissem como inimigos (MELATTI, 2014, p. 249).

A respeito, relata Beatriz Perrone-Moisés (1992, p. 116-117):

Não existiu um direito colonial brasileiro independente do direito português. O Brasil

---

<sup>57</sup>Sobre tal ponto, ensina Ricardo Verdum (2014, p. 111): “Na literatura especializada, conceitos como formas indígenas de promoção de justiça e sistema jurídico indígena referem-se ao conjunto de normas legais, procedimentos e instituições de tipo tradicional (“usos e costumes”), não escrito nem codificado, e distinto do direito estatal vigente no país. Em contraste com a sociedade regida pelo direito estatal, como a nossa, o costume jurídico nas sociedades indígenas na América Latina não se constituiria numa esfera diferente ou autônoma da sociedade, ele aparece imerso na estrutura sócio-simbólica do grupo, permeando e sendo permeado por outros fenômenos socioculturais, como relações de parentesco, relações políticas, língua, religiosidade, valores e práticas de cuidado da saúde e com o corpo. Não existe um aparato administrativo específico e permanente, nem especialista profissional encarregado de elaborar e aplicar o direito. Nestas sociedades, o direito estaria constituído por um conjunto de costumes reconhecidos e compartilhados pela coletividade, e sua aplicação está nas mãos das autoridades políticas do próprio grupo. A vigência e a operação do direito indígena (ou do direito consuetudinário, como alguns preferem) são indispensáveis à preservação e à reprodução da comunidade; faz parte do núcleo da sua identidade enquanto grupo étnico distinto; e condição elementar do direito e para o exercício da sua autodeterminação.”

era regido basicamente pelas mesmas leis que a metrópole (compiladas nas Ordenações Manuelinas e, a partir de 1603, nas Ordenações Filipinas), acrescidas de legislação específica para questões locais. Na colônia, o principal documento legal eram os Regimentos dos governadores gerais. O rei os assinava, assim como as Cartas Régias, Leis, Alvarás em forma de lei e Provisões Régias, auxiliado por corpos consultivos dedicados a questões coloniais. O primeiro desses conselhos foi a Mesa de Consciência e Ordens, criado em 1532. Seguiram-se o Conselho da Índia (1603) e seu sucessor, o Conselho Ultramarino (1643). Estes emitiam pareceres que podiam, e costumavam ser, sancionados pelo rei, passando a ter valor legal. Na colônia, os governadores gerais emitiam Decretos, Alvarás e Bandos, aplicando a legislação emitida pela Coroa. Para o exame de questões específicas que exigiam conhecimentos locais de que a metrópole não dispunha, o rei ordenava a formação de Juntas (compostas de autoridades coloniais e religiosas), entre as quais a mais importante era a Junta das Missões, cujas decisões deviam ser-lhe enviadas para apreciação e eventual aprovação. O que mais chama a atenção nos documentos legais relativos à questão indígena é o fato de disposições emanadas diretamente da Coroa referirem-se em muitos casos a questões bastante específicas e locais tanto quanto os atos administrativos coloniais. Tomada em conjunto, a legislação indígena é tradicionalmente considerada como contraditória e oscilante por declarar a liberdade com restrições do cativo a alguns casos determinados, abolir totalmente tais casos legais de cativo (nas três grandes leis de liberdade absoluta: 1609, 1680 e 1755), e, em seguida, restaurá-los.

Havia índios aldeados e aliados e índios considerados inimigos, o que teve, por consequência, a instituição de políticas indigenistas diversas aplicadas a cada um destes grupos.

A coroa portuguesa seguia um itinerário idealmente concebido no tratamento dos índios. Primeiramente, buscava-se convencê-los, de forma pacífica, sob o argumento da necessidade de salvação das almas, a “descerem” do interior para a costa, onde ficariam aldeados junto com os portugueses e sob a administração dos missionários. Nas aldeias constituiriam a reserva de mão de obra da Colônia ao mesmo tempo em que seriam “civilizados”, convertidos e educados aos padrões pretensamente hegemônicos, a fim de que desaparecessem enquanto gentios e passassem a compor o acervo de vassalos da Coroa Portuguesa. Ao “descerem” para os aldeamentos os índios abandonam suas terras que, desta forma, passavam a ser consideradas sem dono e revertidas para a Coroa como terras devolutas (PERRONE-MOISÉS, 2000, p. 110).

Aos aldeados e aliados garantiu-se a liberdade e a possibilidade de serem senhores das suas terras nas aldeias, devendo, caso fossem requisitados a trabalhar para os moradores, receber salários e bom tratamento, pois a colônia necessitava deles para seu sustento e para sua defesa (PERRONE-MOISÉS, 1992, p. 117).

Em relação aos aldeamentos, que eram inicialmente controlados pelos jesuítas<sup>58</sup>, informa Otávio Dutra Vieira (1998, p. 152):

---

<sup>58</sup> “Por volta de fins de 1563 e início de 1564, o Governador, cedendo às pressões ocasionadas pela escassez de mão de obra, instituiu a figura dos capitães-leigos, civis que substituíram os jesuítas no governo temporal das aldeias; não foi retirado, todavia, o controle espiritual nem a instrução dos indígenas. Em agosto de 1566, como que referendando a atitude do Governador, o Rei ordenou a Mem de Sá nomear ‘alguns portugueses, que levassem uma vida boa, e de bom exemplo, como capitães das aldeias’.” Todavia, a instituição dos capitães tampouco serviu, como foi argumentado, para permitir segurança e liberdade aos índios. Ainda na mesma página, complementa o autor: “Pelo contrário, os novos encarregados da custódia dos índios permitiram um recrutamento crescente de habitantes das aldeias pelos colonos, o que trouxe consequências desfavoráveis para a situação dos povoados”. (VIERA, 1998, p. 152-153)

O intuito de dominação, civilização, controle e cristianização dos silvícolas era obstaculizado pelo nomadismo que lhes era particular. Assim, era de especial interesse do Estado a concentração das várias nações índias em pontos fixos onde o controle e a fiscalização seriam facilitados. Essa preocupação é primeiramente revelada em 1550 numa das cartas de Nóbrega ao Rei: “Procuramos, por todos os meios, afastá-los ‘os ‘índios’ de seus maus costumes e oxalá que todos aqueles que foram batizados se encontrassem reunidos entre si e separados dos outros...”. Desta carta à fundação da primeira aldeia de “convertidos” não decorreu muito tempo. Estabeleceu-se, assim, o primado sobre o qual se fundamentaria, de maneira mais eficaz, o processo de conversão / dominação dos índios, ou seja, o aldeamento. O sucesso inicial dos aldeamentos não durou muito. Grande parte desse fracasso se deveu à proximidade da população branca, que demonstrou ser antes um empecilho do que um estímulo ao processo civilizatório na sua concepção primeira. Tal situação provocou uma reversão do método de aldeamento outrora recomendado, resultando, primeiro, num isolamento da reunião indiscriminada de todos os índios num mesmo assentamento, quebrando-se, pois, a separação inicial de convertidos e pagãos. Mas aquele insucesso não enfraqueceu a opção pelos aldeamentos jesuíticos que, fortalecida, contou com todo o apoio da Coroa no seu estabelecimento enquanto instrumental de política indigenista. Além da Igreja, natural num estabelecimento controlado pelos jesuítas, constavam ainda nos aldeamentos a presença do pelourinho e do tronco, o que os aproximava ainda mais do jeito cristão de ser.

A fim de proteger os aldeados da tendência de desrespeito às condições de utilização da mão de obra pelos colonizadores e com o objetivo de pleitear, de forma imparcial, a justiça para

aqueles que não podiam requerer diretamente, em 1566 é nomeado um procurador dos índios, havendo menção também no Alvará de 26 de julho de 1596, na Lei de 09 de abril de 1655 e no Regimento das Missões de 1686<sup>59</sup> (PERRONE-MOISÉS, 1992, p. 121).

O procurador dos índios atuava como advogado e auxiliar dos índios, defendendo os seus interesses perante as autoridades do Estado e dos colonizadores, possuindo instrumentos limitados de atuação:

[...] não exercia nenhuma função jurisdicional; a sua atuação se limitava antes

---

<sup>59</sup> Marcia Eliane de Souza e Mello (2009, p. 50-51) aponta os principais itens constantes no Regimento da Missões: “a) a administração dos índios aldeados passava com exclusividade para o controle dos religiosos, tanto no que diz respeito ao governo espiritual quanto ao temporal e político dos aldeamentos (§ 1); b) criou-se o ofício de Procurador dos Índios nas duas capitanias do Pará e Maranhão, o qual deveria ser exercido por um morador, eleito pelo governador, depois da indicação de dois nomes pelo Superior das missões da Companhia (§ 2 e § 3); c) ficava proibida a moradia de homens brancos e mestiços nos aldeamentos. Somente aos missionários era permitido acompanhar os índios (§ 4); d) os missionários tinham a incumbência de descerem novas aldeias para aumentar a população dos aldeamentos, cujos índios eram necessários para a defesa do Estado e utilização nos serviços dos moradores (§ 8); e) a repartição dos índios aldeados passava a se dar em duas partes, ficando uma parte no aldeamento enquanto a outra servia aos moradores e à Coroa (§ 15); f) não entravam nessa repartição dos índios os padres da Companhia e, para compensá-los, estavam destinadas a servir os colégios e residências dos jesuítas uma aldeia no Maranhão e outra no Pará (§ 16); g) ficava estipulado que os religiosos teriam direito a 25 índios para cada missão que tivessem no sertão, por serem necessários para as atividades da missão (§ 18); h) o tempo de serviço dos índios fora dos aldeamentos de repartição estava estipulado inicialmente em 4 meses para o Maranhão e 6 meses para o Pará, mas fora depois ajustado em um ano para as duas capitanias (§ 14); i) só poderiam entrar na repartição do serviço os índios de 13 a 50 anos, e não entrariam nem as mulheres e nem as crianças, com exceção de algumas índias farinheiras e amas-de-leite necessárias aos moradores (§ 21); j) os índios eram considerados livres e, portanto, teriam seus serviços pagos por salários a serem estipulados conforme a especificidade local (§ 11).”

a recomendações ou protestos perante as autoridades competentes, quer dizer, em primeiro lugar, perante o Governador e o Ouvidor-Geral. O procurador dos índios, cujo ofício continuou nos superintendentes do moderno Serviço Brasileiro de Proteção ao Índio, era um funcionário real. (GEORG, 1981 *apud* VIEIRA 1998, p. 153)

Como havia resistência dos indígenas de descerem para os aldeamentos, intensificou-se uma caça a estes e as notícias sobre a escravidão e a crueldade praticadas chegaram a Portugal. Assim, foi publicada a Lei de 20 de março de 1570, tratando do princípio da liberdade dos índios contra sua escravização indiscriminada. O paradoxo é que, ao mesmo tempo em que proibiu a escravidão, a Lei regulamentou as condições em que se poderia aprisionar os índios nas denominadas “guerras justas” (MOURA, 2001, p. 227).

Provisões legais dos anos 1609, 1680 e 1775 estabeleciam que a prática de hostilidades pelos indígenas contra vassalos e aliados portugueses e a recusa de receber a fé cristã justificariam a promoção da denominada “guerra justa”<sup>60</sup>, o que também já era previsto no Regimento de Tomé de Souza, outorgado por D.

---

<sup>60</sup> “Dois outros motivos aparecem nas discussões sobre a guerra justa: a salvação das almas e a antropofagia. Embora os próprios jesuítas defendessem em certos momentos a violência como único meio de converter, o Regimento de Tomé de Sousa já considerava a violência como prejudicial à conversão, e foi sempre a comprovada existência de hostilidades o motivo apontado para a guerra. Outra dúvida na doutrina da guerra justa é a questão de saber se a salvação da alma justificaria a guerra. Os próprios documentos dão margem a discussões, pois se, em geral, os textos legais não defendem esse ponto de vista, há outros documentos como cartas de Anchieta e Nóbrega (in Leite, 1940 e 1956), que defendem a guerra e a sujeição como único meio de converter os indígenas. Essas dúvidas relativas à doutrina da guerra justa servem para dar uma ideia das dificuldades jurídicas enfrentadas na colonização, e do tipo de esclarecimento que se pode esperar dos documentos da época. A antropofagia constitui uma questão mais complicada e controversa, mas não parece que tenha jamais constituído causa suficiente de guerra.” (PERRONE-MOISÉS, 1992, p. 124)

João em 1548, como meio alternativo à submissão dos índios aos não índios (ALBUQUERQUE, 2008, p. 194).

Conforme salienta Antonio Armando Ulian do Lago Albuquerque (2008, p. 195):

As disposições legais contidas na Lei de 1587, no Regimento de 21 de fevereiro de 1603, na Lei de 1611, na Provisão Régia de 17 de outubro de 1653 e no Alvará de 28/4/1688, estabeleciam os procedimentos em relação ao “resgate”, limitando em dez anos o prazo para o pagamento da libertação. Durante este período, os “índios” seriam utilizados como escravos do aparato estatal lusitano, obviamente que uma vez considerados como inimigos muitas vezes tornar-se-iam escravos pelo resto de suas vidas.

Conforme salienta Marco Antonio Barbosa (2007, p. 5), tendo como base o Alvará Régio de 1º de abril de 1680 e a Lei de 6 de junho de 1755, no início do século XX foi criada, por João Mendes Junior, a teoria brasileira do indigenato<sup>61</sup>, por meio

---

<sup>61</sup>Luiz Fernando Villares (2009, p. 103-104) ensina que “O indigenato é a doutrina jurídica positivista que reconhece o direito dos índios ao domínio das terras que ocupam”. É, nos dizeres do eminente constitucionalista José Afonso da Silva, “velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deixa suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando do Alvará de 01.04.1680, confirmado pela Lei 6, de junho de 1755”. Ocorre que, como visto, diversas normas da Coroa Portuguesa e do Império já garantiam aos índios a proteção das terras ocupadas pelos índios, entretanto, o nome a formulação da doutrina do indigenato, ao contrário, que pressupõe José Afonso da Silva, são idealizações do positivismo.

Seu grande expoente foi o jurista paulista João Mendes da Silva Jr., que fundamentava a defesa do direito dos índios às terras por eles ocupadas e às reservadas para sua colonização, no fato de que seu título é legítimo e adquirido congenitamente, pela própria vida, ao passo que a ocupação não índia depende de ser legitimada, através de títulos adquiridos. [...] Outra ideia que veio à baila com a teoria do indigenato, mas principalmente pelo ideal positivista, é a necessidade de demarcar as terras ocupadas pelos índios, num reconhecimento da independência dos povos indígenas e de sua composição ao lado dos demais Estados

da qual se reconhece que o direito dos povos indígenas à terra diferencia-se dos direitos de posse e propriedade comuns conferidos aos demais cidadãos. Admitiu o Estado português, assim, existir um direito originário dos índios sobre terras brasileiras, sendo imprescritível, inderrogável, exclusivo e derogador de qualquer outro.

Em 1750, foi promulgado o Diretório de Pombal, estabelecendo uma nova política indigenista, baseada na “suavidade”, “persuasão”, prezando pelo relacionamento “pacífico” entre os colonos e os índios, alicerçando-se na “catequese leiga” e na criação de aldeamentos (MOURA, 2001, p. 229), modificando a busca pela harmonização dos interesses da Coroa com os dos colonos e dos missionários, levada a cabo nos últimos duzentos anos (KAYSER, 2010, p. 131).

Ocorre que, também no período pombalino, as leis foram oscilantes e contraditórias, na medida em que, mesmo prevendo meios pacíficos no relacionamento com os índios, não havia proibição a ataques organizados contra eles e, quando houvesse necessidade, até os recomendava (MOURA, 2001, p. 229).

Com o Diretório de Pombal a política indigenista passou a ser eminentemente integracionista, havendo a instituição de “Diretorias dos Índios” em detrimento das missões jesuíticas e a promulgação de leis com o propósito de: incentivar o casamento entre índios e brancos; introduzir a língua portuguesa nas aldeias e proibir o uso de idiomas nativos; implantar escolas nas aldeias; impor a adoção de sobrenomes portugueses; estabelecer a

---

para a formação da Federação. O ato demarcatório, pela combinação do positivismo e do indigenato, era encarado como reconhecimento do direito originário dos povos indígenas sobre suas terras.

O indigenato foi acolhido no texto da Constituição de 1988, notadamente na ideia de que as terras indígenas são reconhecidas, cabendo à União demarcá-las administrativamente. Ou seja, terras indígenas são aquelas de ocupação tradicional, um vínculo de fato, independente do Estado e da legitimação do processo demarcatório, criações jurídicas. Infraconstitucionalmente, a Lei 6.001/73 também acolhe os princípios do indigenato ao estabelecer, em seu art. 25, que o reconhecimento dos povos indígenas à posse permanente das terras por eles habitadas independerá de sua demarcação.”

necessidade de uso de roupas e habitação unifamiliar; produzir excedentes agrícolas que pudessem ser destinados aos colonos e às tropas militares. Assim, o objetivo da política pombalina não era a proteção dos índios, mas a conservação e o progressivo aumento do domínio colonial (MOURA, 2001, p. 230).

A Carta Régia de 1798 aboliu o Diretório dos Índios, dispondo sobre a organização dos indígenas em “corpos de trabalho”, podendo ser compelidos ao trabalho público ou particular aqueles que não tivessem ocupação própria. Há o desaparecimento das aldeias indígenas, possibilitando-se sua ocupação por colonos brancos ou mestiços. É concedida a condição de órfão, sob a supervisão do juiz de órfãos, ao índio que fosse contratado por particulares para servi-lo, devendo ser promovida a sua instrução e alfabetização (CORDEIRO, 1999, p. 43). É nesse momento que, segundo Thais Luzia Colaço (2012, p. 103), surge a ideia de tutela orfanológica, reproduzida em legislações posteriores:

A gênese do conceito da tutela orfanológica aparece na transição do trabalho escravo indígena para o trabalho assalariado. Assim, para evitar a evasão dos índios libertos e residentes nas povoações coloniais, e retorno ao seu estágio de “barbárie”, o governo colonial resolveu inseri-los no Regime de Órfãos, para que “desenvolvessem o amor ao trabalho”. Os índios foram classificados de “rústicos”, “ignorantes” e “vadios”, não se incluindo neste rol os que já conheciam alguma arte de ofício, capazes de se autossustentar. Aos indígenas recém-aldeados foram atribuídos os cargos de diretores para a administração temporal das aldeias, com o fim de torná-los vassalos e promover o hábito do trabalho organizado sob os padrões ocidentais. A tutela orfanológica estava vinculada à dificuldade de incorporar a população de trabalhadores livres ao mercado de trabalho, não havendo “portanto a ideia de uma tutela para grupos indígenas em geral, nem tampouco estava a tutela associada, como se tornaria mais tarde, à ideia de uma suposta ‘infantilidade’ dos índios”.

Conforme visto, a ambiguidade e a contradição acompanharam as leis que tratavam da questão indígena no período colonial. Algumas leis que poderiam ser aplicadas a favor dos índios, positivando direitos e garantias como a liberdade de expressão, de organização e de proteção às suas terras ficavam restritas ao campo normativo, sem efetividade. A aparente defesa por meio de leis, em verdade, buscava a liberação das terras indígenas e a integração compulsória destes (MOURA, 2001, p. 229) à cultura não índia. Os meios políticos utilizados, com forte vinculação à atividade religiosa, compostos de “descimentos”, “aldeamentos” e “diretório”, eram intrinsecamente manifestações de desrespeito, violência e prepotência contra os povos originários (ALBUQUERQUE, 2008, p. 197).

No período imperial (1822 a 1889), há o deslocamento do foco principal da política indigenista brasileira. Das questões envolvendo a exploração da mão de obra, catequese, declaração de guerras e apossamento de terras, passa-se para o trato de questões envolvendo o uso da terra indígena pelo Império e o trabalho nas missões (KAYSER, 2010, p. 144). Mais do que arregimentar trabalhadores indígenas, necessário se faz agora ocupar e civilizar as terras que, embora potencialmente produtivas, estão “infestadas de bugres” (CORDEIRO, 1999, p. 44).

Conforme salienta Manuela Carneiro da Cunha (1992, p. 134):

Por que é fundamentalmente um problema de terras e porque os índios são cada vez menos essenciais como mão de obra, a questão indígena passa a ser discutida em termos que, embora não sejam inéditos, nunca haviam no entanto sido colocados como uma política geral a ser adotada. Debate-se a partir do fim do século XVIII e até meados do século XIX, se se deve exterminar os índios “bravos”, “desinfestando” os sertões – solução em geral propícia aos colonos – ou se cumpre civilizá-los e incluí-los na sociedade política – solução em geral propugnada por estadistas e que supunha sua possível incorporação como mão de obra. Ou seja, nos termos da

época, se se deve usar de brandura ou de violência. Este debate, cujas consequências práticas não deixam dúvidas, tratava-se frequentemente de forma toda teórica, em termos da humanidade ou animalidade dos índios.

Verifica-se, assim, que no século XIX há o debate, com pretensão de cientificidade, sobre a animalidade ou a humanidade indígena, inclusive com a divisão dos índios em “bravos” e “domésticos ou mansos”<sup>62</sup> (COLAÇO, 2012, p. 105) e a necessidade da sua “domesticação” em aldeamentos (CUNHA, 1992, p. 136).

A Constituição do Império, promulgada em 25 de março de 1824, não estabeleceu qualquer norma específica tratando da questão indígena, contudo:

A Comissão para a colonização, a civilização e a catequese dos índios da Assembleia Constituinte havia [...] apresentado um parecer do chefe do governo e ministro do Exterior, José Bonifácio de Andrada e Silva, para novas regulamentações legais da questão indígena. Nesse parecer, José Bonifácio havia constatado que a missão da catequese deparava-se com grandes dificuldades. Por um lado, ele atribuía as dificuldades à natureza e à situação dos índios. Por outro lado, ele destacava, como motivo, a captura permanente e usual dos índios, o roubo contínuo de suas melhores terras, o trabalho forçado com baixa ou sem qualquer remuneração, a má alimentação e o tratamento sarcástico em negócios de compra e venda, como ainda a separação de

---

<sup>62</sup> “Além da classificação mencionada, de índole prática e administrativa, há duas categorias de índios que podem ser identificadas por outros critérios: a primeira composta pelos Tupi e pelos Guarani, então já extintos ou assimilados, que estão presentes no imaginário acerca do índio bondoso brasileiro, na literatura e em monumentos, alegorias e caricaturas; a segunda é composta pelo denominado genericamente de Botocudo, alvo de guerras e considerado indomável e feroz” (CUNHA, 1992, p. 136).

suas famílias, por muitos anos, para trabalhar para o Estado ou particulares. Como solução, José Bonifácio previa a catequese por missionários, com o apoio dos militares. O parecer de José Bonifácio não foi levado em conta, no entanto, na primeira Constituição do Brasil. Enquanto no projeto da Constituição, sob o título XIII, artigo 254, era ainda estabelecida, como única regulamentação relativa aos índios, a responsabilidade do Parlamento pela catequese e a civilização dos índios, a Constituição não seguiu, nesse ponto, o projeto. O posicionamento da Igreja católica no Império foi estabelecido, todavia, no artigo 5 da Constituição. De acordo com ele, “a religião católica apostólica romana” era “a religião oficial do Império”.

No ato adicional à Constituição do Império, pela lei de 12.8.1834, foi estabelecida, no artigo 11, § 5º, a competência, tanto dos parlamentos e governos das províncias, como também do Império para o fomento da “catequese e civilização” dos indígenas. Apesar da obrigação constitucional, até a metade dos anos quarenta foram empreendidos poucos esforços legislativos ou administrativos, após a revogação das leis pombalinas, para configurar efetivamente a conversão e a civilização dos índios (KAYSER, 2010, p. 147-148).

Mesmo após a independência continuam em vigor as disposições da legislação editada no período colonial, haja vista que somente durante o período do governo regencial, em 1831<sup>63</sup>,

---

<sup>63</sup> Íntegra da Lei de 27 de outubro de 1831: “Art. 1º Fica revogada a Carta Régia de 5 de Novembro de 1808, na parte em que mandou declarar a guerra aos Índios Bugres da Provincia de S. Paulo, e determinou que os prisioneiros fossem obrigados a servir por 15 annos aos milicianos ou moradores, que os apprehendessem. Art. 2º Ficam também revogadas as Cartas Régias de 13 de Maio, e de 2 de Dezembro de 1808, na parte, em que autorizam na Provincia de Minas Geraes a mesma guerra, e servidão dos índios prisioneiros. Art. 3º Os

que se revogou as leis de 1808 e 1809, que declararam guerra a determinados povos indígenas e permitiam a submissão, por quinze anos, dos prisioneiros à escravidão (MELATTI, 2014, p. 250).

Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2012, p. 94) identifica que a origem da tutela orfanológica no Brasil pode ser encontrada na Lei de 1831, na medida em que esta considera órfãos os indígenas libertados que se mantivessem escravos, sob a responsabilidade dos respectivos Juízos de Órfãos até que lhes fosse assegurado um trabalho assalariado.

O governo imperial, em 24 de julho de 1845, expediu o Decreto nº 426<sup>64</sup> regulamentando o regime de aldeamento e a integração dos índios e mantendo as ideias assimilacionistas existentes no período colonial. Os indígenas integrados acabavam tornando-se indigentes e sem-terra, haja vista que a legislação específica que possibilitaria a manutenção das suas

---

índios todos até aqui em servidão serão della desonerados. Art. 4º Serão considerados como orphãos, e entregues aos respectivos Juizes, para lhes applicarem as providencias da Ordenação Livro primeiro, Titulo oitenta e oito. Art. 5º Serão soccorridos pelo Thesouro do preciso, até que os Juizes de Orphãos os depositem, onde tenham salarios, ou aprendam officios fabris. Art. 6º Os Juizes de Paz nos seus districtos vigiarão, e occorrerão aos abusos contra a liberdade dos Indios.” (SOUZA FILHO, 2012, p. 93)

<sup>64</sup> “O Decreto 426 constava de 11 artigos (Beozzo, 1983: 168-178). O Diretor Geral dos índios, instituído pelo Regimento das Missões, seria nomeado pelo Imperador em cada Província e tinha suas funções discriminadas nos 38 parágrafos do artigo 1º. Entre estas funções estavam as de comunicar ao governo imperial sobre o destino que se deveria dar às terras das aldeias que tivessem sido abandonadas pelos índios (§ 4º); fazer a demarcação das terras indígenas (§ 11); informar ao Imperador sobre os índios que estivessem em condições de receber lotes de terra, para uso pessoal (a propriedade da terra passaria para as mãos dos índios, depois de trabalharem a terra durante 12 anos, mediante Carta de Sesmaria) – (§ 15); permitir o estabelecimento de brancos nas aldeias (§ 16) e o casamento entre eles (§ 19); receber dos missionários as instruções para a catequese e civilização dos indígenas (§ 22); servir de procurador dos índios ou nomear outro procurador para responder em nome dos índios perante a Justiça e as autoridades (§ 32); etc.” (MOURA, 2001, p. 231)

práticas culturais não era efetivada (ALBUQUERQUE, 2008, p. 200). O referido Decreto ficou conhecido como Regimento das Missões e se consubstanciou na legislação fundamental da política indigenista do período imperial, possuindo a mesma importância que o Diretório de Pombal no período colonial (MOURA, 2001, p. 231).

Até hoje as consequências da vigência do Decreto nº 426 podem ser sentidas, principalmente no que tange ao relacionamento do Estado com os povos indígenas. Isso porque o incentivo à instituição de aldeamentos acabou por delinear as características da política indigenista dos anos posteriores fulcradas na fixação dos referidos grupos em territórios específicos, limitando a capacidade jurídica destes e fundamentando o estabelecimento da tutela governamental, do paternalismo de índole administrativa e a excessiva burocratização da questão indígena (ALBUQUERQUE, 2008, p. 200-201).

Passados cinco anos do Regulamento das Missões, em 18 de setembro de 1850, foi promulgada a Lei das Terras (Lei 601), inaugurando uma política agressiva em relação às terras das aldeias que resultou na determinação, um mês após a sua edição, da incorporação aos próprios nacionais das terras de indígenas que vivessem de forma integrada à sociedade envolvente (CUNHA, 1992, p. 145).

Em relação ao referido instrumento legal, informa Thais Luzia Colaço (2012, p. 106):

A Lei de Terras trouxe uma nova concepção da propriedade da terra, acessível apenas pela compra e pela aquisição do título de propriedade e não mais pela posse. Assim, os indígenas foram expropriados de suas terras, que foram ocupadas paulatinamente por colonos e pelas frentes pioneiras extrativas e agropastoris. Em algumas localidades as populações foram eliminadas ou afugentadas e em outras foram aproveitadas como mão de obra.

A lei 601 teve por objetivo regularizar a propriedade territorial em solo brasileiro, realizando a divisão das terras em terras públicas, pertencentes ao Estado e em terras particulares, originadas de títulos de propriedade ou da posse legal. Como as

terras que haviam sido concedidas aos índios foram tidas como terras particulares e tendo em vista a dificuldade destes em gerenciar tal direito, somada a má-fé dos seus vizinhos, acabaram, por vezes, perdendo-as. Embora tenham sido reservadas nas terras públicas áreas para serem utilizadas pelos indígenas, as aldeias que nestes espaços foram instaladas acabaram sendo abandonadas, caindo no domínio público e posteriormente foram cedidas a particulares (MELATTI, 2014, p. 251-252).

Percebe-se que a legislação indigenista do período imperial mantém as contradições e as obscuridades existentes nas normativas anteriores. O espaço do jurídico uma vez mais é utilizado para a consolidação de opressões e violações de direitos dos povos originários, mesmo que por vezes com uma capa de proteção, “[...] cada ponto, cada nó é construído por uma afirmação e muitos silêncios, fazendo com que o conjunto filtre a luz de tal modo que a tênue claridade que a perpassa apenas revele o estranho idioma no qual compaixão se traduz em morte” (SOUZA FILHO, 2012, p. 98).

Após a proclamação da República, ocorrida em 15 de novembro de 1889, a legislação foi construída no sentido de promover a separação entre o Estado e a Igreja e a institucionalização da proteção aos índios (KAYSER, 2010, p. 153), mas sem alteração significativa da política indigenista, com a manutenção das situações de exploração e dominação dos índios (MOURA, 2001, p. 233).

Na República, a sobrevivência dos indígenas estava agora ameaçada também pelas frentes de expansão voltadas para a abertura de ferrovias e de estradas de rodagem, a travessia dos sertões por linhas telegráficas, a crescente utilização de barcos a vapor e a emergência de novas vilas e povoações (MOURA, 2001, p. 233). Isso porque houve uma expansão da economia brasileira durante a segunda metade do século XIX, principalmente pela proliferação de fazendas de café e do incentivo à implementação de projetos voltados à colonização<sup>65</sup> (CORDEIRO, 1999, p. 54).

---

<sup>65</sup> “Cerca de 1,5 milhão de imigrantes europeus chegariam ao Brasil entre 1840 e 1890, e a estes se somariam outros 2,6 milhões nos primeiros 30 anos da República. O avanço do café em São Paulo e

Conforme informa Harmut-Emanuel Kayser (2010, p. 154):

Nas primeiras décadas da República, a partir de 1889, o Estado e a economia privada invadiram, cada vez com mais força e em escala não conhecida até então, o interior do país e os territórios dos índios. A crescente navegação a vapor e a inauguração de linhas ferroviárias, que percorriam regiões antes não exploradas pela sociedade nacional, ocasionaram, assim como a instalação de ligações telegráficas em tais regiões, cada vez com maior frequência, uma penetração nas áreas em que etnias viviam até então independentes e sem contato permanente com a sociedade brasileira nacional. Esse avanço da fronteira, que ocorria quase sempre com grande falta de consideração, foi marcado, na maior parte dos casos, por confrontos sangrentos. O extermínio intencional de grupos tribais inteiros pelos invasores não apenas foi praticado, como também, além disso, foi ainda abertamente justificado como meio indispensável para a segurança daqueles que traziam a civilização ao interior do país.

A Constituição da República, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, mesmo diante do referido cenário vivenciado pelos povos originários, embora tenha previsto expressamente a separação entre a Igreja e o Estado no art. 72, § 7º, não trouxe qualquer avanço em relação à questão indígena (KAYSER, 2010, p. 153). Apesar de tal fato, nas discussões travadas na fase de elaboração da Constituição o tema esteve presente ao tratar-se da soberania nacional, tendo o Apostolado Positivista proposto à Assembleia Constituinte que o Estado brasileiro fosse organizado como uma federação sistemática, com a organização em

---

Minas e da frente de granjeiros imigrantes instalados em Santa Catarina e no Paraná seriam os vetores de pressão sobre as últimas áreas ainda ocupadas por índios arredios naqueles estados.” (CORDEIRO, 1999, p. 54)

Estados, e como uma federação empírica, com a confederação dos índios existentes no país, ambas as espécies com territórios previamente demarcados. Mas a inovadora proposta não foi acolhida e pouco influenciou na elaboração da Constituição e no processo legislativo ordinário (SOUZA FILHO, 2012, p. 88).

No Código Civil de 1916, não houve qualquer previsão específica em relação à proteção dos direitos dos povos indígenas, tendo tão-somente sido alterada a situação jurídica destes, de sujeitos à tutela orfanológica<sup>66</sup> para a sujeição ao regime tutelar aplicável aos relativamente incapazes. Em relação a tal aspecto Thais Luzia Colaço (2012, p. 107) salienta que “A tutela indígena assim passou a ser especial, exercida

---

<sup>66</sup> Para Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2012, p. 98-99): “[...] é extremamente frágil a solução jurídica, no direito moderno, de oferecer aos índios uma tutela orfanológica, porque a tutela, desde Roma, passando pelas Ordenações do Reino e chegando ao Código Civil brasileiro, é instrumento de proteção individual, incabível para uma coletividade e, muito menos, para várias coletividades cultural e etnicamente diferenciadas. Os índios necessitam uma proteção que os garanta não só enquanto indivíduos, mas enquanto povos, na relação não só com outros cidadãos, mas com o próprio Estado. Corresponde à incapacidade relativa do art. 6º do Código Civil, a Tutela e Curatela do Título VI do Livro I da Parte Especial, que trata do Direito de Família. Bastaria esta localização sistemática para deixar claro que o quanto estabelece o Código Civil não se presta aos índios. A sua inclusão no art. 6º, parece ser exclusivamente para lembrar ao legislador que seria necessário enriquecer o ordenamento jurídico como uma lei especial sobre o tema. O que se encontra disposto no Título VI, arts. 406 a 485 do Código Civil não é aproveitável para as populações indígenas, enquanto todos os outros incapazes, relativa ou absolutamente, estão expressamente tratados neste Título, não há uma única referência à tutela sobre os índios. Esta leitura sistemática do Código nos faz retornar ao art. 6º e seu parágrafo único, para afirmar que a aplicação desta incapacidade relativa depende de lei especial, que estabeleça um regime tutelar diferente da tutela orfanológica e que não trate os índios como indivíduos deficientes, mas como pessoas que necessitam de estatuto jurídico especial, ainda que não esteja esclarecido, e provavelmente não sabido, que estatuto especial é este. Com o Código Civil de 1916, portanto, há uma ruptura com a tradição jurídica anterior, fica estabelecido um ponto final na tutela orfanológica e aberta a porta a um novo conceito de regime tutelar que deve ser criado por lei.”

diretamente pelo Poder Executivo, por meio dos órgãos destinados a tal função”.

