

Os caciques e os juízes: os direitos humanos entre as fronteiras do direito oficial, da diversidade cultural e da territorialidade ancestral indígena.

Sandra Nascimento

Professora do curso de Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Advogada e consultora em Direitos Humanos.

E-mail: sandranascimento2015@gmail.com

Recebido em: 01/06/2014.

Aprovado em: 17/04/2015.

Resumo: A negação do caráter pluriétnico da sociedade brasileira é uma herança moderno/colonial. Dela deriva a limitada compreensão jurídica de “terra indígena” como direito às terras ancestrais, qualificada como direito humano. Em consequência, perpetuam-se as práticas estatais autoritárias, patrimonialistas e etnocentradas. Este artigo reflete sobre os parâmetros argumentativos que os ministros do Supremo Tribunal Federal utilizam para definir o que é “terra indígena”, no julgamento da Ação Civil Originária nº 312, que trata da demarcação das terras das comunidades Pataxó Hã Hã Hãe. O aporte decolonial subsidia a reflexão, cujo objetivo é explicitar a lógica jurídica do colonialismo interno e suas implicações desastrosas para a emancipação cultural e territorial indígena no Brasil.

Palavras-chave: Diversidade étnica. Direitos humanos. Ancestralidade. Colonialismo interno. Judiciário.

The chiefs and the judges: Human Rights within the boundaries of official law, cultural diversity and indigenous ancestral territoriality.

Abstract: The denial of the multiethnic character of Brazilian society is a modern/colonial heritage. It produces limited legal understanding of “indigenous land” as the right to ancestral land, qualified as a human right. As a result, authoritarian, patrimonial and ethnocentric state practices perpetuate. This article reflects on the argumentative parameters that the Justices of the Brazilian Supreme Court used to define what “Indian land”, in the judgement of “Ação Civil Originária” number 312 which deals with the demarcation of the lands of the Pataxó Hã Hã Hãe communities. The decolonial contribution subsidizes this reflection, which aims to clarify the

logic of the internal colonialism by the law and its devastating implications for indigenous cultural and territorial emancipation in Brazil.

Keywords: Ethnic diversity. Human Rights. Ancestry. Colonialism. Judiciary.

O recente processo de constitucionalização da diversidade cultural/étnica tem exigido a compatibilização normativa para dar conta das novas situações e expressões de interrelações entre grupos e comunidades até então alienadas do cenário sociopolítico. Nesse aspecto se envolve também a indispensável revisão epistemológica de origem ocidental.

As reformas constitucionais operadas em meados e fins do século XX foram recebidas com entusiasmo e abriram caminho para uma nova forma política marcada pela discursividade multicultural (PINTO, 2008; CAMACHO, 2010).

Assistimos, em fins do século XX e início do século XXI, a emergência dos movimentos indígenas que de alguma maneira forçaram a inclusão dos direitos culturais na agenda dos países latino-americanos (re)fundados em suas bases democráticas. As reivindicações do direito de autodeterminação, de retorno e permanência nas suas terras ancestrais seguem fortalecidas, mas não concretizadas em plenitude.

No Brasil, as demandas indígenas alcançam expressão nacional com a Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988, em seus artigos 231 e 232, que consagram o reconhecimento dos costumes, tradições, organização social e os direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam.

Em termos políticos, a constitucionalização da diversidade étnica representa uma resposta ao emergente movimento indígena de expressão internacional. Ao mesmo tempo, operacionaliza expectativas contemporâneas, contra-hegemônicas, de superação do liberalismo individualista.

Se por um lado representa um passo importante na redefinição das relações interétnicas, de outro, acirrou o tensionamento com interesses de elites políticas e econômicas, que se opõem à reconfiguração social no marco da equivalência entre culturas.

As concepções multiculturalistas de identidade e cultura, alerta Silva (2012, p. 21), “desempenharam um papel meramente retórico na transformação da situação colonial dos povos indígenas na região”.

Tais circunstâncias podem ser verificadas a partir do próprio modelo jurídico adotado. Embaixo da influência romano-germânica, esse modelo consagra a lógica da unicidade normativa e da onipotência estatal (GOYARD-FABRE, 2002). Por consequência, favorece a conservação da estrutura de dominação. Significa entender que, no panorama nacional, ainda são reproduzidas e mantidas práticas ten-

dentes a promover a incorporação do indígena à sociedade nacional, ou seja, de integração, cuja implicação direta é a anulação identitária.

A despeito de ter ocasionado certa abertura para a pluriethnicidade, observa-se que o cenário brasileiro é composto de tímidos avanços e perigosos retrocessos no que se refere à questão da territorialidade indígena.

O atual desenho jurídico constitucional favoreceu a adoção de medidas políticas e legislativas para a inclusão das demandas indígenas em situações de ilusória abertura participativa, como a criação da Comissão de Políticas Indígenas (CNPI), a criação da 6ª Câmara na Procuradoria Geral da República e de aparente dissolução dos adversários por meio da realização de mesas de negociações no âmbito do Ministério da Justiça. Não logrou, contudo, eliminar os fatores de exclusão e de discriminação de ordem etnicorracial.

Na visão oficial, a condição do indígena continua associada à pobreza e ao estereótipo de sociedades apartadas das transformações políticas, econômicas e sociais contemporâneas. O indígena é ainda tratado pelo signo da incapacidade civil, e, desse modo, fica impedido de se autodeterminar sem o respaldo do direito nacional. Nesse aspecto são permanentemente classificados e desqualificados sociojuridicamente.

Não raro, o pensamento e a *práxis* jurídica silenciam as identidades étnicas, assim como relegam ao passado remoto as práticas autoritárias e racializadas que acompanharam a ocidentalização da América Latina (MIGNOLO, 2002; PINTO; NASCIMENTO, 2013).

As visões e práticas de inferiorização sociopolítica dos indígenas, e, portanto, de fundo racial, são herança moderno/colonial (QUIJANO, 2000) e nesse aspecto são estruturais e estruturantes. De acordo com Quijano e Wallerstein (1992, p. 584), “la colonialidade no terminó, ha persistido en las hierarquias sociales y culturales entre lo europeo e lo no europeo”.

Para Moore (2007, p. 246-249), o racismo está na história e aparece como a forma de consciência mais violenta e abrangente, uma vez que implica o extermínio do outro. O racismo possui múltiplas dinâmicas, sendo uma delas a hierarquização sociopolítica e econômica do “outro dominado”. No Brasil, historicamente, o indígena é um dos muitos “outros dominados”.

As reformas constitucionais que foram promovidas no final do século XX abriram as possibilidades práticas para o pluralismo

cultural. Daí surgiu o desafio de deslocar as “práticas de juridicidade” até então centradas no individualismo sistêmico de dominação para o campo da plurinacionalidade, como adverte Wolkmer (2004).

Esse deslocamento teria como propósito transformar o direito em “instrumento democrático pedagógico de mudança social, pautando sua perspectiva no pensamento jusfilosófico crítico” (WOLKMER, 2004, p. 39).

Esse novo panorama de expectativas, possibilidades e desafios é multifacetado. Por um lado implica reconhecer a abertura, mas, ao mesmo tempo, não se pode desconsiderar o caráter vinculativo do modelo estatal ainda predominante moderno/colonial, que mantém a circularidade dos conceitos e práticas de dominação cultural.

A partir dessa crítica, o foco deste trabalho é uma tentativa de identificar os parâmetros do agir estatal - a *práxis* - jurisdicional, em particular da atividade do “juiz”¹ em dizer o “direito” para desvendar os sinais da herança moderno/colonial. A análise recai sobre o caso da “demarcação” da terra Caramuru-Catarina-Paraguaçu do povo Pataxó Hã Hã Hãe, no sul do estado da Bahia. A reflexão é guiada pelo aporte decolonial sobre a dinâmica das representações judiciais acerca dos direitos territoriais indígenas, e, de fundo, da diversidade étnica como dimensão implícita dos direitos humanos.

