

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DULCE MARÍA GARCÍA Y GARCÍA

**ENTRAVES JUDICIAIS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS
INDÍGENAS EM ESTADOS PLURICULTURAIS: MÉXICO-BRASIL**

CURITIBA

2017

DULCE MARÍA GARCÍA Y GARCÍA

**ENTRAVES JUDICIAIS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS
INDÍGENAS EM ESTADOS PLURICULTURAIS: MÉXICO-BRASIL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Professor Doutor Carlos Frederico Marés de Souza Filho

CURITIBA

2017

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

G216e
2017
García, Dulce María García y
Entraves judiciais na efetivação dos direitos dos povos indígenas em
estados pluriculturais: México-Brasil / Dulce María García y García; orientador,
Carlos Frederico Marés de Souza Filho. -- 2017
205 f. ; 30 cm

Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2017
Inclui bibliografias

1. Índios do México – Estatuto legal, Leis, etc. 2. Índios da América do Sul -
Estatuto legal, Leis, etc. – Brasil. 3. Nativos – Usos e costumes. 4. Posse da
terra. 5. Monismo. 6. Multiculturalismo. I. Souza Filho, Carlos Frederico Marés
de. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título

Doris 3. ed. – 341.1234

DULCE MARÍA GARCÍA Y GARCÍA

**ENTRAVES JUDICIAIS NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS
INDÍGENAS EM ESTADOS PLURICULTURAIS MÉXICO-BRASIL**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Carlos Frederico Marés de Souza Filho (Orientador)
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Profa. Dr. Katya Regina Isaguirre Torres
Universidade Federal do Paraná

Profa. Dr. Maria Cristina Vidotte Tárrega
Universidade Federal de Goiás

Profa. Dr. Claudia Maria Barbosa
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Profa. Dr. Danielle Anne Pamplona
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Curitiba, 29 de março de 2017

A todos aqueles que resistem com dignidade

A todos aqueles que lutam com coragem

AGRADECIMENTOS

Ninguém consegue nada sozinho.

Quem caminha sozinho pode até chegar mais rápido, mas aquele que vai acompanhado, com certeza vai mais longe.

Clarice Lispector

Antes que a nenhuma outra pessoa, ao Prof. Dr. Carlos Marés de Souza Filho que tornou possível a realização do doutorado. Com seus ensinamentos revolucionou minha mente e com seu exemplo me inspirou a converter-me em um ser congruente. Eternamente agradecida.

À minha família que me apoia incondicionalmente em todas as minhas decisões. Minha gratidão pelo carinho, pela ajuda. Com todo meu amor.

À Jorge, meu maior torcedor, que chegou na minha vida quando menos o esperava. Gratidão por estar sempre do meu lado, pela paciência, pela entrega. Obrigada por tanto amor.

À Capes e à PUCPR pelo apoio financeiro na realização de meus sonhos.

Ao Prof. Dr. Vladimir Passos de Freitas pelo apoio durante meus estudos e à Profa. Dra. Danielle Pamplona que me ajudou quando mais eu precisava.

À Evita e à Daiane que sempre foram prestativas com os tramites acadêmicos, me ofereceram sua ajuda e sua amizade.

À meus amigos Otávio Mori e Julie Bauchy pelo atento trabalho de tradução e pelos conselhos no desenvolvimento da pesquisa.

À Renata Medeiros pela caprichosa revisão do texto e gentileza.

Por último, mas não por isso menos importante, à Deus ou qualquer que seja seu nome, que sempre faz que tudo dê certo. Mais uma vez, obrigada.