Antes ainda da edição do Código Civil havia sido instituído, por meio do Decreto nº 8.072 de 20 de junho de 1910<sup>67</sup>, um órgão vinculado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, denominado de Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILTN), que a partir de 1918 passou a ser chamado somente de Serviço de Proteção aos Índios (SPI)<sup>68</sup>, destinado a dar assistência aos indígenas.

A criação do Serviço de Proteção aos Índios inaugura novo tipo de política indigenista: os

---

<sup>67</sup> Constatou na exposição de motivos do Decreto 8.072: “Não há razão para lembrar as lutas, as espoliações, os morticínios que assinalaram os primeiros tempos da descoberta; esses choques ainda se verificam em grande extensão do país, renovando-se quase sem tréguas e com a mesma intensidade que registra a história colonial. Entretanto, se nessa fase remota e em períodos subsequentes do antigo regime não faltou, por vezes, aos silvícolas a ação protetora do governo, mau grado a incongruência das diferentes decisões promulgadas; se a piedade dos religiosos os amparou e protegeu, não cabe à República, dentro de seu programa, negar-lhes cuidadosa assistência, fiel ao dever de estimular o desenvolvimento de suas faculdades morais, de sua capacidade de trabalho e de defender-lhes a vida.” [...]

Entre as Repúblicas deste continente, podem ser citadas, pela proteção conferida aos índios, o Chile, que lhes deu em sua Constituição direitos e deveres iguais aos demais cidadãos e tem procurado localizá-los, e a República Argentina, cujo governo superintendente esse serviço, enquanto confie-o geralmente à direção de congregações religiosas.

Tais os exemplos que se impõem à imitação do Brasil, que não se pode continuar a excluir de suas cogitações os aborígenes, deixando de pé a acusação que já se lhe fez no congresso Internacional dos Americanistas de Viena, de permitir a escravização deles e até acoroçoar o seu extermínio (SANTOS FILHO, 2012, p. 35-36).

<sup>68</sup> Informa Antônio Carlos de Souza Lima (1992, p. 159): “O SPI viria a sofrer uma reformulação pelo decreto nº 9214, de 15/12/1911, em função das reformas empreendidas por Miranda na estrutura do ministério, consubstanciadas no regulamento do MAIC baixado pelo decreto nº 8133, de 11/8/1911. Mais tarde o Serviço perderia a verba e a responsabilidade pelas tarefas de *localização de trabalhadores nacionais* em 1918, com a lei orçamentária 3454, de 6/1/1918, que as transferiria ao Serviço do Povoamento”.

índios passam a ter o direito de viver segundo suas tradições, sem ter de abandoná-las necessariamente; a proteção é dada aos índios em seu próprio território, pois já não se defende a ideia colonial de retirar os índios de suas aldeias para fazê-los viver em aldeamentos construídos pelos civilizados; fica proibido o desmembramento da família indígena, mesmo sob o pretexto de educação e catequese dos filhos; garante-se a posse coletiva pelos indígenas das terras que ocupam, e em caráter inalienável; garantem-se a cada índio os direitos do cidadão comum, exigindo-se dele o cumprimento dos deveres segundo o estágio social em que se encontre (MELATTI, 2014, p. 253).

Em verdade, ainda que sob a proposta de “proteção oficial”, durante todo o período de existência do Serviço de Proteção ao Índio manteve-se a intenção de se transformar os indígenas em pequenos produtores rurais que possuíssem a capacidade de se autossustentarem, com base na ideia da condição transitória do índio que fundamentaria a tutela do Estado a ser exercida pelo referido órgão, que encontrou amparo no Código Civil de 1916 (LIMA, 1992, p. 159-160) e no Decreto nº 5.484, de 1928<sup>69</sup>.

O SPI foi concebido tendo como base o pensamento positivista<sup>70</sup> de um militar, o Marechal Cândido Mariano da Silva

---

<sup>69</sup> “O Decreto nº 5.484, de 1928, regulamentou a situação jurídica dos índios, colocando-os sob a tutela do Estado, representado pelo SPI, da qual poderiam emancipar-se progressivamente. Termina assim a tutela orfanológica, que, de conformidade com a tradição legal anterior, era exercida pelos juizes de órfãos.” (CORDEIRO, 1999, p. 62).

<sup>70</sup> “O positivismo, fundado pelo filósofo francês Augusto Comte (1798-1857), procurava entender todos os fenômenos como consequências necessárias das leis inalteráveis da natureza, recusava qualquer tipo de metafísica, e restringia o conhecimento à descrição dos fatos pelas leis naturais. [...] Os positivistas recusavam a democracia parlamentar e ambicionavam, em seu lugar, uma “república ditatorial”. A “política científica” do governo deveria ser realizada por decreto e sem controle parlamentar. O governo deveria ser regido por um estadista

Rondon, seu primeiro diretor, que preconizava, por meios pacíficos, a integração dos indígenas à sociedade nacional<sup>71</sup> (MOURA, 2001, p. 233).

Embora os aldeamentos tenham sido substituídos por povoações indígenas, o método destas se assemelhavam àqueles. As povoações possuíam, entre outras estruturas, escolas, oficinas e treinamento agrícola e musical, sob o controle de uma diretoria geral. Intensificaram-se as expedições mata adentro à procura de índios, com a diferença que as inspiradas por Rondon não buscavam atacar os indígenas e as aldeias, mas, com “brandura” e “suavidade”, sua pacificação e integração (MOURA, 2001, p. 233-234).

O lema de Rondon era “Morrer, se preciso for; matar nunca”, mas o seu pensamento era compatível com o conjunto da política indigenista existente no Brasil desde o período colonial, no sentido de que os índios são seres inferiores que

---

sociologicamente esclarecido, devido à sabedoria e à previsão científica, independentemente da anuência de instáveis maiorias populares ou de maiorias causais parlamentares. O positivismo difundiu-se no Brasil especialmente nas academias, faculdades e escolas das capitais sulinas do Brasil a partir dos militares, que eram instruídos na Academia Militar do Rio de Janeiro por Benjamim Constant Botelho de Magalhães, a respeito da doutrina de Comte. [...] Rondon tomou posse como primeiro diretor do SPILTN sob a condição de que o governo aceitasse os princípios positivistas em relação à matéria. Rondon recrutou seus colaboradores mais importantes entre o círculo dos membros da Igreja positivista. Na aplicação de seus princípios evolucionistas, o positivismo partia do pressuposto de que os índios seriam exemplos de um estágio anterior e primitivo de uma evolução humana ocorrida sempre de forma linear.” (KAYSER, 2010, p. 160-161)

<sup>71</sup> “No sítio eletrônico da Funai consta que, com a criação do SPI, foi profundamente modificado o trato da questão indígena, estabelecendo-se a chamada política de integração, fundada na crença de que a humanidade passaria, necessariamente, por um único processo evolutivo, do qual a civilização representaria o estágio mais avançado. Reconhecia o índio como sujeito transitório, ou seja, enquanto estivesse sendo preparado para ingressar na ‘civilização.’” (SANTOS FILHO, 2012, p. 37)

necessitam ser “civilizados” e integrados à sociedade nacional. Com “brandura” e “suavidade” e mediante a utilização de um lema que indica nobreza, contataram e retiraram os indígenas das áreas de interesse capitalista, utilizando-os posteriormente como mão de obra assalariada. “Assim, em nome de uma ideologia humanista, os indígenas foram forçados a um convívio “pacífico” com a sociedade nacional, atendendo aos interesses econômicos dominantes” (MOURA, 2001, p. 234)

Pedro Libânio e José Ribamar Bessa Freire (2011, p. 169-170) fazem interessantes ponderações a respeito dessa proposta de “pacificação” que, em verdade, foi funcional ao sistema capitalista de mercado de raízes ocidentais e que estava em processo de expansão no território brasileiro:

Entre o final do século XIX e o início do século XX, a sociedade brasileira passou por modificações profundas: proclamação da República, crescimento das cidades e modernização tecnológica. O país respirava o moderno, a cidade, a indústria e a ciência; o moderno, porém, não se realiza sem o contraponto do arcaico (Ianni, 1996). Sob esse ponto de vista, Octavio Ianni trata da força de uma elite intelectual que se organiza no contexto de modernização / ocidentalização; é este grupo que estabelece, dirige e põe em prática técnicas e sistemas simbólicos que induzem o povo e as classes sociais a realizar diretrizes de modernização [...]. As teses de modernização do mundo levam à tese de sua ocidentalização, partindo da concepção de que o Ocidente se tornou padrão de civilização a ser seguido [...] No início do século XX, acreditava-se que o interior do Brasil era habitado por índios, possivelmente antropófagos, e por seus descendentes, que tiveram uma representação famosa na figura do Jeca Tatu, personagem de Monteiro Lobato. A Comissão Rondon, e depois o SPI, tentou desmistificar esses personagens, apresentando uma nova visão, ainda que por vezes parcial e tendenciosa, sobre eles. O Brasil de Rondon não era virado para o

litoral, era o do interior. A missão era levar esse país moderno para dentro daquele antigo e fazer com que esse homem simples do sertão tomasse parte da modernização. [...] Para Rondon, o importante não era apenas abrir uma porção do país ao Ocidente, mas incorporar as populações indígenas ao país, torná-las produtivas.

Percebe-se, assim, que a instituição do Serviço de Proteção ao Índio deveu-se, entre outros fatores, à necessidade de impedir que a presença de indígenas em determinadas partes do território nacional pudesse servir de empecilho ao desenvolvimento econômico do país. Pelo contrário, a localização e a instrução de índios possibilitaram o incremento de mão de obra assalariada, ao alto custo da descaracterização dos usos, costumes e tradições dos referidos povos. Tudo isso sob uma capa humanista de “proteção”, “brandura” e cuidado.

Apesar do quanto mencionado, é inegável que “[...] sob a orientação de Rondon, durante pelo menos duas décadas, o SPI teve um papel decisivo nos esforços para frear a violência e o genocídio<sup>72</sup> praticados contra os povos indígenas”. (MOURA, 2001, p. 234)

---

<sup>72</sup> “É verdade que foram construídos, ao todo, 106 postos para atrair, vigiar, pacificar, assim como assistir, nacionalizar e educar os índios no território do Brasil, e foi delimitado aproximadamente um terço dos territórios indígenas até então conhecidos. No entanto, o SPI não conseguiu pôr termo à invasão cada vez mais intensa dos territórios indígenas – especialmente nos Estados de forte desenvolvimento, como São Paulo e Paraná – nem impedir o extermínio de um grande número de grupos indígenas. Segundo um estudo do ilustre etnólogo brasileiro, Darcy Ribeiro, entre 1900 e 1957 foram extintos, ao todo, 87 povos indígenas, em consequência de conflitos. É verdade que o SPI conseguiu, em um período de tempo surpreendentemente curto, pacificar os povos indígenas hostis nas proximidades das grandes cidades. Segundo demonstrou Ribeiro, porém, entre 1900 e 1957 foram extintas 50% das etnias que, em princípio, ainda viviam isoladas, isto é, sem contato com a “civilização”, depois de terem estabelecido contato. Os povos com contato ocasional extinguiram-se em 15% dos casos. As etnias em contato permanente com a sociedade nacional extinguiram-se em 67% dos casos. A extinção foi causada principalmente pelos conflitos violentos, mas também pelas doenças da civilização, tais como

No ano de 1930 o Marechal Cândido Rondon deixa o SPI num momento em que o referido órgão vinha se tornando um verdadeiro “cabide de empregos”. Sob fortes acusações de irregularidades, desde corrupção financeira a assassinatos e prostituição de indígenas pelos próprios funcionários, o Serviço é extinto em 1967 (MOURA, 2001, p. 234).

Digno de nota em relação ao período é o fato de a Constituição brasileira de 1934 ter previsto, pela primeira vez na história, o objetivo de incorporação dos índios à comunhão nacional, estabelecendo a competência da União para legislar sobre o assunto (art. 5º). Ademais, assegurou a posse da terra para os indígenas que nela estivessem localizados de forma permanente, vedando, contudo, a alienação (art. 129).

A Constituição de 1937, com pequenas alterações na redação, reproduz o dispositivo sobre terras (CORDEIRO, 1999, p. 64). Já as constituições brasileiras de 1946 (art. 5, XV, r.), de 1967 (art. 8, XVII, o) e de 1969 (art. 8, XVIII, o) repetiram de forma literal as previsões constantes na Constituição de 1934 (KAYSER, 2010, p. 164).

Com a extinção do SPI é criada em 1967, pelo Governo Militar, por meio da Lei nº 5.371 de 05 de dezembro de 1967, a Fundação Nacional do Índio – Funai, subordinada ao Ministério do Interior<sup>73</sup>. Consubstanciou-se em referência para a criação da Funai a Convenção nº 107 da OIT, que foi o diploma legal presente na construção da política indigenista brasileira em parte do período republicano.

O novo órgão responsável pela implementação da política indigenista foi estruturado em princípios que estavam de acordo com a reorganização do Estado Brasileiro executada pelos militares, conforme é possível verificar no art. 1º da Lei nº 5.371/67 (BIGIO, 2007, p. 22):

---

a gripe, o sarampo ou a coqueluche, contra as quais os índios não tinham resistência e que, por esse motivo, eram para eles mortais.” (KAYSER, 2010, p. 159)

<sup>73</sup> Desta forma, “Estruturalmente, desde 1910 o estado brasileiro desenvolve sua ação indigenista por meio de um órgão indigenista oficial, à época o SPILTIN; atualmente, a Funai.” (ALBUQUERQUE, 2008, p. 201-202)

- I – a) respeito à pessoa do índio e às instituições e comunidades tribais; b) garantia à posse permanente das terras que habitam e ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes; c) preservação do equilíbrio biológico e cultural do índio, no seu contato com a sociedade nacional; d) resguardo à aculturação espontânea do índio, de forma a que sua evolução sócio-econômica se processe a salvo de mudanças brutais;
- II – gerir o patrimônio indígena, no sentido de sua conservação, ampliação e valorização;
- III – promover levantamentos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre o índio e os grupos sociais indígenas;
- IV – promover a prestação da assistência médico-sanitária aos índios;
- V – promover a educação de base apropriada do índio, visando a sua progressiva integração na sociedade nacional;
- VI – despertar, pelos instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indigenista;
- VII – exercer o poder de polícia nas áreas reservadas e nas matérias atinentes à proteção do índio.

Especificamente em relação à atuação da Funai, Julio Cezar Melatti (2014, p. 254) a divide em duas fases. A primeira diz respeito ao governo militar, baseada no forte controle governamental iniciado com a extinção do Conselho Diretor e a subsequente transferência das suas atribuições para um Presidente de origem militar<sup>74</sup>, auxiliado por diretores de departamentos e assessores que possuíam a mesma origem. O

---

<sup>74</sup>“De sua criação em dezembro de 1967 até julho de 1983, a Funai será presidida unicamente por militares, exceção a um curto período, de 15/03/79 a 31/10/79, em que ocupou esse cargo o engenheiro Ademar Ribeiro Silva, ex-diretor geral do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem – DNER, muito ligado aos militares que estavam no poder.” (BIGIO, 2007, p. 25)

referido período foi marcado pela transferência de grupos indígenas recentemente atraídos, construção de estrada atravessando o Parque do Xingu, implementação de projetos de produção comercial nos postos indígenas, apresentação de óbices à realização de pesquisas etnológicas no interior das áreas indígenas, propostas de distinções preconceituosas entre índios e não índios e de extinção da tutela sem assegurar as terras indígenas.

A segunda fase da Funai, segundo Julio Cezar Melatti (2014, p. 254), tem início com o restabelecimento do regime democrático. Nesse período, diminuíram-se as tensões existentes nas relações internas e acelerou-se o processo de reconhecimento, demarcação e homologação de terras indígenas. Ainda, o órgão possibilitou maior abertura para o diálogo e a colaboração das organizações não governamentais nas suas atribuições.

Embora a instrução escolar e o atendimento médico aos indígenas não sejam mais de atribuição da Funai, sendo de responsabilidade dos Ministérios da Educação e da Saúde<sup>75</sup>, respectivamente, o órgão manteve o difícil trabalho concernente à demarcação de terras indígenas, possuindo um orçamento muito abaixo das suas efetivas necessidades e com pouca renovação do seu quadro de pessoal (MELATTI, 2014, p. 254), o que muito dificulta o exercício adequado de todas suas demais atribuições.

Relevante, ainda, é o fato de que a Funai, nos seus primeiros anos, recebeu a importante incumbência de elaborar o

---

<sup>75</sup>Ricardo Verdum assinala que (2009, p. 101): “A hegemonia política, ideológica e administrativa da Funai sobre a gestão oficial da população e dos territórios e recursos naturais indígenas estendeu-se até 1991, quando algumas das suas funções passaram a ser gradativamente compartilhadas ou mesmo repassadas para outros órgãos da administração pública federal. Por intermédio dos Decretos No. 23, 24, 25 e 26, de 4 de fevereiro de 1991, durante a presidência de Fernando Collor de Mello, foram repassadas, respectivamente para os Ministérios da Saúde, do Meio Ambiente, da Agricultura e da Educação, as ações da “política de assistência ao índio” que estavam, até então, na responsabilidade da Funai executar, ou conceder a terceiros a co-responsabilidade pela implementação.”

Estatuto do Índio, sancionado em 19 de dezembro de 1973 (Lei 6.001).

O Estatuto do Índio refletiu o contexto autoritário existente no momento da sua elaboração e aprovação, haja vista que não se realizou qualquer consulta às comunidades indígenas a respeito do seu conteúdo e muitas sugestões dos aliados não foram consideradas. Ouviram-se políticos, alguns antropólogos, sertanistas e missionários. Além de apresentar alguns outros aspectos positivos<sup>76</sup>, o Estatuto outorgou à Funai o poder de realizar a demarcação das terras indígenas, fixando o prazo de cinco anos para que todas fossem realizadas (MOURA, 2001, p. 235).

Desta forma, como salienta Hartmut-Emanuel Kayser (2010, p. 165), o Estatuto confirmou a política integracionista existente até então:

A concepção evolucionista da situação dos índios, como estágio de transição, foi confirmada novamente no Estatuto do Índio. Como objetivo da política indígena, o artigo 1 do Estatuto estabeleceu a manutenção da cultura indígena e, ao mesmo tempo, a integração progressiva e harmônica dos

---

<sup>76</sup> Ismael Marinha Falcão (1985, p. 14) apresenta os objetivos principais do Estatuto do Índio: “a) assegurar assistência aos índios e às populações indígenas ainda não-integradas ou em processo de integração à comunhão nacional; b) estender a todos os indígenas os benefícios da legislação brasileira; c) respeitar as peculiaridades inerentes à sua condição, proporcionando-lhes, simultaneamente, meio para o seu desenvolvimento; d) garantir-lhes a permanência voluntária no seu *habitat*, fornecendo-lhes recursos para ali se desenvolverem; e) assegurar-lhes, na medida do possível, a livre escolha dos seus meios de vida e subsistência; f) respeitar, no processo de integração e assimilação à comunidade nacional, os valores culturais, tradições, usos e costumes; g) executar, com o assentimento e colaboração das populações indígenas, os projetos que objetivem beneficiá-las; h) utilizar seu espírito de iniciativa e qualidades pessoais, bem como sua cooperação, para melhoria de suas condições de vida; i) assegurar-lhes uso e gozo dos bens que lhes são atribuídos pela Constituição; j) regular o exercício dos seus direitos civis; e, k) assegurar a posse e uso das terras por eles ocupadas.”

índios na sociedade nacional. O artigo 50 do Estatuto autorizava a continuidade da prática exercida pelo SPI na educação e na instrução dos índios, de acordo com a qual os índios eram preparados para sua integração na sociedade nacional por meio de um processo de compreensão gradual dos problemas gerais e dos valores da sociedade, com o aproveitamento de suas capacidades individuais. Essas normas permaneceram em vigor até a Constituição de 1988 [...] e constituíram a base da atividade da Funai.

O referido Estatuto manteve a tutela estatal sobre o índio (exercida pela Funai), equiparando-o a condição dos menores de idade e dos relativamente incapazes<sup>77</sup> (MOURA, 2001, p. 235).

---

<sup>77</sup> Assim está regulamentada a tutela no Estatuto do Índio (Lei 6.001/73): “Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeito ao regime tutelar estabelecido nesta Lei. § 1º Ao regime tutelar estabelecido nesta Lei aplicam-se no que couber, os princípios e normas da tutela de direito comum, independentemente, todavia, o exercício da tutela da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, bem como da prestação de caução real ou fidejussória. § 2º Incumbe a tutela à União, que a exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas. Art. 8º São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente. Parágrafo único. Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos. Art. 9º Qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha os requisitos seguintes: I - idade mínima de 21 anos; II - conhecimento da língua portuguesa; III - habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional; IV - razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional. Parágrafo único. O Juiz decidirá após instrução sumária, ouvidos o órgão de assistência ao índio e o Ministério Público, transcrita a sentença concessiva no registro civil. Art. 10. Satisfeitos os requisitos do artigo anterior e a pedido escrito do interessado, o órgão de assistência poderá reconhecer ao índio, mediante declaração formal, a condição de integrado, cessando toda restrição à capacidade, desde

Justificou-se a necessidade da tutela pelo fato de ser indispensável proteger os índios de eventuais lesões econômicas ou morais por parte da “sociedade nacional”, além de facilitar a compreensão, pelos indígenas, da sociedade brasileira nos seus diferentes aspectos, o que facilitaria a sua integração à “comunhão nacional”, que era funcional aos interesses do sistema econômico dominante. Embora a tutela tivesse sido instituída para prestar assistência aos índios quando da prática de atos da vida civil, o órgão indigenista passou a tratá-la como representação, substituindo a vontade dos tutelados e determinando o que podiam ou não fazer (ALBUQUERQUE, 2008, p. 203). Nesse ponto, são precisas as lições de Dalmo de Abreu Dallari (1983, p. 54-55):

[...] o que a lei prevê é que, para o exercício da alguns direitos, o índio seja assistido pela Funai, que é sua tutora legal. A regra básica para o conhecimento dos limites da tutela está fixada no art. 8º do Estatuto do Índio, acima referido. E, de acordo com esse artigo, são nulos os atos praticados sem assistência da Funai, quando envolverem índio “não integrado” e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena.

É preciso que se esclareça desde logo que índio “não integrado” não é a mesma coisa que índio “não emancipado”. Emancipação é a formalidade pela qual o índio comprova que não precisa mais de tutela porque já tem 21 anos de idade, pelo menos, conhece a

---

que, homologado judicialmente o ato, seja inscrito no registro civil. Art. 11. Mediante decreto do Presidente da República, poderá ser declarada a emancipação da comunidade indígena e de seus membros, quanto ao regime tutelar estabelecido em lei, desde que requerida pela maioria dos membros do grupo e comprovada, em inquérito realizado pelo órgão federal competente, a sua plena integração na comunhão nacional. Parágrafo único. Para os efeitos do disposto neste artigo, exigir-se-á o preenchimento, pelos requerentes, dos requisitos estabelecidos no artigo 9º.”

língua portuguesa, está habilitado para exercer atividade útil na sociedade brasileira e tem razoável compreensão dos usos e costumes do povo brasileiro. Esse conjunto de requisitos demonstra que, para efeitos legais, o índio já está integrado à sociedade brasileira. Mas pode ocorrer que, mesmo integrado, o índio considere conveniente não pedir a emancipação, ou seja, não dispensar a assistência da tutora para a prática de determinados atos. Nesse caso tem-se o índio integrado e não emancipado [...].

Outro ponto que deve ser assinalado é que a tutela cria para a Funai a obrigação de proteger o índio, assistindo-o na prática de certos atos. Isso não se confunde com o direito de substituir o índio, falando em seu nome e ignorando sua vontade. Sendo tutora do índio, a Funai deverá estar ao seu lado para lhe dar assistência, evitando que ele sofra prejuízos por insuficiente compreensão do significado e do alcance dos atos que praticar. A tutora é assistente e não substituta do índio.

Com a entrada em vigor da atual Constituição Federal<sup>78</sup>, houve uma mudança de paradigma, na medida em que “se acabaram as perspectivas assimilacionistas e integracionistas das constituições anteriores: o índio adquire o direito à alteridade, isto é, respeita-se a sua especificidade étnico-cultural, garantindo-lhe o direito de ser e de permanecer índio” (COLAÇO, 2012, p. 111).

Gersem Baniwa (2012, p. 206) também disserta sobre o assunto:

---

<sup>78</sup> “Reconhecida como marco do direito constitucional indígena por ter influenciado a concepção de várias Constituições americanas (Colômbia / 1991, México e Paraguai / 1992, Peru / 1993 e Bolívia / 1994), a Constituição de 1988 possui um capítulo composto de previsões concernentes aos índios, onde são delineados os contornos de como devem ser efetivadas as relações entre os índios, seus povos e o Estado brasileiro.” (SANTOS FILHO, 2012, p. 45)

Foi a Constituição Federal homologada em 1988 que mudou o rumo dessa história, quando estabeleceu alguns direitos fundamentais dos povos indígenas, como:

- a) superação da tutela, reconhecendo a capacidade civil dos índios;
- b) abandono do pressuposto integracionista, em favor do reconhecimento do direito à diferença sociocultural dos povos indígenas, na linha do multiculturalismo contemporâneo;
- c) reconhecimento da autonomia societária dos povos indígenas, garantindo para isso o direito ao território, à cultura, à saúde, ao desenvolvimento econômico, de acordo com os seus projetos coletivos presentes e futuros;
- d) reconhecimento do direito à cidadania híbrida: étnica, nacional e global.

A Constituição Federal de 1988, ao abandonar o paradigma da integração, abandonou a ideia de “tutela-incapacidade”, substituindo-a pela “tutela-proteção”. Isso porque a Constituição reconheceu o índio como “diferente”, mas não “incapaz”, prevendo, inclusive, sua capacidade para ingressar em juízo na defesa dos seus direitos (BARRETO, 2011, p. 42-43).

Inaugurando uma nova ordem na relação entre o Estado e os povos indígenas, a Constituição Federal de 1988 determina ao Estado brasileiro que respeite e proteja todos os seus bens, o que se consubstancia no paradigma maior norteador da política indigenista. A tutela passa a adquirir, então, um conteúdo público, afastando-se a tutela orfanológica e a aplicação da legislação privada. Os bens devem ser entregues à administração dos próprios indígenas, segundo seus usos, costumes e tradições, com a intervenção do Estado somente quando da realização de negócios jurídicos entre índios e não índios. No caso de a participação do Estado não evitar a ocorrência de prejuízo ao patrimônio indígena, este poderá ser responsabilizado de forma objetiva pelos danos causados (SOUZA FILHO, 2012, p. 107).

Estaremos assim na seguinte situação: se o negócio jurídico for feito sem a participação do Estado, é nulo e o prejuízo causado deve ser reparado pelo causador do dano, se

houve assistência do Estado, o dano é reparado pelo próprio Estado. Há que ser agregado, ainda, um terceiro instrumento de proteção para os negócios que, ainda que nulos, causem danos ao patrimônio e que não possam ser reparados pelo agente causador, ou porque se o desconhece ou porque não é solvente, hipótese em que o Estado deve ter a obrigação de fazê-lo.

Desta forma, se estará cumprindo o desiderato da Constituição, mas muito mais do que isto, se tenta corrigir uma injustiça que já dura cinco séculos (SOUZA FILHO, 2012, p. 107).

Segundo Juliana Santilli (2004, p. 42-43), a Constituição Federal de 1988, ao dedicar todo um capítulo aos povos indígenas, reconhecendo sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, bem como direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, seguiu uma orientação multicultural e pluriétnica, estabelecendo um sólido regime jurídico de proteção às referidas especificidades.

Assim estão estabelecidos os direitos constitucionais específicos dos povos indígenas brasileiros<sup>79</sup>:

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

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter

---

<sup>79</sup> Thais Luzia Colaço (2012, p. 113) salienta que: “O constituinte evitou a utilização do termo “povos” para referir-se às nações indígenas, preferindo “comunidades indígenas”, “grupos indígenas”, “índios”, “populações indígenas” e “organizações indígenas”. A expressão “povos”, no plural, aparece apenas para tratar do Estado no âmbito internacional, utilizando a “autodeterminação dos povos” e a “cooperação entre povos para o progresso da humanidade”. Não reconheceu nos moldes do direito internacional o direito à autodeterminação.”

permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas, só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada a participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

§ 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

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

Com a inserção de tais previsões na Constituição Federal de 1988 Gersem Baniwa (2012, p. 209) entende que se inaugura o que denomina de “Indigenismo Governamental Contemporâneo”. Salienta que há uma dilatação na relação entre o Estado e os povos indígenas, haja vista a pulverização da política indigenista para diversos órgãos e ministérios, rompendo com a hegemonia da Funai como órgão titular e absoluto desta. Destaca, ainda, como fato marcante do período, o reconhecimento da diversidade cultural e política dos povos indígenas e a superação teórica e jurídica do instituto da tutela, ressaltando que, malgrado tal constatação, faticamente não há o adequado reconhecimento da legitimidade das organizações indígenas como interlocutoras diretas dos referidos povos.

Pela primeira vez, uma Constituição Federal brasileira consagrou a diversidade cultural e a multiétnicidade dos povos indígenas, o que só foi possível pela pressão exercida, junto ao Congresso Nacional, pelas comunidades e por antropólogos, juristas, ONGs, associações científicas, religiosas etc<sup>80</sup>. Houve o

---

<sup>80</sup>Ricardo Verdum (2009, p. 95-96) informa que: “Igual como o ocorrido em outros países na América Latina, onde movimentos indígenas se mobilizaram e pressionaram as estruturas de poder dos Estados, visando conquistar voz e poder de voto na Assembleia Constituinte e nos parlamentos nacionais, como, por exemplo, na Bolívia, Colômbia, Equador e Venezuela, no Brasil, em meados dos anos 1980, por ocasião do processo político que resultou no atual texto da Constituição Federal de 1988, também houve esforços semelhantes. Em vários estados da federação, vimos indígenas ingressando em partidos políticos, onde enfrentaram disputas internas por espaço político e financiamento de campanha e, pelo menos, uma dezena participou em 1986 da disputa eleitoral para “deputado constituinte”. A União das Nações Indígenas (UNI), constituída no início dessa década, foi um polo de articulação de “lideranças indígenas” e de organizações de apoio (Inesc, Cedi, CPI-SP, ABA etc.) e a principal responsável pela

reconhecimento, ainda, do direito de defesa das comunidades indígenas em relação a questões do seu interesse, a fim de obstar a adoção de medidas pelo Estado sem o seu consentimento prévio, bem como se assegurou a educação indígena com a utilização das línguas nativas dos processos específicos de aprendizagem (ALBUQUERQUE, 2008, p. 224-225).

Conforme ensina Ricardo Verdum (2009, p. 96), a Constituição Federal de 1988, em comparação com o texto constitucional de 1969, representou um avanço, na medida em que incorporou novas dimensões de direitos aos povos indígenas e reconheceu o caráter multicultural e pluriétnico da sociedade brasileira. Malgrado tal constatação, a concretização das referidas previsões mediante ações práticas e mediante a reformulação das estruturas políticas do Estado, com a garantia de autodeterminação aos povos indígenas, não é algo que a Constituição, por si só, consiga resolver.

Em relação às terras indígenas, nos termos da Constituição Federal, embora sejam bens públicos, são destinadas à posse permanente dos índios a fim de que sejam utilizadas de acordo com os seus costumes, crenças e tradições. O direito às terras é originário<sup>81</sup>, mas a propriedade pertence à União (GONÇALVES; LIBERATO, 2013, p. 107).

---

campanha Povos Indígenas na Constituinte. O Conselho Indigenista Missionário (Cimi) teve, igualmente, papel de destaque no processo, apoiando ações do movimento indígena no Congresso Nacional e nos estados. Embora não tenha sido possível eleger, ao menos, um representante indígena para o Congresso Nacional, nem conquistado quota específica de representação das nações ou povos indígenas nessa casa legislativa, essa mobilização deu, no entanto, visibilidade às “questões indígenas”, extrapolando as fronteiras dos atores sociais que formam o chamado campo indigenista brasileiro. Também possibilitou o apoio de parlamentares de diferentes matizes à inclusão de um capítulo específico na atual Constituição Federal, intitulado Dos Índios, com dois artigos-chave para o futuro das campanhas de defesa e promoção dos direitos indígenas no país.”

<sup>81</sup>Como o direito dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam se consubstancia num direito originário, o procedimento administrativo de demarcação possui natureza meramente declaratória

Tendo em vista o caráter originário do direito a terra, os territórios indígenas diferenciam-se das Unidades de Conversação ambiental, haja vista que estas são criadas por atos discricionários do poder público que possuem natureza constitutiva. Já a terra indígena assim o é desde sempre, independente da realização de um ato formal de demarcação, que possui natureza nitidamente vinculada (SANTILLI, 2004, p. 43).

Ocorreu, com a Constituição Federal de 1988, a “desindividualização” da titularidade das terras indígenas, tornando-se um direito coletivo, haja vista que todos os integrantes da comunidade indígena passam a ser titulares. Nesse cenário, adquire especial importância o procedimento de demarcação a cargo da Funai como forma de proteção física dos territórios e de reconhecimento oficial de que determinado espaço é de posse dos indígenas (GONÇALVES; LIBERATO, 2013, p. 107-108), nos termos do que estabelece o art. 231 da Constituição Federal.

O procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas é regulamentado pelo Decreto nº 1.775, de 8 de janeiro de 1996. Segundo estabelece o mencionado instrumento normativo, a demarcação deve ser realizada sob a iniciativa e orientação do órgão federal de assistência ao índio, *in casu*, a Fundação Nacional do Índio – Funai – e fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação

---

e não constitutiva. Reforçando a natureza meramente declaratória do ato de demarcação de terra indígena, tem-se parte do voto do Ministro Ayres Brito, quando do julgamento da Petição nº 3.388 pelo Supremo Tribunal Federal: “Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente “reconhecidos”, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de ‘originários’, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como “nulos e extintos” (§ 6º do art. 231 da CF).”

reconhecida, que deve elaborar estudo antropológico de identificação da área a ser demarcada. O objetivo principal do procedimento é garantir o direito à posse permanente às comunidades indígenas em relação às terras que tradicionalmente ocupam.

Nesse cenário, é importante que se defina de forma adequada o que se entende por “ocupação tradicional”, que garante o direito à demarcação das terras indígenas. Segundo Luiz Fernando Villares (2009, p. 115-116), o conceito de “tradicional” não pode ser extraído de anseios e conceitos pertencentes a uma visão moderna das relações sociais, mas sim nos termos da cultura e das tradições indígenas de cada povo cuja terra deva ser identificada. Entende que tradicional é o modo e o tempo da relação dos índios com a terra que ocupam, bem como o modo da sua ocupação, do aproveitamento dos recursos naturais e da produção econômica.