Este artigo está organizado em quatro tópicos. O primeiro destinado a uma contextualização no espaço-tempo ocidental sobre o campo jurídico constitucional contemporâneo e o campo da diversidade étnica. O segundo é destinado a uma breve contextualização etnológica sobre a comunidade Pataxó Hã Hã Hae e o direito de retorno e permanência nas terras ancestrais, como direito humano. O terceiro tópico reflete sobre os artifícios da dominação cultural no debate sobre o que é “terra indígena”, analisando as razões de decidir adotadas no julgamento da Ação Civil Originária (ACO) nº 312. O quarto tópico é destinado à reflexão sobre a colonialidade do poder e do colonialismo interno na *práxis* judicial em relação aos direitos territoriais indígenas.

¹ A expressão “juiz” neste trabalho designa genericamente a atividade do órgão jurisdicional, seja na figura do juiz singular, do desembargador dos Tribunais Regionais Federais ou dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Ver artigo 92 da Constituição Federal de 1988.

1. Constituição, diversidade étnica e direitos humanos: aproximações teóricas no panorama latino-americano.

De acordo com Goyard-Fabre (2002, p. 102-103), a ideia de Constituição não foi inventada pelos filósofos ou juristas do século XVIII, porém, a eles se credita a elaboração da modificação profunda da conotação do termo *Politéia*, levando ao sentido de constituição enquanto estatuto orgânico do Estado. Nela, na Constituição, reside a potência estatal, sendo, portanto, aparelho jurídico do poder político.

O conceito clássico de Constituição é atribuído a George Jellinek, para o qual a Constituição só é possível com o Estado (BERCOVICI, 2003). No entanto, há múltiplas concepções. Apresento a seguir algumas das concepções ou correntes do pensamento que se desenvolveram na conjuntura alemã no início do século XX e que, juntamente com a corrente americanista, tem influenciado os autores brasileiros, tanto na formação jurídica quanto na atuação judiciária.

A teoria normativista (positivista) resultante das elaborações de Hans Kelsen concebe a constituição no sentido lógico-jurídico como norma hipotética fundamental, e no sentido jurídico-positivo como órgão criador do direito estatal (ver Bercovici, 2003). Por esse aspecto, Estado e Constituição (direito) se confundem, fazendo com que o estudo sobre a constituição fosse deslocado da Teoria do Estado para uma Teoria da Constituição. Pelo decisionismo político defendido por Carl Schmitt, a constituição é expressão de decisão política de uma comunidade, admitindo-se a influência de fatores extra-jurídicos, que lhe dão existência, não apenas forma (escrita). Tais fatores se relacionam ao arbítrio e à exceção (BERCOVICI, 2003).

Além destes dois planos da epistemologia jurídica ocidental, merece destaque a concepção concretista, segundo a qual a constituição expressa a “ordem jurídica fundamental, material e aberta de uma comunidade”, adotada por Konrad Hesse. Seu objeto material, ou seja, seu conteúdo normativo, é o de organizar os princípios fundamentais da ordem política, estabelecer os meios de solução de conflitos na sociedade (HESSE, 1991). Alinha-se a essa corrente o jurista Peter Haberle (1997, p. 10-32), para quem a constituição é um processo público, no qual todos são partícipes de sua construção e de sua interpretação, sendo essa um processo aberto.

A tarefa de encontrar um conceito para constituição não está concluída. Múltiplas visões são construídas fundamentadas na dinâmica da própria relação entre realidade, norma e poder político. Há de se compreender que a Constituição é sistema de controle do poder político, transitório e em constante mudança. Mas também pode ser compreendida como um repositório de valores culturais, em tese, consensuados.

A Constituição é uma ordem aberta, material, e se constitui como um compromisso social, em que há pontos de convergência. Não é um fim em si mesmo e não é uma ordem fechada (SACHICA, 1999).

A potência política e jurídica da Constituição determina o estado de direito, o qual, entre outras concepções clássicas, tem como fundamento vinculante os direitos básicos da cidadania, quais sejam as liberdades civis e a igualdade jurídica (COELHO, 2010, p. 197).

Na história ocidental moderna, a Constituição assume lugar de centralidade, pois determina a vinculação dos poderes estatais, os quais devem atuar sob o primado do Direito. Seu conteúdo mínimo diz respeito à organização do poder político e das reconhecidas liberdades, entendendo-se aqui aquelas que defendem a comunidade euro-estadunidense. Na conjuntura contemporânea, inaugurada após a 2ª Guerra Mundial, o campo do constitucionalismo foi impactado pelo fenômeno da abertura interpretativa, que está associada à terminologia do neoconstitucionalismo² (BARROSO, 2007).

Por outro lado, do ponto de vista da América Latina, as constituições modernas não levaram em consideração a presença indígena, ou no máximo a colocava sob uma cidadania comum, não por reconhecer equivalência, mas por racismo (CLAVERO, 2008, p. 23). Segundo Clavero (2008), a marca histórica das constituições do século XIX na América Latina foi a de negar a existência de territórios indígenas independentes, comunidades com títulos de propriedade ou algum grau de autogoverno.

² Aqui esse termo refere-se ao novo constitucionalismo ocidental, decorrente da historicidade e das reivindicações europeias para uma nova compreensão de Constituição, frente ao Estado e ao Direito. Há autores, como Luis Roberto Barroso e Lênio Streck, que entendem ser ele paradigmático ou ruptural (STRECK, 2009). O direito, para esse autor, citando outros, como Pozzolo e Carbonell, deixará de ser regulador para ser transformador. Esse argumento exige outra reflexão que não cabe neste trabalho, mas registro que tais formulações não estão estabilizadas teoricamente.

Assim, quando as constituições escritas na América Latina são reelaboradas para incorporar as demandas da diversidade étnica, assistimos a passagem para outra ordem jurídica, fundada na quebra da hegemonia jurídica até então imperante, ao menos como proposta futura. A reordenação constitucional na América Latina, que ocorreu em fins da década de 80, coincidirá com a abertura política na conjuntura regional do fim das ditaduras, o que de alguma maneira transversalizou as demandas por liberdade e por afirmação étnica.

O caminho para a ruptura com as relações de dominação nesse campo foi desencadeado pela força das demandas indígenas por reconhecimento das formas comunais da propriedade das terras (ver CLAVERO, 2008), do trabalho comunitário, do uso e da livre disposição sobre suas terras, da identidade cultural e linguística e do reconhecimento da autonomia das organizações indígenas, cada uma com formas próprias, que passa a ser conteúdo das constituições³.

Entre mobilizações locais de recuperação de terras, reivindicações autonomistas e a insurgência zapatista, foi desenhado um outro cenário tanto nacional quanto internacional de ativismo indígena. De acordo com Baines (2012, p. 35), o ativismo político «tornou os povos indígenas protagonistas da sua própria política, sobretudo, em suas práticas de negociação e de participação nas esferas públicas da sociedade e do governo nacionais”.

As primeiras Constituições a incorporarem os preceitos de reconhecimento da diversidade étnica e, de alguma maneira, do modo de propriedade comunitária, foram a da Guatemala e da Nicarágua, seguindo-se a Argentina, Colômbia, Equador, Peru, Paraguai, Venezuela e o Brasil (PINTO, 2008). Mais precisamente, com as constituições do Equador de 2008 e da Bolívia em 2009 é que o projeto político e cultural de ruptura é acentuado, em razão da definição do estado plurinacional. Esse fator distintivo marca o que se convencionou denominar de constitucionalismo latino-americano (FAJARDO, 2011) distinguindo-o do constitucionalismo ocidental.