La tierra es de quien la trabaja

Emiliano Zapata

RESUMO

A colonização de América implicou a imposição de um sistema alheio à lógica dos povos originários do continente. O conceito de raça definiu as relações de dominação, de identidade e de hierarquização nos territórios invadidos, subjugando aos *índios-indígenas* à exploração para o enriquecimento europeu. Os povos indígenas foram submetidos a um regime senhorial, escolástico, autoritário, monocultural e obscurantista por 300 anos, o que provocou um epistemicídio pela imposição de um ideal eurocêntrico. Atingida a Independência, os Estados mantiveram a marginalização dos povos indígenas pela implantação do colonialismo interno. Entretanto, nos séculos XX e XXI, a maioria dos países latino-americanos reconheceu os direitos dos povos indígenas nas suas Constituições, declarando-se Estados pluriculturais consequentemente. Porém, os direitos indígenas não são efetivados pelo Judiciário quando reclamados ante ele, ainda que exista um vasto corpo normativo que os referenda. Destaca-se a ideologia jurídica legalista do Judiciário e de seus operadores jurídicos fundamentada na dogmática do direito positivo como um possível empecilho na efetivação da pluriculturalidade como hipótese central. O México e o Brasil se inserem neste contexto como países vanguardistas no reconhecimento de direitos humanos, compartilhando a problemática na efetivação dos direitos dos povos indígenas, além de fatores históricos, jurídicos e políticos suscetíveis de comparação. A pesquisa do presente trabalho teve o objetivo de comprovar a hipótese por meio de uma análise dos antecedentes históricos do México e do Brasil no reconhecimento dos povos indígenas, do Judiciário e sua atuação na defesa dos direitos indígenas, através de resoluções ditadas pelas Cortes Supremas como os Tribunais Constitucionais que são. Para alcançar os objetivos pretendidos, a tese se construiu com base no método dedutivo, adotando-se o procedimento monográfico e comparativo, a técnica bibliográfica e interdisciplinar buscando-se a análise não somente jurídica, mas histórica e sociológica. Portanto, a tese comprovada do presente trabalho é de que a perspectiva monista imposta desde a época colonial tem persistido ao longo do tempo no sistema jurídico do México e do Brasil e impede a efetivação dos direitos dos povos indígenas, pois a pluriculturalidade é incompatível com a ideologia jurídica dominante. A produção legislativa tem superado a jurisdicional, e as disposições legislativas são insuficientes para garantir os direitos dos povos indígenas reconhecidos quando a interpretação judicial se limita à dogmática positivista.

PALAVRAS- CHAVE: Povos indígenas, Pluriculturalidade, Direitos dos Povos Indígenas, Monismo, Território.

RESUMEN

La colonización de América implicó la imposición de un sistema ajeno a la lógica de los pueblos originarios del continente. El concepto de raza definió las relaciones de dominación, de identidad y de jerarquización en los territorios invadidos, subyugando a los *indios/indígenas* a la explotación a favor del enriquecimiento europeo. Los pueblos indígenas fueron sometidos a un régimen señorial, escolástico, autoritario, monocultural y obscurantista por 300 años, lo que provocó un epistemicidio por la imposición de un ideal eurocéntrico. Conquistada la Independencia, los Estados conservaron la marginación de los pueblos indígenas con la implementación del colonialismo interno. En los siglos XX y XXI, la mayoría de los países latino-americanos reconocieron los derechos de los pueblos indígenas en sus Constituciones, declarándose en consecuencia Estados pluriculturales. Sin embargo, los derechos indígenas no son efectuados por el Poder Judicial cuando son reclamados ante él, pese a la existencia de un vasto cuerpo normativo que los avala. Como hipótesis central del presente trabajo, la ideología jurídica legalista del Poder Judicial y de sus operadores de justicia fundamentada en la dogmática del derecho positivo destaca como un posible impedimento en la efectucción de la pluriculturalidad. México y Brasil se encuadran en este contexto como países vanguardistas en el reconocimiento de derechos humanos, y comparten la problemática de efectucción de los derechos de los pueblos indígenas, además de factores históricos, jurídicos e políticos susceptibles de comparación. La pesquisa del presente trabajo tuvo por objetivo comprobar la hipótesis a través de un análisis comparativo de los antecedentes históricos de México y de Brasil en el reconocimiento de los pueblos indígenas, del Poder Judicial y su actuación en la defensa de tales derechos a través de resoluciones dictadas por las Cortes Supremas como los Tribunales Constitucionales que son. Para alcanzar los objetivos pretendidos la tesis se construyó a partir del método deductivo, adoptándose el procedimiento monográfico y comparativo, la técnica bibliográfica e interdisciplinaria en la búsqueda de no sólo un análisis jurídica, sino también histórico y sociológico. Por lo tanto, se comprueba la hipótesis del presente trabajo, la perspectiva monista impuesta desde la época colonial ha persistido en el sistema jurídico de México y de Brasil e impide la efectucción de los derechos de los pueblos indígenas, pues la pluriculturalidad es incompatible con la ideología jurídica dominante. La producción legislativa ha superado la jurisdiccional, y las disposiciones legislativas son insuficientes para garantizar los derechos de los pueblos indígenas reconocidos cuando la interpretación judicial se limita a la dogmática positivista.

PALABRAS CLAVE: Pueblos indígenas, Pluriculturalidad, Derechos de los Pueblos Indígenas, Monismo, Territorio.