A demarcação das terras indígenas consubstancia-se numa herança boa do positivismo, que preconizava o tratamento dos povos indígenas e seus territórios como algo independente do território nacional. Denomina-se demarcação o ato que estabelece limites, marcas físicas e os marcos artificiais que possibilitam a adequada localização de uma terra indígena<sup>82</sup> (VILLARES, 2009, p. 125).

---

<sup>82</sup> “Identificar, declarar e demarcar as terras indígenas é uma competência exclusiva da União Federal (CF/88, art. 231), que, para isso, usa seu poder independente, próprio da Administração. Pode-se falar em demarcação administrativa, pois a atividade administrativa é típica do Poder Executivo, que é regulamentado por normas próprias e internas. Ao decreto federal foi delegado, pelo Estatuto do índio, o poder de regulamentar o processo administrativo de demarcação [...]. A demarcação é, assim, regulamentada por decreto do Poder Executivo, o Decreto 1.775, de 08.01.1996, materializada num procedimento administrativo e finalizada através de um ato administrativo, que é o decreto homologatório. [...]

A tarefa de demarcar as terras indígenas foi historicamente uma atribuição do órgão de proteção aos índios, seja ele o Serviço de Proteção ao Índio – SPI, ou a Fundação Nacional do Índio – Funai. Na ditadura militar (1964-1985), essa atribuição foi, algumas vezes, desviada para instâncias que dificultavam e faziam um juízo político das demarcações. Atualmente, as terras indígenas tradicionalmente

Apesar do avanço em matéria de previsão constitucional, surgem diversas dificuldades para a implementação e a manutenção adequadas dos direitos existentes. Embora de um lado, além da Funai, outras instituições públicas e agências multilaterais passem a se relacionar política e operacionalmente de forma direta com as comunidades e com as organizações indígenas, de outro há um processo de descaso do Estado com a questão, com o sucateamento do órgão indigenista, ausência de regulamentação adequada de disposições normativas e propostas de retrocesso em matéria de direitos (BANIWA, 2012, p. 210):

[...] ocorre um processo de retração do Estado na gestão da questão indígena caracterizado, principalmente, pelo esvaziamento político-orçamentário da administração tutelar do órgão responsável, resultando em paradoxos profundos na relação do Estado com os povos indígenas, pois vários instrumentos jurídicos, políticos e administrativos não foram regulamentados. O Estado, através das suas instituições, tem promovido medidas protelatórias para não atualizar e promover as bases da nova política indigenista, como a paralisia [...] de tramitação do Estatuto das Sociedades Indígenas e outros projetos de lei no

---

ocupadas são demarcadas por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio – Funai –, mas o ato administrativo de demarcação é atribuição exclusiva do Presidente da República.

O processo administrativo é iniciado pelo conhecimento da Funai de uma terra indígena a ser demarcada ou um pleito, seja dos próprios índios, de suas organizações ou de entidades não governamentais. Alguns atos de outros órgãos do Estado, vinculados à União ou aos Estados, como a construção de empreendimentos e projetos de reforma agrária ou constituição de áreas ambientalmente protegidas, também deflagram o reconhecimento de terras indígenas. As demarcações, nesse caso, são de fundamental importância para definir se há alguma sobreposição territorial, evitar situações irreversíveis e que provocarão sérios impactos nas terras indígenas.” (VILLARES, 2009, p. 126-127)

Congresso Nacional que tratam da questão indígena e da reforma da Funai. Ao mesmo tempo, parlamentares anti-indígenas encheram o Congresso com projetos de lei que visam reduzir ou anular direitos indígenas já conquistados (BANIWA, 2012, p. 210).

Mesmo quando as terras indígenas são reconhecidas formalmente pelo Estado, não se garante o pleno controle dos respectivos espaços aos povos indígenas, mantendo-se a ideia de que, se necessário, os territórios devem ser considerados “reservas de recursos naturais” que precisam ser incorporadas à lógica de mercado. Como exemplo de tal cenário, tem-se as 19 (dezenove) condicionantes estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do caso envolvendo a Terra Indígena Raposa Serra do Sol (VERDUM, 2009, p. 98).

Assim, percebe-se a existência de um paradoxo entre o avanço em matéria de normatização de direitos indígenas na Constituição Federal e os retrocessos representados pela pouca disposição do Estado em implementar os referidos direitos de forma concreta.

Desta forma, a fim de verificar se o cenário de normatividade existente em relação à questão indígena permite uma prática relacional, complexa e contextualizada em práticas sociais emancipadoras por parte das instituições protetoras, é importante a identificação de alguns processos de luta por dignidade travados pelos povos indígenas brasileiros, o que será feito no tópico a seguir.

### 3.3 ALGUNS PROCESSOS DE LUTA DOS POVOS INDÍGENAS: A TERRA, A AUTODETERMINAÇÃO E O ACESSO A POLÍTICAS PÚBLICAS.

Identificadas as normas historicamente e atualmente utilizadas para tratar da questão indígena, é indispensável serem analisados, de forma breve, alguns processos de luta dos povos indígenas brasileiros. Isso porque, conforme se discorreu no capítulo 1, os direitos humanos não podem ser compreendidos como sendo somente aqueles positivados em normas nacionais e internacionais, mas também como sendo as reivindicações dos grupos “tradicionalmente marginalizados do processo de

positivação e de reconhecimento institucional de suas expectativas” (HERRERA FLORES, 2009b, p. 77), como é o caso dos povos indígenas.

Entre as diversas reivindicações dos povos indígenas, serão expostas algumas especificidades de três delas, quais sejam: o reconhecimento do direito a terra; o direito à autodeterminação; e o direito ao acesso a políticas públicas.

Um dos principais processos de luta das comunidades indígenas é o reconhecimento do direito à terra. Conforme assinala Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2012, p. 119): “O direito a terra, entendida como o espaço de vida e liberdade de um grupo humano, é a reivindicação fundamental dos povos indígenas brasileiros e latino-americanos”, salientando, ainda, que “[...] no Encontro Continental dos Povos Indígenas ocorrido em Quito, em 1990, é solene a declaração de que: *“El derecho al territorio es una demanda fundamental de los pueblos indígenas del continente”*”.

Deve-se observar que a relação que as comunidades indígenas estabelecem com a terra não se restringe à ocupação física, mas também à dimensão espiritual e cultural. Desta forma, qualquer análise a respeito da tradicionalidade ou originalidade da ocupação de determinado território indígena deve considerar as dimensões mencionadas a fim de possibilitar maior harmonização entre o direito e a realidade específica dos povos originários.

A título de exemplo, tem-se o caso da etnia Guarani, que possui uma expressão específica para designar essas demais funções da terra indígena, qual seja “tekoha”. Miriam Lange Noral (2006, p. 36), expõe, de forma resumida, o que significa o “tekoha”<sup>83</sup> para a etnia Guarani:

---

<sup>83</sup>Tem-se, ainda, a respeito do assunto, os importantes ensinamentos de Thais Luzia Colaço (2009, p. 194): “O modo de ser Guarani estava intimamente ligado à forma como viviam no seu espaço físico. Para os Guarani contemporâneos, o *tekoha* representa o lugar onde vivem segundo os seus costumes. Desta forma, “a categoria de espacialidade é fundamental para a cultura guarani, ela assegura a liberdade e a possibilidade de manter a identidade étnica”, e pode-se concluir que “sem tekoha não há teko”, isto é, sem a garantia do seu espaço físico ilimitado em que viviam em plena liberdade, não era possível a defesa

O *tekoha* é o seu território tradicional, é o seu lugar de viver, é onde seu cordão umbilical foi enterrado e onde deseja que seu corpo também seja enterrado. É o *ñanderetã*, ou seja, o tradicional território guarani, terra que receberam de Tupã para viver e cuidar. O *tekoha* é o espaço no qual acontece o *ñandereko* ou o *tekoyma*, o jeito de ser e de viver herdado dos antepassados. De acordo com Brand (1997), perder o território tradicional é como perder a vitalidade, a identidade, o passado, o presente e o futuro. Portanto, a aldeia de origem é o lugar da identidade pessoal e grupal, é fonte de subsistência e permite a conexão com o poder espiritual de seus ancestrais. É fator fundamental na determinação do impacto dos crescimentos externos sobre a identidade local, subsistência e poder.

Assim, para além de questões técnico-jurídicas, tratar de territorialidade em relação aos povos indígenas diz respeito à própria sobrevivência cultural e espiritual da referida coletividade enquanto povo e não sendo somente algo atinente a sua subsistência.

A destituição de um povo indígena de um território importa em condená-lo à morte. Desta forma, o conceito jurídico adotado pelo Estado de território e de territorialidade, como um dos seus elementos formadores e limitadores do poder e vinculado ao exercício da soberania, encontra-se ultrapassado (SOUZA FILHO, 2012, p. 119).

Em relação a tal aspecto, leciona Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2012, p. 121):

[...] especialmente nos séculos XIX e XX, as leis não admitem o nome território para indicar o espaço vital dos povos indígenas, chamando-se simplesmente de terras, como se se tratasse de terras particulares dentro

---

dos seus costumes, das suas leis e do seu modo de ser, pois era naquele espaço que todas essas questões seriam postas em prática.”

do território nacional. É claro que o fenômeno não se enquadra muito bem em todo o sistema, como já vimos no exemplo do balão que se quer encaixotar. Houve necessidade de fazer verdadeiro malabarismo jurídico, pôr a funcionar o gênio criador brasileiro para amoldar o direito ao território dos povos indígenas limites das terras particulares, sem sê-las.

Repugna ao poder público, aos juristas de uma forma geral e aos Tribunais chamar as terras indígenas de território, quanto chamá-los de povos. Estas duas palavras, povos e território, somadas à soberania, têm o som de tambores belicosos, de guerra de libertação, de insurreição e de independência e, por isso, sofrem imediata e irracional repulsa de todos os setores que se dizem nacionalistas, especialmente militares. Entretanto, em análise mais acurada, podemos observar que o conceito de território está escondido atrás das normas constitucionais que regem a matéria e, especialmente, atrás da coerência sistêmica da Constituição e de todo o ordenamento jurídico.

Identifica-se a existência de compreensão inadequada pelo poder público e pelos juristas das dimensões cultural e espiritual que envolvem a territorialidade indígena, o que leva à adoção de entendimentos equivocados, como, por exemplo, em relação ao tema “marco temporal”<sup>84</sup> para a demarcação de terras indígenas.

Há, ainda, a vinculação da figura do índio a determinados estereótipos<sup>85</sup>, criando-se a ideia da existência de um “índio

---

<sup>84</sup>O denominado “marco temporal” foi adotado no caso da Petição nº 3388 - Raposa-Serra do Sol pelo Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a Constituição Federal somente possibilitaria a demarcação de terras indígenas que estivessem sendo ocupadas na data da sua promulgação, qual seja 5 de outubro de 1988.

<sup>85</sup> Conforme informa Julio Cezar Melatti (2014, p. 256): “Grande parte dos habitantes das cidades têm uma visão romântica do índio. Fazem dele um ser naturalmente bom. Tal visão foi cultivada por pensadores

genérico” que, por vezes, permeia o imaginário popular, que se caracteriza por corpos pintados, por usar vestimentas e adereços confeccionados com penas, armas primitivas como arco e flecha e pelo isolamento da sociedade envolvente. Os indígenas que não se enquadram nesses padrões preestabelecidos possuem maior dificuldade de reconhecimento das suas especificidades, incluindo a questão do direito ao território.

A utilização de parâmetros ocidentais para análise da questão indígena acaba por impedir a aceitação das suas modificações culturais, costumes e tradições, que passam a ser consideradas como reveladores de uma perda de identidade e, por consequência, de direitos. É o que preconiza Rinaldo Sérgio Vieira Arruda (2013, p. 110):

---

europeus do passado, baseados nos dados dos primeiros viajantes, e culminou na ideias de Rousseau a respeito da bondade natural do homem. [...] Romancista e poetas brasileiros, sobretudo José de Alencar e Gonçalves Dias, foram responsáveis pela divulgação dessa visão romântica do índio: o índio ativo, cortês, corajoso. Nina Rodrigues apresenta uma razão para o cultivo de tais ideias sobre o índio do Brasil. Segundo este autor, os fatores sociais que levaram o Brasil à independência foram acompanhados de um sentimento de oposição e antagonismo contra os portugueses, que concorreu para quebrar os laços de continuidade afetiva e dar aos brasileiros consciência de uma vida autônoma. [...] E até hoje o índio é enaltecido, costumando-se dizer que ele é o verdadeiro brasileiro. Tal afirmação é profundamente falsa. Sem dúvida, o índio nascido no Brasil deve ser considerado cidadão brasileiro e gozar de todos os direitos de que gozam os demais cidadãos. Não se pode dizer, entretanto, que o índio é o verdadeiro brasileiro, querendo significar com isso que ele é mais brasileiro do que os brancos e os negros. Na verdade o Brasil se formou à custa da conquista dos territórios indígenas. Antes que se formasse o Brasil, as populações indígenas já existiam no continente. As fronteiras do Brasil foram traçadas sem tomar em conta a posição das sociedades indígenas. Levando às últimas consequências a assertiva de que o índio é o verdadeiro brasileiro, chegar-se-ia a afirmações contraditórias e incômodas. Por exemplo: os índios ticunas habitam as terras que estão dentro do Brasil, dentro do Peru e dentro da Colômbia. Seriam os ticunas, por conseguinte, os verdadeiros brasileiros, os verdadeiros peruanos ou os verdadeiros colombianos?”

A legislação constitucional brasileira de 1988, assim como a de vários países de formação pluriétnica, reconhecendo o direito à diferença cultural, já estipula como “direitos coletivos”, o direito a seu território tradicional, o direito à sociodiversidade, o direito ao patrimônio cultural, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à biodiversidade. Entretanto, o “tradicional” continua sendo definido a partir de critérios ocidentais nos quais os índios aparecem, além das imagens já evocadas anteriormente, também como “máquinas adaptativas equilibradas”. A mudança cultural, a recriação da tradição, só é aceita em relação à corrente civilizatória ocidental. Quando ocorre com outras sociedades, aparece sob o signo de sua não legitimidade identitária. Dentro desse campo de significados socialmente construído o dilema indígena atual se eterniza: se continuam “autênticos” são vistos (com simpatia ou não) como “selvagens”, sem condições de autodeterminação. Se incorporam em sua constelação cultural elementos da modernidade, passam a perder legitimidade como índios e seus direitos passam a ser contestados. Parece que hoje, num mundo politicamente laico, a “alma” que define a pertinência à humanidade é a adoção do modelo de “civilização ocidental”, mas para os povos indígenas essa adoção significa sua deslegitimação como povo e sociedade diferenciada.

Para a análise adequada pelos juristas da questão do território e dos demais direitos dos povos indígenas, é indispensável que seja realizada uma desvinculação das ideias falsas, permeadas por um olhar homogeneizador ocidentalizado que não considera as especificidades que as envolvem.

Outra reivindicação histórica dos povos indígenas é o reconhecimento à autodeterminação.

Conforme assinala Jesus Antonio de La Torre Rangel (1998, p. 238-239), no Primeiro Encontro Continental de Povos

Índigenas, ocorrido em Quito no mês de julho de 1990, as organizações indígenas do continente americano manifestaram-se acerca do direito à autodeterminação nos seguintes termos: “No exercício do direito à autodeterminação, os povos indígenas lutam pela plena autonomia nos marcos nacionais”, implicando “o direito que os povos indígenas têm ao controle dos respectivos territórios, incluindo controle e manejo de todos os recursos naturais do solo, do subsolo e do espaço aéreo”; “a defesa e conservação da natureza” e a autoconstituição de governos democráticos.

Assim, não pode ser considerado completo qualquer entendimento sobre os direitos dos povos indígenas no sistema internacional sem a garantia do direito à autodeterminação (conhecido em diversos documentos internacionais como livre determinação), pois, conforme informa James Anaya (2005, p. 136): “Os povos indígenas têm articulado reiteradamente suas demandas em termos de autodeterminação, e, por sua vez, as regras sobre autodeterminação têm apoiado o movimento internacional em favor dessas demandas” (tradução nossa)<sup>86</sup>.

Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2012, p. 77-78) diferencia a autodeterminação como o direito de um povo de constituir-se em Estado, da autodeterminação baseada na autoestima de um povo. Embora do ponto de vista do Direito Internacional o direito à autodeterminação esteja vinculado ao desejo de constituição de um novo Estado, isso não ocorre do ponto de vista de cada povo. Os povos indígenas manifestam sua autodeterminação no sentido de poderem viver sob a égide da sua própria organização sem deixar de pertencer a um Estado.

Para os povos indígenas brasileiros, autodeterminação não é equivalente à soberania e ao desejo de separação do Estado<sup>87</sup>,

---

<sup>86</sup> “*Los pueblos indígenas han articulado reiteradamente sus demandas en términos de autodeterminación, y, a su vez, las normas relativas a la autodeterminación han respaldado el movimiento internacional a favor de estas demandas.*”

<sup>87</sup> Segundo João Mitia Antunha Barbosa, Marco Antonio Barbosa e Pablo Antunha Barbosa (2009, p. 251), os povos indígenas brasileiros não reivindicam a independência do Estado “[...] porque simplesmente ela não tem sentido pela razão óbvia de que são apenas essas duas

mas ao direito de poder pactuar as condições que possibilitam e facilitam sua sobrevivência e seu desenvolvimento enquanto povos (ALBUQUERQUE, 2008, p. 290).

João Mitia Antunha Barbosa e Marco Antonio Barbosa (2013, p. 158) classificam a autodeterminação dos povos indígenas em interna e externa. A autodeterminação interna, acima referida, é uma fase preliminar à externa e é exercida mediante o cumprimento efetivo e integral, pelos Estados, das disposições estabelecidas na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007. Caso determinado Estado não respeite os direitos previstos na Declaração, os povos indígenas não estão obrigados a respeitar a integridade desse mesmo Estado, sendo justificada a secessão. “Nessa situação, tal ação não pode mais ser considerada como ato contrário à Carta da ONU, nem à soberania e à integridade do Estado” (BARBOSA; BARBOSA, p. 158).

Nesse contexto, o direito à autodeterminação interna materializa-se, principalmente, nas garantias de participação, consulta e consentimento, que se fundamentam no princípio de que os povos indígenas possuem a mesma dignidade que os demais povos e culturas e possuem igual capacidade de controlar livremente suas instituições, suas formas de vida e seu modelo de desenvolvimento. Tais garantias assentam novas bases na relação entre os indígenas e o Estado, permitindo superar o modelo tutelar que encontra raízes na ideologia colonial da minoridade e da incapacidade indígena (FAJARDO, 2009, p. 17).

Tendo em vista que os direitos de participação, consulta e consentimento se consubstanciam no exercício concreto da autodeterminação indígena, devem ser sempre observados pelo poder público nas relações travadas com os povos indígenas e sempre que alguma medida legislativa ou administrativa puder

---

centenas de povos, em alguns casos até com menos de uma centena de pessoas, cada um constituindo-se em parcela numericamente insignificante no conjunto da população brasileira.”

afetá-los<sup>88</sup>. Malgrado tal constatação, resta impossibilitada a sua imposição aos povos indígenas. É o que entende o jurista espanhol Bartolomé Clavero (2012), ao defender que tais garantias são complementares ao direito à autodeterminação, não a substituindo:

A consulta é um direito e não uma obrigação, para os povos indígenas. É uma garantia de direitos e não um trâmite de cortesia. O Estado não pode impor a consulta ao povo indígena com o argumento de que para ele se constitui um dever. Não o é se o povo que se deseja consultar manifesta que não prestará seu consentimento e que não considera apropriado entrar em um procedimento para chegar a um acordo. A consulta agora complementa a autonomia, não a substitui mesmo nos casos em que a autonomia indígena não está organizada [Tradução nossa]<sup>89</sup>.

Não se pode entender como garantidos os direitos de participação, consulta e consentimento com a mera informação a uma comunidade indígena acerca de uma medida que possa lhe afetar. O direito à autodeterminação não pode ser restrito a

---

<sup>88</sup>O direito de consulta prévia não pode ter seu âmbito de atuação restringido a determinados atos. É o que assevera André Fernando Baniwa (2012, p. 53): “O direito de consulta prévia não pode ser interpretado como um instrumento exclusivo para tratar sobre o aproveitamento específico de algum recurso natural, mas deve ser objeto de uma dimensão política mais ampla, para pensar a forma como se dará a participação do povo na definição de políticas públicas que lhe digam respeito. Assim, a consulta prévia deve abranger todos os aspectos que envolvam uma atividade e suas consequências futuras.”

<sup>89</sup>No original: “*La consulta es un derecho, no una obligación, para los pueblos indígenas. Es garantía de derechos, no trámite de cortesia. El Estado no puede imponer la consulta al pueblo indígena con el argumento de que para él sí que constituye un deber. No lo es si el pueblo con el que quiere consultar manifiesta que no prestará su consentimiento y que no considera procedente entrar en un procedimiento para alcanzarse un acuerdo. La consulta ahora complementa a la autonomía, no la sustituye ni siquiera en los casos en los que no esté organizada la autonomía indígena.*”

institutos específicos e com base no atendimento a regras formais objetivas.

Os procedimentos de consulta devem ser construídos de forma que se permita aos povos indígenas influenciarem de forma efetiva a tomada de decisões que possam afetar seus interesses, mediante o estabelecimento de um diálogo com o governo e com as instituições e com a observância de procedimentos que estejam em sintonia com os próprios mecanismos indígenas de tomada de decisões, incluindo os costumes e as estruturas organizativas específicas, com informação ampla e com a assessoria necessária (ANAYA, 2005, p. 235).

A concretização da reivindicação dos povos indígenas por autonomia, por autodeterminação, é indispensável para que se consiga superar a juridicidade dos Estados pós-modernos, construídos em bases fortes eurocêtricas, abstrato e impessoal, funcional ao modo de produção capitalista “[...] que concebe todos os homens livres e iguais, produtores e negociantes de mercadorias”. (RANGEL, 1998, p. 239)

Além do direito a terra e à autodeterminação, importante registrar como importante reivindicação dos povos indígenas o direito ao acesso a políticas públicas.

A título de exemplo, na Carta endereçada pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil<sup>90</sup> à Presidência da República, entre diversos requerimentos, as lideranças indígenas de distintos povos e regiões do Brasil pleitearam a implementação de políticas públicas nas áreas da saúde e educação, além da criação de um conselho nacional da política indigenista<sup>91</sup>:

---

<sup>90</sup> A Articulação dos Povos Indígenas do Brasil – APIB – foi criada em 2005 com o objetivo de dar visibilidade à realidade vivenciada pelos povos indígenas e a fim de ser um canal de reivindicação de direitos específicos. Integram a APIB: a Articulação dos Povos Indígenas do Pantanal e Região - ARPIPAN, a Articulação dos Povos Indígenas do Nordeste, Minas Gerais e Espírito Santo - APOINME, a Articulação dos Povos Indígenas do Sudeste - ARPINSUDESTE, a Grande Assembleia do povo Guarani - ATY GUASSÚ, a Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira – COIAB e a Articulação dos Povos Indígenas do Sul – ARPINSUL.

<sup>91</sup> Imperioso mencionar a criação, após a Constituição Federal de 1988, de diversas organizações indígenas com o objetivo de representar

7. Reivindicamos também do Governo Brasileiro políticas públicas específicas, efetivas e de qualidade, dignas dos nossos povos que, desde tempos imemoriais, exercem papel estratégico na proteção da Mãe Natureza, na contenção do desmatamento, na preservação das florestas e da biodiversidade, e outras tantas riquezas que abrigam os territórios indígenas.

- Na saúde, efetivação da Secretaria Especial de Saúde Indígena e os Distritos Sanitários Especiais Indígenas, para a superação dos distintos problemas de

---

politicamente os povos originários. Nesse sentido ensina Carlo Alberto Ricardo (1996, p.90-91): “Especialmente após a promulgação da nova Constituição Federal de 1988, cresceu em várias regiões do Brasil a formalização de organizações indígenas, com diretorias eleitas em assembleias, estatutos registrados em cartório e contas bancárias próprias. Trata-se, a rigor, da incorporação, por alguns povos indígenas, de mecanismos de representação política por delegação, para poder lidar como mundo institucional, público e privado, da sociedade nacional e internacional e tratar de demandas territoriais (demarcação e controle de recursos naturais), assistenciais (saúde, educação, transporte e comunicação) e comerciais (colocação de produtos no mercado). Na sua maioria são organizações de caráter étnico de base local (por aldeia ou comunidade), como a Associação Xavante de Pimentel Barbosa, ou interlocal (grupo de aldeias ou comunidades), como a Aciri - Associação das Comunidades Indígenas do Rio Içana, ou o Conselho Geral da Tribo Ticuna (CGTT). Surgiram também algumas organizações regionais - como a UNI (União das Nações Indígenas do Acre), o Conselho Indígena de Roraima (CIR), a Federação das Organizações Indígenas do Rio Negro (Foirn) e, num âmbito maior, a Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (Coiab). Houve também a curta experiência de representação nacional da UNI (União das Nações Indígenas) que, aliás, nunca se institucionalizou formalmente e está em curso uma nova tentativa, através do Conselho de Articulação dos Povos e Organizações Indígenas do Brasil (Capoib), fundado em 1992 numa Assembleia da Coiab, sob o acompanhamento e os auspícios do Cimi (órgão oficial da CNBB, da Igreja Católica Romana), mas cuja primeira Assembleia Geral realizou-se apenas em 1995.”

gestão, falta de profissionais, de concurso específico para indígenas, plano de cargos e salários, de assistência básica nas aldeias, entre outros.

- Na Educação, que a legislação que garante a educação específica e diferenciada seja respeitada e implementada, com recursos suficientes para tal e que seja aplicada imediatamente da Lei 11.645, que trata da obrigatoriedade do ensino da diversidade nas escolas.

- Na área da sustentabilidade, instalação do Comitê Gestor da PNGATI e de outros programas específicos para os nossos povos, com orçamento próprio.

- Para a normatização, articulação, fiscalização e implementação de outras políticas que nos afetam, criação imediata do Conselho Nacional de Política Indigenista (CNPI), cujo Projeto de Lei (3571/08) não foi até hoje aprovado na Câmara dos Deputados.

Percebe-se que os povos indígenas demandam que o poder público, atendendo suas especificidades, implemente políticas públicas em temáticas que são fundamentais para a garantia do exercício de direitos elementares para o usufruto de uma vida digna.

Para identificar as políticas públicas que sejam adequadas à diversidade cultural dos povos indígenas, deve o Estado realizar um diagnóstico específico em cada comunidade, observados os direitos à participação, consulta e consentimento, sendo vedadas medidas genéricas e homogeneizantes.

Assim, conforme salientam João Mitia Antunha Barbosa, Marco Antonio Barbosa e Pablo Antunha Barbosa (2009, p. 259), o Estado brasileiro só pode implementar políticas públicas destinadas aos povos indígenas, entre outras ações, sob as bases da consideração de que a participação destes na vida política, econômica, social e cultural do Estado é um direito que deve ser respeitado, tanto no aspecto positivo, quanto no aspecto negativo.

A Constituição Federal de 1988, ao romper com o paradigma integracionista, reconhecendo a sociedade brasileira

como pluriétnica e multicultural, tornou necessários o respeito à realidade específica dos povos originários e o atendimento aos seus direitos diferenciados quando da análise da pertinência de execução de políticas públicas que lhes beneficiem, em todos os níveis, seja federal, estadual ou municipal (SOUZA, 2002, p. 24).

Não há como dissociar, ainda, o tratamento da questão indígena e o acesso a políticas públicas sem considerar a dimensão político-ideológica engendrada pela construção histórica de uma ordem jurídica comprometida com um projeto de “comunidade nacional”. Deve-se considerar sempre “[...] o processo de violentação física e cultural efetivado pela colonização, usurpando os territórios tradicionais e submetendo as populações nativas aos trabalhos forçados como mão de obra produtiva ou reprodutiva [...] em prol da construção nacional”. (SOUZA, 2002, p. 25)

Adiante, serão tecidas breves considerações acerca das especificidades que revestem as políticas públicas de saúde e de educação para as comunidades indígenas, bem como em relação à constituição de conselhos gestores de políticas públicas.

Em relação a políticas públicas de saúde, conforme assinala Luiz Fernando Villares (2009, p. 276): “Ao lado da proteção das terras tradicionais, o serviço de saúde é a política pública mais importante de proteção dos povos indígenas”. Sua importância reside no fato de que a alta letalidade das doenças e a dificuldade no socorro e no atendimento fazem com que exista um índice de mortalidade entre os indígenas acima da média da população brasileira, sendo considerado, inclusive, o primeiro fator de decréscimo do referido grupo populacional. Tradicionalmente as doenças pulmonares, a varíola, o sarampo e a gripe sempre foram consideradas as doenças mais graves, mas atualmente as doenças sexualmente transmissíveis, como a hepatite e a aids, causam grande preocupação, ao lado da malária. Há, ainda, os problemas de saúde decorrentes da adoção de hábitos alimentares diferentes dos tradicionais em virtude da perda do sistema de adaptação ecológico-alimentar, o que agrava o cenário de mortalidade infantil (VILLARES, 2009, p. 276), bem como a questão do alcoolismo em diversas aldeias.

Há ainda, conflitos entre as práticas medicinais tradicionais, utilizadas pelos povos indígenas, e as clássicas, estabelecidas pela medicina ocidental.

No que tange à educação escolar indígena, a Constituição Federal de 1988 marca o processo de legitimação da educação como mecanismo de luta e de fortalecimento da identidade dos povos indígenas, assegurando que esta se dê de forma específica e diferenciada<sup>92</sup> (FERREIRA, 2004, p. 154).

Lucimar Luisa Ferreira (2004, p. 155-156) realiza importantes esclarecimentos acerca das peculiaridades da educação escolar indígena:

Ao dizer “educação escolar”, fazemos um recorte nas formas de educação. E ao dizer “educação escolar indígena”, fazemos dois recortes na forma de educação, isto é, a palavra educação é determinada duas vezes. A educação é escolar, se diferencia de outras formas de educação dos povos e é indígena, que traz para o nível do dito uma especificidade legítima. No nível do não dito, temos uma afirmação em funcionamento, que mostra que o índio tem outras formas de educação que não sejam escolares e que a educação escolar nem sempre é indígena.

Já a designação “escola específica e diferenciada” indica, no espaço da memória, que apesar de o índio ter uma escola, ela é ou pretende ser específica e se diferencia do modelo já existente. Com essa denominação, a escola é marcada por dois movimentos integradores de sentidos: “específica”, que se diz ligada e construída pelo / para os povos indígenas, trazendo marcas de sua identidade, e “diferenciada”, que marca uma distinção com a escola, instituição já conhecida. Nesse caso, a designação constrói uma fronteira significativa, que parte

---

<sup>92</sup> Estabelece o art. 210 da Constituição Federal: “Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais. [...]”

§ 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.”

da ideia da escola já existente, mas num movimento de distinção desta e legitimação de outros saberes. A escola específica tem como função elementar considerar a diversidade, estando na sua constituição básica o trabalho com a diferença.

Partindo desse ponto, a discussão sobre a Escola Indígena Específica e Diferenciada abre novas perspectivas para se pensar a instituição escola, com base em novos parâmetros, mesmo que estes não estejam construídos. Ao apontar a distinção, num movimento paralelo, o discurso marca a possibilidade da construção de algo novo, mais legítimo e representativo da sociedade para a qual a escola está sendo direcionada.

Para além de fortalecer social e politicamente as comunidades indígenas, deve-se buscar que todas as pessoas não índias adquiram maior conhecimento a respeito da história, costumes, crenças e tradições indígenas, a fim de que seja possível o rompimento com discursos que visam à naturalização da desigualdade e do preconceito contra os povos originários<sup>93</sup>.

No que se refere à criação de conselhos gestores de políticas públicas, nos âmbitos municipal, estadual e federal, tem-se a sua importância para a garantia de participação ativa dos

---

<sup>93</sup> A lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, com a redação dada pela Lei nº 11.645/2008, estabelece: “Art. 26-A. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, torna-se obrigatório o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena.

§ 1<sup>º</sup> O conteúdo programático a que se refere este artigo incluirá diversos aspectos da história e da cultura que caracterizam a formação da população brasileira, a partir desses dois grupos étnicos, tais como o estudo da história da África e dos africanos, a luta dos negros e dos povos indígenas no Brasil, a cultura negra e indígena brasileira e o negro e o índio na formação da sociedade nacional, resgatando as suas contribuições nas áreas social, econômica e política, pertinentes à história do Brasil (Redação dada pela Lei nº 11.645, de 2008).

§ 2<sup>º</sup> Os conteúdos referentes à história e cultura afro-brasileira e dos povos indígenas brasileiros serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de educação artística e de literatura e história brasileiras.”

povos indígenas na construção de medidas administrativas e legislativas que lhes digam respeito<sup>94</sup> e para o zelo adequado aos seus modos de vida, cultura e tradições. Como os referidos conselhos possuem, como regra, composição paritária, sendo metade de representantes de órgãos do estado e metade de representantes da sociedade civil, os indígenas podem se utilizar do referido espaço para a exposição das suas demandas diretamente para o poder público, submetendo-as à deliberação e ao posterior monitoramento da sua implementação pelo Conselho.

Pelo quanto foi exposto, percebe-se que os povos indígenas possuem determinados processos de luta que se traduzem em reivindicações tendentes a concretização de interesses diversos, entre os quais se destacou o direito a terra, à autodeterminação e ao acesso a políticas públicas.

Embora tenham sido expostas linhas gerais a respeito de cada demanda, deve-se ressaltar uma vez mais a necessidade de análises individualizadas a respeito das especificidades de cada comunidade indígena para que não haja a reprodução de lógicas generalizantes e descontextualizadas das situações reais por estas vivenciadas.

Adiante, tratar-se-á de forma mais específica de uma das instituições que possuem legitimidade constitucional para a concretização dos direitos humanos que dizem respeito às comunidades indígenas, qual seja o Ministério Público, propondo-se um paradigma diferenciado para sua atuação.

---

<sup>94</sup> Imperioso salientar que, mesmo com a instalação e o adequado funcionamento de um conselho específico, ainda há que se observar a necessidade de respeito ao direito à consulta, participação e consentimento previamente à prática de qualquer ato administrativo ou legislativo em relação a uma comunidade indígena, nos termos do que estabelece a Convenção 169 da OIT.



## 4 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS NA PERSPECTIVA DA TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS

### 4.1. O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO COMO INSTITUIÇÃO PROTETORA DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

Conforme visto anteriormente, na história brasileira o Estado procurou designar pessoas e instituições com a função de proteção dos direitos dos povos indígenas, podendo-se mencionar, por exemplo, o Procurador dos Índios no período colonial, o Juiz de Órfãos vinculado à tutela orfanológica no período imperial, e a criação das primeiras instituições específicas no período Republicano, quais sejam o Serviço de Proteção ao Índio e Localização de Trabalhadores Nacionais – SPILTN (posteriormente denominada somente de Serviço de Proteção ao Índio – SPI) e a Fundação Nacional do Índio – Funai, existente até os dias de hoje.

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, aparece outra instituição com atribuições para a proteção dos direitos indígenas, qual seja o Ministério Público.

Antes de adentrar especificamente na atuação do Ministério brasileiro para a proteção dos direitos dos povos indígenas, torna-se indispensável traçar um breve panorama histórico da sua evolução e apresentar suas características principais.