³ Na Constituição política da Guatemala de 1986, ver artigos 56, 57 e 58. Na Constituição da Nicarágua, com as reformas em 2005, ver artigos 8, 89, 129, 180 e 181. Na Constituição da Colômbia, com as reformas em 2005, ver artigos 7, 10, 286 e 329. Na anterior Constituição do Equador de 1998 ver artigos 1º, 62, 83 e 85. Na anterior Constituição do Peru de 1993, com as reformas de 2005, ver artigos 48 e 89. Na atual Constituição da Bolívia de 2009, ver artigos 1º, 3, 30 e 32, entre outros. Na Constituição do Brasil de 1988, ver artigos, 215, 231 e 232.

A partir do “novo constitucionalismo latino-americano” surgiu a necessidade de se reconfigurar a engenharia estatal (GARGARELLA; COURTIS, 2009) para responder ao novo modelo sociológico, ditado agora pelo pluralismo cultural e reconhecimento da pluriétnicidade. A reestruturação do Estado, contudo, tem sido lenta e controlada por múltiplos fatores, entre os quais, o racismo (ver MOORE, 2007, p. 280) e, também, em razão da conservação de uma “situação colonial” (BALANDIER, 1970).

Como já mencionado em linhas anteriores, a constitucionalização da diversidade cultural e o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas à sua própria cultura e aos direitos territoriais foram consagrados no artigo 231⁴ da Constituição Federal de 1988. A despeito de elevar o tema ao patamar constitucional, observa-se que, na própria linguagem normativa, a abertura foi precavida em termos de não levar à quebra das estruturas sociopolíticas estabelecidas pelas elites nacionais.

Não se fala em povos indígenas ou nas etnias, mas em “índios”, e não se conferiu ao “índio” o direito de propriedade sobre a terra que ocupa ou que lhe é originária temporalmente. Na organização do documento constitucional, o assunto foi reservado ao “título VIII – Da Ordem Social”, cujo princípio norteador é o primado do trabalho. Esses elementos são evidências de uma escolha de controle sobre a questão indígena, ou sobre o indígena.

De outro lado, o arcabouço normativo interno derivado desse plano multicultural, aliado ao fortalecimento da mobilização indígena, provocou o processo de internacionalização das questões indígenas. Assim é que, além da aprovação da Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) 167 de 1987, foi editada a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (DRIP)⁵, no ano de 2007.

A aprovação da DRIP consagra a relevância global das questões indígenas como tema de preocupação da comunidade internacional e se constitui como instrumento que visa promover um padrão mínimo de comportamento dos Estados e dos governos para lidar com as questões indígenas.

⁴ Título VIII, Da ordem social: “são reconhecidos aos índios, seus costumes, organização social, tradições e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”.

⁵ Resolução ONU nº A/RES/61/295, em 10 de dezembro de 2007.

A população indígena nas Américas é estimada em mais de 29 milhões de pessoas (CEPAL, 2015). No Brasil, são 817.963 pessoas que se autodeclararam indígenas (IBGE, 2010). O reconhecimento internacional de que os povos indígenas sofreram injustiças históricas como resultado, entre outras coisas, da colonização e da subtração de suas terras, territórios e recursos, é o principal fundamento da responsabilidade dos governos de promover a compatibilização de suas normas internas e de adequar a *práxis* jurídica no caminho da concretização dos direitos de cada povo. As tarefas estatais foram definidas para que os povos indígenas possam trilhar o caminho do desenvolvimento em conformidade com suas próprias necessidades e interesses.

A partir do protagonismo indígena, a comunidade internacional reconhece que o controle, por eles próprios, dos acontecimentos que os afetam e às suas terras, territórios e recursos, lhes permitirá manter e reforçar suas instituições, culturas e tradições. Tais elementos são condições indispensáveis para a realização da dignidade étnica como direito humano, inalienável, imprescritível e irrenunciável.

Assim como a maior parte da normativa internacional, a DRIP é expressão da contemporânea dimensão dos direitos de solidariedade (WOLKMER, 2010), em particular de autodeterminação dos povos.

O conteúdo da DRIP e também da Convenção OIT 169/1987 está imbricado às situações fácticas locais de cada povo. Fato esse que dá sustentação ao entendimento de que existem múltiplas culturas e diferentes concepções políticas e morais que não podem ser silenciadas.

Assim, quando se fala em constitucionalismo, constitucionalização ou na tarefa de constitucionalizar a política da diversidade étnica, significa dizer que é necessário conferir estrutura e forma para as manifestações pluriculturais, ou seja, dar-lhes concretude.

No entanto, os direitos territoriais dos povos indígenas carecem de maior elaboração no âmbito do saber jurídico, em particular, como componente dos direitos humanos. Ao elevar os direitos territoriais ao plano de direitos humanos significa reconhecer sua potencialidade jurídica de caráter transnacional e de sua supremacia frente às institucionalidades estatais. Torna-se *standard* humanístico, que vincula os Estados e conduz os avanços sociopolíticos, exigindo a compatibilização da normativa interna e a submissão dos poderes públicos.

A concretização dos direitos territoriais alcança não só o âmbito da política ou do direito, mas também da ética (DOUZINAS, 2009, p. 357). Ao reunir o caráter subjetivo, ligado a esfera de valores do

jugador, o reconhecimento dos direitos territoriais como direitos humanos confronta com a utopia ocidental da imparcialidade e justiça. O atrelamento de um atuar ético frente às demandas indígenas é impactado pelas mazelas de uma sociedade estruturada na hierarquia racial, socioeconômica e política (ver MOORE, 2007, p. 283-284; QUIJANO, 2014, p. 636).

Que o atuar ético dos agentes estatais tem pouca coerência e está distanciado da real ética da alteridade, conforme alerta Douzinas (2009), pode ser algo intuitivo. Por essa razão, é notória a fragilidade dos elementos jurídicos que norteiam a atividade jurisdicional, no que diz respeito às cosmovisões indígenas. Temas como etnicidade, política, organização social, controle territorial e autogoverno, além, claro, do vínculo de ancestralidade e do próprio direito de retorno às terras de origem, são estranhos à própria formação jurídica do profissional do direito.

Para demonstrar esse distanciamento, analiso a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ação sobre o reconhecimento oficial do território do povo Pataxó Hã Hã Hãe, lembrando que a ACO nº 312, embora tenha sido parcialmente favorável, como resultado prático não foi consolidada, pois tramitam aproximadamente 30 ações judiciais para que haja a saída dos ocupantes não indígenas cujos títulos (de propriedade, tais como escrituras ou documentos equivalentes) foram declarados nulos.

Antes, porém, de explicitar o objeto da ACO nº 312, no ponto que nos interessa aportar, cabe delinear alguns aspectos relacionados às terras ancestrais do povo Pataxó Hã Hã Hãe, ou dos povos envolvidos.

Esclareço, de início, que esse trabalho não tem a pretensão de avançar no campo etnológico, nem esgotar as nuances dos vínculos de ancestralidade desse povo com seus espaços ancestrais. Cumpro aqui o propósito, em breves linhas, de situar o leitor sobre a trajetória da recuperação das terras indígenas desses povos no sul do Estado da Bahia.

2. A comunidade Pataxó Hã Hã Hãe e o retorno à Terra Caramuru-Catarina-Paraguaçu

Após trinta anos desde o último deslocamento forçado, o poder judiciário deu uma resposta à demanda territorial do povo Pataxó,

ou comunidade Hã Hã Hãe, que lhe garante, ao menos em parte, permanecer na terra antiga Caramuru-Catarina-Paraguaçu⁶. Por eles mesmos⁷, Pataxó Hã Hã Hãe é uma identificação externa para várias etnias que se encontram no mesmo espaço que são, hoje, os Baeña, os Pataxó Hã Hã Hãe, os Kamakã, os Tupinambá, os Kariri-Sapuyá e os Gueren. Cada um com suas lideranças, os caciques⁸.