RESUMÉ

La colonisation des Amériques a entraîné l'imposition d'un système étranger à la logique des peuples originaires du continent. Le concept de race a défini les relations de domination, d'identité et de hiérarchisation dans les territoires envahis, en assujettissant les indiens/indigènes à l'exploitation au profit de l'enrichissement européen. Les peuples indigènes étaient soumis à un régime seigneurial, ecclésiastique, autoritaire, monoculturel et obscurantiste pendant 300 années, produisant *l'epistemicide* par l'imposition d'un idéal euro-central. L'Indépendance conquise, les États ont conservé la marginalisation des peuples indigènes avec le développement du colonialisme interne. Aux XX et XXI siècles, la plupart des pays d'Amérique Latine ont reconnu les droits des peuples indigènes dans leurs Constitutions, se déclarant par conséquent États pluriculturels. Néanmoins, les droits indigènes ne sont pas mis en œuvre par les systèmes judiciaires malgré l'existence d'un vaste cadre juridique les reconnaissant. La problématique de la présente recherche se base sur l'hypothèse que l'idéologie juridique légaliste du Pouvoir Judiciaire et de la magistrature fondée dans le dogme du droit positif peut être un empêchement possible à l'effectivité de la pluriculturalité. Le Mexique et le Brésil s'inscrivent, dans ce contexte, comme des pays avant-gardistes sur la reconnaissance des droits de l'Homme, et ils partagent la problématique de réalisation des droits des peuples indigènes, en sus de causes historiques, juridiques et politiques qui sont également susceptibles de comparaison. La présente thèse a eu pour objectif de vérifier cette hypothèse à travers une analyse comparative des précédents historiques du Mexique et du Brésil de la reconnaissance des peuples indigènes, mais aussi des Pouvoirs Judiciaires et de leurs rôles respectifs dans la défense des tels droits grâce à l'étude des arrêts rendus par les Cours Suprêmes, entendues comme les Tribunaux Constitutionnels qu'elles sont devenues. La présente recherche a été menée en utilisant la méthode déductive et comparative, en suivant un processus monographique et bibliographique juridique mais aussi interdisciplinaire en retenant une analyse historique et sociologique. L'hypothèse de départ a pu être vérifiée et il est démontré que la perspective moniste imposée depuis l'époque coloniale a perduré dans les systèmes juridiques mexicains et brésiliens et a empêché la réalisation des droits des peuples indigènes, la pluriculturalité s'avérant incompatible avec l'idéologie juridique dominante. La production législative a dépassé celle juridictionnelle mais les dispositions législatives apparaissent insuffisantes pour garantir les droits des peuples indigènes reconnus puisque l'interprétation juridictionnelle se limite au dogme positiviste.

MOTS CLÉS: Peuples indigènes, Pluriculturalité, Droit des Peuples Indigènes, Monisme, Territoire.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABA	Associação Brasileira de Antropologia
ACO	Ação Civil Originária
AG.REG.	Aguardando registro da sentença
AIA	Autorización de Impacto Ambiental
Anaí	Associação Nacional de Apoio aos Índios da Comissão
Anipa	Asociación Nacional Indígena Plural por la Autonomía
AR	Amparo em revisão
BID	Banco Interamericano de Desenvolvimento
CCPY	Criação do Parque Yanomami
CDI	Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas
CE	Comissão Europeia
CF	Constituição Federal
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
Cimi	Conselho Missionário Indigenista
CNBB	Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
CNDH	Comisión Nacional de Derechos Humanos
CNI	Convención Nacional Indígena
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNPI	Congreso Nacional de Pueblos Indígenas
Cocopa	Comisión de Concordia y Pacificación
Conabio	Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad
Conagua	Comisión Nacional del Agua
Conap	Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Cpeum	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
CTI	Centro de Trabalho Indigenista
Dgira	Dirección General de Impacto y Riesgo Ambiental
EFSA	European Food Sanitary Authority
EZLN	Ejército Zapatista de Liberación Nacional
FIPI	Frente Independiente de Pueblos Indios
Frenapi	Frente Nacional de Pueblos Indígenas
Funai	Fundação Nacional do Índio
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GT	Grupos de Trabalho
Iarc	International Agency for Research on Cancer
IFDP	Instituto Federal de Defensoría Pública
IIDH	Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Inali	Instituto Nacional de Lenguas Indígenas
Incra	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
INE	Instituto Nacional de Ecología
ISA	Instituto Socioambiental
LBGOM	Ley de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados
MNI	Movimiento Nacional Indígena
MO	Misión de Observación de la Consulta al Pueblo Maya

MPF	Ministério Público Federal
NDI	Núcleo de Direitos Indígenas
OEA	Organização dos Estados Americanos
OGM	Organismos geneticamente modificados
OGU	Ouvidoria Geral da União
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
PatBio	Patrimônio biocultural
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PET	Embargos de Declaração de Petição
PFE	Procuradoria Federal Especializada
PGR	Procuraduría General de la República
PRI	Partido Revolucionário Institucional
Profepa	Procuraduría Federal de Protección al Ambiente
RMS	Recurso Ordinário em Mandado de Segurança
Sagarpa	Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
Semarnat	Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales
Senasica	Servicio Nacional de Sanidad, Inocuidad y Calidad Agroalimentaria
Sesai	Secretaria Especial de Saúde Indígena
Siasi	Sistema de Informação da Atenção à Saúde Indígena
SIDH	Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos
SPI	Serviço de Proteção aos Índios
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TLCAN	Tratado de Libre Comercio com América del Norte
TI	Terra Indígena
TRF	Tribunais Regionais Federais
TST	Tribunal Superior do Trabalho
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UNI	União das Nações Indígenas