A origem remota do Ministério Público é alvo de controvérsias<sup>95</sup>. Há quem aponte que a primeira manifestação da instituição ocorreu há 4.000 anos com a figura do *magiaí*, funcionário real no Egito que era tido como a língua e os olhos do rei. No aspecto material, “castigava os rebeldes, reprimia os violentos, protegia os cidadãos pacíficos; acolhia os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado mentiroso; era o marido da viúva e o pai do órfão” e, no aspecto processual, “fazia ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições

---

<sup>95</sup> Apesar das controvérsias, é possível identificar que a instituição Ministério Público possui origem eminentemente ocidental, eurocêntrica.

legais que se aplicavam ao caso; tomava parte das instruções para descobrir a verdade.” (MAZZILLI, 2014, p. 37)

Outros identificam a origem do Ministério Público na Antiguidade, nas funções exercidas pelos *Éforos* de Esparta ou nas figuras romanas do *advocati fisci*, dos censores ou do *defensor civitatis* (JATAHY, 2007, p. 8) ou na idade média com os *saions* germânicos; com os *baillios* e *senescais*, que tinham a função de defender em juízo os senhores feudais; com os *gastaldi* do direito longobardo ou no *Gemeiner Anklager* da Alemanha, que exercia a acusação quando da inércia do particular. Há ainda, os que entendem que a instituição surgiu no direito canônico, no *vindex religionis*, nos procuradores ou *procureurs du roi* do velho direito francês ou na Itália, com o *advocatus de parte publica*, ou os *avogadori de comum de la repubblica veneta* ou os *conservatori del lelegidi Firenze* (MAZZILLI, 2014, p. 38).

Mais comum, entretanto, é identificar a origem do Ministério Público na França, mais precisamente na menção feita na Ordenança, de 25 de março de 1303, com a instituição por lei do *procureur du roi (lesgens du roi)*, com a missão de defender os interesses do poder real perante as Cortes. É considerada a certidão de nascimento do Ministério Público<sup>96</sup> (MELLO JUNIOR, p. 88).

Corroborando o referido entendimento, tem-se a seguinte passagem de Roberto Lyra (1989, p. 20):

---

<sup>96</sup> “A evolução do Ministério Público na França foi lenta. Antes do século XVI, sua fisionomia ficou moldada, com seu ofício junto às cortes superiores, por meio do procurador-geral, e, junto às outras cortes, pelos substitutos do procurador-geral. Como demonstrou Michèle-Laure Rassat, foi somente em 1790 que um decreto deu vitaliciedade aos agentes do Ministério Público; todavia, outro decreto do mesmo ano dividiu as funções do Ministério Público entre dois agentes: um comissário do rei e um acusador público. O primeiro, nomeado pelo rei e inamovível, tinha por única missão velar pela aplicação da lei e pela execução dos julgados; era ele, ainda, que recorria das decisões dos tribunais. O acusador público, por sua vez, era eleito pelo povo, com o só encargo de sustentar a acusação diante dos tribunais. O verdadeiro papel de um e de outro era, porém, muito limitado, tendo havido vários retrocessos na época.” (MAZZILLI, 2014, p. 39)

Cesare Lombroso, prefaciando o melhor dos livros de Raoul de la Grasserie – *Les principes sociologiques de la criminologie* – salientou, numa cortesia ao autor, que a França, desde os enciclopedistas, preside a todas as inovações. Assim foi com a instituição do Ministério Público, que é, essencialmente, nitidamente, francesa e foi introduzida nos parlamentos e noutras jurisdições para a defesa dos interesses do Estado, separados da pessoa e da propriedade do senhor feudal, do soberano.

Após a Revolução Francesa, houve a estruturação organizacional mais adequada do Ministério Público, estabelecendo-se garantias aos seus integrantes no movimento de codificação patrocinado por Napoleão, que delineou o perfil atual da instituição na França (JATAHY, 2007, p. 13).

A influência francesa na história do Ministério Público é marcante, tanto que a expressão *Parquet* ainda é usada para identificar a instituição<sup>97</sup>.

Hugo Nigro Mazzili (2014, p. 40), reconhecendo a importância do estudo comparado na evolução do Ministério Público, ressalta que os primeiros elementos de construção do Ministério Público brasileiro foram estabelecidos pelo direito lusitano. Assevera que, embora preferentemente mencionem-se as Ordenações Manuelinas de 1514 como fonte da instituição, há autores que a localizam no Reinado de D. Afonso III, pois este teria, em 14 de janeiro de 1289, conferido o caráter de permanência ao cargo de procurador da Coroa. Ainda nas ordenações Afonsinas, é possível identificar traços do Ministério Público que seriam desenvolvidos nas ordenações subsequentes.

---

<sup>97</sup> “A origem das expressões “Parquet” e “Ministério Público” é decorrente do exercício funcional pelos próprios procuradores do rei, que, em correspondências trocadas entre si, denominavam sua função como um ofício ou ministério público, visando distingui-lo do ofício privado dos advogados, sendo certo que a expressão *Parquet*, utilizada atualmente como sinônimo da Instituição, tem origem no estrado existente nas salas de audiência, onde os procuradores do rei podiam sentar-se lado a lado com os magistrados.” (JATAHY, 2007, p. 13)

Já as Ordenações Filipinas, de 1603, no Livro I, previram a existência do “Procurador dos Feitos e da Coroa” (Título XII), do “Procurador dos Feitos da Fazenda” (Título XIII), do “Promotor da Justiça da Casa de Supplicação” (Título XV) e do “Promotor de Justiça da Casa do Porto” (Título XLIII) (GARCIA, 2014, p. 72).

O direito português estabeleceu a conformação das instituições jurídico-políticas do Brasil-Colônia e do Brasil-Império. Nos referidos períodos, o Ministério Público não chegou a ser estruturado como instituição e prepostos do Poder Executivo exerciam suas funções típicas (GOULART, 2013, p. 74).

Em relação ao período colonial informa Marcelo Pedroso Goulart (2013, p. 74) que, com o estabelecimento do Governo-Geral, para fortalecer economicamente a colônia com a exportação de matéria-prima e com a arrecadação de impostos, o Brasil promoveu a sua reorganização administrativa e judiciária<sup>98</sup>, passando a adotar uma administração forte, uniforme e centralizadora. O Regimento de 9 de janeiro de 1609, ao compor os quadros do Tribunal da Relação da Bahia, previu o promotor de Justiça ao lado dos desembargadores, do procurador da Coroa e da Fazenda, do provedor de defuntos e resíduos, do ouvidor-geral, dos agravistas e do chanceler<sup>99</sup>.

---

<sup>98</sup> Conforme salienta Antônio Carlos Wolkmer (2003, p. 58): “É indiscutível, portanto, reconhecer que no Brasil-Colônia, a administração da justiça atuou sempre como instrumento de dominação colonial. A monarquia portuguesa tinha bem em conta a necessária imperiosa identificação entre o aparato governamental e o poder judicial. Frisa-se, deste modo, que a organização judicial estava diretamente vinculada aos níveis mais elevados da administração real, de tal forma que se tornava difícil distinguir, em certos lugares da colônia, a representação de poder das instituições uma da outra, pois ambas se confundiam.”

<sup>99</sup> “Em 1751, foi criada outra Relação na Cidade do Rio de Janeiro, que viria a tornar-se a Casa de Supplicação do Brasil em 1808, cabendo-lhe julgar recursos da relação da Bahia. Nesse novo Tribunal, o cargo de promotor de justiça e o cargo de procurador dos feitos da Coroa foram separados, passando a ser ocupados por dois titulares. Pela primeira vez em terras brasileiras, separam-se as funções de defesa do Estado e do fisco da Defesa da Sociedade, finalmente implementada em definitivo na atual Constituição da República.” (JATAHY, 2007, p. 17)

Após a independência do Brasil, ocorrida em 1822, a Constituição de 1824, embora sem fazer menção expressa ao Ministério Público, atribuiu ao procurador da Coroa e Soberania Nacional a função de acusação no juízo criminal, ressalvando, somente, as hipóteses de iniciativa da Câmara dos Deputados (MAZZILLI, 2014, p. 47).

Já a primeira sistematização legal do Ministério Público, com o elenco das suas atribuições e requisitos para sua nomeação, ocorreu através do Código de Processo Criminal do Império, em 1832, e na sua reforma levada a cabo pela Lei 261, de 03 de dezembro de 1841. Registra-se, ainda, no período, a Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871, atribuindo ao promotor de Justiça a função de “protetor dos fracos e indefesos”. (JATAHY, 2007, p. 17-18).

Com a proclamação da República, o Ministério Público foi reconhecido como instituição essencial à democracia, passando a integrar a organização política do Estado brasileiro. Durante o primeiro Governo provisório foram editados dois decretos que conferiram ao Ministério Público autonomia e atribuições próprias. O Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a Justiça Federal e estabeleceu as atribuições do Procurador da República, garantias e atribuições; e o Decreto nº 1.030, de 14 de novembro de 1890, que organizou o Ministério Público do Distrito Federal, consagrando a autonomia da Instituição, “atribuindo-lhe a defesa e a fiscalização da execução das leis e dos interesses gerais, a assistência dos sentenciados, alienados, asilados e mendigos e a promoção da ação pública contra todas as violações do direito” (GOULART, 2013, p. 75).

A Constituição de 1891 não fez referência à instituição Ministério Público, tendo somente disposto sobre o cargo de Procurador-Geral da República, que deveria ser escolhido pelo Presidente da República entre os membros do Supremo Tribunal Federal (art.58, § 2º) (ISMAIL FILHO, 2011, p. 77).

A Constituição de 1934 foi a primeira a disciplinar o Ministério Público em Capítulo próprio, distinto dos demais poderes do Estado, conferindo independência e estabilidade aos seus membros (GOULART, 2013, p. 75).

Por sua vez, a Carta ditatorial de 1937 não garantiu tratamento específico para o Ministério Público, referindo-se somente à forma de escolha do Procurador-Geral, que deveria preencher os mesmos requisitos necessários para o cargo de

Ministro do Supremo Tribunal Federal, sendo de livre nomeação e demissão pelo Presidente da República (GARCIA, 2014, p. 93).

A Constituição de 1946 restabeleceu o tratamento constitucional do Ministério Público em título próprio, dividindo a atuação da instituição nos âmbitos federal e estadual e nas Justiças Comum, Militar, Eleitoral e do Trabalho e garantindo aos seus membros estabilidade e inamovibilidade (JATAHY, 2007, p. 22).

A Constituição de 1967 manteve, em linhas gerais, as regras anteriormente em vigência, tendo as disposições sobre o Ministério Público sido colocadas como Seção no Capítulo do Poder Judiciário, o que foi alterado por meio da Emenda Constitucional nº 01/69, haja vista que a instituição foi colocada no Capítulo do Poder Executivo (MAZZILLI, 2014, p. 53).

Importante registrar, ainda, a primeira previsão legal conferindo legitimidade ao Ministério Público para a defesa dos interesses sociais, qual seja a Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente). Embora tenha feito referência somente à responsabilização por danos causados ao meio ambiente, o referido instrumento legal permitiu à instituição ampliar suas possibilidades de atuação.

Ainda no ano de 1981 entrou em vigor a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LC nº 40), trazendo importantes previsões, como sua definição no art. 1º: “O Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, é responsável, perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis [...]” e suas funções institucionais no art. 3º: “Art. 3º - São funções institucionais do Ministério Público: I - velar pela observância da Constituição e das leis, e promover-lhes a execução; II - promover a ação penal pública; III - promover a ação civil pública, nos termos da lei.” Ainda estabeleceu como princípios institucionais os da unidade, indivisibilidade e independência funcional.

Outro documento normativo de destacada relevância é a Lei da Ação Civil Pública, promulgada em 24 de julho de 1985 (Lei nº 7.347), expandindo a legitimação ativa do Ministério Público para as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, à infração da ordem

econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social.

Em 1988, foi promulgada uma nova Constituição Federal, alcinhada de “Constituição Cidadã”, que se consubstancia no documento jurídico de maior importância para o estabelecimento do novo perfil do Ministério Público brasileiro.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu entre seus fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana e entre seus objetivos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, tendente à erradicação da pobreza e da marginalização e à redução das desigualdades sociais e regionais, bem como à promoção do bem de todos, sem qualquer preconceito e discriminação. Além disso, estabeleceu um rol de direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos.

Contando com a possibilidade de que os fundamentos, objetivos, direitos e garantias previstos na Constituição, embora deveriam orientar todas as atividades do poder público, em todos os níveis, nem sempre seriam observados de forma espontânea, decidiu o poder constituinte originário instrumentalizar uma instituição que pudesse exigir o seu efetivo respeito, no caso, o Ministério Público.

Hugo Nigro Mazzilli (2007, p. 135-136) salienta que, nas vésperas da Constituição de 1988, pensou-se na criação de um novo órgão, que seria um *defensor do povo* à parte, um *ombudsman* nacional. Ao invés do acolhimento de tal proposta decidiu-se que tal mister incumbiria ao Ministério Público<sup>100</sup>.

---

<sup>100</sup> “Já temos sustentado que um Ministério Público realmente forte e independente dispensa a necessidade de criar um *ombudsman* à parte. O *ombudsman*, mesmo nos países onde foi criado, só tinha funções de investigação, enquanto o Ministério Público brasileiro, além do poder de investigação, tradicionalmente tem a função de levar às barras dos tribunais os responsáveis pelas violações apuradas. A nosso ver, nosso Ministério Público podia mesmo assumir essas funções, desde que dotado de adequadas garantias, de poder investigatório e de iniciativa para a ação penal e a ação civil pública. [...] Foi, assim, a própria Constituição de 1988 que confiou ao Ministério Público a tarefa de zelar pelos direitos constitucionais do cidadão e do indivíduo. A essa instituição, já organizada em carreira em todo o País, entendeu de carrear as funções e os instrumentos para assumir novos e relevantes

O Ministério Público brasileiro abandona suas raízes eurocêntricas e direciona-se para uma atuação mais próxima dos anseios e necessidades do povo, sobretudo daqueles que, tradicionalmente, tiveram seus direitos e suas expectativas de vida digna desatendidas e desconsideradas<sup>101</sup>.

---

encargos de todo compatíveis com sua destinação. Conferiu-lhe notável crescimento, em especial quanto às suas funções e deveres. Embora sem tornar-lhe evidentemente privativa a defesa dos direitos nela assegurados (excetuada a promoção da ação penal pública), conferiu ao Ministério Público a tarefa do *defensor do povo*, ainda que desta exata expressão não se tenha valido.” (MAZZILLI, 2007, p. 136-137)

<sup>101</sup>A propósito, informa Dalmo de Abreu Dallari (2009, p. 91-92): “Apesar das resistências [...], as pressões de organizações populares, com o apoio de constitucionalistas que davam notícia das inovações importantes das novas Constituições europeias, sobretudo de Portugal e Espanha, pesaram muito para que a Constituinte reconhecesse a necessidade de criar instrumentos jurídicos voltados para o controle das autoridades públicas, visando assegurar o estrito respeito aos direitos consagrados na Constituição, assim como para a busca de efetividade aos direitos fundamentais atribuídos aos cidadãos e aos direitos essenciais da pessoa humana. Nessa ordem de ideias, recusando a aceitação de qualquer daqueles modelos europeus, acabou-se por admitir que o Ministério Público, já tradicional no sistema jurídico brasileiro, poderia cumprir aquelas funções, bastando garantir sua independência e atribuir-lhe novas funções. Essa ordem de considerações abriu espaço para que representantes do Ministério Público que acompanhavam os trabalhos da Constituinte propusessem que a instituição passasse a integrar a ordem jurídico-política brasileira como um quarto Poder. Com isso ficaria plenamente assegurada sua autonomia, fundamental para o controle efetivo dos Poderes Públicos, visando assegurar o efetivo respeito aos direitos previstos na Constituição. Considerou-se também a necessidade de atribuir ao Ministério Público, é significativo que a Constituição brasileira de 1934, avançada em termos de direitos sociais, enquadrou a instituição entre os “órgãos de cooperação nas atividades governamentais”, sem a mínima independência. Da mesma forma, a Constituição de 1946, apesar de já elaborada sob influência de ideias socializantes que ligavam a busca da paz à correção das injustiças sociais, nada acrescentou quanto às funções do Ministério Público, nem lhe deu maior autonomia.”

E surge, assim, um novo Ministério Público, com perfil único no mundo, vocacionado e instrumentalizado à defesa dos direitos e interesses mais sensíveis para a vida em sociedade, sobretudo de caráter coletivo. Em relação à inexistência de outro Ministério Público com o mesmo perfil estabelecido pela Constituição Federal de 1988, informa Maria Tereza Sadek (2009, p. 130):

Em primeiro lugar, se considerarmos o panorama internacional, perceberemos que o Ministério Público brasileiro é singular. Eu costumo brincar dizendo que, quando as pessoas se gabam exclamando que a jabuticaba só existe no Brasil, retruco, observando que o que existe de fato só no Brasil é o nosso Ministério Público.

Podemos encontrar instituições análogas na América Latina, no mundo Europeu e na América do Norte. Em nenhum dos países, contudo, vamos nos deparar com um Ministério Público que apresente um perfil institucional semelhante ou que ostente igual conjunto de atribuições. O nosso Ministério Público, a partir da Constituição de 1988, passou a ser uma instituição que tem pouca semelhança com seus congêneres no exterior e tampouco com o Ministério Público brasileiro do passado. Eu até diria, ousando uma observação ainda mais radical, que o nome é o mesmo, mas a instituição não. Várias características mudaram. Entre essas alterações, ressalte-se, desde logo, a sua localização institucional e o rol de suas atribuições.

Para tanto, além de assegurar autonomia administrativa (art.127, §2º) e independência orçamentária (art.127, §3º) ao Ministério Público, a Constituição Federal estabeleceu seus princípios institucionais (art.127, §1º), suas garantias (art. 128, §5º, I), suas funções institucionais (art. 129) e o definiu como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado e que lhe incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127).

Os princípios institucionais do Ministério Público são a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Pelos princípios da unidade e da indivisibilidade entende-se que a pessoa física que atua em nome do Ministério Público não se confunde com a instituição, podendo haver alteração dos seus membros nos termos da lei, sem que isso importe em prejuízo a eventuais relações processuais ou demais iniciativas em curso numa unidade ministerial. Ademais, “[...] por ser uno, o *Parquet* deve ser considerado como um só órgão, muito embora tal unidade deva ser vista no âmbito estrito de cada Ministério Público”<sup>102</sup> (CASTILHO, 2006, p. 95).

Como defensor da ordem jurídica e do regime democrático, cabe ao Ministério Público a aferição dos atos praticados por todos os órgãos do Estado, mantendo-os nos limites estabelecidos pela Constituição e pelo Direito, coibindo a prática de abusos e ilegalidades. Assim, deve ser afastada qualquer vinculação das funções exercidas pela instituição à satisfação de interesses estatais, que não raras vezes destoam do interesse da coletividade (GARCIA, 2014, p. 113).

O art. 128 da Constituição Federal estabelece que o Ministério Público abrange o da União, que compreende: o

---

<sup>102</sup> “Algumas ressalvas devem, pois, ser explicitadas. Só há unidade dentro de cada Ministério Público. Unidade alguma existe entre o Ministério Público Federal e os dos Estados, nem entre o de um Estado e o de outro. Nem há unidade entre os diversos ramos do Ministério Público da União. Muito menos há unidade entre o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas e os Ministérios Públicos de carreira. Embora o *caput* do art. 128 da Constituição disponha que “o Ministério Público” abrange o da União e os dos Estados, dando uma ideia de unidade entre todos eles, na verdade, a unidade que se pode conceber entre o primeiro e os demais é mais conceitual que efetiva: só quer dizer que o ofício que todos eles exercem é o mesmo ofício de *ministério público*, a que aludem as leis; nesse sentido, é possível falar no caráter nacional do Ministério Público, ou até mesmo em unidade de fins, à vista de sua destinação institucional. Mas nunca se poderá falar numa verdadeira unidade funcional ou administrativa do Ministério Público, sobretudo num Estado federado como o nosso, onde seria irreal falar numa verdadeira unidade entre o Ministério Público de um Estado e o de outro, ou entre um destes e o Ministério Público da União.” (MAZZILLI, 2014, p. 134)

Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; e o dos Estados, cada qual com atribuições próprias.

Por sua vez o art. 129 da Constituição Federal arrola as funções institucionais do Ministério Público de forma geral, englobando o Ministério Público da União e o dos Estados:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

O referido dispositivo constitucional prevê, assim, os instrumentos tradicionais de atuação do Ministério Público para proteção dos direitos e interesses da coletividade, como a ação penal, o Inquérito Civil e a Ação Civil Pública.

Destaca-se, no rol apresentado, uma única menção expressa a um grupo populacional que deve ser defendido judicialmente pelo Ministério Público, qual seja aquele composto pelas populações indígenas (inciso V).

É possível constatar que a Constituição Federal conferiu especial destaque à atuação em juízo do Ministério Público em relação à questão indígena. Isso porque houve o estabelecimento de uma posição a ser adotada pela referida instituição, que é a de proteção de direitos. Ou seja, o Ministério Público, embora deva guiar sua atuação em geral pela marca da imparcialidade, no que diz respeito aos direitos e interesses da população indígena deve atuar de forma protetiva, vinculada à qualidade da parte.<sup>103</sup>

---

<sup>103</sup> Em relação à possibilidade de o Ministério Público atuar de forma vinculada à proteção a determinados grupos, discorre Hugo Nigro Mazzili (2014, p. 651-652): “Quando intervém no zelo de interesse público que decorra objetivamente da natureza da lide, pode o Ministério Público opinar de forma imparcial. Indague-se, porém: e quando atue em razão de interesse público configurado em vista de condições especiais de algum tipo de pessoa (incapaz, acidentado do trabalho), pessoa com deficiência etc.)? Estará vinculado à defesa de tais interesses, ou será um fiscal imparcial da lei, como no primeiro caso?”

Esta é uma questão assaz controvertida. Exporemos nosso entendimento a respeito.

É protetiva a atuação ministerial, quando decorra da qualidade da parte. Assim, pode e deve o órgão do Ministério Público arguir objeções e defesas em favor do incapaz, se este ou seu representante não o fizeram; pode contestar em seu proveito, produzir provas, embargar ou recorrer – sempre em atividade supletiva ou complementar. Como seu papel é forma especial de assistência ao incapaz, não pode recorrer em favor do reconhecimento de direitos patrimoniais da parte contrária, pois estaria defendendo interesses disponíveis, de pessoa maior e capaz, que não lhe incumbe defender. Isso não impede, porém, possa *opinar livremente*, caso identifique a prescrição ou lhe pareça faltar fundamento para a defesa dos interesses do incapaz. Eventual proteção não significa auxílio para locupletamento ilícito do incapaz. O que não

Extrai-se, inclusive, do texto produzido pela Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias da Comissão da Ordem Social da Assembleia Nacional Constituinte, a justificativa para o estabelecimento da referida função ao Ministério Público: “Relativamente à proteção jurídica, transfere-se ao Ministério Público a atuação na defesa dos índios, corrigindo-se a exdrúxula (*sic.*) situação atual em que os índios, por estarem sob a tutela da Funai, não conseguem, por exemplo, recorrer judicialmente contra ela.”

Nos trabalhos realizados pela mencionada subcomissão, constata-se que o tema referente à atuação do Ministério Público na defesa dos direitos e interesses das populações indígenas foi discutido na 8ª Reunião Ordinária, realizada em 29 de abril de 1987. Entre constituintes e outras personalidades, estava presente o jurista Carlos Frederico Marés de Souza Filho, representando a Comissão pela Criação do Parque Yanomani. No referido ato, por ocasião do seu pronunciamento, o referido jurista explicou as razões pelas quais a Constituição deveria atribuir ao Ministério Público tal mister. Extrai-se da ata da reunião:

O SR. RELATOR (Alceni Guerra):–

Dr. Carlos, gostaria que V. S.<sup>a</sup> aprofundasse um pouquinho a sua afirmação feita, *en passant*, sobre o papel do Ministério Público na defesa dos interesses indígenas.

O SR. CARLOS MARÉS: - Constituinte Alceni Guerra, a ideia que temos do Ministério Público, na verdade, é uma idéia de que o Ministério Público seja muito amplo na defesa geral do direito de todos os brasileiros. Mas acho que, na questão indígena, o Ministério Público devia se preparar para defender todas aquelas ameaças ou efetivas agressões e qualquer

---

pode é tomar *iniciativa de impulso processual* (exceções, embargos, recursos) em favor de interesses disponíveis da parte contrária, maior e capaz.”

direito indígena, seja ele contra a terra, contra a pessoa, ou contra as nações etc. Vamos dizer o que ocorre; é que os índios não têm, salvo exceções, evidentemente, condições de eles mesmos recorrerem ao Juízo (*sic.*), porque a justiça no Brasil é uma justiça cara e não raras vezes distante, principalmente de onde estão os índios. E, nós, entidades de apoio aos índios, temos muita dificuldade de ingressar em juízo. É inviável, não há possibilidade jurídica de ingressarmos em juízo salvo na defesa do direito indígena, mas o direito concreto, na agressão concreta, o direito indígena (*sic.*) não temes (*sic.*) como, nem instrumento capaz a não ser pedindo ao próprio Estado que intervenha. Mas o Estado intervém ou não de acordo com a sua possibilidade política. Nada mais do que isso. Então, fica uma limitação efetiva na atuação do Estado. Então o que propomos é que haja no Ministério Público uma obrigatoriedade de intervir no caso de agressões a qualquer direito indígena. E, naturalmente, possibilitaria, aqui, aos índios ou às organizações de apoio ou qualquer cidadão que denunciasse essa agressão ao Ministério Público. E o Ministério Público, de fato, preparado para isso, pudesse recorrer ao juízo ou até mesmo fora de juízo. Estamos falando em juízo porque é a questão mais cabível, mesmo repartições públicas, na esfera administrativa, o Ministério Público requerer condutas, normas, ou coisas das repartições administrativas no sentido de suprir essa agressão ou essa falha do serviço público aos índios. Porque o Ministério Público é o único órgão capaz de fazer isso. Porque se passarmos nas Defensorias Públicas, provavelmente esta Constituição nova regulará de forma mais efetiva; as Defensorias Públicas são criadas com a intenção da defesa do direito individual. A ideia é a defesa do direito individual contra a agressão ao direito

individual. Ao contrário, o Ministério Público tem a função de defesa do direito público permanentemente. A sua função é a defesa do direito público, como ele é o fiscal da lei, o defensor da justiça, abstratamente, ele também é o defensor dos direitos públicos. E como consideramos que os grupos de índios são de direito público porque a função exatamente é o direito de vida do índio, é o direito de uma coletividade, estava muito mais ligado a questões do Ministério Público do que propriamente da Defensoria Pública.

Percebe-se, assim, que a disposição constitucional contida no art. 129, V, da Constituição Federal, foi inserida de forma a possibilitar maior acesso dos povos indígenas aos seus direitos específicos, o que não vinha ocorrendo de forma eficiente até então. Ou seja, o Ministério Público brasileiro foi alçado à posição de instrumento de acesso dos povos indígenas aos direitos humanos, quando isso não é feito de forma espontânea pelo poder público.

Importante ressaltar que, com a quebra do paradigma integracionista e assimilacionista, não se justifica a defesa da necessidade de existência de uma divisão rígida de atribuições entre os órgãos do Ministério Público, Estadual e Federal, que dificulte aos povos indígenas acesso aos seus direitos específicos, aos Direitos Humanos e aos direitos fundamentais, acessíveis aos componentes da sociedade envolvente.

Com efeito, há quem interprete de forma restrita a Constituição Federal, a fim de atribuir somente ao Ministério Público Federal a defesa dos direitos e interesses dos povos indígenas. Isso porque o art. 109, XI da Constituição estabelece que “Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: XI - a disputa sobre direitos indígenas.” Desta forma, considerando a referida previsão constitucional, por uma relação de vinculação das atribuições do Ministério Público Federal com a Justiça Federal, somente àquele seria possível à atuação na questão indígena.

Esse é o posicionamento de Marcelo da Veiga Beckausen (2002, p. 15), que, utilizando como base a previsão contida no art. 5º, III, “e”, da Lei Complementar nº 75/93, argumenta que, em havendo a presença de interesse ou direito indígena a ser

defendido, na área cível ou penal, deve haver a atuação do Ministério Público Federal, seja como parte, seja como fiscal da lei.

Já Helder Girão Barreto (2011, p. 102), situando-se numa posição intermediária, entende que as ações que dizem respeito à disputa sobre direitos indígenas devem ser propostas pelo Ministério Público Federal, enquanto as que envolvem indígenas, mas não necessariamente direitos indígenas, devem ser propostas pelo Ministério Público Estadual, em ambas as situações perante o Juízo competente. Como exemplos de ações que devem tramitar perante a Justiça Estadual, envolvendo indígenas, arrola: pedidos de registro de nascimento, de retificação de nome, de separação ou divórcio, de alimentos etc.

Ocorre que uma hermenêutica constitucional que vise à potencialização dos efeitos dos direitos humanos e fundamentais conduz à conclusão da possibilidade de atuação também do Ministério Público Estadual para a defesa dos direitos coletivos dos povos indígenas.<sup>104</sup>

É que, de acordo com o princípio da máxima efetividade, a Constituição Federal deve ser interpretada de forma a possibilitar a maior amplitude possível de acesso dos direitos nela previstos a seus destinatários, pois, conforme preleciona José Joaquim Gomes Canotilho, este (2003, p. 1224):

[...] é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje, sobretudo, invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).

---

<sup>104</sup> Pode-se ainda, cogitar da atuação do Ministério Público em espaços não oficiais de satisfação de necessidades e carências das comunidades indígenas, no que se denomina de pluralismo jurídico, definido por Antonio Carlos Wolkmer (2001, p. 219) como sendo “a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais e culturais”.

Nesse contexto, restringir o acesso das comunidades indígenas ao Ministério Público Estadual importa na imposição de mais um obstáculo a estas para acesso aos direitos dos quais são titulares, reduzindo a efetividade destes. Consubstancia-se, ainda, no reforço à negativa histórica aos direitos elementares acessíveis aos demais cidadãos e em violação ao princípio da igualdade<sup>105</sup>, pois, conforme afirma Luiz Fernando Villares (2009, p. 54-55):

Os povos indígenas não vivem em situação de igualdade dentre os diversos componentes da população brasileira. Alguns grupos indígenas, ainda hoje, são perseguidos e têm suas vidas e culturas ameaçadas por inteiro, chegando a ser dizimados enquanto povos, culturas, línguas e costumes; são impedidos de se beneficiarem dos mesmos direitos civis, políticos e econômicos, sociais e culturais comuns a outros grupos da sociedade; são inferiorizados a um papel secundário, não lhes sendo possível na prática ter a mesma posição social, profissional e os mesmos bens que outros cidadãos.

A declaração da igualdade de todas as pessoas perante a lei nunca bastou em relação à desigualdade racial e étnica existentes. É necessário o seu desdobramento em demais princípios e normas que exijam esse postulado diariamente. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 3º, estabelece como objetivo fundamental do estado brasileiro a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer

---

<sup>105</sup> Ao estabelecer as características dos Direitos Fundamentais, Sérgio Cademartori (1999, p. 34-35) ressalta a necessidade de observância ao princípio da igualdade em relação a estes, haja vista que “ao contrário dos direitos subjetivos conferidos por lei, tais como o direito de propriedade, que se exercem *excludentialios*, esses direitos são *inclusivos*, isto é, não pode cada um gozar dos mesmos bens se os outros também não usufruem deles”.

outras formas de discriminação. O Estado está a serviço de todos, sem exceção ou discriminação. Não pode ser perpetuador da situação atual, agente da continuidade da discriminação e da desigualdade entre diferentes grupos sociais. Ao contrário, o Estado tem como meta, dever, procurar a igualdade de todos os cidadãos.

Desta forma, entende-se que tanto o Ministério Público Estadual como o Ministério Público Federal podem atuar na defesa de direitos e interesses dos povos indígenas, ressalvando-se somente os temas que são de atribuição de cada órgão.

Com efeito, conforme leciona Willian Lira de Souza (2012, p. 297), é possível vislumbrar duas grandes gamas de direitos e interesses que dizem respeito às comunidades indígenas. Uma que lhes é intrínseca e que, desde o paradigma integracionista, vem sendo tutelada pelo Estado. Destacam-se, nessa primeira gama, a cultura tradicional e o indigenato. A segunda gama é composta pelos direitos humanos, que possuem como titulares todas as pessoas, essenciais à sobrevivência e à preservação cultural das comunidades. Nessa última vertente de direitos é que se identifica a competência da Justiça Estadual e, por consequência, a atribuição do Ministério Público Estadual para sua defesa.

Os direitos previstos no art. 231 da Constituição Federal, que dizem respeito a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, são os considerados tipicamente indígenas, logo, sua disputa deve ser analisada pela Justiça Federal, nos termos do art. 109, XI, da Constituição Federal. A proteção aos demais direitos, tratando de normas aplicáveis não somente aos povos indígenas e não havendo necessidade de se acionar a União, justifica a competência da Justiça Estadual (SOUZA, 2012, p. 298). Em relação ao tema, complementa o referido autor:

Um terceiro ponto de importância vem de que os direitos humanos mais essenciais são de competência comum da União, Estados e Municípios, como prevê o artigo 23 da Constituição Federal de 1988. Cabe concorrentemente à União, Estados e

Municípios, em destaque, garantir alimentação, saúde, moradia e educação. Tratando-se de competência comum, qualquer dos entes federados pode ser demandado para atender ao direito fundamental relegado. Não se tratando de matéria prevista no artigo 231 da Constituição Federal e não havendo interesse da União, a competência será do juízo estadual (SOUZA, 2012, p. 298-299). Por fim, urge lembrar que a competência da Justiça Federal é delineada pela especialidade e exceção. Nesse contexto, as hipóteses que implicam em atribuição do ente federal devem ser interpretadas restritivamente. Assim, não cabe estender a regra do artigo 109, XI, a casos não previstos pela Constituição e demais estatutos pertinentes, muito menos querer transformar tal norma em hipótese de competência em razão da pessoa.

O Ministério Público Estadual possui, assim, atribuição para a proteção dos direitos e dos interesses dos povos indígenas que dizem respeito à consagração de determinados processos de luta por dignidade por estes travadas, tanto no âmbito extrajudicial, como no âmbito judicial, afastando-se, no caso, um dos paradoxos da teoria clássica dos direitos humanos apresentado por Joaquín Herrera Flores, qual seja, o do duplo critério (HERRERA FLORES, 2009a, p. 71).

Com efeito, conforme visto anteriormente, é possível que normas de direitos humanos sejam utilizadas para legitimar processos de opressão e disputas de poder que podem ou não refletir as lutas por dignidade dos grupos sociais que reivindicam a possibilidade de usufruir uma vida digna de ser vivida.

Ao não se permitir que uma instituição vocacionada constitucionalmente para a defesa dos direitos humanos, como é o Ministério Público Estadual, atue na proteção de direitos e interesses indígenas, com base em justificativas fundadas em razões técnico-jurídicas e/ou por disputa de poder, estabelece-se um duplo critério de aplicação das normas de direitos humanos. De um lado, avança-se no sentido de atribuir a uma instituição forte, independente, dotada de poderes e garantias, a função de

proteção dos direitos e interesses dos povos indígenas e, de outro, na prática, restringem-se os seus limites de atuação a um único órgão, criando uma hipótese de não atuação inexistente para as demais pessoas.