A área de permanência Pataxó, com a designação oficial de “reserva”⁹, foi delimitada em 1926 por meio de Lei do Estado da Bahia nº 1916. A demarcação ocorreu em 1938 e abrange área entre os municípios de Itajú do Colônia, Camacan e Pau Brasil.

A “reserva” foi destinada oficialmente à proteção ambiental e para o uso das comunidades “Tupinambá e Pataxó”, além de outros povos dali, como se lê no teor da lei acima mencionada.

O que não se encontra no corpo da sentença é qualquer referência etnológica sobre os indígenas e as etnias que representam os povos interessados, nem mesmo pelos advogados da comunidade no memorial que apresentaram. Quem são, o que pensam e como vivem é assunto que ficou circunscrito ao laudo antropológico. Do conteúdo deste, pelos elementos etnológicos, nenhuma linha foi transportada para a decisão.

Como a autodenominação Pataxó Hã Hã Hae, segundo também nota técnica da Associação Brasileira de Antropologia (ABA), consiste em uma formação e consolidação de um grupo étnico de várias etnias, não tratarei de delinear as nuances étnicas de cada um, por não ser o propósito neste trabalho. Em que pese as diferenças culturais, modo de organização e fixação nos territórios, os povos indígenas da região Sul da Bahia estariam compartilhando o mesmo tronco linguístico, o macro-jê (SAMPAIO, 2000, p. 32-33), o que os aproxima, sem, contudo, os unificar.

⁶ Denominação constante na ACO nº 312 (STF).

⁷ Cf. memorial da comunidade Pataxó Há Há Hae na ACO nº 312. Disponível em http://www.cimi.org.br/pub/Assessoria%20Juridica/Memorial_Pataxo_HHH_%20ACO312STF_CIMI.pdf.

⁸ A expressão “cacique” neste artigo é utilizada como semântica de equivalência com o “juiz”, enquanto autoridade política/jurídica das comunidades indígenas.

⁹ “Reserva” é um termo da ação judicial, não é um conceito. Mantenho a referência do termo entre aspas para indicar que não se confunde com “terra indígena”, pois esta, para os povos indígenas, está além da área da “reserva”.

Compartilham também a mesma historicidade, desde a colonização e a expropriação de suas terras pelo Estado Nacional (ver SAMPAIO, 2000). A abrangência da política da Primeira República, após 1889, foi a de reservar, em uma trama legislativa dispersa, as terras para os povos indígenas. Nesse caminho, assim o fez o recém-constituído Estado da Bahia por meio da já mencionada Lei de 1926.

Ao ser destinada para a posse indígena, a terra passou, então, a ser objeto de normatização federal. A despeito dessa circunstância, no estado da Bahia os governos subsequentes expediram títulos de propriedade a particulares que foram sobrepostos à área da “reserva” indígena. Esse fato provocou o deslocamento forçado das comunidades Pataxó Hã Hã Hãe. Em 1979, as comunidades remanescentes, impedidas de ingressar na terra, foram levadas pela Fundação Nacional dos Índios (FUNAI), sucessora do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), para a Fazenda Guarani, no município de Carmesia, em Minas Gerais.

Convém lembrar que a expropriação legal das terras indígenas foi também intensa na década de 70. A política nacional no período do regime militar, assim como ocorreu nos períodos anteriores, foi direcionada para negar a existência indígena.

Consta no acervo documental que, em abril de 1982, a comunidade Pataxó Hã Hã Hãe mobilizou-se para o retorno à sua terra de origem, deixando a Fazenda Guarani, determinada a recuperar seu território ancestral, como única e última alternativa. Esse fato levou a FUNAI a ajuizar, em favor da comunidade, a ACO ora em análise, objetivando assegurar a permanência dos Pataxós na então área da “reserva”.

Ressalva-se que o órgão ao qual a FUNAI sucedeu, o então SPI, foi tão responsável quanto o Estado da Bahia pela expropriação territorial dos Pataxó pois não só deixou de executar medidas legais a que estava obrigado por força do Decreto 736 de 6 de abril de 1936, como também promoveu vários contratos de arrendamentos sobre as terras da “reserva”. Segundo consta do memorial da própria comunidade Pataxó incorporado ao processo da ACO nº 312, foram arrendados 5.123 ha. entre os anos de 1936 e 1942.

A demora estatal em julgar a ação ocasionou o acirramento do conflito interétnico, violências e o aumento de ações judiciais. Ao todo são 52 ações, ainda tramitando na Justiça Federal de Ilhéus, no Estado da Bahia. Dessas, 34 são de interdito proibitório e foram ajuizadas no ano de 2006 pelos ocupantes não indígenas contra a comunidade Pataxó Hã Hã Hãe.

As demais ações são de reintegração de posse e foram ajuizadas nos anos de 2012 e de 2013 pela comunidade Pataxó para dar efetividade à decisão do STF, ou seja, para a retirada dos ocupantes não indígenas. Isso por que os ministros entenderam que não caberia ampliar o objeto da ação, já que o pedido originário foi apenas anular os títulos de propriedade¹⁰.

Nesse tipo de ação, processualmente, o que se discute é o direito de propriedade, seja do Estado-proprietário, ou do particular-proprietário. A esse debate não se incorporou o confronto de mérito entre propriedade ancestral e propriedade privada. A “propriedade ancestral”¹¹ ou os direitos originários sobre as terras sagradas dos povos indígenas não foi e ainda não é uma categoria de conhecimento para o Direito.

Mas o que entenderam os “juízes” sobre o que é “terra indígena” no caso em questão?

3. É Terra Indígena ou é Terra da União com o indígena nela? Os artifícios da dominação cultural

A mencionada Ação Civil Originária nº 312 foi ajuizada perante a Justiça Federal da Bahia, como antes mencionado, em 30 de novembro de 1982, ainda sob a vigência da Emenda Constitucional nº 01 de 1969, editada pelo regime militar.

A ação foi proposta com a finalidade de obter a declaração de nulidade de títulos de propriedade de imóveis rurais concedidos pelo Estado da Bahia que eram sobrepostos às terras da comunidade Pataxó Hã Hã Hãe.

Observa-se que os títulos de propriedade que foram declarados nulos foram apenas aqueles que se encontravam nos limites

¹⁰ Registro que esse mesmo posicionamento não foi adotado quando do julgamento da PET 3388, relativo à demarcação contínua das terras na reserva Raposa Serra do Sol. Nesse julgamento, os ministros do STF não só ampliaram o objeto do pedido, como admitiram a ação como outra e ainda aditaram a sentença com conteúdo fora do pedido, no caso para restringir o campo da atividade administrativa de demarcação de terras indígenas. Ver jurisprudência do STF.

¹¹ Termo próprio que utilizo para equiparar e ao mesmo tempo diferenciar a questão da posse e do domínio como elemento dos direitos territoriais indígenas.

da área da “reserva”. Os ministros do STF desconsideraram as circunstâncias de sobreposição da ocupação de particulares sobre as terras desde 1982, data do pedido inicial. Em 2006, o processo foi retirado de pauta, durante o período de vigência do mandato de Presidente do Supremo Tribunal Federal exercido pela então Ministra Ellen Grace. Em 2008 foi levado a Plenário para julgamento; porém, novamente, saiu de pauta em razão do pedido de vista do então Ministro Menezes Direito. Essa trajetória demonstra o caráter subjetivo em manobras “sutis” de prolongar a solução para a garantia dos direitos territoriais.

O julgamento foi concluído em 2 de maio de 2012 e a publicação no diário da justiça eletrônico (DJe) somente foi disponibilizada em 21 de março de 2013. A ação foi julgada parcialmente procedente, com maioria dos votos, vencido o Ministro Marco Aurélio, que votou pela improcedência. O presidente do STF, à época, o Ministro Carlos Ayres Brito, votou pela procedência. O acórdão foi redigido pelo Ministro Luís Fux, sucessor do Ministro Eros Grau, que atuou como relator, mas se aposentou antes do julgamento final.