SUMÁRIO

1. Introdução.....	13
2. Os povos indígenas e a conformação dos estados independentes.....	17
2.1 O começo do fim: a colonização europeia e a subjugação dos povos indígenas.....	18
2.1.1 O status jurídico dos indígenas na época colonial.....	26
2.1.1.1 O Direito Indiano na Nova Espanha.....	31
2.1.1.2 As leis portuguesas no Brasil.....	33
2.2 A participação indígena na conformação dos Estados-nação.....	36
2.2.1 A Independência do México.....	37
2.2.2 A Revolução Mexicana.....	45
2.2.3 As revoltas indígenas e as Missões Jesuítas no Brasil.....	49
3. O reconhecimento dos direitos indígenas: o reconhecimento à diversidade.....	56
3.1 A gênese dos direitos indígenas no direito internacional.....	58
3.1.1 O reconhecimento latino-americano dos direitos indígenas.....	62
3.2 A mobilização indígena e o reconhecimento jurídico México-Brasil.....	69
3.2.1 As reformas constitucionais 1992 e 2001 do México.....	73
3.2.2 O capítulo <i>Dos índios</i> na Constituição Federal de 1988.....	86
3.2.3 Reflexões sobre o reconhecimento jurídico indígena México-Brasil.....	92
4. A defesa dos direitos territoriais indígenas.....	95
4.1 A proteção judicial do despejo territorial indígena México-Brasil.....	98
4.2 Os mecanismos não jurisdicionais de defesa dos direitos territoriais indígenas.....	111
4.2.1 O <i>ombudsman criollo</i>	113
4.2.2 O Sistema Universal e Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.....	119
5. Os Tribunais Supremos do México e do Brasil são pluriculturais? Para a efetivação dos direitos indígenas.....	129
5.1. Os Tribunais Supremos do México e do Brasil.....	133
5.1.1 México: a Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).....	134
5.1.2 Brasil: o Supremo Tribunal Federal (STF).....	139
5.1.3 O balanço comparativo dos Tribunais Supremos.....	145
5.2 Casos emblemáticos sobre direitos territoriais indígenas México-Brasil.....	148
5.2.1 Os Maias <i>vs</i> soja transgênica.....	149
5.2.2 Os Pataxó Hã-hã-hãe <i>vs</i> fazendeiros.....	160
5.2.3 Os entraves e os desafios da pluriculturalidade.....	167
6. Conclusões.....	182
Referências.....	187
Glossário.....	205

1. INTRODUÇÃO

Historicamente vilipendiados, os povos indígenas da região de América Latina têm lutado contra as injustiças sistêmicas desde a época colonial, na defesa de seus direitos a viver segundo sua cosmovisão e a defender seu território ancestral. Os povos originários denominados *índios* ou *indígenas*, primeiramente por um erro geográfico e, em seguida, como identidade produto da colonização, têm lutado pela sua sobrevivência física e cultural contra as classes dominantes que procuravam seu extermínio.

Em 2010, na América Latina existiam mais de 800 povos indígenas, com 45 milhões de pessoas, assentadas majoritariamente no México, no Peru e na Bolívia. A concentração de população indígena é diversa e depende de cada país. Por enquanto, o México é o país com maior população indígena (17 milhões de habitantes com 78 povos indígenas), o Brasil é o país com mais povos indígenas (305 povos indígenas com 900 mil habitantes) o que contrasta com o Uruguai (dois povos indígenas com 800 mil habitantes). Alguns povos indígenas vivem em isolamento voluntário, mas a maioria habita as áreas rurais e as grandes cidades.

América Latina é a região mais desigual do mundo, exacerbada nos povos indígenas devido à exclusão histórica que têm sofrido. A pobreza, a discriminação e a marginalização estrutural dos povos indígenas os posicionam como coletividades vulneráveis. O acesso restrito aos serviços básicos e o despejo da terra perpetuam ou incrementam a vulnerabilidade a que estão sujeitos, empecilhando a reprodução cultural e social dos povos indígenas.

Após séculos de resistência, e da evolução do direito internacional, os direitos dos povos indígenas têm sido reconhecidos no século XX e XXI em nível internacional e, posteriormente, em nível constitucional pelos Estados. A agenda dos povos indígenas foi suportada por um persistente e aguerrido movimento indígena que catapultou as demandas indígenas globalmente e criou um panorama pluricultural, adotado pelas Constituições dos Estados-nação de América Latina.