Salienta-se, ainda, o fato de que o Ministério Público local (Estadual) se encontra geograficamente mais próximo das comunidades indígenas, quando em comparação com o Ministério Público Federal, o que facilita a realização de diagnósticos, diálogos com as comunidades e maior conhecimento da realidade específica por aquelas vivenciadas.

Após ressaltar que o estabelecimento de atribuição exclusiva ao Ministério Público Federal é medida que não beneficia por completo os povos indígenas, ressalta Eduardo Araújo da Silva (1989, p. 66):

Na verdade, a competência da Justiça Federal deveria ser fixada tendo-se em vista tão-somente o interesse direto da União nos litígios relativos a direitos ou interesses indígenas. Assim, exemplificativamente, qualquer lide que tivesse como objeto terras tradicionalmente ocupadas pelos índios deveria ser julgada pela Justiça Federal, uma vez que o inciso XI do art. 20 da Carta Constitucional dispõe expressamente que tais terras constituem bem da União.

Por outro lado, as questões excluídas do interesse da União ficariam, em observância às regras de fixação da competência, a cargo da Justiça Estadual, quando então funcionaria o Ministério Público local.

Daí a crítica, sem qualquer pretensão de esvaziar a esfera de atuação do Ministério Público federal, mas sim colocando os interesses indígenas em primeiro plano, pois indubitavelmente seria o Ministério Público local o órgão que acompanharia de perto todos os conflitos de interesses envolvendo índios ou comunidades indígenas nas regiões mais afastadas desse “país continental”. Seria ele o mais indicado para conhecer os problemas regionais e melhor se entrosar, no contato diário, com as populações indígenas e autoridades locais.

Enfim, ele reuniria os atributos suficientes para uma visão apurada da realidade indígena brasileira, notadamente nas localidades mais distantes.

Desta forma, a fim de evitar o estabelecimento de obstáculos *a priori* para acesso dos povos indígenas aos direitos humanos, legitimando-se visões, estáticas, abstratas e universalistas que não atendem aos seus interesses, deve ser reconhecida a possibilidade de atuação do Ministério Público Estadual para a proteção dos direitos e interesses das populações indígenas.

Nesse contexto, a atuação do Ministério Público na proteção dos direitos dos povos indígenas não pode ocorrer de forma a legitimar práticas tradicionais hegemônicas, positivistas, essencialistas e descontextualizadas. Entende-se que, pelas especificidades da temática, deve a instituição atuar de forma diferenciada nova, crítica e contextualizada em práticas sociais emancipadoras. Para tanto, oferece-se como proposta a teoria crítica dos direitos humanos construída por Joaquín Herrera Flores. É o que será exposto no tópico seguinte.

#### 4.2 AS DECISÕES INICIAIS PARA A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS E O DIÁLOGO INTERCULTURAL COMO INSTRUMENTO DE ATUAÇÃO

Conforme propugna Marcelo Pedroso Goulart (2013, p. 116), o Ministério Público contemporâneo assume o compromisso-dever de construção de uma democracia substancial, passando a atuar como agente da vontade política transformadora, cabendo-lhe realizar o que denomina de “a grande política”, caracterizada pela intervenção positiva na realidade social mediante ações político-jurídicas que possibilitem a mudança na ordem social para melhor.

O Ministério Público construtor da democracia é – ou deveria ser – uma *instituição catártica, universalizante e não corporativa*. Nesse sentido, a intervenção do Ministério Público deve estar voltada para a superação dos resíduos corporativistas e particularistas que inibem a articulação dos

grupos sociais subalternos e marginalizados e os mantêm presos no *momento corporativo*, medindo a formação da vontade política transformadora que transportará esses grupos sociais para o *momento ético-político*.

O momento corporativo é aquele em que prevalecem os interesses particulares das pessoas e dos grupos, totalmente desvinculados dos interesses gerais da sociedade. A permanência das pessoas, dos grupos sociais e das instituições no *momento corporativo* mantém a consciência no nível da passividade (recepção passiva do mundo, desconhecimento da função política). É o momento em que se expressa o estado de alienação do indivíduo, dos grupos, dos movimentos sociais, das instituições e de uma sociedade que, alheios às suas atividades, aos resultados das suas atividades, à natureza e aos seres humanos, quedam-se impotentes diante das necessidades de mudanças impostas pela realidade.

O momento ético-político é aquele em que as pessoas, os grupos sociais e as instituições, assumindo compromisso com os valores universais e tomando consciência de sua função política, partem para uma intervenção modificadora da realidade, para uma prática transformadora (práxis).

Essa transição do momento corporativo para o momento ético-político é que torna o Ministério Público verdadeiramente defensor do regime democrático nos termos estabelecidos na Constituição, haja vista que direciona suas atenções principalmente para a proteção dos grupos que se encontram em situação de maior vulnerabilidade social.

Desta forma, é inconcebível que a atuação do Ministério Público, defensor do regime democrático, ubicada no seio da sociedade civil, ocorra de forma a privilegiar aplicações do direito com base numa perspectiva positivista, com espeque em princípios racionalistas e distantes da realidade de desigualdade

socioeconômica vivenciada pela maioria das pessoas integrantes das classes dominadas (MACHADO; GOULART, 1992, p. 42)

Dalmo de Abreu Dallari (2009, p. 94) ressalta que o Ministério Público, após a Constituição Federal de 1988, assume o papel de “Advogado do Povo”, o que, para além de alterar o sistema jurídico-constitucional brasileiro, alterou o comportamento dos membros do Ministério Público, que, em regra, compreenderam e assumiram esse novo papel constitucional, influenciando enormemente a efetivação dos direitos humanos no Brasil<sup>106</sup>.

Nesse contexto, a atuação do Ministério Público em matéria de proteção dos direitos e dos interesses dos povos indígenas deve se dar com base numa perspectiva crítica, nova, integradora, contextualizada em processos sociais emancipadores, sob o paradigma de uma teoria crítica dos direitos humanos.

Para tanto, a fim de relacionar a atuação do Ministério Público com a proteção dos direitos e interesses dos povos indígenas, serão estabelecidas as decisões iniciais a serem adotadas pelo agente do Ministério Público para o exercício adequado de tal mister, tendo como base as seis decisões iniciais estabelecidas por Joaquín Herrera Flores (2009a, p. 38-57) para a concepção de uma teoria crítica dos direitos humanos.

A primeira das decisões iniciais a ser adotada pelo Ministério Público na proteção dos direitos e interesses dos

---

<sup>106</sup>“Um dado positivo, que merece registro, é que já são muitas as demonstrações práticas, em situações concretas, de comprovação da fidelidade do Ministério Público a esses compromissos, desmentindo, entre outras coisas, a afirmação de que os direitos econômicos, sociais e culturais

não são verdadeiros direitos porque não são justicáveis. Graças à participação firme e objetiva de integrantes do Ministério Público, tem sido comprovada a justiciabilidade daqueles direitos, o que significa um passo positivo e muito importante no sentido da garantia da eficácia jurídica e social das normas jurídicas referentes aos direitos humanos. Isso tem confirmado o Ministério Público como verdadeiro Advogado do Povo, garantia da eficácia das normas jurídicas relativas aos direitos fundamentais da pessoa humana e, em última análise, instrumento fundamental para a garantia e a promoção da dignidade da pessoa humana.” (DALLARI, 2009, p. 95)

povos indígenas é a que estabelece a necessidade de se pensar de outro modo.

Com efeito, não é possível que os agentes do Ministério Público que possuam atribuição para atuar na temática indígena busquem as balizas para tal atuação somente nas normas jurídicas, entendendo que as possibilidades de sua concretização se darão somente por meio da utilização das formas e instrumentos jurídicos tradicionais.

A adoção de uma atuação tradicional, que busca a legitimidade para atuação somente nas normas, torna o Ministério Público insensível às demandas específicas e incapaz de concretizar as lutas por dignidade historicamente travadas pelos povos indígenas brasileiros.

A variada gama de áreas que são de atribuição do Ministério Público, o excesso de trabalho e a forma de seleção dos seus integrantes para ingresso na carreira, entre outros fatores, pode servir de estímulo para uma atuação padronizada, com mecanismos e procedimentos iguais para atuação em todas as áreas, com o objetivo de melhor gerenciamento dos serviços.

Uma atuação homogeneizante acaba por desconsiderar os diferentes contextos e as diferentes especificidades que envolvem grupos diversos, como é o caso dos povos indígenas.

Pensar de outro modo é, assim, romper com mecanismos de pasteurização do agir que não se harmonizam com a realidade sócio-histórico-cultural dos povos indígenas e com a concretização dos seus processos de luta por dignidade. Deve haver, pelo agente do Ministério Público, abertura para a alteridade, para o (re) conhecimento de juízos acrílicos internalizados e naturalizados no seu próprio espírito. Nesse sentido preconiza Maria Rezende Capucci (p. 1):

Conforme bem exposto pela Excelentíssima Sra. Dra. Deborah Duprat – Subprocuradora Geral da República e coordenadora da Sexta Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (índios e minorias) –, no curso de iniciação dos novos membros do Ministério Público Federal, que ingressaram na instituição por meio do 22º Concurso, curso este realizado na segunda quinzena do mês de setembro de 2004, o trabalho com os Povos Indígenas envolve

conhecimentos que vão muito além de interpretação de normas jurídicas; exige, também, um conhecimento de si mesmo e, mais que tudo, um conhecimento do outro; daquilo que é diferente culturalmente e, muitas vezes, estranho aos nossos olhos.

Assim, os agentes do Ministério Público devem atuar no sentido de abdicar de pensamentos ancorados no lugar comum, na ideia de que os direitos dos povos indígenas estão todos fundamentados e que o momento atual exige sua mera aplicação, mesmo que acrítica. Ainda, necessário se faz desnaturalizar a ideia da existência de um índio genérico, em cujos parâmetros rígidos devem se enquadrar as pessoas indígenas, sob pena de não atuação da instituição ou atuação de forma inadequada.

Nesse ponto específico adquire especial importância uma especial sensibilidade dos membros do Ministério Público lotados em unidades ministeriais cujas comarcas ou seções judiciárias possuem municípios com aldeias próximas dos centros urbanos. Isso porque é comum que, nesses locais, os indígenas transitem regularmente ou morem na cidade, utilizando-se dos equipamentos públicos, comércios etc. Desta forma, uma análise descontextualizada pode conduzir à conclusão precipitada de que estes “deixaram de ser índios”, logo, não possuem mais direitos específicos a serem protegidos, o que não é verdade.

Darcy Ribeiro arrola as atitudes emocionais que dificultam a interação entre os indígenas e a sociedade envolvente. Tal rol pode ser utilizado em atendimento aos fins do presente trabalho para identificar as atitudes emocionais dos agentes do Ministério Público que podem dificultar a concretização da decisão inicial tendente a fazer com que se pense de outro modo.

A primeira atitude é a atitude etnocêntrica dos que identificam os índios como seres primitivos, com características biológicas, psíquicas e culturais que não são desejáveis e que, por isso, devem ser modificadas a fim de que assimilem os modos de vida pretensamente hegemônicos, obrigando-os a adotar as únicas formas “corretas” de vestir, comer, casar e falar. É a atitude tradicionalmente utilizada pelos missionários que, com o objetivo de salvar almas, buscam eliminar os costumes que julgam heréticos e detestáveis, como a antropofagia, a poligamia, a nudez, entre outros, e daqueles que entendem ser

vergonhoso para os “civilizados” conviver, no mesmo momento histórico, com pessoas que se pintam com urucu, que afiam os dentes, que deformam os beijos e as orelhas, que vivem em choças imundas e falam línguas ridículas (RIBEIRO, 1996, p. 213-214).

Conforme visto, historicamente os índios foram vítimas de todo tipo de opressão tendente ao seu completo aniquilamento, consubstanciando o que se denominou de política integracionista, comprometida com um sistema ideológico eminentemente capitalista. Como consequência de tal política, tem-se não só o extermínio físico dos indígenas, mas, em diversas áreas, o estabelecimento de uma relação de dependência destes com as estruturas que estão no seu entorno.

Nesse cenário, o agente do Ministério Público deve considerar o referido contexto sócio-histórico (explorado no Capítulo 2) a fim de assumir o compromisso com uma nova forma de pensar, não propagadora de uma ideologia tendente a progressivamente desconstruir as características dos povos indígenas, com base na sua comparação com a adoção de padrões ocidentais, pretensamente hegemônicos.

A eventual incorporação da referida atitude evidencia a existência de uma postura essencialista e universalista por parte do agente do Ministério Público, que corrobora a manutenção de visões abstratas e estáticas fundadas numa racionalidade jurídico-formal, que influencia na adoção de uma práxis descontextualizada e legitimadora de processos de opressão em face das referidas coletividades.

Pode-se esquematizar a referida atitude da seguinte forma:

Atitude etnocêntrica → Racionalidade Jurídico/Formal → Práticas descontextualizadas
---

A segunda atitude a ser evitada pelo Ministério Público protetor dos direitos e interesses dos povos indígenas é a atitude romântica, que concebe estes como pessoas bizarras, que não podem, de forma alguma, se misturar na “sociedade nacional” e que, por isso, devem ser “conservados” com suas características originais, ao lado dos museus e dos sítios arqueológicos (RIBEIRO, 1996, p. 214). É atitude reveladora de uma postura localista, propugnadora da preponderância do próprio, do local, que eleva a cultura e a diferença a posições centrais, o que

conduz, por consequência, a uma prática localista, excessivamente contextualizada.

Pode-se esquematizar a referida atitude da seguinte forma:

Atitude romântica → Racionalidade Material/Cultural → Práticas localistas

A terceira atitude que deve ser evitada pelo membro do Ministério Público com atribuições para proteção dos direitos e interesses dos povos indígenas é a absenteísta. Para esta, como a expansão da sociedade nacional é inevitável, todos os indígenas serão progressivamente incorporados, suas culturas serão desintegradas e os índios, como consequência, serão extintos. Entende que, como os índios estão condenados a viver em condição de penúria e de ignorância semelhantes aos demais brasileiros pobres, pertencentes a outras raças e culturas, devem todos receber o mesmo tratamento, pois somente juntos conseguirão superar a situação de vulnerabilidade em que se encontram (RIBEIRO, 1996, p. 214). Tal atitude legitima pretensões intelectuais falsas, passivas, que se colocam como neutras em relação às condições reais vivenciadas pelos povos indígenas, conduzindo a uma prática homogeneizante que se fundamenta em raciocínios lógico-formais. Pode ser esquematizada da seguinte forma.

Atitude absenteísta → Racionalidade Jurídico/Formal → Práticas localistas

Assim, tem-se que, para pensar de outro modo, na proposta de uma atuação protetiva com base na teoria crítica dos direitos humanos, deve o agente do Ministério Público abdicar de atitudes etnocêntricas, românticas e absenteístas, descomprometidas com a identificação das expectativas de vida digna dos povos indígenas.

Trabalhar com “o outro”, diferente culturalmente, exige, portanto, a visão a partir de uma ótica distinta: a ótica do novo, do diferente; bem como a incorporação, ao menos para o desenvolvimento do trabalho que nos é proposto, de outros valores que não os nossos. E se é fácil fazer tal afirmação, vivenciá-la, como já nos havia sinalizado a expositora da 6ª Câmara de

Coordenação e Revisão, no curso de iniciação mencionado, é tarefa um tanto quanto difícil, que exige determinação, postura de humildade e, mais que tudo, a abertura e vontade de conhecer o novo como ele realmente é, e não como o nosso etnocentrismo nos induz a ver. Mais ainda: questionar valores com os quais sempre estivemos acostumados (e que, muitas vezes, são, para nós, verdades absolutas) para enxergar a partir de outra lente. E, a partir desta nova visão, quem sabe relativizar conceitos arraigados oriundos de uma cultura predominante que, historicamente, e contrariando os preceitos constitucionais inaugurados com a nova ordem que vige a partir de 1988, vem atuando para manter a sua hegemonia.

Essa predisposição ao conhecimento do novo, entretanto, ao mesmo tempo em que é difícil – já que, como dito, exige-se o questionamento de crenças construídas durante toda uma vida – é, por outro lado, uma rica experiência de vida. Experiência esta que traz consigo a maravilhosa oportunidade não só de contribuir com a continuidade histórica de Povos únicos na sua forma de ser no mundo mas que, também, pode refletir em nossa vida pessoal, já que o convívio e o aprendizado com os Povos Indígenas nos fornecem elementos e nos dão acesso a conhecimentos que nos possibilitam mudar o modo como enxergamos a própria vida (CAPUCCI, 2009, p. 2).

A segunda decisão a ser adotada pelo Ministério Público na proteção dos direitos e interesses dos povos indígenas é a que propugna a necessidade de se evitar a negatividade dialética rumo à afirmação ontológica e axiológica. Ou seja, não pode o agente do Ministério Público se restringir a negar a adoção de atitudes etnocêntricas, românticas e absenteístas, bem como a negar a utilização das normas jurídicas nacionais ou internacionais, por considerá-las concebidas de forma a legitimar

um sistema histórico de dominação e de desrespeito aos povos indígenas.

Deve haver a reapropriação das atitudes extremadas mencionadas e das normas jurídicas existentes, a fim de contextualizá-las de forma crítica, ampliando-se suas deficiências a fim de (des) articulá-las com outras práticas de maior conteúdo político e social.

Como exemplo, tem-se a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho. Embora, conforme exposto anteriormente, o estabelecimento de direitos normativos visando à proteção dos povos indígenas por uma organização voltada a garantia de direitos dos trabalhadores tenha sido funcional aos interesses do mercado, não se pode ignorar o fato de que a referida Convenção prevê diversos direitos que concretizam reivindicações históricas dos referidos povos.

A mera negativa da aplicação da norma com base no não reconhecimento da sua legitimidade, adequação e/ou não autoaplicabilidade<sup>107</sup>, conduzirá os povos indígenas a, num

---

<sup>107</sup> Nesse sentido asseveram Alfredo Wagner Berno de Almeida e Sheilla Borges Dourado (2013, p. 29-31): “No Brasil ainda não há lei regulamentando o direito de consulta preconizado na Convenção 169 da OIT. Um grupo interministerial foi criado em janeiro de 2012 com o objetivo de estudar, avaliar e apresentar proposta de regulamentação da convenção quanto aos procedimentos de consulta prévia a povos indígenas e tribais. Criticado por não incluir nesse grupo representantes de povos e comunidades tradicionais, o governo federal, em seguida, iniciou com eles as discussões sobre o processo de regulamentação. Ainda que variados setores defendam a regulamentação do direito de consulta previsto na Convenção 169, há perspectivas divergentes sobre a necessidade dessa medida. Argumenta-se que tal regulamentação se converteria num mecanismo de restringir direitos desses povos e comunidades, sendo mesmo desnecessária, devido à autoaplicabilidade da Convenção 169 no Brasil que, uma vez ratificada, passaria imediatamente a produzir efeitos para os Estados signatários. No momento em que esse processo de discussão se desenvolve, prevalece nas mais altas instâncias de poder no Brasil uma corrente de pensamento conservador a respeito dos direitos de povos indígenas e demais povos e comunidades tradicionais, o que tende a restringir o seu alcance, buscando flexibilizar os direitos territoriais. No Executivo, no Legislativo e no Judiciário, as forças contrárias à efetivação desses direitos são expressivamente maiores do que as forças aliadas a essa

contexto de cada vez mais retrocessos em matéria de previsão de direitos<sup>108</sup>, enfrentarem ainda mais dificuldades para proteção aos seus interesses e direitos específicos. Deve, assim, o Ministério Público, buscar a incidência da Convenção nº 169 da OIT, enfrentando eventuais argumentos em sentido contrário.

Mais do que buscar a aplicação das disposições contidas na Convenção nº 169 da OIT, é importante que o Ministério Público como um todo dê a devida publicidade às suas disposições, internalizando seu conteúdo nas suas atividades cotidianas, principalmente nos órgãos onde não há atuação devidamente estruturada e especializada em relação à questão indígena.

Ademais, é importante que os agentes do Ministério Público busquem disseminar conteúdos voltados à maior compreensão pelos demais juristas, autoridades locais, sociedade em geral e pelo meio escolar<sup>109</sup> a respeito das

---

causa. [...] As decisões do Supremo Tribunal Federal igualmente têm expressado um recrudescimento do conservadorismo na interpretação dos direitos de povos e comunidades tradicionais. Dois casos são emblemáticos: o julgamento da ação popular contra a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, no ano de 2009, e o julgamento, ainda em curso, da Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o Decreto n. 4.887/2003, norma que regulamenta o processo de demarcação de terras quilombolas. Em ambos os casos, os direitos humanos reconhecidos pela Convenção 169, cuja vigência – há de se lembrar – é plena no Brasil desde a sua ratificação, foram negligenciados pela suprema corte do judiciário. O direito à participação e à consulta, o direito de autodeterminação, de manutenção dos modos de vida e dos territórios tradicionais foram flagrantemente maculados no pronunciamento de alguns ministros incapazes de admitir a peculiaridade dos modos de vida, as necessidades e demandas próprias desses grupos socialmente distintos, vinculados necessariamente ao território para a sua reprodução material e cultural.”

<sup>108</sup> Deve-se se ressaltar a existência de propostas de emendas constitucionais com o objetivo de dificultar a concretização de direitos dos povos indígenas, como a PEC nº 215 que, em suma, busca transferir ao Congresso Nacional a decisão sobre a demarcação de terras indígenas.

<sup>109</sup> Inclusive, com o objetivo de que sejam ministrados, nas escolas, conteúdos específicos a respeito dos povos indígenas, a Lei nº 11.645,

especificidades que envolvem os povos indígenas, rompendo com processos de naturalização da desigualdade, preconceito e injustiça social<sup>110</sup>.

A terceira decisão inicial a ser adotada pelo Ministério Público na proteção dos direitos e interesses dos povos indígenas, numa perspectiva crítica dos direitos humanos é a que estabelece a necessidade de se pensar as lutas pela dignidade dos referidos povos a partir da problematização da realidade.

Como defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos humanos, cabe ao Ministério Público possibilitar a abertura de caminhos para a utilização de novos instrumentos e formas de ação alternativas que aproximem a instituição da realidade indígena que se encontra marginalizada, oculta ou ignorada. Deve haver o estabelecimento de espaços de encontro com as comunidades indígenas que possibilitem a estas explicar e interpretar sua própria realidade.

---

de 10 de março de 2008, alterou o art. 26-A da Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996, para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena, nos seguintes termos: “Art. 26-A. Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, torna-se obrigatório o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena.

§ 1º O conteúdo programático a que se refere este artigo incluirá diversos aspectos da história e da cultura que caracterizam a formação da população brasileira, a partir desses dois grupos étnicos, tais como o estudo da história da África e dos africanos, a luta dos negros e dos povos indígenas no Brasil, a cultura negra e indígena brasileira e o negro e o índio na formação da sociedade nacional, resgatando as suas contribuições nas áreas social, econômica e política, pertinentes à história do Brasil.

§ 2º Os conteúdos referentes à história e cultura afro-brasileira e dos povos indígenas brasileiros serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de educação artística e de literatura e história brasileiras.” (NR)

<sup>110</sup> “Os índios são objeto de discriminação racial por parte das populações com que estão em contato, as quais, diante da diferença de costumes, de concepções e de motivações, bem como da pobreza do equipamento indígena de luta pela vida, reagem, considerando-os tipos subumanos, desprezíveis, em quem podem atirar como se fossem animais.” (RIBEIRO, 1996, p. 215)

Para tanto, torna-se indispensável que os agentes do Ministério Público realizem visitas<sup>111</sup> constantes às comunidades indígenas, interagindo com estas e com suas lideranças, no sentido de identificar quais são suas principais necessidades e com o objetivo de possibilitar uma apreensão mais adequada da sua realidade específica.

Não basta somente a realização de audiências públicas formais ou a realização de atendimentos ao público<sup>112</sup> na sede da unidade ministerial para que o agente do Ministério Público adquira conhecimento das possibilidades de intervenções protetivas em benefício dos povos indígenas. Tais procedimentos tradicionais de atuação ministerial não necessariamente irão possibilitar um diagnóstico especializado a respeito das principais demandas existentes numa comunidade indígena e o conhecimento da sua realidade de forma próxima.

No caso de atendimento individual para tratar de tema que diz respeito a toda a comunidade indígena, cabe ao agente do Ministério Público, seguindo as lições de Marc Augé (2009, p. 39), ao tratar do trabalho do etnólogo, apreender toda a

---

<sup>111</sup> A título de exemplo, tem-se o trabalho realizado pela Área das Comunidades Indígenas do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos, do Ministério Público do Estado do Paraná, que periodicamente se desloca a comunidades indígenas existentes em todo o Estado para realização de diálogo com os indígenas e com as autoridades locais, a fim de identificar suas principais necessidades e as possibilidades de intervenção.

<sup>112</sup> Conforme salienta Hugo Nigro Mazzilli (2007, p. 137): “No tocante ao Ministério Público brasileiro, o atendimento ao público é um dos canais mais eficientes para que a instituição desempenhe suas funções constitucionais de zelar pelo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, ou seja, uma verdadeira função de *ombudsman* da sociedade. Por meio do atendimento, o membro do Ministério Público recebe a reclamação do povo, apura a notícia ou determina sua apuração, investiga de modo direto os fatos, especialmente quando a polícia ou a administração não têm interesse ou não têm possibilidade de apurá-los, e, enfim, se for o caso, propõe a ação penal ou a ação civil pública quando necessário. O atendimento ao público pelo membro do Ministério Público passou a ser um importante veículo de acesso do povo a seus direitos constitucionais.”

individualidade como resumo provável do todo social, mediante um processo de imaginação contextualizado cultural e historicamente.

Nesse contexto, importa ao representante do Ministério Público analisar de forma crítica a necessidade de utilização dos instrumentos tradicionais de contato com a sociedade em geral, a fim de constatar se estes possibilitarão aos indígenas exteriorizar suas expectativas por dignidade de forma adequada aos seus costumes, tradições e cultura.

Problematizar a realidade é, assim, criar lugares de encontro em que, em condições de igualdade, os povos indígenas e o Ministério Público possam estabelecer um diálogo intercultural, sem hierarquizações, sem a homogeneização do pensar e do agir, sem a busca de legitimação de procedimentos técnico-jurídicos, instituídos para solucionar problemáticas eventualmente inexistentes, ou existentes em outros termos. A dignidade dos povos indígenas não pode ser protegida de forma isolada, *a priori*, mediante análises documentais, oitivas, cumprimento de requisições e outros atos formais.

Também como decisão anterior à proteção dos direitos e interesses indígenas pelo Ministério Público, há que se ter a compreensão de que a possibilidade da sua efetivação não é mera utopia, algo impossível de ser realizado.

Com efeito, a análise da história da legislação indigenista, nos termos expostos no Capítulo anterior, evidencia que o campo do jurídico foi, em relação ao tema, sempre permeado de paradoxos. A realidade de opressão e de desrespeito vivenciada pelos povos indígenas conviveu durante anos com a previsão de direitos abstratos que aguardavam serem efetivados pelo Estado. Atualmente, tal processo paradoxal ainda ocorre.

Cabe ao Ministério Público analisar criticamente tal processo histórico e romper com a ideia da impossibilidade de garantia de proteção aos interesses e direitos dos povos indígenas, mediante a adoção de ações práticas com tal objetivo, sem ancoramento em automatismos transcendentais pessimistas, mas nos modos de existência concretos e contextualizados das referidas coletividades. Ou seja, o novo, na questão indígena, deve ser alcançado mediante a construção de heterotopias, “outros lugares”, em vez de se buscar a legitimação da construção utópica ocidental, no sentido de que, no futuro, um

dia, tudo será melhor para os índios, o que conduz à alienação, ao irrealismo e à passividade.

Como última decisão inicial cabe ao Ministério Público orientar suas ações pela compreensão de que nem tudo vale o mesmo. Com base em tal decisão, deve-se considerar que os direitos humanos na sua concepção tradicional foram construídos sob o marco de contextos históricos, políticos, geográficos e epistemológicos totalmente diversos daqueles vivenciados pelos povos indígenas do Brasil e que tais normas convivem há anos com uma lógica de dominação e exclusão destes da possibilidade de gozar uma vida digna de ser vivida. As concepções de dignidade dos povos indígenas foram sempre consideradas irracionais, bárbaras e não adequadas ao modelo de civilização ocidental, funcional aos interesses do mercado.

Assim, deve-se partir de um relativismo relacional, que considera as formas indígenas de interpretar, explicar e interagir com o mundo como merecedoras da mesma consideração que é dispensada às demais formas ocidentais existentes em seu entorno. E isso pode ser feito mediante o empoderamento das comunidades indígenas, conferindo-lhes autoridade suficiente para dialogar de forma igualitária com os agentes do Ministério Público e com os demais representantes dos poderes públicos.

É nesse contexto que sobressai a necessidade de se estabelecer o diálogo intercultural como alternativa à atuação do Ministério Público na proteção dos direitos e interesses indígenas.

Utilizando-se do diálogo intercultural, deve-se alcançar o que Joaquín Herrera Flores (2009b, p. 163) denomina de “universalismo de chegada ou de confluência”. Os indígenas devem ter a possibilidade de travar com o Ministério Público processos de diálogo em condições de igualdade, sem receio de que suas concepções de dignidade possam ser consideradas inferiores aos padrões pretensamente hegemônicos, ou seja, não deve haver a superposição de propostas.

As visões de mundo exteriorizadas pelos povos indígenas, seus costumes, suas crenças, suas tradições, devem ser valorizados quando do estabelecimento de diálogo, não só com o Ministério Público, mas com todas as autoridades públicas. Para tanto, cabe aos agentes do Ministério Público, de um lado internalizar a necessidade de romper com preconceitos que possam impedir o reconhecimento adequado de tais visões,

e de outro zelar para que o mesmo ocorra nos demais espaços públicos.

Nesse sentido, faz-se importante o registro do reconhecimento da necessidade de atuação pelo Ministério Público sob as bases do diálogo intercultural pela Procuradora da República Maria Rezende Capucci (2009, p. 1-2):

De fato, o desenvolvimento do trabalho efetivo junto às comunidades indígenas, bem como a participação em outros eventos que tratam deste tema – como o Encontro da Câmara, realizado entre os dias 21 e 24 de novembro de 2006, em Palmas/TO – corroboram a explanação feita no curso de iniciação e demonstram que a atitude básica para o início de uma relação com os Povos Indígenas – e também junto a qualquer outro povo que consideramos “diferente” – é a de respeito e diálogo intercultural. Somente a partir desta postura será possível o desenvolvimento de um trabalho legítimo, que atenda aos anseios desses povos e nos permita desempenhar, com qualificação não só técnico-jurídica, mas também sob o ponto de vista antropológico, as atribuições que nos foram constitucionalmente destinadas junto a essas minorias.

E é a partir desta postura – respeito e diálogo – que se abrem os canais que fornecerão os elementos necessários para desenvolvermos o trabalho técnico-jurídico no desempenho de nossa missão institucional de real implementação e proteção dos direitos desses povos. E isto porque somente a cada povo cabe dar a real dimensão que permita a compreensão do que significam – para aquele povo, e não para nós, que com eles trabalhamos – determinados valores.

Este importante intercâmbio cultural de valores e informações é que fornecerá os elementos fundamentais a recheiar nossas peças jurídicas da realidade de cada povo – e não de suposições por nós feitas a partir de valores completamente distintos daqueles a quem nosso trabalho é dirigido. Suposições

que, via de regra, carregam em si boa dose de preconceito.

O transcurso da convivência cultural entre os povos indígenas e o Ministério Público e os demais poderes públicos assegurará a subsistência de diferentes visões de mundo, sem que alguma prevaleça, *a priori*, sobre outra, no que Joaquín Herrera Flores (2009b, p. 163) denomina de “racionalidade de resistência”.

Para a realização de um diálogo intercultural de fato, é indispensável que o Ministério Público esteja aberto para o estudo aprofundado e para a internalização nas suas estruturas de outros conhecimentos, como a antropologia. Nesse sentido defende Marcelo da Veiga Beckausen (2002, p. 15).

Para o exercício de suas funções discriminadas constitucionalmente, também é necessário um aprofundamento de conhecimentos sobre área ou setor onde o membro do Ministério Público vai atuar. Assim, diante da ocorrência da segmentação da sociedade, no que tange à efetivação dos direitos individuais ou sociais, surge uma intensa diversificação de elementos com os quais se deve lidar. A exigência, então, de uma atitude diferenciada no tocante a esta multidisciplinaridade é algo inarredável. Não se pode imaginar, por exemplo, o trabalho com comunidades indígenas sem o necessário estudo de antropologia, assim como outros ramos científicos pertinentes a conceder o balizamento mais adequado ao trabalho desenvolvido pelo Ministério Público. A apropriação desses elementos pode se dar através da própria capacitação do agente ministerial ou através da criação de grupos técnicos, dentro da instituição, aptos para acompanhar as atividades específicas desses agentes.

Assim, faz-se necessário que o Ministério Público, cumprindo seu papel de protetor dos direitos e dos interesses dos povos indígenas, preze pelo diálogo intercultural como alternativa, sem ceder a universalismos de partida essencialistas e a localismos, mas com a construção de lugares de encontro em

que as concepções de dignidade humana apresentadas pelos povos indígenas não sejam hierarquizadas, desconsideradas ou afastadas do seu contexto.

Pode-se esquematizar a referida atitude a ser observada pelos agentes do Ministério Público da seguinte forma:

Diálogo intercultural → Racionalidade de resistência ➤ Prática ministerial intercultural

Desta forma haverá a concepção de uma proposta de direitos humanos contextualizada e construída gradativamente com a participação dos povos indígenas, historicamente afetados pela violação às suas concepções de dignidade. Assim, a instituição Ministério Público, componente do “diamante ético”, pode colaborar, com sua atuação, para que seja garantida aos povos indígenas a possibilidade de lutar, plural e diferenciadamente, para a concretização dos seus objetivos éticos e políticos, garantindo que estes tenham mais condições de acesso aos bens necessários ou exigíveis para viver dignamente.

#### 4.3 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCIPAIS PROCESSOS DE LUTA DOS POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS

Conforme exposto no capítulo anterior, os povos indígenas possuem reivindicações históricas que se consubstanciam em processos de luta para acesso a determinados bens tidos como indispensáveis para usufruto de uma vida digna de ser vivida.

Como na perspectiva de uma teoria crítica dos direitos humanos, estes somente podem ser concebidos mediante conjunção dos processos sociais e econômicos que permeiam uma dada formação social, e como a interação entre o conjunto de ideias e teorias e sua materialização pelas instituições determinam os processos sociais num contexto espaço-temporal concreto, é indispensável que se verifique de que forma a instituição Ministério Público pode atuar realizando uma mediação comprometida com os diferentes processos de luta por dignidade dos povos indígenas brasileiros.

Conforme salienta Ricardo Verdum (2014, p. 110), a mera previsão de um capítulo específico na Constituição Federal estabelecendo uma série de direitos para os povos indígenas

não é suficiente para que haja sua devida efetivação pelo poder público. Nesse sentido, constata-se que há muito que ser transformado na cultura política, nas instituições e nas práticas interétnicas para que os povos indígenas um dia sejam tratados como nações.