O primeiro relator para essa ação foi o então Ministro Nelson Jobim. Em 2002, suscitou a questão de ordem (QO), visando dar solução para a questão da ausência da demarcação administrativa. Nesta QO o STF afirma sua competência para decidir sobre a demarcação da terra indígena, sem, contudo, indicação dos pontos da delimitação física. Abriu-se, assim, o percurso para solucionar o ponto crucial do julgamento: decidir se é terra indígena ou não, e por consequência a nulidade dos títulos.

Estranhamente, o próprio relator, o senhor Nelson Jobim, cuidou de instruir a ação, requisitando a plotagem da área, além de documentos, nomeando, inclusive, um perito agrimensor, que afirmou que mais de 200 áreas (e seus títulos) estariam fora da área da “reserva”. Essa perícia foi impugnada, mas sem êxito. Dos 386 títulos e áreas indicados na petição inicial em 1982, restaram, em 2012, apenas 156 áreas incidentes sobre a “reserva”.

Por outro lado, o Ministro Eros Grau assevera que não caberia falar em disputa por terra indígena, entendendo que, uma vez sendo terra indígena, ninguém teria o direito de obter proteção para posse ou permanência em bem público, como se lê nas folhas 33 da acórdão. Alguns aspectos importantes da decisão merecem destaque, pois constituem teses jurídicas construídas unilateralmente.

Como antes mencionado, o ponto crucial desse julgamento foi direcionado para verificar se a área em litígio consubstanciava, ou não, total ou parcialmente, terra indígena. Para essa tarefa os ministros trataram, então, de definir o que é “terra indígena”.

Daqui vamos empreender a tarefa de apontar como o teor de um enunciado normativo é deslocado para produzir sentidos jurídicos a partir da etnicidade dos juízes, apartados da articulação entre culturas.

Um dos aspectos a serem considerados está relacionado ao caráter permanente da posse. Esse tem sido um dos parâmetros do direito oficial – ocidental – para o reconhecimento jurídico da terra como indígena.

O posicionamento do STF nesse julgamento irá consagrar uma antiga proposição doutrinária de que a “posse permanente mencionada pela Constituição não pode ser reduzida ao conceito de posse do direito civil”. Esta perspectiva tem seu lastro na tese do indigenato, segundo a qual as disposições do Alvará de 1º de abril de 1680, seguido da Lei de 7 de junho de 1755, teria resguardado aos indígenas a posse das terras por eles ocupadas, considerando-os como “primários e naturais senhores delas” (MENDES JUNIOR, 1912, p. 34-35).

Como se lê no voto do Ministro Eros Grau, ao afirmar que o teor do artigo 231 se alinha, como desdobramento, ao Alvará de 1º de Abril de 1680 e de seu regulamento, o Decreto Imperial 1.318 de 1854 (ver fls. 33/34 da ACO 312), faz expressa aproximação com a tese do indigenato.

Embora sem repercussão prática no sistema legal desde sua formulação argumentativa, elementos dessa tese foram resgatados nos anos 60, tendo como marco a decisão de Victor Nunes Leal, então Ministro do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 44.585, ao afirmar que:

Aqui não se trata do direito de propriedade comum; o que se reservou foi o território dos índios. Essa área foi transformada num parque indígena, sob a guarda e administração do serviço de proteção aos índios, pois estes não têm disponibilidade das terras. (BRASIL, 1961)

A doutrina mais remota dará sustentação aos seus argumentos, como a de Pontes de Miranda, ao comentar a Carta de 1967, quando afirmava que o «juiz que conhecer de alguma questão de terras deve

aplicar a regra jurídica, desde que os pressupostos estejam provados pelo silvícol¹²” (sic). Entendia Pontes de Miranda que desde que “há posse e a permanência ou localização permanente, a posse da terra é do nativo” (sic), e deveria ser desse modo, porque “assim o diz a Constituição”, referindo-se à Carta de 1967.

O reconhecimento jurídico do atributo de “terra indígena”, nos idos de 1967, esteve condicionado à prova da posse permanente. Não sendo possível prová-la, não seria, então, para o direito nem para a doutrina da época, “terra indígena”. No caso em questão, restou comprovada formalmente a presença “de índios” na área em litígio, em data anterior a 1967.

O posicionamento do STF seguiu no sentido de reconhecer o indigenato¹³, mas com “temperamentos”. Para dar sustentação ao seu argumento, o relator evoca o teor do Recurso Extraordinário¹⁴ (RE), no qual se discutiu sobre a tradicionalidade da ocupação. Nesse RE, o então relator, Ministro Marco Aurélio de Melo, invocando o “princípio da razoabilidade”, afirmou que a ocupação tradicional não alcança as terras que foram ocupadas em tempos anteriores (ou imemoriais) a 1988 (fls. 644 do RE 219.983-3 SP).

Nota-se que os ministros do STF aportam elementos de convicções próprias acerca da atualidade da posse. Chegou-se ao ponto de introduzir argumentos de defesa de um “direito de conquista” que fez com que as terras dos índios passassem para a coroa portuguesa¹⁵. É uma inconstestável estratégia argumentativa para afastar qualquer reivindicação pelos indígenas da posse imemorial. Voltando ao julgamento da ACO¹⁶, os debates na sessão de julgamento da ACO nº 312 continuam no seguinte tom:

¹² Termo utilizado pelo autor mencionado, o qual é incompatível com a vertente humanística, mas aqui reproduzido para expor as bases do direito anterior à Constituição de 1988. Pontes de Miranda é um civilista da corrente romano-germânica.

¹³ Relativamente à tese de João Mendes.

¹⁴ RE 219.983-3 (SP), com a relatoria do Ministro Marco Aurélio, recurso não conhecido, em razão de não haver legitimidade da União sobre terras de antigo aldeamento indígena no estado de São Paulo, nas cidades de Santo André e Guarulhos. Julgamento em 9 de 12 de 1998.

¹⁵ Manifestação do então Ministro do STF, Nelson Jobim, no RE 219.983-3

¹⁶ ACO 312, fls. 64 do acórdão.

[...] nós todos estamos aqui, no Supremo Tribunal Federal, a procurar uma definição concreta para estabelecer em definitivo essa conceituação, considerando todo o histórico dos múltiplos precedentes que existem nesta Corte. (grifo nosso)

Uma das inquietações que se apresentaram nos debates diz respeito ao reconhecimento da posse sem o vínculo da imemorialidade. Os ministros do STF consideraram que tal circunstância iria instaurar insegurança jurídica fundiária em todo o território nacional, uma vez que, nas palavras da ministra Carmem Lucia, a simples fixação de um grupo indígena em qualquer¹⁷ área bastaria, então, para conferir-lhes a pretensão à defesa da posse.

O Ministro Marco Aurélio de Melo, atualmente completando um quarto de século no cargo, protestou em favor de se definir uma situação jurídica objetiva. Em suas alegações destacou: “O Brasil todo consubstanciou, quando da descoberta, terra indígena. Nem por isso podemos pensar na desocupação, para entregar-se o território nacional aos indígenas”¹⁸.

Em resposta a essa formulação argumentativa, o Ministro Carlos Ayres Brito rebate:

[...] uma coisa é dizer: todas essas terras foram dos índios. E nós vamos devolver aos índios? Não, aquelas terras que os índios abandonaram, deixaram, espontaneamente, evidentemente que não tem mais a ver com essa proteção constitucional, mas ali onde a permanência do índio não se dá por efeito de um esbulho, de uma violência, de um ato até mesmo de extermínio físico aí não, o espírito da constituição não é esse, o espírito da constituição é ao mesmo tempo tutelar e promocional [...] ¹⁹

Para o Ministro Ayres Brito, a lógica constitucional do reconhecimento exige que se compreenda que

¹⁷ É preocupante constatar como a questão da reivindicação territorial indígena faz parte de um mundo desconhecido pelos julgadores/as.