O reconhecimento da diversidade e dos direitos coletivos dos povos indígenas quebrou paradigmas assimilacionistas e integracionistas do passado. No entanto, os direitos reconhecidos encontram barreiras na sua concretização, o que contrasta com a ativa participação indígena que visibilizou os povos indígenas nos holofotes internacionais. Ao longo de tempo, as pessoas e os povos indígenas têm padecido nos processos pela falta de

consideração com suas especificidades ou em sua condição de exclusão social, os fazendo vulneráveis às sanções injustas ou excessivas, ou a não reparação do direito violentado.

A luta dos povos indígenas tem se desenvolvido principalmente em relação à defesa da terra. A cosmovisão indígena interliga a terra, o território e os bens naturais com os povos como elementos essenciais para a sua reprodução física, espiritual, social e cultural. Dessa forma, o território indígena ultrapassa a noção moderna de propriedade, pois apresenta dimensão coletiva que é incompreensível para o direito positivo. O esbulho territorial, iniciado na época colonial, tem sido incrementado atualmente pelas políticas neoextrativistas implementadas por meio de projetos de desenvolvimento do Estado ou de empresas transnacionais. A espoliação está provocando impactos socioambientais que ameaçam os ecossistemas e os povos indígenas.

O direito à terra, ao território e aos bens naturais é um direito coletivo reconhecido pelas Constituições dos Estados latino-americanos e pelos instrumentos internacionais. O Convênio 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) estabelece a obrigação dos Estados de garantir o direito de propriedade e de posse dos povos indígenas sobre a terra que tradicionalmente ocupam e aos territórios indígenas pela sua importância vital e simbólica para os povos, assim como dos bens naturais. Inclusive, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) tem estabelecido o direito ao território como um direito autônomo fundamental.

Os marcos normativos nacionais e internacionais que reconheceram os direitos coletivos dos povos indígenas também reconheceram a pluriculturalidade. O reconhecimento dos direitos coletivos dos povos indígenas implicou em mudanças no sistema jurídico a fim de harmonizar com os dispositivos constitucionais. Os países da América Latina que se declararam Estados pluriculturais racharam com o fundamento monocultural do Estado liberal adotado durante sua conformação como Estados independentes, pelo menos na ampliação dos direitos coletivos dos povos indígenas.

Antes do reconhecimento dos direitos coletivos indígenas, quando os direitos territoriais eram violentados e levados ante o Judiciário para sua defesa, não sempre eram efetivados devido à falta de disposições legislativas que exigissem seu respeito. Após o reconhecimento dos direitos coletivos, os direitos continuaram sem serem efetivados. No universo de questões que poderiam ser analisadas neste respeito, encontra-se a hipótese de que o Judiciário e seus operadores jurídicos são submetidos pela dogmática jurídica do direito positivo aprendido pelos estudos de Direito e reforçado ao longo da sua carreira profissional.

Dada a internacionalização dos direitos dos povos indígenas e com a intenção de abrir horizontes jurídicos, realizar um estudo comparado entre duas nações latino-americanas declaradas Estados pluriculturais seria muito enriquecedor para o campo do Direito. O México e o Brasil compartilham um passado colonial, o sistema jurídico romano germânico, a organização política em forma de república, um máximo tribunal constitucional, a população indígena, o reconhecimento constitucional dos direitos dos povos indígenas e a ratificação de instrumentos internacionais na matéria.

Observa-se que o objetivo geral do presente trabalho é realizar um estudo comparado entre o México e o Brasil como Estados pluriculturais, sobre a efetivação do direito ao território dos povos indígenas por meio da análise de resoluções judiciais ditadas pelas Cortes Supremas. Como hipótese central da tese tem-se que a perspectiva monista imposta desde a época colonial tem persistido ao longo do tempo no sistema jurídico do México e do Brasil e impede a efetivação dos direitos dos povos indígenas, pois a pluriculturalidade é incompatível com a ideologia jurídica dominante, inclusive diante da existência de legislação nacional e internacional que os referenda.

Entre as diversas metodologias, optou-se pelo método dedutivo porque se parte de evidências gerais para a construção de conclusões formais e particulares. O método de procedimento utilizado será o monográfico, histórico e comparativo com a técnica bibliográfica e de caráter interdisciplinar, buscando-se a análise não somente jurídica, mas histórica e sociológica.

A fim de atingir o objetivo, no primeiro capítulo se realizará uma análise histórica da colonização das Coroas Ibéricas dos séculos XVII-XIX nos atuais territórios do México e do Brasil para compreender a posição dos povos originários dentro da sociedade atual, os quais recebem uma nova identidade como *índios* ou *indígenas* em respeito à imposição de um sistema europeu, assim como as políticas exercidas sobre as terras e os bens naturais que originariamente pertenciam aos povos indígenas. No segundo momento, se analisará a participação indígena no século XIX e início do XX na Independência do México e do Brasil dos colonizadores europeus, e durante a Revolução Mexicana e o início da República do Brasil para conhecer o *status* do indígena nos Estados independentes.