Considera-se que as lutas pela implementação dos direitos e interesses dos povos indígenas não serão adequadamente travadas mediante uma práxis tradicional, hierarquizante, hegemônica e universalizante, que busca a legitimidade para a atuação somente nas normas e não nas práticas sociais.

Ademais, a alta inserção nas estruturas do poder de setores ruralistas, latifundiários, extrativistas (mineração, gás e petróleo) e empreiteiras, acaba por gerar constantes apresentações de propostas que ameaçam os direitos, já estabelecidos, dos povos indígenas. Assim “ao mesmo tempo em que reconhece e concede alguns direitos aos povos indígenas, o Estado, correspondendo com o interesse do capital nacional e transnacional, vai corroendo as bases econômicas e sociais ao seu exercício” (VERDUM, 2014, p. 110). É o que, em relação à teoria clássica dos direitos humanos, Joaquín Herrera Flores denomina de o paradoxo “dos direitos e do mercado”, exposto nas páginas 55,56 e 57.

Nesse contexto, Silvio Coelho dos Santos afirma que, tendo em vista a ausência de concretização dos direitos consignados na Constituição e nos demais documentos internacionais, há muito que ser conquistado, principalmente “no que se refere ao organismo governamental que trata diretamente das questões indígenas, a Funai. Este órgão está enfraquecido e não tem tido condições reais para se assumir como mediador entre os povos indígenas e o Estado nacional.” (SANTOS, 2005, p. 82)

A ausência de um órgão mediador governamental devidamente estruturado, que possibilite aos povos indígenas ter acesso aos seus direitos, faz com que estes fiquem numa condição de ainda maior vulnerabilidade social e sujeitos a todo tipo de violência, por suas reivindicações contrariarem os interesses do sistema capitalista de mercado. Nesse sentido, adverte Ricardo Verdum (2014, p. 118):

Deixar os indivíduos, as famílias e as comunidades indígenas no confronto direto

com as pessoas e os grupos organizados (fazendeiros, garimpeiros, grileiros etc.) interessados em ocupar os territórios em que habitam e desfrutam, em explorar os recursos naturais ali existentes, ou mesmo fazer uso dos seus conhecimentos e capacidade de trabalho, seria obviamente deixá-los ainda mais vulneráveis às várias formas de violência a que estão sujeitos. Seria também atentar contra os direitos desses povos assegurados na Constituição de 1988, como também na normativa internacional, como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007). Os dados proporcionados pela pesquisa coordenada por Vilma Bokany e Gustavo Venturi (2003) não deixam dúvida: não é possível, nem desejável, nas atuais circunstâncias, o Estado afastar-se ou ausentar-se do seu papel de proteção e promoção dos direitos assegurados aos povos indígenas no Brasil.

O referido cenário de dificuldades em relação à concretização (e manutenção) dos direitos dos povos indígenas, somado às dificuldades vivenciadas pelo organismo governamental responsável pela atuação direta na questão indígena, que, apesar do esforço dos seus servidores, não possui estrutura adequada para dar conta de toda a demanda existente, torna indispensável a atuação efetiva do Ministério Público, instituição independente das estruturas do Estado, para a concretização dos processos de luta por dignidade dos povos indígenas.

Em relação à luta pelo reconhecimento do direito a terra, percebe-se de forma acentuada a existência do paradoxo antes mencionado. Embora do ponto de vista jurídico a demarcação de terras seja uma meta institucional desde a criação do SPI, em 1910, resta evidenciada, na prática, a permanente sobreposição de outros interesses do Estado e da sociedade brasileira, que sempre buscaram a integração e a assimilação dos povos indígenas e, conseqüentemente, a dissolução das suas

especificidades culturais. Ou seja, embora as condições para a concretização do direito a terra tenham sido estabelecidas no âmbito jurídico, as condições fáticas para o seu total reconhecimento efetivo nunca existiram, pois os planos de desenvolvimento econômico concebidos pelo Governo Federal e pelos demais poderes regionais “[...] sempre se sobrepuseram aos interesses e direitos indígenas, assim como a iniciativa privada sempre encontrou canais de pressão e influência suficientes para permitir a não-observância desses direitos”. (ARRUDA, 2002, p. 137)

Considerando esse cenário paradoxal que a atuação do Ministério Público deve ocorrer, nos termos de uma proposta compatível com a teoria crítica dos direitos humanos, primeiramente, buscando o fortalecimento do órgão federal de assistência ao índio, exigindo do poder público e de eventuais empreendedores a sua efetiva estruturação a fim de que a referida instituição possa realizar de forma adequada os trabalhos necessários para instrução dos procedimentos administrativos tendentes à demarcação das terras indígenas, bem como para que possa garantir condições necessárias para sua adequada proteção e para execução das suas demais atividades. Nesse sentido entende Ricardo Verdum (2015):

Este quadro de pressões e de vulnerabilidades é mais grave quando não são reconhecidos os direitos territoriais coletivos das comunidades indígenas, ou quando a despeito de ter havido o registro fundiário, ou seja, de ter sido criada a Terra Indígena no papel, não são garantidas pelo estado as condições humanas e materiais à governança da sua proteção. Para desestimular as invasões e a depredação ambiental, é preciso o estado se fazer presente nessas áreas de maneira adequada e efetiva. A precarização dos serviços prestados pela Fundação Nacional do Índio (Funai), com cortes sistemáticos efetuados no seu orçamento anual e perda de poder político de decisão nos assuntos sob a sua responsabilidade, em particular em processos de licenciamento ambiental, quando tem de avaliar e se posicionar sobre

o impacto socioambiental em determinada Terra Indígena, tem efeitos diretos sobre os direitos territoriais dos coletivos indígenas. Lamentavelmente é isso o que vemos ocorrer de maneira generalizada e sistemática na Amazônia e no restante do país.

A necessidade de que o Ministério Público atue com o objetivo de exigir do Estado que possibilite o funcionamento adequado do órgão governamental de assistência ao índio, qual seja a Funai, se deve ao fato de que a atuação firme da referida instituição contraria os interesses econômicos que pretendem gradativamente avançar sobre os direitos dos povos indígenas, como demonstra a grande quantidade de propostas no âmbito do Poder Legislativo nesse sentido. E, indubitavelmente, os interesses econômicos ocupam uma posição majoritária nas relações sociais, o que lhes permite influenciar diretamente o poder político<sup>113</sup> na tomada de decisões para que estas reflitam

---

<sup>113</sup> No plano teórico, Luigi Ferrajoli (2015, p. 199), numa proposta de reformulação da teoria da separação dos poderes, estabelece a necessidade premente de se restabelecer a independência do poder político do poder econômico. Assevera: “A primeira das nossas quatro separações se relaciona àquilo que [...] chamei de constitucionalismo profundo do Estado moderno: é a separação entre *poderes políticos* e *poderes econômicos* destinada a restabelecer a independência e o primado dos primeiros sobre os segundos. Constatou-se que um dos fatores da crise política – da sua credibilidade e do seu papel de governo – é hoje a sua subalternidade à economia e, com maior ênfase, ao mercado financeiro determinada por condicionamentos lobísticos, por concentrações de poderes, pelos conflitos de interesses e pelas várias formas de corrupção e de apropriação privada da esfera pública. Esta confusão entre interesses públicos e interesses econômicos compromete, como se demonstrou, seja a dimensão política seja a dimensão civil da democracia, ocasionando uma lesão dos direitos políticos e dos direitos civis que representam o fundamento daquelas dimensões. A garantia de tais direitos exige, assim, a rígida separação dos poderes nos quais aqueles direta ou indiretamente consistem, e, conseqüentemente, a separação da esfera pública da esfera econômica e o primado da primeira sobre a segunda: uma como esfera heterônoma, pois existe em função dos interesses da coletividade, a outra confiada à autodeterminação privada, pois existe em função dos interesses dos particulares.”

os valores que entendem mais relevantes, entre os quais, em regra, não se encontra a proteção dos direitos dos povos indígenas.

Como exemplo da atuação do Ministério Público no sentido de fortalecer a Funai, tem-se o ajuizamento de Ação Civil Pública com o objetivo, entre outros pedidos, de que o empreendedor responsável pela construção da Usina Belo Monte seja compelido a estruturar a referida instituição, cumprindo condicionante prevista no procedimento de licenciamento ambiental. Extrai-se da inicial da referida ação:

Neste contexto, a viabilidade da UHE Belo Monte restou condicionada ao fortalecimento da Funai, que representaria a ação primeira de proteção dos povos indígenas. Seja por parte do Estado, para suprir deficiências diagnosticadas em 2009, quando o órgão indigenista já se encontrava “com grande dificuldade de atender a demanda das populações indígenas da região”. Seja por parte da concessionária Norte Energia, como expressão do princípio do poluidor pagador para, enquanto se mantivesse a demanda extraordinária gerada pelo empreendimento: “contribuir para a melhoria da estrutura (com apoio financeiro e de equipe técnica adequada), da Funai, para que possa efetuar [...] a gestão e o controle ambiental e territorial da região, bem como o acompanhamento das ações referentes ao Processo.” (Licença Prévia n. 342/2010-IBAMA, c/ref. Parecer Técnico n. 21/FUNAI/2009, p. 94-97 – Anexo 02).

E ações de fortalecimento da Funai foram previstas já, em caráter antecipatório, no Termo de Compromisso pactuado em 2010, entre Funai e Norte Energia, com a previsão de imediata construção de uma nova sede da Funai em Altamira e de equipagem de material e recursos humanos para o acompanhamento do Programa Emergencial de Etnodesenvolvimento. (Anexo – 05).

O amplo descumprimento da obrigação condicionante de fortalecer a Funai para o

processo de licenciamento da UHE Belo Monte foi reconhecido pelo Poder Judiciário, em decisão liminar proferida em janeiro de 2015, nos autos da Ação Civil Pública n. 2694-14.2014.4.01.3903, em trâmite na Justiça Federal em Altamira. (Anexo 12).

Em agosto de 2015, nova inspeção do Ministério Público Federal na sede da Funai em Altamira constatou que o quadro atual de servidores da instituição é ainda pior do que aquele levado ao Poder Judiciário no contexto da Ação Civil Pública em 2014. (Informação Técnica – MPF/2015 – anexo 13).

Instado a se pronunciar, o coordenador regional substituto da Funai noticiou que “o efetivo de recursos humanos para dar conta das ações administrativas, proteção territorial e promoção social na região do Médio Xingu é ínfimo e preocupante” e que “as condições efetivamente existentes hoje na CR para fazer frente às demandas ordinárias e extraordinárias decorrentes do empreendimento da UHE Belo Monte são bastante precárias.” (Ofício 294/CR-CENTRO-LESTE-PA/FUNAI/2015 – anexo 14). E, em solicitação encaminhada à presidência da instituição para o “fortalecimento da Coordenação Regional Centro-Leste do Pará, tendo em vista o esvaziamento do quadro da CR”, destacou que: provavelmente, nos próximos 6 (seis) meses, se nada for feito no sentido de analisar, avaliar e deliberar sobre a questão em tela, corre-se o risco de um colapso e interrupção das atividades meio e fim desta regional, situação que prejudicará as ações institucionais e as comunidades indígenas jurisdicionadas. g.n (Memorando 245/2015/CR-CENTRO-LESTE-PA/FUNAI – anexo 14).

Em recente análise técnica sobre a implementação das condicionantes Indígenas, face ao pedido de Licença de Operação da UHE Belo Monte, a

Coordenação Geral de Licenciamento da Funai destacou que: o estabelecimento e o reforço das ações governamentais antes da instalação do empreendimento tinham como objetivo resguardar a região, aumentando a capacidade de ação dos órgãos governamentais, em especial da Funai, no caso do componente indígena. Por se tratar do maior empreendimento em curso no Brasil e por todo o histórico e simbolismo atrelado à sua execução, o investimento a área pública deveria ter acompanhado, na mesma proporção, a magnitude do empreendimento. Como verificado e demonstrado, não foi o que ocorreu. Especificamente tomando a Funai como exemplo, não houve investimento governamental num fortalecimento real da ação indigenista. (Informação Técnica 223/2015/CGLIC/FUNAI – anexo 3)

Não se trata de mero descumprimento de uma obrigação condicionante.

A intervenção deficiente da Funai neste complexo componente indígena comprometeu integralmente a execução do Plano de Mitigação de Impacto que poderia tornar a UHE Belo Monte viável quanto a tal aspecto específico.

[...] Dada a complexidade e a dinâmica das transformações que advieram, o não fortalecimento da Funai fez-se acompanhar de sua desestruturação e deslegitimação. Com isso, além da intervenção deficiente no processo da UHE Belo Monte, a Funai perde a capacidade de cumprir sua missão enquanto órgão indigenista, o que levou ao colapso da coordenação regional (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2015).

Também como forma de proteger o direito a terra dos povos indígenas, cabe ao Ministério Público monitorar a adequada tramitação dos procedimentos administrativos tendentes à demarcação de terras indígenas, a fim de que todos os prazos e exigências sejam atendidos de forma célere. Desta forma, possibilitará o Ministério Público que as condições para

acesso dos povos indígenas a terra não sejam obstadas, limitadas ou excluídas, numa situação de absoluta desconsideração das causas históricas que deram origem ao processo social de afastamento do referido grupo a tal bem. Nesse sentido, afirma Maria Rezende Capucci, Procuradora da República, ao tratar da importância da atuação do Ministério Público numa área indígena específica (2009, p. 11-12):

Tal quadro evidencia a necessidade de atuação do Ministério Público Federal junto à comunidade indígena denominada Guarani do Araçaí para que as autoridades administrativas cumpram, rigorosamente, o Decreto 1775, em especial no que se refere aos prazos nele previstos, a fim de que se dê continuidade e, por fim, seja concluída a demarcação da referida terra indígena, garantindo, dessa forma, o cumprimento do que foi determinado pelo legislador constituinte de 1988 e resgatando, ao menos no que se refere a esta comunidade, um pouco da enorme dívida social que o Estado Brasileiro tem para com os povos indígenas.

Para tanto, cabe ao Ministério Público também exigir que haja atuação adequada por parte do organismo governamental responsável pela política indigenista.

Assim, a atuação do Ministério Público no sentido de buscar o fortalecimento da Funai e com o objetivo de monitorar a adequada tramitação dos procedimentos de demarcação de terras indígenas, numa proposta que se harmoniza com a teoria crítica dos direitos humanos, promove a compatibilização entre os elementos componentes dos eixos material e conceitual dos direitos humanos de forma que seja possível a proteção adequada ao direito a terra dos povos indígenas, haja vista que, espontaneamente, tal interação tenderá a lhes ser desfavorável nesse aspecto.

Além da proteção ao direito a terra, o Ministério Público pode atuar sob o paradigma da teoria crítica dos direitos humanos no sentido de dar concretude ao direito à autodeterminação dos povos indígenas, principalmente zelando para que seja devidamente respeitado o direito a participação, consulta e consentimento.

Nesse sentido, tendo em vista a previsão do referido direito em normas internacionais de proteção aos direitos humanos, como na Convenção 169 da OIT e na Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, cabe ao Ministério Público a função de exigir que seja realizado o procedimento de consulta sempre que houver a intenção da prática de qualquer ato administrativo ou legislativo que possa afetar os povos indígenas, caso esta não seja realizada espontaneamente. Além de exigir a realização da consulta, também deve o Ministério Público zelar para que todas suas características sejam plenamente observadas.

Num cenário de prevalência dos interesses privados sobre os direitos dos povos indígenas, os valores culturais, espirituais, políticos, sociais e econômicos que são importantes para estes, sem a garantia do direito à consulta, serão invariavelmente desconsiderados. Embora se tenha avançado em relação à teorização do direito à consulta, há dificuldades na sua efetiva implementação prática e isto se deve principalmente pela posição que os povos indígenas ocupam nas relações sociais, o que dificulta a exteriorização adequada dos seus posicionamentos narrativos a respeito de medidas administrativas ou legislativas que possam os afetar.

O Ministério Público, com os instrumentos que possui, pode realizar a função de mediador social, empoderando os povos indígenas, a fim de que suas vozes sejam ouvidas e respeitadas, sem hierarquização, homogeneização e sem o estabelecimento, *a priori*, de formas rígidas, que não atendam as especificidades de cada comunidade. Assim, o espaço e o tempo dos povos indígenas para decidir têm maiores possibilidades de serem respeitados.

Em relação à concretização do direito a participação, consulta e consentimento, há diversas iniciativas do Ministério Público no sentido de buscar a sua observância por parte do poder público. Abaixo, apresenta-se notícia referente a uma ação judicial ajuizada pelo Ministério Público Federal (2015), a fim de que o referido direito seja respeitado, no caso, antes da adoção de uma medida legislativa:

Ação do MPF pede condenação do Governo do Estado de Roraima para que matéria seja

previamente discutida com representantes das lideranças antes do envio ao Legislativo. O Ministério Público Federal em Roraima (MPF/RR) protocolou nessa terça-feira, 3 de novembro, ação civil pública para assegurar o direito à consulta dos povos indígenas sobre alterações no Plano de Cargos, Carreiras e Remunerações dos Servidores da Educação Básica. O pedido, em caráter liminar, é pela condenação do Governo do Estado para que a matéria seja previamente discutida com representantes das lideranças antes do envio ao Legislativo.

As alterações foram propostas pelo governo do estado, como um projeto de lei para alterar a Lei nº 892/13, que institui o plano. O projeto também teve a participação do Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Estado (Sinter), mas a única entidade legitimada para representar os professores indígenas no estado, a Organização dos Professores Indígenas de Roraima (Opirr), não foi consultada.

Ao ignorar a Opirr, o estado contrariou o direito de consulta contemplado na Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Também contrariou a estratégia nº 44, expressa no Plano Estadual de Educação (PEE), por meio da qual o estado se obrigou a “garantir consultas prévias e informadas aos povos indígenas, suas comunidades e instituições sobre todas as medidas que venham a afetá-los na implementação desse PEE.”

Estratégias ignoradas - A Lei nº 1.008, que aprovou o Plano Estadual de Educação, foi sancionada pelo governo de Roraima em setembro deste ano com o estabelecimento de 44 estratégias a serem observadas obrigatoriamente pelo estado na condução da política educacional destinada aos indígenas. A matéria foi resultado de negociação com o Executivo e encerrou a

greve dos professores indígenas, que já durava 36 dias.

Entretanto, passado mais de um mês do término do movimento grevista, as lideranças afirmam que o governo não cumpriu os outros compromissos firmados, relacionados a melhorias estruturais e salariais na área da educação. Além disso, convidou apenas o Sinter para discutir a formatação do projeto de lei destinado à alteração do plano de cargos, excluindo a Opirr das tratativas, o que resultou na deflagração de novo movimento pelos indígenas e o fechamento da BR-174 norte.

Povos indígenas impactados - "O projeto de lei que tenciona alterar o plano de cargos impacta diretamente os povos indígenas e especialmente a categoria de professores indígenas, o que torna obrigatória a consulta prévia, livre e informada, mediante procedimentos apropriados, dos povos interessados, através de suas instituições representativas", afirma o procurador da República Fábio Sanches, titular do Ofício de Defesa dos Direitos Indígenas.

De acordo com o procurador, "frustrada a tentativa de solução extrajudicial do problema criado pelo próprio estado, alternativa não resta senão a propositura da presente ação, para que seja observado o direito de consulta previsto na Convenção nº 169/OIT, na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e no Plano Estadual de Educação".

O MPF/RR pede a condenação do Estado de Roraima, em obrigação de fazer, consubstanciada na consulta aos povos indígenas, através da Opirr, previamente ao envio à Assembleia Legislativa de Roraima do projeto de lei que trata do plano de cargos, sob pena de multa diária no valor de R\$ 10 mil por dia de atraso.

Percebe-se que o Ministério Público, no referido caso, utilizou-se de um instrumento tradicional de atuação para a

proteção aos direitos humanos, qual seja a ação civil pública, com o objetivo de contextualizar de forma crítica o direito à consulta no âmbito do Poder Judiciário, exigindo a sua observância pelo Poder Legislativo.

É ainda importante que o Ministério Público exija a conscientização adequada das comunidades indígenas que eventualmente serão afetadas por alguma medida, a fim de que lhes seja oportunizada a devida informação e de forma livre. Nesse sentido, a consulta prévia não pode ser compreendida como mera audiência pública, evento, reunião ou encontro. Deve haver um processo mutuamente acordado, que poderá estar composto por vários eventos de diferentes naturezas, como reuniões, oficinas, seminários, assembleias etc, nos termos deliberados pelas partes e com tempo suficiente (BANIWA, 2012, p. 11).

Traz-se a colação, iniciativa do Ministério Público no sentido de dar concretude ao direito à consulta, em observância às especificidades da comunidade indígena, com informação e forma adequadas:

Em reunião na aldeia Praia do Mangue, índios iniciaram o diálogo com o Governo Federal para o processo de consulta e querem fazer capacitação sobre a Convenção 169.

Os índios munduruku do alto e médio Tapajós se reuniram com representantes do governo federal nos dias 2 e 3 de setembro para tratar, entre outros temas, da consulta prévia, livre e informada sobre a usina de São Luiz do Tapajós. A consulta é uma obrigação prevista na Convenção 169 e não foi realizada para nenhuma obra de usina na Amazônia.

No caso de São Luiz do Tapajós, decisões em todas as instâncias do judiciário confirmaram que a consulta tem que ser realizada. Na reunião da semana passada, o governo apresentou uma proposta de consulta e as sociedades tradicionais impactadas – não só índios como população ribeirinha – devem apresentar suas contrapropostas para que a consulta seja

adequada aos costumes dos povos consultados, como ordena a Convenção.

O procurador da República Camões Boaventura, do Ministério Público Federal (MPF) em Santarém, que acompanha a ação judicial que trata dessa consulta prévia, participou da reunião, que teve a presença de integrantes da Advocacia-Geral da União, Ministério do Planejamento, Secretaria Geral da Presidência da República, Fundação Nacional do Índio, Ministério da Justiça e Ministério de Minas e Energia. Tomando como base a definição de consulta pela Convenção 169 – um processo, não um ato – a reunião marcou o primeiro momento de um diálogo que deve se estender por vários meses. Ficou acordado que a consulta só poderá ter início de fato depois de uma capacitação dos índios sobre o tema.

O processo de capacitação será feito junto com o MPF ainda em setembro. Após a formação, os índios pediram tempo para percorrer as 118 aldeias do povo munduruku ao longo do Tapajós para discutir a forma como será realizada a consulta. Eles argumentaram com o governo que se trata de um tema extremamente complexo e novo para eles, além de ser um momento de decisões determinantes para o futuro do povo indígena.

Na reunião, os representantes do governo federal chegaram a apresentar um planejamento de consulta e um cronograma, tentando pressionar os índios para apressar o processo e adequá-lo ao cronograma feito em Brasília para a usina. Os munduruku responderam com firmeza, dizendo considerar a consulta como uma conquista deles e afirmando que já não está sendo cumprida a Convenção 169, por não ser prévia. Para os índios, qualquer consulta sobre usina hidrelétrica deveria ser feita antes da resolução do Conselho Nacional de Política Energética que determina o local do barramento. “Essa consulta já não está

sendo prévia, vocês querem pressionar para que ela não seja livre?”, questionaram.

Eles questionaram o planejamento apresentado pelo governo, que não previa sequer reuniões internas entre os índios para debater as propostas e impactos da usina. O procurador da República Camões Boaventura assinalou que o momento da consulta não deve ser utilizado para tratar de medidas compensatórias da usina. “A consulta é um dos momentos de aferir a viabilidade social, econômica e ambiental do empreendimento. Em outras palavras, a realização da consulta deve ajudar no processo de tomada de decisão acerca da concretização ou não do empreendimento”, explicou.

“Se a decisão de realizar a obra já estiver tomada perde sentido a realização da consulta, e isso fere o espírito da Constituição de 1988, da Convenção 169 da OIT e da legislação ambiental, que prevê um procedimento licenciatório que deverá ser compreendido a partir de critérios técnicos. A agenda de demarcação, saúde e educação que o governo traz no bojo das discussões sobre a usina independe totalmente dela, é direito das populações com ou sem barragem. Substituir direitos constitucionalmente assegurados por favores vicia todo o processo de diálogo, que deve ser de boa-fé”, afirmou o procurador.

Outro problema evidenciado na pressão do governo por cumprir prazos para a consulta é a dinâmica da vida no Tapajós. Os representantes do governo insistiram em agendar o início do processo para meados de outubro. Os índios explicaram que outubro é o mês da roça e se eles ficarem presos em reuniões não poderão produzir alimentos. Boaventura questionou os prazos trazidos pelos representantes do governo: “essas metas foram definidas desconsiderando totalmente a vontade e a dinâmica da vida dos indígenas a serem

consultados, o que viola objetivamente a Convenção 169".

"Não é correto supor que uma investida dessa magnitude do poder público que tem real potencial de impactar severa e definitivamente os destinos de inúmeras comunidades tradicionais da Amazônia seja compreendida e avaliada em uma agenda tão apertada de um suposto diálogo. Aliás, é preciso indagar: as metas de produção de energia foram pensadas por quem e em prol de quem?"

Comunidades tradicionais e ribeirinhas que também são fortemente impactadas pelo projeto de São Luiz do Tapajós, de acordo com o governo, não serão consultadas. O MPF avisou que isso descumpra as decisões judiciais do processo sobre a usina, que reconheceu o direito de todas as comunidades, tanto ribeirinhas quanto indígenas. "Ribeirinhos e agroextrativistas são tão sujeitos de direitos da Convenção 169 quanto os indígenas e devem ter direito a uma consulta apropriada também. Afirmar o contrário é mais uma vez incidir num discurso hegemônico, em que os diferentes modos de viver e se relacionar com a floresta são desconsiderados", disse o procurador Camões.

De acordo com o calendário estabelecido na reunião, pelo menos até o dia 5 de novembro ocorrerão debates internos entre os índios sobre o processo de consulta. Só depois disso, o governo deverá ser chamado para planejar a consulta (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2015).

Analisando-se a atuação do Ministério Público no caso mencionado percebe-se que esta se deu de modo a possibilitar à comunidade indígena, em condições de igualdade, apresentar suas exigências para realização do procedimento de consulta sem necessidade de adequar suas formas de interpretar e explicar o mundo a padrões externos, pretensamente superiores. Os índios munduruku, após a intervenção do Ministério Público por meio do ajuizamento de ação judicial e obtenção de decisões

favoráveis, realizando um diálogo intercultural com o governo federal, puderam adequar a consulta aos seus costumes e à sua dinâmica de vida, após a realização de uma capacitação específica para tanto.

Em relação à atuação do Ministério Público para possibilitar o acesso dos povos indígenas a políticas públicas, evidencia-se que, sob o paradigma da teoria crítica dos direitos humanos, esta se dará de forma a identificar as principais reivindicações de um povo indígena por determinadas políticas públicas, para, após, haver a exigência de sua concretização pelo poder público de forma que sua realidade específica seja observada.

Tratando-se especificamente de políticas públicas de saúde, é indispensável que seja considerado todo contexto cultural e sócio-histórico vivenciado pelos povos indígenas, a fim de que não haja imposição de propostas externas que não se ajustem a tais aspectos.

É interessante, para os fins do presente trabalho, trazer o relato de um indígena, retratado na obra “Povos Indígenas e Políticas Públicas da Assistência Social no Rio Grande do Sul”, a respeito das peculiaridades que envolvem a questão da saúde e do acesso a políticas públicas para os Kaingangs:

Hoje a gente nota que muitos índios precisam de ajuda de fora, principalmente na saúde, porque já não conseguem se virar sozinhos. Mas a gente também sente que na sociedade do não índio tem muito preconceito contra nosso povo. Não só contra os Kaingang, mas também contra os Guarani e os outros índios do Brasil. Assim como tem preconceito contra os pobres. E eu não sei o porquê disso. Dizem que somos vagabundos. Afirmam que temos bastante terra para plantar e não plantamos.

Também não se aceita que os índios tenham seu pajé, ervas medicinais, rituais. Mas antigamente os índios viviam muito mais que hoje. Meu avô morreu com 125 anos e minha mãe tem 96 anos e, se precisa, ainda caminha até 6 km direto.

Hoje, mesmo trabalhando na agricultura, o índio não pode ser considerado um

capitalista. Vive com a família, onde comem juntos. Vivemos da agricultura, mas com poucos recursos.

Mas tem dificuldades na agricultura. Antes do Decreto de 91, quem era responsável por esse trabalho era a Fundação Nacional do Índio – Funai. Depois vieram mudanças. Hoje não sabemos direito quem são os responsáveis. Cada um faz alguma coisa, mas falta quem apoia mesmo. Falta alguém que entenda nosso jeito de ser. Porque hoje, com pouco mato, não tem caça e a pesca ficou escassa. Por isso, temos que produzir. Mas como produzir? Se o branco quer que o índio produza para vender, para dar lucro? Como vamos nos tornar colono, se nunca fomos colono? [...]

Estamos fazendo um trabalho de conscientização para os Kaingang que estão fora voltarem para a comunidade para criar seus filhos e netos e para que não se perca a cultura. Nas comunidades indígenas há escolas com professores bilíngues, fazendo o resgate da cultura. Mas ainda é um trabalho muito isolado do resto. Os próprios indígenas querem a volta dos seus parentes para a comunidade, para a terra demarcada, mas que seja de forma livre. Não queremos que nos pressionem para mudar nosso jeito de ser e de viver. [...]

As comunidades, em geral, enfrentam o problema do consumo de bebida alcoólica. Como trabalhar este problema? Por que ele existe? A realidade leva para a bebida. ... preciso que os técnicos superem o preconceito. Se bebe por desgosto, por ser discriminado, como podem ajudar se discrimina outra vez pela bebida?

As comunidades têm ainda outras dificuldades. As áreas correm risco de ser porta de entrada de drogas. De onde elas vêm? Por que querem envolver nossa gente? As comunidades precisam do apoio da assistência social e do poder judicial. Nas escolas estão acontecendo trabalhos de

conscientização. Mas ainda é pouco. A assistência social está com dificuldade de chegar mais perto de nossos problemas. A gente ainda não está vendo esse trabalho, mas queremos ajudar.

Para isso, queremos contar mais com o Governo do Estado, com os municípios e com o Governo Federal. As comunidades precisam de mais dignidade para viver melhor (PEREIRA, 2002, p.16-17).

Evidencia-se, no relato trazido, a realidade de preconceito e discriminação vivenciada pelos povos indígenas, que reflete na desconsideração das suas formas medicinais e na imposição das formas externas. Percebem-se também as dificuldades que os povos indígenas possuem para interagir com autoridades que não compreendem sua cultura, o que dificulta o acesso aos bens necessários para o usufruto de uma vida digna. Ainda se constata que, entre os problemas concretos trazidos, há a questão do uso de álcool e drogas no interior das áreas indígenas.

O breve relato trazido demonstra que a realização de um diálogo intercultural de fato permite a identificação dos processos reais de luta por dignidade dos povos indígenas. Assim, a atuação do Ministério Público deve ocorrer com o objetivo de exigir a implementação de políticas de saúde interculturais, ou seja, que atentem para os aspectos culturais, espirituais, históricos e sociais dos povos indígenas, com a capacitação de recursos humanos para atuar em tal contexto<sup>114</sup> e com a

---

<sup>114</sup> Luciane Ouriques Ferreira anota que (2015, p. 219-220): “Na diretriz que trata da preparação de recursos humanos para a atuação em contexto intercultural, a ênfase recai sobre a formação dos Agentes Indígenas de Saúde (AISs) como estratégia que visa favorecer a apropriação, pelos povos indígenas, de conhecimentos e recursos técnicos da medicina ocidental” (MS, 2002, p. 15). Essa medida não objetivaria substituir as práticas indígenas pelas ocidentais, mas incrementar o acervo indígena de terapias e cuidados com a saúde. Para formar os AISs, a PNA SPI recomenda que os cursos de capacitação adotem metodologias participativas propícias à comunicação intercultural, além de mencionar a necessidade de capacitar os demais profissionais de saúde não índios para atuar de

articulação dos serviços clássicos ao sistema de saúde tradicional indígena. É o que estabelece, inclusive, a Lei nº 9.836<sup>115</sup>, de 23 de setembro de 1999 e o art. 25 da Convenção nº 169 da OIT:

1. Os governos deverão zelar para que sejam colocados à disposição dos povos interessados serviços de saúde adequados ou proporcionar a esses povos os meios que lhes permitam organizar e prestar tais serviços sob a sua própria responsabilidade e controle, a fim de que possam gozar do nível máximo possível de saúde física e mental.
2. Os serviços de saúde deverão ser organizados, na medida do possível, em nível comunitário. Esses serviços deverão ser planejados e administrados em cooperação com os povos interessados e

---

forma culturalmente adequada junto aos povos indígenas (MS, 2002). A diretriz que recomenda aos serviços atuarem de forma articulada às medicinas tradicionais indígenas, por sua vez, imagina esses sistemas sociomédicos operando com uma concepção holística de saúde. A PNASPI reconhece, por sua vez, que as práticas indígenas de cura respondem à lógica interna de cada comunidade e são produto de sua relação particular com o cosmos. Essas práticas e concepções são, geralmente, recursos de saúde de eficácia empírica e simbólica, de acordo com a definição mais recente da Organização Mundial de Saúde (MS, 2002, p. 16-17).”

<sup>115</sup> A Lei nº 9.836/99 acrescentou dispositivos à Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que "dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências", instituindo o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena. O art. 19-F estabelece que: "Dever-se-á obrigatoriamente levar em consideração a realidade local e as especificidades da cultura dos povos indígenas e o modelo a ser adotado para a atenção à saúde indígena, que se deve pautar por uma abordagem diferenciada e global, contemplando os aspectos de assistência à saúde, saneamento básico, nutrição, habitação, meio ambiente, demarcação de terras, educação sanitária e integração institucional."

levar em conta as suas condições econômicas, geográficas, sociais e culturais, bem como os seus métodos de prevenção, práticas curativas e medicamentos tradicionais.

3. O sistema de assistência sanitária deverá dar preferência à formação e ao emprego de pessoal sanitário da comunidade local e se centrar no atendimento primário à saúde, mantendo ao mesmo tempo estreitos vínculos com os demais níveis de assistência sanitária.

4. A prestação desses serviços de saúde deverá ser coordenada com as demais medidas econômicas e culturais que sejam adotadas no país.

Com a observância das referidas especificidades e com a identificação da realidade diferenciada de determinada comunidade indígena, inclusive em atenção às principais enfermidades que a atinge e com respeito à autodeterminação, será possível ao Ministério Público cumprir com sua missão de proteção do direito à saúde das populações indígenas.

A articulação entre os sistemas tradicionais indígenas e o sistema clássico de medicina na atenção à saúde dos povos indígenas pode ser buscada pelo Ministério Público a fim de dirimir eventuais conflitos que possam existir entre estas duas formas de pensar e agir, mediante uma perspectiva nova, crítica e contextualizada que não ceda a essencialismos e a localismos.