¹⁸ ACO 312, fls. 175 do acórdão.

¹⁹ Ver as fls. 183 e 184 dos autos da mencionada ACO 312.

[...] para o índio a terra não é um bem *intra commercium*, não é um objeto redutível à pecúnia e passível de transação, a terra para os índios é um totem horizontal, é um espírito protetor, é um ente, mantendo com ele, o índio, uma relação umbilical, porque ela carrega consigo, a terra indígena, essa noção de atemporalidade, porque nela, para o índio, estão presentes a ancestralidade, a coetaneidade e a posteridade.²⁰

Neste sentido, entende que “sem compreender essa mundividência indígena encampada pela Constituição, fica muito difícil interpretar os textos jurídicos”. Tal perspectiva é, no entanto, paradoxal. Ao mesmo tempo em que se faz a tentativa de aproximação ao que é indígena, afasta-se do que é indígena.

Na visão ocidental, o enquadramento do “índio” é feito sem distinção em relação a outros segmentos marginalizados. Afirmção e negação do “ser indígena” modela o paradoxo da *práxis* judicial. Ao buscar a semântica da posse e a tentativa de equacionar juridicamente o que é terra indígena, cada vez mais se distanciam do espírito da constituição, que é, pode-se dizer, revolucionário, ao incorporar o reconhecimento do indígena e do que constitui seu modo de viver.

Para ser considerada terra indígena, no entanto, o contexto jurídico atual da constituição vigente atrelou tal definição ao atributo de tradicionalidade como situação objetiva demonstrável, mas com as ferramentas do direito ocidental. A tradicionalidade da posse, no entendimento do STF, no ano de 2012, é demonstrada na “persistência necessária da comunidade indígena para configurar a continuidade suficiente da posse tida por esbulhada”. Assim, o posicionamento do STF avança no sentido de reconhecer que a “posse obtida por meio violento ou clandestino não pode opor-se à posse justa e constitucionalmente consagrada”.

Reafirmam o entendimento de que “terra indígena é aquela tradicionalmente ocupada quando da promulgação da Constituição de 1988”, fixando a hipótese do marco temporal. Mas, se assim é, qual é o sentido jurídico para o artigo 231, pois esse é o mesmo entendimento que norteou todo o percurso desde a colônia até a atual república federativa e democrática, consagrada com a Constituição de 1988.

²⁰ Fls. 186 dos autos da mencionada ACO 312

A despeito de todos os paradoxos, e, ainda que guarde uma visão unilateral, de lá para cá, ou seja, do “juíz” para o “indígena”, o único momento em que se nota uma aproximação a algum elemento da etnicidade indígena que o caso requer, é encontrado na fundamentação de voto do Ministro Carlos Ayres de Brito, quando sustenta que a ancestralidade é um dos elementos da noção de terra indígena “para o índio”.

Entretanto, esse argumento não possuiu a potência necessária como parâmetro de julgar, pois é uma argumentação tangente aos fundamentos da decisão final.

Nesse debate dos “não indígenas” rascunham-se as teses unilaterais do “esbulho renitente” que, juntamente com a tese do marco temporal irá selar o destino dos povos indígenas, que ainda esperam pela demarcação de suas terras, e também daqueles grupos ou comunidades cujas terras em áreas de “reserva” são insuficientes para sua existência cultural.

A despeito do fato de reconhecer a nulidade dos títulos, a decisão sobre o que é terra indígena é genericamente situada. Não houve troca de saberes pela articulação de duas culturas, ou das múltiplas culturas. Não houve momento para a construção intersubjetiva. Não houve manifestação de qualquer liderança indígena, de qualquer dos “caciques” das comunidades Pataxó Hã Hã Hãe, diretamente, ou por representante escolhido, sobre qual é o sentido do artigo 231 para eles, os povos indígenas interessados, como destinatários do direito à diversidade étnica.

Ao decidir sobre o que é “terra indígena”, objetivamente, os ministros do STF tão somente afirmam o “espírito da constituição” sob a sua própria concepção étnica, distanciada da interrelação cultural com os povos e comunidades indígenas envolvidos.

Os ministros buscaram referências apenas em sua própria etnicidade. Não ousaram, ou melhor, não admitiram conferir efetividade ao artigo 231 da Constituição Federal em sua magnitude, qual seja a de reposicionar os povos indígenas como sujeitos de direitos, donos de uma visão própria sobre sua relação com a terra e dos signos de sua cultura, no marco da autonomia e autodeterminação. E por fim, destaque-se, essa decisão acaba por reafirmar o caráter tutelar do campo jurídico frente aos direitos territoriais indígenas, que assegura a exclusão e impede mais uma vez que os povos indígenas tenham controle sobre as questões que interferem diretamente em suas vidas.

As comunidades Pataxó Hã Hã Hae, na sua existência concreta, não foram ouvidas. Os caciques não foram chamados ao diálogo. Não estiveram frente a frente com os juizes para apresentar a sua definição e explicitar o sentido do vínculo com sua terra Caramuru-Catarina-Paraguaçu, nem sobre seus marcos sagrados, sobre os simbolismos de sua cultura ou sobre modo de vida do seu povo. E por que não?

O campo dos direitos humanos é sem dúvida o da subjetividade. Entretanto, o novo padrão de subjetividade continua eurocêntrico, refletindo ainda as relações intersubjetivas que decorrem do projeto da modernidade (QUIJANO, 2014). Não se espera nesse contexto que os sujeitos em sociedades hierarquizadas construam categorias de equivalência cultural. Por essa ótica, é necessário questionar criticamente a postura dos ministros do STF, que adotam uma lógica que privilegia a forma à substancia, dá prevalência ao objeto e não ao sujeito/agente. A pergunta a ser feita não deverá incidir sobre o que é terra indígena, mas sim sobre quem é o “indígena”, e mais objetivamente, quem são os Pataxo Hã Hã Hãe?

De acordo com Quijano (2014, p. 636), entender a questão “do indígena” só tem sentido em relação ao padrão de poder que se origina da experiência colonial.

Para nortear a reflexão e uma possível resposta, passo a seguir a apresentar os aportes epistemológicos do colonialismo interno e da colonialidade do poder.

4. A colonialidade do poder e colonialismo interno na práxis judicial.

O modo de estabelecer as relações no nível da dominação e subordinação, por meio da manutenção de estrutura social que alimenta posições hierarquizadas, caracteriza a colonialidade do poder (QUIJANO, 2000).

A colonialidade do poder é o elemento central da estruturação da sociedade na América Latina, uma vez que o processo de descolonização, iniciado com as independências latino-americanas, em princípios do século XIX, não significou a “descolonialidad” (QUIJANO, 2000). Mantiveram-se práticas de colonialismo, ou seja, práticas de dominação engendradas pelos integrantes na emergente sociedade nacional frente aos segmentos já subalternizados, entre os quais, os negros e os indígenas.

Um dos produtos da experiência colonial é, sem dúvida, a “racialização”, por meio da qual as novas relações de poder, pós-independências, preservaram as práticas que excluem aqueles que são classificados como “racialmente” inferiores, afastados, portanto, de participar da vida coletiva, moldada na hegemonia do Estado Nacional (QUIJANO; WALLERSTEIN, 1992; QUIJANO, 2014). A autoridade pública torna-se exclusividade do branco, o europeu, e assim, por meio de múltiplas estratégias, vão se consolidando os seus privilégios. Essa é a política identitária moderno/colonial.

Por este aspecto, em face da hierarquização racialista da sociedade pluricultural, as práticas que reproduzem padrões de poder coloniais e/ou neocoloniais irão caracterizar colonialismo interno e a colonialidade do poder (ver QUIJANO, 2000; CASANOVA, 2007).