No segundo capítulo, se realizará um percurso histórico do reconhecimento jurídico dos povos indígenas pela mobilização indígena nos séculos XX e XXI que inicia com políticas integracionistas como o *indigenismo* nos anos 30, o reconhecimento internacional dos direitos dos povos indígenas e o eventual reconhecimento constitucional pelos Estados

latino-americanos, em específico pelo México e pelo Brasil. A este respeito, se analisará a postura dos Estados com relação aos indígenas e a evolução das políticas integracionistas e assimilacionistas ao reconhecimento da pluriculturalidade e o direito à diferença.

No terceiro capítulo será tratada a questão judicial na efetivação dos direitos dos povos indígenas, se apresentará a defesa judicial que oferecem o México e o Brasil dos direitos dos povos indígenas e os meios não jurisdicionais nacionais e internacionais que suplementam ao Estado. Porém, os meios não jurisdicionais não são o foco de análise, mas a atuação do Estado através do Judiciário em face aos direitos indígenas.

Na quarta parte se realizará um percurso histórico do Poder Judicial e dos Tribunais Supremos do México e do Brasil e sua evolução como tribunais constitucionais. Estabelecido o marco jurídico e histórico dos direitos dos povos indígenas, se apresentará uma análise textual de duas resoluções judiciais sobre a violação ao direito à terra, ao território e aos bens naturais dos povos indígenas.

Uma das resoluções foi ditada pela Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) do México, e a outra sentença foi ditada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) do Brasil, as quais serão analisadas para determinar se o Judiciário efetiva os direitos dos povos indígenas como Estados Pluriculturais e evidencia uma transformação social.

Neste último capítulo se realizarão reflexões sobre a declaração do Estado pluricultural e suas implicações nas estruturas do Estado especificamente na atuação do Judiciário em face à contextualização histórica e jurídica da problemática apresentada pelos capítulos anteriores. Assim, se analisará a relação entre o Estado liberal fundador e o Estado pluricultural declarado para compreender a ausência de efetivação dos direitos indígenas perante um vasto corpo normativo nacional e internacional que os reconhece e os protege.

O trabalho apresentado procura contribuir com a discussão da efetivação dos direitos dos povos indígenas especialmente os territoriais, pois a terra, o território e os bens naturais não são apenas um meio de sobrevivência, mas representam o fundamento da sua cosmovisão e de sua identidade cultural ancestral condicionante da efetivação de outros direitos e da sua reprodução como coletividade.

2. OS POVOS INDÍGENAS E A CONFORMAÇÃO DOS ESTADOS INDEPENDENTES

A situação atual dos povos indígenas só pode ser compreendida por meio do conhecimento da colonização do continente americano que dizimou os povos originários e iniciou a imbricação de uma monocultura de base eurocêntrica, de orientação antropocêntrica com um direito único, uma raça única, uma religião única. Perdida a territorialidade política e submetidos os povos indígenas à evangelização e à exploração, as relações de dominação estabeleceram-se rapidamente.

Categorizados como seres incapazes, amentes, selvagens e inclusive irracionais, pelas incompreendidas e mal interpretadas diferenças, os indígenas foram tutelados pelas Coroas europeias. Sempre existiram posicionamentos que questionavam a incapacidade dos indígenas e até mesmo premissas que objetavam a subjugação dos povos originários e a ocupação de seus territórios. Mas quaisquer argumentos foram insuficientes para finalizar a avareza europeia disfarçada de colonização humanitária.

No entanto, existiu uma diferença do tratamento dos indígenas entre a Coroa espanhola e a portuguesa. Os espanhóis lhes outorgaram *status* jurídico por meio do direito indiano, permitindo o exercício de suas culturas sempre que não contrariassem a religião católica nem a Coroa. Em contrário pensar, os portugueses legislaram sobre os índios em relação às terras e à sua integração na sociedade ou a sua extinção. Embora o tratamento fosse distinto, a conquista dos indígenas achou-se a mesma.

Com base na raça, iniciaram as relações de dominação-subjugação que persistem após mais de 500 anos da colonização. A dizer de Bonfil Batalla (1972, p.110), a categoria índio não significa mais que a relação entre colonizado e colonizador. A repressão da diversidade étnica e cultural não extinguiu as identidades indígenas, sempre inconformistas com a hegemonia europeia. No século XIX, as colônias se tornaram independentes das Coroas europeias sem que isso significasse a emancipação dos povos indígenas. Os Estados independentes procuraram o ideal ocidental com espaço para os povos, sob a condição de deixar de ser indígenas.