Como forma de demonstrar a necessidade de uma atuação descompromissada com a mera legitimação de formas clássicas e pretensamente hegemônicas de atendimento à saúde, traz-se à colação um caso concreto enfrentado pelo Ministério Público Federal, que diz respeito ao atendimento a uma criança que foi vítima de picada de cobra e que estava internada num hospital público situado no município de Manaus. A medicina clássica apontou a necessidade de amputação da perna, mas a família desejava que a criança fosse submetida ao tratamento tradicional, pois, assim, seria curada, não autorizando a adoção do procedimento médico. Nesse momento, o Ministério Público foi acionado a fim de apresentar uma solução que pudesse oferecer proteção aos direitos e interesses da criança indígena. A Procuradora da República com atribuições, ao

verificar que se tratava de uma criança indígena, visitando-a no hospital, decidiu por ouvir o pajé, que afirmou que o sistema tradicional iria curá-la com a utilização de remédios próprios, rezas, dietas e chás (GADELHA, p. 3, 2010).

Ao identificar a colisão entre os sistemas tradicional e clássico, haja vista que a garantia de cura foi assegurada pelas suas autoridades próprias (médico e pajé), a agente do Ministério Público, após ouvir a família e o analista pericial em Antropologia da instituição, decidiu por recomendar a articulação entre os sistemas, com a adoção do tratamento tradicional e a amputação da perna somente após análise conjunta do pajé e da equipe médica, sendo que a equipe médica deveria atender determinados requisitos: a criança não poderia ser tratada por enfermeira ou médica que estivesse na fase menstrual; os profissionais não poderiam ter tido relações sexuais no dia anterior; e deveria haver restrições quanto à dieta (GADELHA, p. 4-6, 2010). Segundo consta, “observou-se, em todo o período, a boa disposição das partes a fim de compreender e respeitar as visões de mundo dos povos indígenas quanto ao processo saúde-doença e também o entendimento da medicina ocidental quanto à questão” (GADELHA, p. 6, 2010). Como resultado, a criança, após ser tratada por ambos os sistemas de saúde, foi somente submetida, posteriormente, a cirurgias reparadoras, sendo afastada a amputação da perna.

A respeito do referido caso e da forma como se buscou sua solução, discorre a Procuradora da República Luciana Fernandes Portal Lima Gadelha (p. 20, 2010):

Ademais, deve-se mencionar que os subsídios teóricos ministrados pelas correntes universalistas e relativistas de fundamentação dos direitos humanos foram também de grande valia para a compreensão do caso ora em exame. Com efeito, o caso proposto tinha em sua gênese o debate acerca da prevalência universal dos direitos humanos sobre toda e qualquer cultura (*in casu*, sobre a cultura dos povos indígenas Tukano) ou sobre a necessidade de se respeitar as peculiaridades culturais dos povos indígenas, ainda que em detrimento de direitos fundamentais, como o direito à vida. Enfim, o debate podia ser sintetizado na

seguinte questão: deve prevalecer o homem ou a cultura? [...]

Neste ponto, traz-se a lume a segunda premissa para o diálogo intercultural, a saber, a compreensão da incompletude dos topoi de uma determinada cultura. Ou seja, é a compreensão de que a medicina do homem branco não é capaz de dar resposta adequada a todas as mazelas humanas. Não se pode ignorar que existem fatos outros a interferir no processo saúde-doença que não são dominados, exclusivamente, pela medicina ocidental. Assim é que para a medicina indígena tanto a saúde quanto a doença apresentam conotações espirituais. Essa visão de incompletude é que fez com que o Ministério da Saúde reconhecesse recentemente como práticas integrativas complementares a homeopatia, a acupuntura e a fitoterapia (uso de plantas medicinais). A respeito, veja-se a Portaria do Ministério da Saúde n.º 971/2006 (BRASIL, 2006). A compreensão de que a medicina do homem branco não é capaz de explicar todos os acontecimentos humanos é premissa essencial para o diálogo entre as culturas.

Após, conclui a agente do Ministério Público, embasando o posicionamento adotado para a solução do caso concreto na teoria crítica dos direitos humanos, de Joaquín Herrera Flores:

Através do presente trabalho, foi abordada a atuação do Ministério Público Federal na articulação dos sistemas tradicionais e clássicos de medicina para tratamento de pacientes indígenas, em consideração ao caso da criança indígena da etnia Tukano, mordida por cobra jararaca, no município de São Gabriel da Cachoeira, no estado do Amazonas.

Verificaram-se os subsídios das teorias universalista, localista e multicultural de fundamentação dos direitos humanos, para a composição de casos envolvendo conflitos entre os povos indígenas e a sociedade

nacional envolvente. Foi ressaltado, ademais, o caráter interdisciplinar da temática, avultando a importância do auxílio prestado por outros ramos do conhecimento (como a Antropologia), bem como a importância da utilização de instrumentos extraprocessuais de composição de conflitos pelo Ministério Público Federal.

Destarte, verifica-se que temas como multiculturalismo, diálogo intercultural e direito à diferença têm sido objeto de acirradas discussões no meio acadêmico, chegando a ser modismo a alusão ao tema, que tem sido objeto de farta bibliografia.

Joaquín Herrera Flores, a propósito, tece uma dura crítica ao que ele denomina de discussões vazias e abstratas acerca das doutrinas universalistas e localistas de fundamentação dos direitos humanos, descomprometidas com a defesa dos direitos das minorias políticas. Vejam-se as palavras do autor:

Se quisermos refletir a partir desse reconhecimento das especificidades dos outros, devemos começar pela convicção expressada nos parágrafos anteriores: os problemas culturais estão estritamente interconectados com os problemas políticos e econômicos. A cultura não é uma entidade alheia ou separada das estratégias de ação social; ao contrário, é uma resposta, uma reação à forma como se constituem e se desenvolvem as relações sociais, econômicas e políticas em um tempo e um espaço determinados. (FLORES, 2004, p. 363).

Com efeito, a análise do caso em comento não deve passar apenas pela curiosidade do novo e do diferente, indicando, sim, um caso paradigmático em que a articulação da biomedicina e da etnomedicina, já previstas na Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas, mostraram-se como instrumentos eficazes para a assistência à saúde dos povos indígenas no Brasil. O caso

proposto sugere, ademais, a atuação do Ministério Público Federal em uma situação de conflito entre diferentes formas de criar, fazer e viver (art. 216, II da CF/1988), reflexo da complexidade das modernas sociedades pluriétnicas e multiculturais.

Concluimos com as palavras de Herrera Flores:

o único universalismo válido consiste, pois, no respeito e na criação de condições sociais, econômicas e culturais que permitam e potenciem a luta pela dignidade (...). Reivindicar a interculturalidade não se limita, por outro lado, no necessário reconhecimento do outro. É preciso, também, transferir poder, 'empoderar' aos excluídos dos processos de construção de hegemonia." (FLORES, 2004, p. 382-383)

Assim é que se pode concluir que a atuação do Ministério Público Federal na temática dos direitos dos povos indígenas deve se pautar não somente no reconhecimento do direito à diferença, mas também pela adoção de providências necessárias a criar as condições sociais, econômicas e culturais que concretizem a dignidade dos povos indígenas brasileiros. Esta é a ótica da Constituição Federal de 1988 ao conferir, em seu art. 129, V, a atribuição ao Ministério Público Federal para a defesa dos direitos e interesses das populações indígenas (GADELHA, p. 21-23, 2010).

Há, ainda, iniciativas do Ministério Público brasileiro de natureza coletiva no sentido de possibilitar acesso dos povos indígenas a políticas públicas de saúde interculturais. Nesse sentido, destaca-se a atuação do Ministério Público do Estado do Paraná, que articulou com diversas instituições medidas que possibilitassem a resolução de problemas de saúde que afetam diversas comunidades no Estado do Paraná, como o alcoolismo:

CAOP Indígena promove reunião para debater saúde e sustentabilidade nas aldeias  
O Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Proteção às Comunidades

Indígenas promoveu, na última sexta-feira (5), na sede da Procuradoria-Geral de Justiça, reuniões com representantes de entidades ligadas à área, para discutir questões de saúde e a autossustentabilidade nas aldeias.

A primeira reunião, pela manhã, teve a participação de representantes da Assessoria de Assuntos Indígenas, vinculada à Secretaria de Estado de Assuntos Estratégicos, da Secretaria de Estado da Educação, da Fundação Nacional do Índio (Funai), da Fundação Nacional da Saúde (Funasa), da Companhia Nacional de Abastecimento (Conab) e da Associação Rondon Brasil, ONG que mantém convênio com a Funasa para ações de prevenção de doenças, promoção e recuperação de saúde das populações indígenas em vários estados brasileiros.

Nesta reunião, o médico sanitarista Fábio Saluafa e a enfermeira Lidiane Regiane, que atuam na Associação Rondon Brasil, apresentaram vídeo produzido por eles na aldeia de Marrecas, no município de Turvo. O material audiovisual traz os próprios indígenas falando, na língua deles - com legendas em português, sobre aspectos da cultura Kaingáng, da importância da equipe de saúde, da realização de exames como o pré-natal, de tomar corretamente os medicamentos prescritos pelos médicos, entre outros temas de saúde. “O material poderá servir de referência para outras aldeias, uma vez que respeita os indígenas, sendo eles os protagonistas das narrações. A ideia é incentivar esse tipo de atividade, que trabalha com a autoestima dos povos indígenas”, afirma o promotor de Justiça Luiz Eduardo Canto de Azevedo Bueno, coordenador do CAOP de Proteção às Comunidades Indígenas.

As Secretarias de Assuntos Estratégicos e de Educação comprometeram-se a analisar, em conjunto com a Funai, a possibilidade de

exibir o vídeo em outras comunidades, como forma de educação e conscientização. [...]

Alcoolismo - O terceiro tema foi o alcoolismo nas aldeias. A reunião contou com a participação das entidades já citadas e de representantes da Secretaria de Estado da Saúde, dos grupos Alcoólicos Anônimos de Curitiba e Cascavel, da União Oeste e de representantes da comunidade indígena de Rio das Cobras.

Na oportunidade, o médico sanitário Fábio Saluafa e a enfermeira Lidiane Regiane apresentaram projeto acadêmico desenvolvido em conjunto, que demonstra a necessidade de especialização dos profissionais que atuam com saúde indígena, com o objetivo de aprimorar o conhecimento a respeito da cultura desses povos e da problemática de saúde a eles relacionada, em especial quanto à frequência do alcoolismo nessas comunidades. A Funasa estudará a proposta para verificar a possibilidade de criação de curso de especialização nesses moldes.

Durante a reunião, indígenas fizeram relatos sobre o trabalho do AA na aldeia de Rio das Cobras, em Nova Laranjeiras, onde são realizadas reuniões semanais com os dependentes. Lá, em função da atividade, alguns indígenas estão há mais de seis meses sem ingerir bebidas alcoólicas.

"A coordenação dos AAs do Paraná verificará a viabilidade da instalação de grupos semelhantes em outras áreas indígenas, sempre com a anuência prévia das respectivas comunidades", conta o promotor de Justiça (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ, 2010).

No caso mencionado o Ministério Público agiu de forma a mediar iniciativas que pudessem melhorar os serviços de saúde disponibilizados para os povos indígenas, sem prescindir da presença efetiva dos seus representantes, alçados ao papel de protagonistas das decisões a serem tomadas. Com a mediação da instituição, houve o empoderamento de um grupo

historicamente excluído dos processos hegemônicos, para quem foi garantido, no caso, o poder de interferir no destino das políticas públicas de saúde que seriam adotadas, sem hierarquizações e afastamento das decisões dos seus contextos.

Destaca-se, ainda, o trabalho do Ministério Público no sentido de exigir do poder público estruturação de serviços específicos de saúde para os povos indígenas, principalmente em relação ao funcionamento adequado da Secretaria Especial de Saúde Indígena – Sesai. Nesse sentido, na notícia abaixo, constata-se a atuação coordenada do Ministério Público em todo país, resultando na edição de dezenas de recomendações administrativas, no ajuizamento de diversas ações civis públicas e na publicação de uma carta aberta<sup>116</sup>, num único dia

---

<sup>116</sup> Extrai-se da Carta publicada pelo Ministério Federal (2012b) no “Dia D da Saúde Indígena”: “A 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, órgão setorial de coordenação, de integração e de revisão do exercício funcional dos Procuradores da República, nos temas relativos aos povos indígenas e outras minorias étnicas, no dia 10 de dezembro de 2012, Dia Internacional dos Direitos Humanos, vem reafirmar seu compromisso na luta pela garantia do direito à saúde dos povos indígenas do Brasil.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu que o Estado brasileiro é pluriétnico e multicultural. Esse novo paradigma é reforçado por compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, em especial a Convenção 169 da OIT e a Declaração dos Povos Indígenas da ONU.

Exige-se, em consequência, do Poder Público atuação que leve em conta as singularidades dos diversos grupos formadores da sociedade nacional. Por essa razão, foi criado um subsistema de saúde indígena pela Lei nº 9.836/99 (também conhecida como “Lei Arouca”), sob a responsabilidade da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), vinculada ao Ministério da Saúde.

Ocorre que, se a saúde pública, de maneira geral, está em crise, o subsistema de saúde dos povos indígenas encontra-se ainda em piores condições. O índice de mortalidade infantil das crianças indígenas está acima da média nacional (o Coeficiente Médio de Mortalidade Infantil – CMI - no período de 2000 - 2009, para crianças indígenas, é de 52,4 por mil nascidos vivos, duas vezes maior que o do restante da população). O acesso à atenção básica também está prejudicado, em face da existência de apenas 717 postos de saúde implantados em aldeias, a despeito de serem 4.750 (quatro mil setecentos e cinquenta) as aldeias cadastradas na SESAI.

(denominado de “Dia D da Saúde Indígena”), a fim de dar maior visibilidade ao tema:

MPF ajuíza 15 ações civis públicas e 30 recomendações no Dia D da Saúde Indígena. O Dia D da Saúde Indígena, promovido pelo Ministério Público Federal (MPF) nessa segunda-feira, 10 de dezembro, teve como resultado o ajuizamento de cerca de 30

---

No último censo realizado pelo IBGE (2010), constatou-se que os domicílios indígenas apresentam os maiores déficits em esgotamento sanitário, pois em apenas 2.2% das terras indígenas todos os domicílios estavam ligados a rede de esgoto, ou a rede fluvial a fossa séptica. Na mesma direção, poucos domicílios das terras indígenas eram atendidos pela coleta de lixo, em torno de 16.4%. Também são comuns os relatos que mencionam a morte de pacientes nas aldeias em razão da demora na chegada do transporte de resgate, a ausência de medicamentos elementares nos polos base, a inexistência de médicos e odontólogos para fazer o atendimento às comunidades, a falta de estrutura das Casas de Saúde Indígena (CASAI), em completo abandono, a enorme quantidade

de motores e barcos quebrados, entre tantos outros fatores evitáveis de óbito.

Por fim, a descontinuidade e a baixa qualidade de atendimento à população das aldeias, a elevada rotatividade e/ou falta de profissionais e a escassez de material e equipamentos necessários para as ações de saúde são problemas comuns que foram verificados em diversas inspeções realizadas por membros do Ministério Público Federal em todo o país.

Tal cenário reclama do Ministério Público Federal e da Justiça Federal ação enérgica de modo a assegurar aos povos indígenas a prestação de um serviço de saúde de qualidade e, ao mesmo tempo, exigir que a SESAI se pautar pelos princípios vetores da Administração Pública e pela concretização de direitos fundamentais dessas populações.

E é com este espírito que a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, por meio de suas unidades, resolve realizar atividades coordenadas em todo o país, no chamado dia D da Saúde indígena, com a finalidade de chamar a atenção do Poder Público e de todo o povo brasileiro para o drama vivido pelos índios desse país, propondo recomendações e ações civis públicas tendentes a garantir o seu direito à saúde.”

recomendações e 15 ações civis públicas em 14 estados brasileiros. A ação conjunta do MPF teve como objetivo chamar a atenção para a precariedade no atendimento de saúde ao indígena no país, assim como reafirmar o compromisso do Ministério Público Federal na luta pela garantia do direito à saúde dos povos indígenas.

Em sua maioria, as recomendações pediram à Secretaria Especial de Saúde Indígena (Sesai) que atenda aos índios que não residam em terra demarcada, que se construam postos de saúde nas aldeias, implementação de abastecimento de água, além da prestação de contas da Secretaria e aplicação correta dos recursos do Incentivo de Atenção Básica aos Povos Indígenas (IAB-PI), um saldo remanescente recebido pelas prefeituras no passado e não utilizado.

Já as ações civis públicas cobraram o atendimento de saúde aos índios em áreas sem demarcação, medidas de saneamento básico nas aldeias, fornecimento de medicamentos, além da melhoria no transporte aos polos-base e na estrutura das Casas de Apoio à Saúde do Índio (Casai).

Em 2012, o MPF instaurou 98 inquéritos civis públicos para apurar o estado crítico da saúde indígena e cobrar políticas públicas de atenção ao caso. Para se ter uma ideia, o índice de mortalidade infantil das crianças indígenas está acima da média nacional. Entre os anos de 2000 e 2009 a mortalidade de crianças indígenas foi de 52,4 por mil nascidos vivos, número duas vezes maior que o do restante da população. Apesar de existirem 4.750 aldeias cadastradas na Sesai, existem apenas 717 postos de saúde em aldeias.

Em carta divulgada no Dia D da Saúde Indígena, a Câmara de Populações Indígenas e Comunidades Tradicionais do MPF (6ª Câmara de Coordenação e Revisão), responsável pela ação coordenada no Dia D da Saúde Indígena, explicitou a

necessidade de chamar a atenção do poder público e de todo o povo brasileiro para o drama vivido pelos índios desse país (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2012a).

Assim, constata-se que há atuação efetiva por parte do Ministério Público com objetivo de proteger o direito à saúde da população indígena, o que auxilia os referidos povos a acessarem o referido bem de forma a melhor garantir a possibilidade de viverem uma vida digna de ser vivida, de acordo com seus contextos específicos.

Em relação a políticas públicas de educação, da mesma forma como exposto em relação ao direito à saúde, cabe ao Ministério Público atuar de forma a internalizar nas estruturas do Estado as especificidades que envolvem a questão indígena, caso este não atue de forma espontânea nesse sentido.

As políticas públicas para a educação escolar indígena<sup>117</sup> devem ser diferenciadas, ou seja, formuladas para atender as especificidades indígenas<sup>118</sup> e não baseadas na ideia de

---

<sup>117</sup>Conforme salienta Marcelo da Veiga Beckhausen (2002, p. 12): “Necessário também distinguir o que seja educação escolar indígena, tendo por referência o sistema formal, institucionalizado na e pela sociedade não indígena, baseada no letramento e na escola, de educação indígena, eis que esta é um conjunto de mecanismos de socialização e de transmissão de conhecimentos próprios de cada cultura indígena. Não há como se fugir da conclusão de que qualquer educação verdadeira voltada para a educação escolar indígena tem que, reconhecendo o multiculturalismo existente em determinada sociedade, colocar o pluriculturalismo como fundamento para qualquer método de ensino, valorizando a identidade étnica de cada indivíduo ou de cada grupo, bem como estabelecer a educação indígena (e não a educação escolar indígena) como pedagogia apropriada para o desenvolvimento educacional das comunidades indígenas.”

<sup>118</sup> O art. 210 da Constituição Federal, no seu parágrafo segundo, estabelece que: “O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, asseguradas às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem”. Por sua vez, estabelece a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996: “Art. 78. O Sistema de Ensino da União, com a colaboração das agências federais de fomento à cultura e de assistência aos índios, desenvolverá programas integrados de ensino e pesquisa, para oferta de educação escolar bilíngue e intercultural aos

inclusão, com a extensão aos índios das políticas gerais concebidas para outros segmentos da sociedade (GRUPIONI, 2008, p. 48).

Luis Donisete Benzi Grupioni (2008, p. 49) sintetiza de forma adequada os elementos principais que dão suporte a construção de políticas públicas específicas para os povos indígenas:

Face à diversidade de concepções e práticas a respeito da escola e do sentido que a escola poderia ter em comunidades indígenas, houve um esforço, por parte do governo brasileiro, em buscar construir consensos, que pudessem resultar num conjunto de ideias e proposições a balizar suas ações nessa área. A proposta de que a escola pode contribuir para que os grupos indígenas valorizem suas práticas culturais e

---

povos indígenas, com os seguintes objetivos: I - proporcionar aos índios, suas comunidades e povos, a recuperação de suas memórias históricas; a reafirmação de suas identidades étnicas; a valorização de suas línguas e ciências; II - garantir aos índios, suas comunidades e povos, o acesso às informações, conhecimentos técnicos e científicos da sociedade nacional e demais sociedades indígenas e não índias. Art. 79. A União apoiará técnica e financeiramente os sistemas de ensino no provimento da educação intercultural às comunidades indígenas, desenvolvendo programas integrados de ensino e pesquisa. § 1º Os programas serão planejados com audiência das comunidades indígenas. § 2º Os programas a que se refere este artigo, incluídos nos Planos nacionais de Educação, terão os seguintes objetivos: I - fortalecer as práticas socioculturais e a língua materna de cada comunidade indígena; II - manter programas de formação de pessoal especializado, destinado à educação escolar nas comunidades indígenas; III - desenvolver currículos e programas específicos, neles incluindo os conteúdos culturais correspondentes às respectivas comunidades; IV - elaborar e publicar sistematicamente material didático específico e diferenciado. § 3º No que se refere à educação superior, sem prejuízo de outras ações, o atendimento aos povos indígenas efetivar-se-á, nas universidades públicas e privadas, mediante a oferta de ensino e de assistência estudantil, assim como de estímulo à pesquisa e desenvolvimento de programas especiais.”

mantenham suas identidades diferenciadas, de que ela pode colaborar para o estabelecimento de relações mais equilibradas com os demais segmentos da sociedade brasileira, de que ela tem um desempenho melhor se à sua frente estiverem professores indígenas da própria etnia, de que a comunidade indígena tem um papel fundamental na definição dos objetivos e na gestão da escola, de que ela produza e trabalhe com materiais didáticos específicos, de que a alfabetização ocorra na língua materna, de que o calendário escolar deva interagir com as práticas cotidianas e rituais do grupo, de que o professor indígena se qualifique para o magistério, ao mesmo tempo em que se escolariza, de que a educação escolar possa cumprir uma função importante no diálogo intercultural, são alguns elementos que compuseram o discurso de consenso propagado no âmbito dessa nova política, e que se encontram explicitados tanto na legislação quanto em documentos normativos do governo federal.

O estabelecimento de políticas públicas diferenciadas na área da educação rompe definitivamente com propostas integracionistas e assimilacionistas, que buscavam a adoção de um projeto único de sociedade, a ser composta por brasileiros educados e “civilizados” de acordo com os padrões ocidentais. O contexto jurídico atual não possibilita a adoção de políticas públicas na área da educação que tenham por objetivo eliminar ou desvalorizar a identidade étnico-cultural dos povos indígenas, privilegiando uma cultura pretensamente dominante, etnocêntrica e preconceituosa (BECKAUSEN, 2002, p. 13).

Os obstáculos para a efetiva implementação de uma educação escolar indígena diferenciada são diversos, principalmente pelas deficiências estruturais, de capacitação de professores, de elaboração de material didático específico e em relação à seleção de professores de origem indígena.

Nesse sentido, cabe ao Ministério Público, embora ciente de tais deficiências gerais, identificar, em cada comunidade, a situação que esta vivencia em relação à educação, interagindo

diretamente com os indígenas de forma a identificar suas principais necessidades, valores, narrações, aspectos históricos e práticas sociais e culturais específicos que devem ser observados quando da elaboração de políticas públicas, pela União, pelos Estados e pelos municípios<sup>119</sup>.

Nesse sentido, há diversas iniciativas do Ministério Público brasileiro com objetivo de buscar a construção de políticas específicas e diferenciadas para os povos indígenas. Abaixo, apresenta-se iniciativa do Ministério Público do Estado de Roraima visando diagnosticar as principais dificuldades existentes nas comunidades a respeito do assunto:

Promotoria quer saber quais as dificuldades enfrentadas pelas comunidades indígenas para o cumprimento da Política Nacional de Educação Especial, bem como para a elaboração do projeto político pedagógico das escolas em Roraima.

O Ministério Público do Estado de Roraima (MPRR) se reuniu no último dia 18, no Espaço da Cidadania, com representantes de comunidades indígenas com o objetivo de averiguar o real cumprimento da Política Nacional de Educação Especial e a sua aplicação na Proposta Político Pedagógica (PPP) nas escolas da rede pública e privada

---

<sup>119</sup> Em relação à competência para o desenvolvimento de um sistema de ensino indígena, Luiz Fernando Villares (2009, p. 267-268), após transcrever os artigos 78 e 79 da Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) ensina: “Os dois artigos da Lei de Diretrizes e Bases citados estabelecem como competência da União desenvolver um sistema de ensino indígena. A execução do serviço no sistema normatizado parece ser repartida, seguindo a mesma sistemática presente na Constituição. A novidade é referente à possibilidade da própria União executar ações diretamente, em conjunto com os órgãos federais de cultura e assistência ao índio. Ao mesmo tempo a União deverá apoiar técnica e financeiramente Estados, Municípios e particulares que ofereçam a educação aos povos indígenas. A execução da educação indígena em todos os níveis não é exclusiva de um outro ente da Federação, o que traz maiores possibilidades, porém, dilui responsabilidades.”

pertencentes ao Sistema Estadual de Educação.

Participaram da reunião a promotora Érika Lima Michetti, titular da Promotoria de Justiça de Defesa da Educação (Pro-Die), a assessora pedagógica do MPRR, Regina Mattos; o coordenador geral e a coordenadora regional da Organização dos Povos Indígenas de Roraima (OPIRR), Telmo Ribeiro Paulino e Auristela Pereira Tenente; a representante do Centro Regional José Viriato Raposa, Romilda Braga Pinto; o coordenador do Centro Regional de Educação Indígena, Jaime Lima Araújo.

O objetivo principal da reunião foi ouvir das lideranças indígenas quais os entraves existentes na educação especial naquelas comunidades, de modo a instruir o procedimento investigatório preliminar nº 022/2010, da Pro-Die, que, desde o ano de 2010, acompanha o cumprimento da Lei Complementar Estadual nº 041/2001, que trata do Sistema Estadual de Ensino no que tange a execução de políticas e planos educacionais de acordo com as diretrizes e planos nacionais de educação.

A maior dificuldade relatada pelas lideranças foi a falta de apoio por parte da Secretaria de Estado da Educação (Secd) para o atendimento às necessidades das escolas indígenas. “A nossa grande preocupação é quanto ao atendimento logístico para suprir as demandas das escolas. Os coordenadores têm tirado dinheiro do bolso para custear as despesas com educação, inclusive com alimentação dos alunos”, lamenta Telmo Paulino.

Outro ponto destacado na reunião foi quanto à falta de apoio também por parte da Secd, para a construção da PPP nas unidades escolares de educação básica da rede pública estadual de ensino na educação escolar indígena, além da falta de conhecimento específico por parte da

comunidade para a elaboração da referida proposta.

“O que se percebe é que o poder público não vem prestando assistência necessária à construção da Proposta Político Pedagógica nas unidades escolares de educação básica da rede pública estadual de ensino na educação escolar indígena. Nós vamos concentrar esforços para atender as reivindicações das lideranças, inclusive quanto à exigência efetiva para a realização de curso de capacitação dos professores em legislação educacional específica para fins de elaboração da proposta política pedagógica”, ressaltou a promotora.

Érika Michetti informou, ainda, que irá agendar, o quanto antes, uma reunião com a secretária estadual de educação para tratar das necessidades apresentadas, dando o devido encaminhamento visando à solução dos pontos levantados pelas lideranças indígenas (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RORAIMA, 2012).

Verifica-se que, no caso, o Ministério Público procurou estabelecer diálogo direto com os representantes dos povos indígenas, a fim de que estes apresentassem à instituição as maiores dificuldades enfrentadas na área da educação, para que, posteriormente, as intervenções necessárias pudessem ser realizadas.

Com o objetivo de exigir a continuidade da educação escolar indígena, apresenta-se abaixo iniciativa conjunta do Ministério Público do Estado do Pará e do Ministério Público Federal. É possível constatar que ambos os órgãos do Ministério Público editaram uma recomendação administrativa no curso de um procedimento instaurado após indígenas das tribos WaiWai, Tupaiu, Tuapiu e Arapium procurarem diretamente o Ministério Público do Estado para apresentar suas reivindicações. A recomendação orienta o poder público estadual a tomar diversas providências no sentido de garantir oferta adequada de educação escolar para as comunidades indígenas:

**SANTARÉM:** Recomendação conjunta do MPE e MPF quer assegurar continuidade do ensino indígena

Representantes de comunidades indígenas do oeste do Pará estiveram no Ministério Público do Estado, em Santarém, para denunciar o risco de interrupção do ensino indígena especializado na região. A denúncia motivou recomendação conjunta do Ministério Público Estadual (MPE) e do Ministério Público Federal (MPF) à secretaria estadual de Educação (Seduc).

A recomendação, assinada pelo promotor de justiça Tulio Chaves Novaes e pelo procurador da República Carlos Eduardo Raddatz Cruz, trata da continuidade e da qualidade do ensino modular indígena na região, considerando que a Constituição Federal assegura a essas comunidades a utilização da língua materna e de processos próprios de aprendizagem no ensino fundamental.

No final do mês de agosto os representantes das tribos WaiWai, Tupaiu, Tuapiu e Arapium reuniram-se com o MPE de Santarém para informar sobre as dificuldades na execução do processo pedagógico de educação indígena. Não há professores especializados suficientes para atender a demanda e o ensino já existente está ameaçado de interrupção, com a possibilidade de dispensa de professores temporários que já estariam adaptados à peculiaridade do projeto.

Foi recomendado ao secretário titular da Seduc que assegure a continuidade e a qualidade do ensino modular indígena na região, mantendo os atuais professores que já possuem formação para efetivar o processo pedagógico, enquanto a função não for ocupada por agentes públicos especializados em educação indígena, devidamente concursados.

Recomenda o MP que a secretaria providencie a contratação, via concurso público, de professores com formação

especializada em educação indígena, impreterivelmente, até o ano de 2016, quando de acordo com informações nos autos do procedimento administrativo, haverá pessoas formadas nessa área específica.

O MP considera que é necessário o “estabelecimento de critérios administrativos seguros de transmissão no exercício desta função por parte de agentes temporários para, no menor espaço de tempo possível, sua execução por agentes concursados”. O processo de adaptação dos professores nessa área é complexo, e a dispensa imediata de temporários, sem um plano de contingenciamento adequado, pode prejudicar a qualidade do ensino.

Após o recebimento da recomendação, a Seduc tem o prazo de 30 dias para que informe ao MPE e ao MPF as providências adotadas. O descumprimento das medidas recomendadas pode implicar em ações judiciais contra os agentes que se omitirem (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ, 2013).

Ressalta-se, ainda, a constituição de um Grupo de Trabalho no âmbito da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal - pela Portaria nº 001, de 11 de novembro de 2002 - com a participação de procuradores da República e de analistas periciais em antropologia, a fim de estabelecer parâmetros e metas para subsidiar a atuação ministerial.

Ou seja, pelos casos trazidos, percebe-se a importância da atuação, por parte do Ministério Público, diferenciada, contextualizada, crítica, que dê preponderância ao diálogo, para proteção do direito à educação escolar indígena.

Por fim, com esteio na teoria crítica dos direitos humanos, é possível que o Ministério Público preze pela abertura de espaços de participação ativa dos povos indígenas no estabelecimento de prioridades de atuação que afetem seus direitos e interesses, monitorando e exigindo a implementação pelo poder público, em todos os níveis, de espaços adequados para discussão e deliberação de políticas públicas, como

conselhos gestores, comissões, fóruns e conferências temáticas, zelando para que, após seu funcionamento, seja garantida participação efetiva dos referidos grupos; que, historicamente, lutam para apresentar suas concepções de dignidade.

No âmbito federal, por meio do Decreto nº 8.593, de 17 de dezembro de 2015, foi criado o Conselho Nacional de Política Indigenista – CNPI, com caráter consultivo e com responsabilidade de elaborar, acompanhar e implementar políticas públicas voltadas aos povos indígenas em âmbito nacional. O referido documento normativo estabeleceu a necessidade de convite ao Ministério Público para participação em todas as reuniões (art. 4º, § 8º e art. 5º, § 4º).

Alguns Estados já criaram um conselho gestor de políticas públicas indigenistas, como os Estados de São Paulo, Amazonas, Bahia, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Mato Grosso do Sul. O Estado do Paraná possui um Conselho Estadual de Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais, incluindo em sua composição representantes de comunidades tradicionais, como quilombolas, ciganos e faxinalenses e representantes dos povos indígenas. Discute-se, no âmbito do referido Estado, a criação de um conselho específico para a elaboração e o acompanhamento de políticas públicas para os povos indígenas. Abaixo, traz-se à colação notícia da participação do Ministério Público do Estado do Paraná no encontro de lideranças indígenas, com o objetivo de discutir a redação da lei de criação do conselho, momento em que a referida instituição acompanhou as discussões a fim de verificar se os direitos e interesses dos povos indígenas seriam devidamente respeitados:

MPPR participa do Encontro Estadual de Lideranças Indígenas do Paraná  
O Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos do Ministério Público do Estado do Paraná, área das comunidades indígenas, juntamente com lideranças dos povos Kaingang e Guarani participou, em Curitiba, nos dias 25 e 26 de novembro do ano corrente, do I Encontro Estadual de Lideranças Indígenas do Paraná, que é realizado pela Secretaria de Estado da

Justiça, Cidadania e Direitos Humanos e pela Casa Civil, por meio da Assessoria Especial para Assuntos Fundiários. O encontro, que reúne 55 líderes, teve por objetivo elaborar um diagnóstico de cada uma das comunidades para então definir a redação da lei que irá criar o Conselho Estadual dos Indígenas no Paraná.

O Coordenador do CAOPJDH e Procurador de Justiça Olympio de Sá Sotto Maior Neto representou o MPPR na Mesa de Abertura do evento, ressaltando o posicionamento favorável do Ministério Público à criação de um Conselho específico para deliberação de políticas públicas que beneficiem as comunidades indígenas, entre outros temas. Durante a discussão da minuta de Projeto de Lei para a criação do Conselho, o Promotor de Justiça com atuação na área das comunidades indígenas do CAOPJDH, Fernando da Silva Mattos, destacou a necessidade dos princípios e finalidades da lei estarem alinhados com os dispositivos da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, especialmente em relação à consulta aos povos e comunidades tradicionais sempre que alguma medida administrativa ou legislativa os possa afetar.

Ademais, foi realizada uma mesa redonda entre as lideranças indígenas e as Secretarias de Estado da Saúde; Educação; Ciência, Tecnologia de Ensino Superior; Agricultura e Abastecimento; Justiça, Cidadania e Direitos Humanos; Planejamento e Coordenação Geral; Trabalho e Desenvolvimento Social; Cultura; Esporte e Turismo; Companhia de Habitação do Paraná – COHAPAR e Instituto de Terras Cartografia e Geociência – ITCG. O objetivo foi promover um espaço de escuta e diálogo entre o Governo do Paraná e as comunidades indígenas, visando à identificação das suas demandas e necessidades atuais.