Para melhor compreender o significado e o simbolismo da colonialidade do poder, temos de nos colocar frente às interrelações sociopolíticas de modo a observar como se dão as relações entre grupos sociais no nível da dominação e da subordinação.

O pensamento decolonial, que provoca a reflexão sobre as relações de poder entre norte e sul e a crítica à modernidade e ao eurocentrismo, é objeto da produção intelectual de autores como Enrique Dussel, Walter Dignolo, Anibal Quijano, Arturo Escobar, Catherine Walsh, entre outros (REZENDE; MOREIRA, 2010). Estes autores interpretam a colonização e a modernidade a partir do lugar do sujeito colonizado e elaboram uma nova leitura do processo histórico a partir desse lugar, como destacam Rezende e Moreira (2010).

Nesse sentido, o olhar deve ser conduzido no sentido de observar correlações, muitas vezes implícitas, entre estrutura social que alimenta posições hierarquizadas e a exclusão de grupos e comunidades em razão de enquadramentos jurídicos e étnicos hegemônicos ou unilaterais.

É o imaginário racial que forjou uma sociedade homogênea, constituída de brasileiros/as. O “ser brasileiro” é também uma construção identitária pós-colonial, mas não menos colonial. Acolher e reproduzir as teses da cidadania majoritária nacional e da alegada “justa conquista de terras” pelos portugueses, que expropriaram os primeiros ocupantes²¹ (ver KELLY, 2010), nada mais é que expressão

²¹ Fundamento principal das teses jurídicas do século XIX sobre o direito de propriedade.

da colonialidade do poder, e só é sujeito ativo dela quem se auto-identifica racialmente superior.

A lógica da dominação operacionaliza o projeto “civilizatório” ocidental, moderno/colonial, portanto, do desenvolvimento mundial. É este o aspecto mais profundo do colonialismo interno.

Nesse sentido, torna-se necessário entender que os confrontos para a recuperação dos territórios ancestrais evidencia as práticas de dominação, então encobertas pelo discurso da objetividade e pelas supostas certezas jurídicas dos julgadores.

5. Considerações finais

Ao decidir pela invalidade dos títulos abrangidos pela delimitação da área da “reserva”, e não decidir nem apreciar o mérito do pedido relativo à validade dos títulos fora da reserva, o STF não só produziu um impasse jurídico como deixou de avaliar as suas consequências no tocante ao acirramento e continuidade do confronto.

Desde 1982, esse processo esteve submetido a múltiplas intercorrências, de variadas ordens. Não cabe aqui apresentá-las, por serem técnicas e ao mesmo tempo políticas. Mas vale ressaltar que atrasaram e contribuíram para o agravamento da situação.

Em síntese, o que se decidiu é que o Estado da Bahia não agiu nos limites do direito, uma vez que titulou terras que estavam na circunscrição da “reserva”. De outro lado, consideraram que o fato de não se ter procedido a formal homologação e transferência para o patrimônio da União não desconstituiria o seu caráter de “reserva”, amplamente documentado e comprovado pelas disposições legais da época. Ao reconhecer a invalidação do ato do Estado da Bahia de sobreposição de competências, por ser a terra “área de reserva”, e, nessa qualidade, ser um bem da União, por força das disposições constitucionais os títulos registrados na circunscrição da área foram declarados nulos. Mas somente nos limites delimitados da reserva.

A despeito do debate que se fez sobre o conceito de terra indígena, essa ação não pode ser classificada como um “*hard case*”, ou caso difícil, uma vez que foi norteadada pelos parâmetros normativos em vigência, e não por critérios de justiça na perspectiva pluricultural. Conforme demonstrado em linhas anteriores, a decisão foi fundamentada por

elementos técnico-jurídicos relativos à mera aplicação de regras fundiárias sobre a afetação da área como “reserva” indígena. Nesse aspecto é expressão da mais pura vertente positivista.

A decisão judicial, portanto, não inovou em nada. Apenas declarou o que objetivamente se produziu de prova formal no processo. Julgou o óbvio, ou seja, considerar nulos os títulos de propriedade concedidos pelo Estado da Bahia a particulares, após 1934, como consequência de violação a preceitos normativos de fundo constitucional, desse período, e do momento atual, já sob a vigência da Constituição Federal de 1988.

No cotidiano das múltiplas e singulares demandas étnico-indígenas no Brasil, o colonialismo interno é sentido nas respostas sociopolíticas e jurídicas a elas dadas, em geral de caráter conservador, patrimonialista e integracionista, que tendem a encapsular os povos indígenas em uma realidade intracultural estereotipada, essencialista ou romantizada.

A perspectiva epistemológica do pensamento decolonial nos possibilita compreender o núcleo duro das ciências jurídicas, em particular do direito constitucional, que tem servido para a atividade hermenêutica judicial. Seu objeto, métodos de estudo e técnicas para a produção dos sentidos dos enunciados normativos ainda estão apartados do contexto contemporâneo de sociedades pluriétnicas.

Em relação às demandas territoriais indígenas, não é difícil constatar esse aspecto. O “ser indígena” é invisibilizado na sua singularidade étnica. Não busca elaborar em que consiste as demandas singulares, em particular, dos direitos territoriais, como campo dos direitos humanos, por mera escolha epistemológica. Esses aspectos são evidências do modo de agir sob as bases da colonialidade do poder.

Observa-se que nem a doutrina nem a jurisprudência dão conta de responder às demandas que surgem do cenário e da conjuntura de pluriétnicidade. Tampouco se articula com outros saberes, o que nos dá a sensação de que a descolonização não significou ruptura ou abandono das práticas de subordinação política e jurídica dos povos indígenas.

O processo de reengenharia estatal adotou conteúdos normativos orientados pela dimensão multicultural, mas tão somente na superficialidade do reconhecimento formal do pluralismo cultural e da diversidade étnica.

O debate judicial que se analisou demonstra essa observação, no qual se impõe uma só forma de interpretar o texto e a própria realidade que clama pela reparação aos indígenas do processo de expropriação histórica de suas terras. Em última análise, a decisão e o posicionamento dos ministros do STF estão moldados na colonialidade do poder.

A Constituição Brasileira de 1988 sinalizou para a mudança de perspectiva em relação a identidades e territorialidade indígena, e não é desarrazoado afirmar que o artigo 231 reúne um conteúdo que, entrelinhas, revoluciona o cenário sociopolítico. A potência jurídica do reconhecimento de suas organizações sociais, costumes e tradições e dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam foi, no entanto, deslocado para as mãos dos tribunais, dos juízes. A centralidade da decisão em um único órgão, cuja composição não inclui a participação indígena, é a estratégia mais evidente e efetiva do colonialismo interno.

Quando os ministros do STF afirmam que não se poderia devolver todas as terras aos “índios”, deixam de lado um ponto de vista importante, o de que o Brasil que se constituiu após a independência não se fez como nação por uma conquista justa. Ao contrário, o projeto de nação foi erguido sobre a tentativa de extermínio das nações e povos indígenas. Nesse sentido, já nasceu falido, pois o Brasil não é nem nacional, nem monocultural. O cenário de diversidade étnica e a pluralidade de modos de vida constituem o caráter pluriétnico da sociedade brasileira, ainda que se queira desprezá-lo. O Brasil sempre foi pluricultural.

Assim é que o reconhecimento constitucional implica a necessidade de se revisar as institucionalidades estatais, tornando inadiável assumir a responsabilidade do passado e reparar juridicamente as múltiplas incursões expropriatórias das terras e territórios indígenas.

Nada que se tenha «feito” ou “conquistado” mediante violação de direitos humanos pode subsistir validamente. Essa foi a maior lição após a 2ª Guerra Mundial e as ações que ultrajaram a consciência da humanidade e que culminaram na promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

As instâncias de decisão estatal ainda não incorporaram essa proposta revolucionária e atuam no sentido de conter qualquer avanço para a interculturalidade, pois as decisões ainda estão baseadas na moldura positivista (SILVA; LORENZONI, 2012). Os

agentes estatais, em particular os juízes, quando se trata de afirmar a territorialidade indígena, resistem a superar o pragmatismo oligárquico e o oportunismo jurídico. Em ambas as situações, o resultado é o enfraquecimento normativo dos preceitos fundamentais da diversidade étnica.