O presente capítulo expõe o processo de colonização das Coroas Ibéricas nos atuais territórios do México e do Brasil, as relações estabelecidas pelo contato e o posicionamento do *índio* dentro das sociedades coloniais. Apresenta-se o processo de independência do

México e do Brasil até os primeiros anos do século XX, a participação indígena na Revolução Mexicana e a instauração da República Velha no Brasil.

2.1 O COMEÇO DO FIM: A COLONIZAÇÃO EUROPEIA E A SUBJUGAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS

A colonização europeia fragmentou as culturas pré-colombianas por meio da imposição sem a transição de um sistema econômico, político ou simbólico distinto, destruindo suas instituições e dizimando a população. A construção dos grandes impérios espanhol e português se fundamentou no despejo dos povos da América, até sua quase aniquilação. Além da expansão militar e mercantil, a expansão religiosa, como uma obra de proselitismo, justificava a ocupação territorial.

De acordo com Aníbal Quijano (2000, p. 202), “América se constituiu como o primeiro espaço/tempo de um novo padrão de poder e a primeira *identidade* da modernidade”. A partir das diferenças estabelecidas pelos colonizadores em função da raça, colocou os colonizados como inferiores e objetos de submissão. Pelas mesmas relações de dominação impostas, fundamentou-se um padrão global de trabalho que constituiu os primórdios do capitalismo.

Com a classificação dos colonizadores e dos colonizados pela raça, se estabeleceram novas identidades, relações sociais e de dominação, pois organizaram hierarquicamente a população em seus papéis correspondentes, o que legitimou a invasão dos novos territórios pelos europeus. Nesse sentido, as identidades produzidas também foram associadas à divisão do trabalho e reforçaram-se para estabelecer uma divisão racial do trabalho embora a existência de uma não fosse dependente da outra. (QUIJANO, 2000, p. 203-204).

No século XV Portugal, país dos exploradores marítimos por excelência, aperfeiçoaram o astrolábio e a bússola conseguindo pontos comerciais na África, na Ásia e em diversas ilhas no Atlântico, com alta demanda de espécies, de seda e de cana-de-açúcar. O reino de Castela, ambicionando o mesmo sucesso ante sua crise econômica, iniciou a travessia de conquista. Mas o descobrimento da América pelos castelhanos motivou uma rivalidade com Portugal e a renegociação de seu monopólio sobre diversos territórios.

A Coroa espanhola, fundamentando a conquista da América nos valores cristãos, solicitou a ajuda do papa espanhol Alexandre VI. Na época, o papado era “o único Estado que desfrutava de uma autoridade mundial”, definindo por meio da bula *Intercaetera* as zonas de

influência de ambos os países, concedendo a Espanha terras e ilhas descobertas ou por descobrir em direção da Índia e de toda outra parte. Portugal reclamou da divisão territorial para conquistar, estendendo-se 270 léguas para oeste a linha demarcatória por meio do Tratado de Tordesilhas em 1494. (FERRO, 1996, p. 76).

No século XVI foram estabelecidos os vice-reinados de Nova Espanha, Peru e Brasil e, no século XVIII, os de Rio de la Plata e Nueva Granada e as capitanias da Venezuela e do Chile. A ocupação espanhola abarcava também as ilhas do Caribe, Cuba, Jamaica, Santo Domingo e Puerto Rico. O Reino de Castela decidiu formar assentamentos com governo próprio nas novas terras. Tempos depois, os portugueses emularam aos espanhóis assentando-se nas costas do Brasil. (GARCÍA MARTÍNEZ, 2008, p. 116).

A conquista dos novos territórios consolidou o reino de Castela e Aragão como potência de Europa graças à exploração de minerais e de matérias-primas para o comércio. Mas a prata estava destinada para o pagamento das dívidas da Coroa espanhola. Os portugueses também alcançaram o auge econômico com a exploração de ouro no Brasil, mas, sobretudo pela intensa produção de cana-de-açúcar. Portugal já era um poderoso produtor de cana, mas ante a alta concorrência de outros países europeus, os lusitanos aproveitaram o extenso território brasileiro para incrementar sua produção.

O Brasil não oferecia as riquezas da Índia, mas abundância da árvore pau-brasil, *ibirapitanga* na língua tupi (*ibirá*= pau; *pita*= vermelho). Os lusitanos não estavam interessados no Brasil, mas nas Índias Orientais e em qualquer outro território que conhecesse o sistema de trocas para produzir excedentes. Diante da ameaça muçulmana que desejava retomar o domínio comercial, e a europeia que competia por novas rotas ou que tentava apoderar-se dos territórios portugueses, a Coroa portuguesa reagiu com a ocupação da colônia. (CASTRO, 2011, p. 300-301).