A Área das Comunidades Indígenas permanecerá monitorando as tratativas para implantação do Conselho Estadual dos Povos Indígenas, bem como as demandas e as reivindicações das comunidades indígenas aos órgãos de governo presentes.

A participação ativa no conselho gestor de política pública indigenista possibilita ao Ministério Público a identificação, em conjunto com os povos indígenas, dos seus processos de luta e das suas principais carências e necessidades a fim de que, posteriormente, as intervenções necessárias para o acesso destes aos bens necessários para o usufruto de uma vida digna de ser vivida sejam efetivadas. Assim, participando das atividades do referido conselho, cabe ao Ministério Público zelar para que os povos indígenas possam apresentar adequadamente suas demandas, exigindo que sejam encaminhadas à deliberação e, caso aprovadas, sejam enviadas ao poder público para implementação.

Pensar a proteção aos direitos e interesses dos povos indígenas, no marco da teoria crítica dos direitos humanos, implica, pois, pensar de outro modo, de forma problematizadora da realidade histórico-social e mediante a construção de lugares de encontro em que os referidos grupos possam apresentar, em condições de igualdade, suas propostas e suas diferenças, possibilitando uma práxis comprometida com a concretização dos seus processos de luta por dignidade, sem preconceito e discriminação.



## CONCLUSÃO

A presente pesquisa objetivou evidenciar a necessidade de se encontrar um paradigma para atuação do Ministério Público no exercício da sua função constitucional de proteção dos direitos e interesses das populações indígenas que atenda suas especificidades sócio-histórico-culturais.

Ofereceu-se como proposta para a referida atuação a teoria crítica dos direitos humanos, formulada pelo jusfilósofo espanhol Joaquín Herrera Flores.

Conforme já indicado no início do trabalho e como sugere o seu título, a pesquisa não teve por objetivo apresentar “o” paradigma de atuação que deve embasar a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos dos povos indígenas, mas “um” paradigma (possível) compatível com a concretização dos processos reais de luta por dignidade travados pelas referidas coletividades.

A grande variedade de atribuições que são afetas ao Ministério Público e as dificuldades vivenciadas para sua plena execução, por vezes dificultam uma análise especializada por parte dos seus agentes sobre formas diferenciadas de agir que se mostrem mais compatíveis com a realidade de grupos que, historicamente, foram esquecidos, marginalizados e oprimidos, como é o caso dos povos indígenas.

Como a atuação não diferenciada pode também ser consequência de uma formação voltada à centralização da forma tradicional de se conceber os direitos humanos, entendeu-se ser indispensável que um agir especializado fosse embasado numa perspectiva crítica, descompromissada com a manutenção de formas e normas rígidas, homogeneizantes, estabelecidas *a priori*.

Para tanto, foi necessário, no primeiro capítulo, expor a construção histórico-jurídica daquilo que se convencionou denominar tradicionalmente de “direitos humanos”. Foi possível verificar que os direitos humanos foram inventados no ocidente, sob as bases de uma visão burguesa e racionalista fulcrada no jusnaturalismo moderno, posteriormente positivada e internacionalizada por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, com objetivo de obstar a deflagração de novos conflitos mundiais e de garantir a igualdade, a liberdade e a fraternidade entre todos os seres humanos do planeta. A

norma jurídica foi alçada à posição central do sistema internacional e dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, necessitando, a partir de então, que suas disposições universais fossem plenamente implementadas.

Verificou-se que a teoria clássica dos direitos humanos construída no ocidente, apesar da sua importância, é permeada por paradoxos que impedem sua aplicação de forma acrítica e descontextualizada, sem se considerar que diversos grupos foram excluídos de suas disposições por serem tidos como componentes de um estágio inferior do “processo civilizatório” pretensamente hegemônico e funcional à lógica capitalista de mercado, que prioriza a produção de normas e sua implementação, em detrimento da garantia de acesso efetivo de todas as pessoas aos bens necessários para viver uma vida digna de ser vivida.

De forma diversa, seguindo os ensinamentos de Joaquín Herrera Flores, constatou-se que a teoria crítica dos direitos humanos busca garantir dignidade às pessoas de forma a possibilitar que estas desenvolvam as capacidades e condições necessárias para tanto, de acordo com seus contextos, sem ancoramento em universalismos e em essencialismos de partida.

Identificou-se que os direitos humanos, construídos a partir da inter-relação dos elementos componentes do “diamante ético”, devem ser vistos de acordo com sua real complexidade, objetivando possibilitar a todas as pessoas lutar, de forma plural, diferenciada e empoderada, para que suas expectativas por dignidade sejam concretizadas pelas instituições, tendo o diálogo intercultural como alternativa.

No Capítulo 2 foi exposto o processo histórico de construção de normas jurídicas tratando dos direitos e interesses de um dos grupos excluídos da teoria clássica dos direitos humanos, qual seja aquele composto pelos povos indígenas. Percebeu-se que o campo do jurídico foi constantemente utilizado para imposição dos valores tidos como preponderantes pela sociedade ocidental, em detrimento daqueles indispensáveis para garantir dignidade aos povos originários.

Foi possível verificar que, entre colonialismos, integracionismos, assimilacionismos, discriminações, exclusões e opressões, determinados instrumentos normativos exurgiram prevendo direitos específicos às populações indígenas, tendo como momentos principais de tal processo, no âmbito

internacional, a edição da Convenção nº 169 da OIT em 1989, a aprovação da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas em 2007 e, no âmbito interno, a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Realizou-se, ainda, a apresentação de alguns processos de luta por dignidade travados pelos povos indígenas brasileiros, quais sejam, o acesso a terra, à autodeterminação e a políticas públicas nas áreas de saúde e de educação e em relação à constituição de conselhos gestores de políticas públicas.

Demonstrou-se que terra para os índios não diz respeito somente a questões afetas aos direitos de propriedade e posse, mas, principalmente, a dimensões espirituais e culturais. Que autodeterminação interna diz respeito à possibilidade dos indígenas pactuarem as condições necessárias para sua sobrevivência enquanto povos, principalmente mediante a observância do direito à participação, consulta e consentimento. Que saúde e educação necessitam ser garantidas, mas sob as bases de um olhar diferenciado e contextualizado. E que a criação de conselhos gestores de políticas públicas é instrumento útil para internalizar nas estruturas do Estado, de forma participativa e igualitária, as demandas indígenas.

Com a exposição das normas e das lutas, buscou-se evidenciar que os direitos humanos, numa perspectiva crítica, não podem ser protegidos de forma a se atender tão-somente uma ou outra maneira de concebê-los. Entre essencialismos e localismos, deve-se optar por um relativismo relativista, que não se comprometa com formas *a priori* de conceber os direitos humanos, mas, pelo contrário, aceite as diferenças como merecedoras de igual consideração e respeito.

No terceiro e último Capítulo, foi realizada, inicialmente, uma exposição sobre os principais marcos históricos atinentes ao Ministério Público no mundo e no Brasil. Além de identificar sua origem ocidental, evidenciou-se que, de uma instituição voltada à proteção dos interesses do Estado, o Ministério Público foi alçado a defensor dos interesses mais sensíveis para a vida em sociedade, como os direitos humanos.

Ressaltou-se que, além de conferir-lhe garantias, princípios e prerrogativas específicas, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, entre as funções institucionais do Ministério Público, a defesa dos direitos e interesses das populações indígenas.

Concluiu-se que, com a quebra do paradigma integracionista, não se justifica a manutenção de entendimentos no sentido da impossibilidade de atuação do Ministério Público Estadual na defesa dos direitos coletivos dos referidos grupos populacionais, excetuando disputas envolvendo a cultura tradicional e o indigenato, sob pena de estabelecimento de um duplo critério de atuação que legitima visões abstratas, universalistas e estáticas, que não atendem aos interesses dos povos originários.

Tendo em vista o objetivo do presente trabalho, de analisar a atuação do Ministério Público na proteção dos direitos dos povos indígenas pela perspectiva da teoria crítica dos direitos humanos, foram propostas as decisões iniciais para tanto.

Asseverou-se a necessidade de se pensar de outro modo, sem a adoção de atitudes emocionais etnocêntricas, românticas ou absenteístas e sem a busca da mera legitimação das formas jurídicas tradicionais, evitando, assim, práticas descontextualizadas, localistas ou homogeneizantes.

Propugnou-se, ademais, a reapropriação das referidas formas de agir e sua contextualização de forma crítica, pensando-se as lutas por dignidade travadas pelos povos indígenas mediante a problematização da realidade, com a abertura de espaços de encontro que possibilitem a realização de um diálogo intercultural de fato entre as referidas coletividades e a instituição, sem hierarquizações, e com a adoção de atitude práticas que, de forma contextualizada, buscam a concretização de tais lutas. Ou seja, deve haver uma prática ministerial intercultural.

Foram expostos, ainda, alguns processos de luta dos povos indígenas brasileiros, voltados ao asseguramento do direito a terra, à autodeterminação e ao acesso a políticas públicas de saúde, de educação e em relação à instituição de conselhos gestores de políticas públicas específicas.

Em relação a terra, restou constatada a necessidade de que o Ministério Público, evidenciada a necessidade, busque o fortalecimento adequado do órgão federal de assistência ao índio, bem como a tramitação regular dos procedimentos administrativos de demarcação de terras indígenas, a fim de que os valores cuja manutenção seja imprescindível para os povos indígenas em relação ao direito ao território não sejam

inferiorizados pela busca de prevalência dos interesses econômicos.

No que tange à autodeterminação, verificou-se que os povos indígenas reivindicam a possibilidade de suas narrativas serem devidamente consideradas de acordo com suas especificidades socioculturais, o que, concretamente deve ser buscado pelo Ministério Público principalmente monitorando o cumprimento do direito à participação, consulta e consentimento, previamente à prática de qualquer ato administrativo ou legislativo que os possa afetar. Haverá, assim, o empoderamento das referidas coletividades, a fim de que suas expectativas por dignidade sejam respeitadas de forma contextualizada.

Ao tratar do acesso dos povos indígenas a políticas públicas de saúde e de educação demonstrou-se que há conflitos entre as formas que se colocam como hegemônicas, com base em ideias ocidentais, e as formas tradicionais indígenas, que lutam para manter suas características culturais. Tendo em vista o papel do Ministério Público de defensor dos direitos das populações indígenas, numa perspectiva crítica, cabe a este identificar se tais formas tradicionais estão sendo marginalizadas, apresentando uma alternativa que observe a interculturalidade e o direito à diferença.

Por último, expôs-se a demanda dos povos indígenas pela criação de conselhos gestores de políticas públicas, a fim de que os referidos grupos possam, em condições de igualdade, apresentar suas reivindicações numa estrutura estatal própria, com a participação efetiva do Ministério Público, que deve zelar para que estas sejam devidamente observadas e encaminhadas para deliberação e posterior implementação.

Em relação a cada um dos processos de luta foram trazidos exemplos de atuações do Ministério Público que se amoldam à proposta de uma práxis diferenciada, nova, contextualizada, ativa, que busca oportunizar lugares de encontro entre a instituição e os povos indígenas, sem hierarquias, formalismos e homogeneizações nas formas de pensar e de agir.

Desse modo, a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos e interesses das populações indígenas, na perspectiva da teoria crítica dos direitos humanos, estará de acordo com as lutas por dignidade historicamente travadas pelos povos originários.

De vítimas constantes de sistemas pretensamente hegemônicos que buscaram gradativamente destruir sua existência, sua cultura e seu território, os povos indígenas, com o auxílio de uma instituição vocacionada à da defesa dos direitos humanos, como é o Ministério Público, podem almejar, não só resistir às opressões, mas, principalmente, construir uma nova história, que seja marcada por justiça, respeito e dignidade.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Antonio Armando Uilian do Lago.

**Multiculturalismo e direito à autodeterminação dos povos indígenas.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Bernode; DOURADO, Sheilla Borges. Apresentação. In: ALMEIDA, Alfredo Wagner Bernode; DOURADO, Sheilla Borges. **Consulta e participação: a crítica à metáfora da teia de aranha.** 1ª ed. Manaus: UEA Edições e UFAM, 2013.

ANAYA, S. James. **Los pueblos indígenas en el derecho internacional.** Madrid: Editorial Trotta, 2005.

ARENDDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo:** antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

ARRUDA, Renato Sérgio Vieira. **Direitos territoriais étnicos:** questões relativas às terras indígenas no Brasil. In: Faggiano, Daniel; Lagrasta Luchiari, Valeria Ferioli. (Org.). **A questão indígena.** 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica Editora e Livraria Ltda ME, 2013, p. 89-114.

ARRUDA, Renato Sérgio Vieira. **Territórios Indígenas no Brasil:** aspectos jurídicos e socioculturais. In: Antonio Carlos de Souza Lima e Maria Barroso-Hoffmann. (Org.).

**Etnodesenvolvimento e Políticas Públicas:** bases para uma nova política indigenista. 1ª ed. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2002, p. 131-150.

ARTICULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS DO BRASIL. **Carta Pública dos Povos Indígenas do Brasil à presidenta da República Dilma Rousseff.** Disponível em:

[http://cimi.org.br/site/pt-](http://cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo_id=7024&action=read)

[br/?system=news&conteudo\\_id=7024&action=read](http://cimi.org.br/site/pt-br/?system=news&conteudo_id=7024&action=read). Acesso em: 20.12.2015.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Relatório da Subcomissão dos Negros, População Indígena, Pessoas Deficientes e Minorias.** Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-196.pdf>. Acesso em: 24.12.2015.

ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Atas de Comissões. Subcomissão dos Negros, População Indígena, Pessoas Deficientes e Minorias.** Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituante/7c%20-%20SUBCOMISS%C3%83O%20DOS%20NEGROS,%20POPLUA%C3%87%C3%95ES%20IND%C3%8DGENAS,.pdf>. Acesso em: 25.12.2015.

AUGÉ, Marc. *El viajero subterráneo. Un etnólogo en el metro.* Xalapa: Al Fin Liebre Ediciones Digitales, 2009.

BANIWA, André Fernando. O direito de consulta prévia dos povos indígenas no Estado da República Federativa do Brasil. In: AMELLER, Vladimir et al. **El derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en América Latina.** La Paz: Fundación Konrad Adenauer (KAS), 2012.

BANIWA, Gersem. **A conquista da cidadania indígena e o fantasma da tutela no Brasil contemporâneo.** In: RAMOS, Alcida Rita (Coord.). **Constituições nacionais e povos indígenas.** Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2012.

BARBOSA, João Mitia Antunha; BARBOSA, Marco Antonio. Povo e Estado no século XXI e atualização semântica do direito de autodeterminação dos povos. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, 2013, v. 106, p. 133-162.

BARBOSA, João Mitia Antunha; BARBOSA, Marco Antonio; BARBOSA, Pablo Antunha. A luta contemporânea do Movimento Internacional por Direitos: a Declaração das Nações Unidas de 13 de setembro de 2007. In: FERREIRA DA SILVA, Gilberto; PENNA, Rejane; DA CUNHA CARNEIRO, Luiz Carlos. (Org.). **INDIO - Cartografias sobre a produção do conhecimento.** Porto Alegre: Ed. PUCRS, 2009, p. 241-269.

BARBOSA, Marco Antonio. Os povos indígenas e as organizações internacionais: instituto do indigenato no direito brasileiro e autodeterminação dos povos indígenas. **Revista Eletrônica História em Reflexão (UFGD)**, 2007, v. 1, n. 2, p. 1-14.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas: vetores constitucionais.** Curitiba: Juruá, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, vol. I, n. 6, setembro de 2001. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 15.10.2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BECKAUSEN, Marcelo da Veiga. As consequências do reconhecimento da diversidade cultural. In: SCHWINGEL, Lúcio Roberto. **Povos Indígenas e políticas públicas da assistência social no Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Secretaria do Trabalho, da Cidadania e da Assistência Social - STCAS - Gov. do Estado, 2002.

BIGIO, Elias dos Santos. A ação indigenista brasileira sob a influência militar e da Nova República (1967-1990). **Revista de Estudos e Pesquisas** (Fundação Nacional do Índio), 2007, v. 4 n. 2, p. 13-93.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BORGES DA SILVA, Letícia. **Povos Indígenas, Direitos Humanos e a Convenção 169 da OIT** (Organização Internacional do Trabalho). In: Flávia Piovesan. (Org.). **Direitos Humanos**. Curitiba: Juruá, 2006, v. I.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Novos Estudos Jurídicos** (Online), 2014, v. 19, p. 201-230.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPUCCI, Maria Rezende. O Ministério Público Federal e a arte de trabalhar (e crescer!) com os Povos Indígenas. **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, 2009, v. I, p. 1-13.

CARVALHO, Júlio Marino de. **Os direitos humanos no tempo e no espaço**: visualizados através do direito internacional, direito constitucional, direito penal e da história. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1998.

CASTILHO, Ricardo. **Acesso à Justiça**: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público: uma nova visão. São Paulo: Atlas, 2006.

CLAVERO, Bartolomé. **La consulta en serio** (*como mecanismo supletorio de la libre determinación en el derecho internacional e en el estado plurinacional*). 2012. Disponível em: <<http://www.bolpress.com/art.php?Cod=2012052903>>. Acesso em: 21.12.2015.

CHAUÍ, Marilena. **Público, privado, despotismo**. In: NOVAES, Aduino (Org.). *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

COLAÇO, Thais Luzia. A trajetória do reconhecimento dos povos indígenas do Brasil na esfera nacional e internacional. In: XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Manaus. **Anais do XV Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

\_\_\_\_\_. Os “novos” direitos indígenas. In: WOLKMER, Antônio Carlos *et al.* (Coord.). **Os “novos” direitos no Brasil**: natureza e perspectiva. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 99-123.

\_\_\_\_\_. **“Incapacidade” indígena**: tutela religiosa e violação do direito guarani pré-colonial nas missões jesuíticas. Curitiba: Juruá, 2009.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONVENÇÃO de Viena sobre o Direito dos Tratados. 22 maio 1969. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm). Acesso em: 01.01.2016.

CORDEIRO, Enio. **Política indigenista brasileira e promoção internacional dos direitos das populações indígenas**. Brasília: Instituto Rio Branco; Fundação Alexandre Gusmão; Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. 1ª ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

CUNHA, \_\_\_\_\_. **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A luta pelos direitos humanos**. In: Direitos Humanos em dissertações e teses da USP 1934-1999. São Paulo: EDUSP, 2000.

\_\_\_\_\_. Os direitos humanos e os índios. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto e PERRONE-MOISÉS, Cláudia (Orgs.). **O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem**. São Paulo: EDUSP, FAPESP, 1999.

\_\_\_\_\_. Índios, cidadania e direitos. In: COMISSÃO PRÓ-ÍNDIO. **O índio e a cidadania**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

\_\_\_\_\_. Ministério público: advogado do povo. In: LIVIANU, R. (Coord.) **Justiça, cidadania e democracia** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009, p. 90-95.

DEMO, Pedro. **Pesquisa e construção de conhecimento: metodologia científica no caminho de Habermas**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

DOUZINAS, Costa. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. ***El derecho a la consulta previa en América Latina: del reconocimiento formal a la exigibilidad de los derechos de los pueblos indígenas***. *El Otro Derecho* n. 40. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2009, p. 192.

FALCÃO, Ismael Marinho. **O Estatuto do Índio comentado**. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 1985.

FERREIRA, Luciane Ouriques. Interculturalidade e saúde indígena no contexto das políticas públicas brasileiras. In: Esther Jean Langdon; Marina D. Cardoso. (Orgs.). **Saúde Indígena - Políticas comparadas na América Latina**. 1ª ed. Florianópolis: Editora UFSC, 2015, v. 1, p. 217-246.

FERREIRA, Lucimar Luisa. **Educação escolar indígena específica e diferenciada: uma abordagem discursiva**.

Cadernos de Educação Escolar Indígena, Impresso, 2004, v. 3, n.1, p. 153-157.

FONDO INDÍGENA. ***El avance de las declaraciones sobre derechos de los pueblos indígenas de la ONU y OEA y el estado actual de ratificación del Convenio 169 de la OIT en la región.*** La Paz: Fondo Indígena, 2006. Disponível em:<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2011/7600.pdf?view=1>. Acesso em: 31.12.2015.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito.** 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

GADELHA, Luciana Fernandes Portal Lima. **A Articulação dos Sistemas Tradicionais e Clássicos de Medicina na Atenção à Saúde dos Povos Indígenas** – uma Análise da Atuação do Ministério Público Federal no Caso da Criança Indígena da Etnia Tukano – Alto Rio Negro – Amazonas, 2010. Disponível em: [http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs\\_artigos/a-articulacao-dos-sistemas-tradicionais-e-classicos-de-medicina-na-atencao-a-saude-dos-povos-indigenas-2013-uma-analise-da-atuacao-do-ministerio-publico-federal-no-caso-da-crianca-indigena-da-etnia-tukano-2013-alto-rio-negro-2013-amazonas](http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/a-articulacao-dos-sistemas-tradicionais-e-classicos-de-medicina-na-atencao-a-saude-dos-povos-indigenas-2013-uma-analise-da-atuacao-do-ministerio-publico-federal-no-caso-da-crianca-indigena-da-etnia-tukano-2013-alto-rio-negro-2013-amazonas). Acesso em: 03.01.2016.

GÁNDARA CARBALLIDO, Manuel. ***Hacia un pensamiento crítico en derechos humanos. Aporte en diálogo con la teoría de Joaquín Herrera Flores.*** Tesis doctoral presentada en el Programa de Doctorado de Derechos Humanos y Desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide: Sevilla, 2013.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público** - Organização, atribuições e regime jurídico. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GHAJ, Yash. Globalização, multiculturalismo e direito. In. SOUSA SANTOS, Boaventura (org.). **Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

GONÇALVES, Ana Paula Rengel; LIBERATO, Ana Paula. A proteção dos indígenas na Constituição de 1988. In: Carlos Frederico Marés de Souza Filho; Raul Cezar Bergold. (Org.). **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios do século XXI.** 1ª ed. Curitiba: Letra da Lei, 2013, p. 97-114.

GONÇALVES, Willian Couto. **Gênese dos direitos humanos na antiga filosofia grega**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

GRUPIONI, Luís Donisete Benzi. **Olhar longe, porque o futuro é longe. Cultura, escola e professores indígenas no Brasil**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social do Departamento de Antropologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2008.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2009b.

\_\_\_\_\_. **A reinvenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009b.

\_\_\_\_\_. **A arte do riso: breve tratado sobre arte e dignidade**. Porto Alegre: Movimento; Florianópolis: CESUSC, 2007.

\_\_\_\_\_. **Cultura y derechos humanos: la construcción de los espacios culturales**. In: ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro (et. al.). *Teoría Crítica dos Direitos Humanos no Séc. XXI*, Porto Alegre: EdiPUCRS, 2008.

\_\_\_\_\_. **El vuelo de Anteo**. Derechos humanos y crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclée De Brouwer, 2000.

HERRERA FLORES, Joaquín e MEDICI, Alejandro Marcelo. **Los derechos humanos y el orden global. Tres desafíos teórico-prácticos**. In: RUBIO, David Sánchez; ALFARO, Norman J. Solórzano; CID Isabel V. Lucena (Coords.) *Nuevos colonialismos del capital*. Barcelona: Icaria Editorial, 2004.

HINKELAMMERT, Franz. **Mercado versus direitos humanos**. São Paulo: Paulus, 2014.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

ISHAY, Micheline R. **Direitos Humanos: uma antologia - principais escritos políticos, ensaios e documentos desde a Bíblia**

até o presente. 1ª ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 2013.

ISMAIL FILHO, Salomão Abdo Aziz. **Ministério Público e atendimento à população**: instrumento de acesso à Justiça Social. Curitiba: Juruá, 2011.

JATAHY, Carlos Roberto de C. **O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito**: perspectivas constitucionais de atuação institucional. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil**: desenvolvimento histórico e estágio atual. Tradução Maria da Glória Lacerda Rurack, Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

LACERDA, Rosane Freire. **A Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**: Origem, Conteúdo e Mecanismos de Supervisão e Aplicação, 2009. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/zazab023/a-conveno-169-da-oit-sobre-povos-indgenas-e-tribais-origem-contedo-e-mecanismos-de-superviso-e-aplicao>. Acesso em: 23.11.2015.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEITE. Carlos Henrique Bezerra. **Direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LIBÂNIO, Pedro; FREIRE, José Ribamar Bessa Freire. Rondon, o Brasil dos sertões e o projeto de nação. In: Carlos Augusto da Rocha Freire. (Org.). **Memória do SPI - Textos, Imagens e Documentos sobre o Serviço de Proteção aos Índios (1910-1967)**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Museu do Índio / Funai, 2011, v. 1, p. 169-178.

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

LYRA, Roberto. **Teoria e prática da Promotoria Pública**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

MACHADO, Antônio Alberto; GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e direito alternativo**: O MP e a defesa do

regime democrático e da ordem jurídica. São Paulo: Editora Acadêmica, 1992.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. Neoliberalismo: o declínio do direito. In: RÚBIO, David Sánchez, FLORES, Joaquín Herrera, e CARVALHO, Salo de (Orgs.) **Direitos humanos e globalização** [recurso eletrônico]: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica 2ª ed. - Dados eletrônicos. - Porto Alegre: ediPUCRS, 2010. Disponível em: <http://www.pucrs.br/edipucrs/direitoshumanos.pdf>. Acesso em: 14.11.2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O acesso à justiça e o Ministério Público**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Regime jurídico do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELATTI, Julio Cezar. **Índios do Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2014.

MELLO, Marcia Eliane Alves de Souza e. **O Regimento das Missões: poder e negociação na Amazônia portuguesa**. CLIO. Série História do Nordeste (UFPE), 2009, v. 27, p. 46-75.

MELLO JUNIOR, João Cancio de. Evolução Constitucional do Ministério Público Brasileiro. In: Gregório Assagra de Almeida; coautoria - Elaine Martins Parise. (Org.). **Teoria Geral do Ministério Público**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 83-110.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ. SANTARÉM: Recomendação conjunta do MPE e MPF quer assegurar continuidade do ensino indígena, 2013. Disponível em: <http://www.mppa.mp.br/index.php?action=Menu.interna&id=2752&class=N>. Acesso em: 04.01.2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. CAOP Indígena promove reunião para debater saúde e sustentabilidade nas aldeias, 2010. Disponível em: <http://www.mppr.mp.br/modules/noticias/article.php?storyid=624>. Acesso em: 01.01.2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MPF/RR quer assegurar direito de indígenas à consulta de alterações em plano de cargos da educação. Disponível em:

[http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_indios-e-minorias/mpf-rr-vai-a-justica-para-que-estado-consulte-indigenas-sobre-alteracoes-no-pccr-da-educacao](http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_indios-e-minorias/mpf-rr-vai-a-justica-para-que-estado-consulte-indigenas-sobre-alteracoes-no-pccr-da-educacao). Acesso em: 31.12.2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Em reunião na aldeia Praia do Mangue, índios iniciaram o diálogo com o Governo Federal para o processo de consulta e querem fazer capacitação sobre a Convenção 169. Disponível em:

<http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2014/indios-munduruku-vao-definir-formato-e-prazos-de-consulta-sobre-usina>. Acesso em: 31.12.2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Dia D da Saúde Indígena, 2012b. Disponível em:

[http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_pdfs/carta\\_diad\\_saudeindigena.pdf](http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/carta_diad_saudeindigena.pdf). Acesso em: 02.01.2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MPF ajuíza 15 ações civis públicas e 30 recomendações no Dia D da Saúde Indígena, 2012a. Disponível em:

<http://www.turminha.mpf.mp.br/noticias/mpf-ajuiza-15-aco-es-civis-publicas-e-30-recomendacoes-no-dia-d-da-saude-indigena>. Acesso em: 02.01.2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Ação Civil Pública, 2015.

Disponível em:

[http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2015/arquivos/ACP\\_Belo\\_Monte\\_Componente\\_Indigena\\_2.pdf](http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2015/arquivos/ACP_Belo_Monte_Componente_Indigena_2.pdf). Acesso em: 02.02.2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RORAIMA. Promotoria quer saber quais as dificuldades enfrentadas pelas comunidades indígenas para o cumprimento da Política Nacional de Educação Especial, bem como para a elaboração do projeto político pedagógico das escolas em Roraima, 2012. Disponível em:

<https://www.mprrr.mp.br/nodes/nodes/view/type:noticias/slug:educacao-escolar-indigena-proposta-politico-pedagogica-e-debatida-no-mprrr>. Acesso em: 04.01.2016.

MOURA, Marlene Castro Ossami de. Discriminação estrutural, institucional e sistêmica - Povos Indígenas. In: SABÓIA, Gilberto Vergne; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (Org.). **Anais de Seminários Regionais Preparatórios para Conferência**

**Mundial contra o Racismo, discriminação, xenofobia e intolerância correlata**, Brasília: Ministério da Justiça. Secretaria de Estado dos Direitos Humanos, 2001.

NAÇÕES UNIDAS. **A história da organização**. Disponível em: <http://nacoesunidas.org/conheca/historia/>. Acesso em: 12.10.2015.

NOAL, Mirian Lange. **As crianças Guarani/Kaiowá: o mitãreko na Aldeia Pirakuá**. Tese (Doutorado em Educação). Universidade Estadual de Campinas: Campinas, 2006.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO.

Apresentação. Disponível em:

<http://www.oitbrasil.org.br/content/apresenta%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 22.11.2015.

PEREIRA, Antônio Tomás. Políticas públicas na perspectiva Kaingang. In: SCHWINGEL, Lúcio Roberto. **Povos Indígenas e políticas públicas da assistência social no Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: Secretaria do Trabalho, da Cidadania e da Assistência Social - STCAS - Gov. do Estado, 2002.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, estado de derecho y Constitución**. 3ª ed. Madri: Tecnos, 1990.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Terras indígenas na legislação colonial. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], jan. 2000, v. 95, p. 107-120. ISSN 2318-8235. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67457>. Acesso em: 28.11. 2015.

\_\_\_\_\_. Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do Período Colonial. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras/Secretaria Municipal de Cultura/FAPESP, 1992, p. 115-132.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RANGEL, Jesus Antonio de La Torre. **Direitos dos povos indígenas: da Nova Espanha até a modernidade**. In:

WOLKMER, Antônio Carlos. (Org.). **Direito e Justiça na América Indígena: da conquista a colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

RICARDO, Carlos Alberto "Quem fala em nome dos índios?" In: Povos Indígenas no Brasil (1991/1995). São Paulo: Instituto Socioambiental, pp. 90-100, 1996.

ROJAS, Rodrigo Cançado Anaya. **Participação popular e Ministério Público no Brasil: defesa do regime democrático e dos interesses metaindividuais no marco de uma teoria crítica dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

RUBIO, David Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

\_\_\_\_\_. **Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica**. 2ª edição. Porto Alegre: Editora PUC, 2010.

SADEK, Maria Tereza. A construção de um novo Ministério Público resolutivo. *De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, jan. / jun. 2009, p.130-139.

SANTILLI, Juliana Ferraz da Rocha. Povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais: a construção de novas categorias jurídicas. In: RICARDO, Fany. (Org.). **Terras indígenas e unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições territoriais**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Uma concepção multicultural de direitos humanos**. In: Revista Lua Nova, v. 39, 1997.

\_\_\_\_\_. **Os direitos humanos na pós-modernidade**. Oficina do CES, n. 10, jun. 1989. Disponível em: [http://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/1097\\_Oficina%20do%20CES\\_10.pdf](http://www.ces.uc.pt/myces/UserFiles/livros/1097_Oficina%20do%20CES_10.pdf). Acesso em: 08.10.2015.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento.** São Paulo: Cortez, 2013.

SANTOS, José Aparecido dos. A Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar. (Org.). **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: desafios no século XXI.** 1ª ed. Curitiba: Letra da lei, 2013, p. 35-57.

SANTOS, Sílvio Coelho dos. Direitos Humanos e os direitos dos povos indígenas no Brasil. In: Ilha – **Revista de Antropologia/UFSC.** Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. v. 7, números 1 e 2 (2005). Florianópolis: UFSC/PPGAS, 2005.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indigenista.** 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

SILVA, Eduardo Araújo da. **O Ministério Público e a defesa dos direitos e interesses indígenas.** São Paulo: Justitia, jul-set 1989.

SOUZA, Willian Lira de. Atribuição do Ministério Público Estadual na questão indígena: a interação como meio de resolução de conflitos culturais. In: Ariadne Cantú. (Org.). **Criança Indígena: olhar multidisciplinar.** 1ª ed. Campo Grande: Alvorada, 2012, v. 1, p. 294-306.

SOUZA, José Otávio Catafesto de. A construção de políticas públicas diferenciadas às comunidades indígenas: o caso dos Kaingang. In: SCHWINGEL, Lúcio Roberto. **Povos Indígenas e políticas públicas da assistência social no Rio Grande do Sul.** Porto Alegre: Secretaria do Trabalho, da Cidadania e da Assistência Social - STCAS - Gov. do Estado, 2002.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito.** Curitiba: Juruá, 2012.

STAVENHAGEN, Rodolfo. Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos. In. BERRAONDO, M.

(Coord.). **Pueblos Indígenas y Derechos Humanos**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Petrópolis, 2011.

VERDUM, Ricardo; SIERRA, Maria Teresa; BALDI, César Augusto; STEFANELLO, Alaim Giovanni Fortes; SILVEIRA, Edson Damas; GOMEZ, Magdalena; OLIVEIRA, Diogo de; MORAES, Germana de Oliveira; TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco. Justiça, interculturalidade e os direitos indígenas sob pressão no Brasil que cresce. In: organização Carlos Frederico Marés de Souza Filho; Heline Sivini Ferreira; Caroline Barbosa Contente Nogueira. (Org.). **Direito socioambiental: uma questão para a América Latina**. 1ª ed. Curitiba: Letra da Lei, 2014, v. 1, p. 111-125.

VERDUM, Ricardo. **Amazônia: 23 hidrelétricas e seus efeitos sobre Terras Indígenas**, 2015. Disponível em: <http://amazonia.inesc.org.br/artigos/amazonia23hidreletricaseseu> sefeitos. Acesso em: 29.12.2015.

\_\_\_\_\_. Povos Indígenas no Brasil: o desafio da autonomia. In: Ricardo Verdum. (Org.). **Povos Indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina**. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009, p. 91-111.

VIEIRA, Otávio Dutra. Colonização Portuguesa, Catequese Jesuítica e Direito Indígena. In: WOLKMER, Antônio Carlos. (Org.). **Direito e Justiça na América Indígena: da conquista a colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 1999.

WOLFRUM, Rüdiger. **A proteção dos povos indígenas no Direito Internacional**. In: SARMENTO; IKAWA; PIOVESAN (Coord.). Igualdade, Diferença e Direitos humanos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

WOLKMER, Antônio Carlos et al. **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectiva**. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao pensamento jurídico crítico.** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Novos pressupostos para a temática dos Direitos Humanos.** In: RUBIO, D. S.; FLORES, J.H.; CARVALHO, S. (Org.). *Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidades desde a Teoria Crítica.* 2ª edição. Porto Alegre: ediPUCRS, 2010.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos:** Dimensões Emancipadoras. In: Alejandro Rosillo Martínez. (Org.). *Teoria Crítica dos Direitos Humanos no século XXI.* Porto Alegre: ediPUCRS, 2008.