Nesse limiar do século XXI, a despeito de alguns avanços, a *práxis* jurídica segue excluindo as cosmovisões indígenas. A consequência é a gradativa erosão da supremacia constitucional e dos direitos humanos, acarretando implicações danosas para a autonomia dos povos indígenas.

É importante que a reflexão siga no sentido de notar as linhas ocultas da colonialidade, de tal modo a não descuidar da realidade concreta ainda racializada, da qual o direito e os juristas são historicamente também responsáveis. Em nome de salvaguardar a mera expectativa de uma realidade, em tese, multicultural, tem-se deixado passar despercebida a *práxis* etnocentrada do poder judiciário.

Referências

BRASIL. **ACO nº 312 – BA**. Supremo tribunal Federal, 2012. Relator: Ministro Eros Grau Requerente: FUNAI - Fundação Nacional do Índio. Publicado no DJe-054, 21/03/2013. Data do julgamento: 02/05/2012.

BRASIL. **QO - ACO nº 312 – BA**. Supremo tribunal Federal, 2002. Relator(a): Min. Nelso Jobim. Publicado no DJ de 27/10/2006, pp. 00030. Data do julgamento: 27/02/2002.

BRASIL. **RE nº 44.585-MT**. Supremo tribunal Federal, 1961. Relator: Ministro Ribeiro da Costa. Recorrente: Presidente da Assembléa Legislativa do Estado de Mato Grosso. Publicado no Diário da Justiça de 12/10/1961, pp 02239. Data do julgamento: 30/08/1961.

BAINES, S. G. Identidades e protagonismo político indígena no Brasil. In: PIMENTA, J.; SMILJANIC, M. I. (Orgs). **Etnologia indígena e indigenismo**. Brasília: Gráfica e Editora Positiva, 2012. p. 31-51.

BALANDIER, G. L. A noção de situação colonial. **Cadernos de Campo**, p. 107-131, 1970.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado**, 2007. Disponível em: <http://www.4shared.com/get/RtbWP6ZI/neoconstitucionalismo_-_luis_r.html>. Acesso em: 2015.

BERCOVICI, G. A. Constituição dirigente e a crise da teoria da Constituição. In: SOUZA, C. P. D. et al. **Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2003. p. 75-150.

CASANOVA, P. G. Colonialismo Interno (uma redefinição). In: BORÓN, A.; AMADEO, J.; GONZALÉZ, S. **A teoria Marxista hoje: problemas e perspectivas**. [S.l.]: CLACSO, 2007.

CEPAL. **Sistema de Indicadores Sociodemográficos de populações e povos indígenas, 2015**. Disponível em: <<http://celade.cepal.org/redatam/PRYESP/SISPPI/>>. Acesso em: jul 2015.

CLAVERO, B. **Geografia jurídica da América Latina**. México: Siglo XXI, 2008.

COELHO, I. M. Ordenamento Jurídico, Constituição e Norma Fundamental. In: MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1-204.

DOUZINAS, C. **O fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
FAJARDO, R. Z. Y. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, C. R (org.). **El derecho en America Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo XXI ediciones, 2011. p. 139-160.

GARGARELLA, R.; COURTIS, C. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes**. Chile: CEPAL - ASDI, 2009.

GOYARD-FABRE, S. **Os princípios filosóficos do Direito Político Moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HABERLE, P. **Hermenêutica Constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.

HESSE, K. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censo indígena 2010**. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/indigenas/index.htm>>. Acesso em: dez 2012.

KELLY, J. M. **Uma breve história da teoria do direito ocidental**. Sao Paulo: Martins Fontes, 2010.

MENDES JUNIOR, J. **Os indigenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Hennies Irmãos, 1912. Versão digitalizada.

MIGNOLO, W. D. **Las geopolíticas de conocimiento y colonialidad del poder**. Entrevista a Walter Mignolo, in *Perspectives desde lo Andino*, edited by C Walsh and F Schiwy and S Castro-Gómez, manual (2002), Quito: UASB/Abya Yala. Disponível em <https://fds.duke.edu/db/Provost/clacs/faculty/wmignolo/publications>. Acesso em: 2013.

MOORE, C. **Racismo e Sociedade: novas bases epistemológicas para a compreensão do racismo na história**. Belo Horizonte: Maza, 2007.

PINTO, S. R. Multiculturalismo e Pluralismo Jurídico na América Latina. **Série Ceppac**, nº 014, Brasília: CEPPAC/UnB, 2008.

PINTO, S. R.; NASCIMENTO, S. Plurinacionalidade e a dimensão constitucional das relações interétnicas na Bolívia. In: Carlos Frederico Domínguez Ávila. (Org.). **Política, cultura e sociedade na América Latina**. Estudos interdisciplinares e comparativos. 1. ed. Curitiba: CRV, 2013, v. , p. 285-304.

QUIJANO, A. Colonialidad del poder, eurocentrismo y America Latina. In: LANDER, E. **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales**. Perspectivas latinoamericanas. Buenos Aires: CLACSO, 2000.

_____. El movimiento indígena y las cuestiones pendientes en America Latina. In: QUIJANO, A. **Antología Esencial: de la dependencia historico-estructural a la colonialidad /descolonialidad del poder**. Buenos Aires: Clacso, 2014. p. 635-666.

QUIJANO, A.; WALLERSTEIN, I. La Americanidad como concepto, a América en el Moderno sistema mundial. **Revista Internacional de Ciencias Sociais**. América 1492-1992: trayectorias historicas y elementos del desarrollo. Dezembro, 1992, p. 583-592

REZENDE, A. C. Z. D.; MOREIRA, E. M. Ferramentas epistemológicas para a descolonização. **Anais do VI Seminário Internacional de Direitos Humanos da Universidade Federal da Paraíba**, 2010.

SACHICA, L. C. **Constitucionalismo Mestizo**. 4. ed. Bogotá: Temis, 1999.

SAMPAIO, J. A. L. Breve história da presença indígena no extremo sul baiano e a questão do território pataxó do Monte Pascoal. **Caderno de Historia**, Belo Horizonte, v. 5, p. 31-46, julho 2000.

SILVA, C. T. D. Entre o colonialismo perene e o multiculturalismo constitucional: Repensando os limites da descolonização e os desafios da autonomia indígena na América Latina. **Conferência no Seminário de comemoração de 25 anos do CEPPAC - UnB**. Brasília, 2012.

SILVA, C. T. D.; LORENZONI, P. A moldura positivista do indigenismo: A propósito do Estatuto do Índio para a proteção de povos indígenas no Brasil. **SÉRIE CEPPAC**, n. 40, 2012. Disponível em: http://www.ceppac.unb.br/images/stories/media/serie/040_teofilo_lorenzoni_2012%201.pdf>. Acesso em: set 2012.

STRECK, L. Hermenêutica, Neoconstitucionalismo e o “problema da iscriconariedade dos juízes”. **Anima Revista Eletronica**, 2009. 1. ed., p. 383-413. Disponível em: http://www.anima-pet.com.br/pdf/anima1/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf. Acesso em: set 2015.

WOLKMER, A. C. Fundamentos da crítica no pensamento político e jurídico Lationo-Americano. In: WOLKMER, A. C. **Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na America Latina**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004. p. 1-46.

WOLKMER, A. C. Novos pressupostos para a temática dos direitos humanos. In: RÚBIO, D. S.; FLORES, J. H.; CARVALHO, S. D. **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. Rio Grande do Sul: EDIPUCRS, 2010. p. 13-29.