Com a insuficiência de recursos humanos e financeiros para custear a posse do Brasil, houve a “privatização” da colonização por meio das Capitanias Hereditárias bem-sucedidas na África. O sistema consistia em doar porções de terra em usufruto hereditário, ficando os donatários¹ responsáveis dos custos. Porém, as Capitanias fracassaram pelo desinteresse dos donatários de arriscar sua fortuna. Portanto, a Coroa portuguesa estabeleceu um Governo-

¹ Os donatários (os beneficiários da Capitania) recebiam as *Cartas de Doação* que indicavam a condição de posse da sua capitania, como as forais, documentos jurídicos que indicavam seus direitos (recebimento de taxas, distribuição de terras, nomeação de autoridades administrativas e juizes), e deveres (as despesas da colonização e ajuda a povoadores). Os donatários exerciam justiça seguindo as leis do Reino e as Cartas Forais, assim mesmo nomeavam seu Ouvidor para exercer jurisdição civil e criminal. Cf. CASTRO, 2011, p. 302.

Geral em 1548 que transpunha o modelo municipal português no Brasil, com um Governador que coordenaria a defesa da terra, a doação de sesmarias, a aliança com os índios e a catequese. (CASTRO, 2011, p. 301-305).

Durante a época colonial, a cultura imperante no Brasil era “senhorial, escolástica, jesuítica, católica, absolutista, autoritária, obscurantista e acrítica”, cuja fonte de formação cultural e do ensino do humanismo escolástico era a catequese católica ensinada pela Companhia de Jesus. Devido ao mercantilismo econômico e à administração centralizadora e burocrática, “emergiu uma mentalidade calcada na racionalidade escolástico-tomista e nas teses do absolutismo elitista português”. (WOLKMER, 2003, p. 41, 39).

O modelo político centralista do Império Espanhol era muito similar àquele do português. Dentro deste marco de pensamento, construiu-se a tradição autoritária e uma particular mentalidade de “herança colonial”, características do continente americano. (BASTIAN, 1992, p. 39-40). Os espanhóis precisaram da ajuda indígena para que a submissão fosse efetiva, e assim estabeleceram um sistema de dominação indireta. Isto foi possível graças ao fato de que na Mesoamérica existia um sistema político, econômico e social que o predisponha; a Triple Aliança² exercia o mesmo sistema de dominação sobre outras culturas. (GARCÍA MARTÍNEZ, 2008, p. 126-127).

Na Nova Espanha estabeleceu-se a *encomenda*, uma espécie de escravidão com a utilização dos senhorios, uma forma de organização indígena. Cada senhorio colocava-se a disposição de um espanhol (*encomendero*) responsável pela pacificação dos territórios vigiados cujos membros deviam lhe pagar tributo. (GARCÍA MARTÍNEZ, 2008, p. 121). Como sistema feudal de acesso à terra, a encomenda não concedia o direito de propriedade porque pertencia ao Rei. A encomenda organizou a exploração do indígena como mão de obra, depois substituída pela *hacienda*, regime de propriedade privada da terra, em reação ao temor da monarquia que os poderosos encomenderos sublevassem-se e estabeleceram um regime feudal. (BASTIAN, 1992, p. 30-31).

Em razão da exploração indígena que estava dizimando os povos, o poder real ditou as Leyes Nuevas em 1542 para limitar o poderio dos encomenderos. Mas isto significou a separação da população em repúblicas de índios e de espanhóis, com um crescente terceiro

² *Ēxcān Tlahtōlyān*, em náhuatl, era a última confederação de estados indígenas localizados no Valle de México, durante o período pós-clássico mesoamericano. Estava conformada por México-Tenochtitlan, da etnia nahua, Tetzoco (ou Texcoco) de etnia acolhua e Tlacopan, da etnia otomiana. Mas é possível que fosse integrado por outros povos como os Maias e os Mixtecos.

grupo racial, os mestiços. Os indígenas gozaram de uma relativa liberdade e de maior proteção, transformando-se os negros na etnia consagrada para o trabalho pesado. (BASTIAN, 1992, p. 31-32). Com as reclamações pelas Leyes Nuevas, a Coroa em 1549 impôs o *repartimiento*, - trabalho obrigatório imposto aos indígenas ainda que remunerado – e manteve conformes aos espanhóis. (GARCÍA MARTÍNEZ, 2008, p. 139). As Leyes Nuevas não foram muito respeitadas e os abusos continuaram.

No Brasil também existiu um sistema com base à mão escrava. Além da exploração do pau-brasil, a produção de açúcar intensificou-se por ser uma mercadoria de grande valor no século XVI, cuja técnica de produção tinha sido aperfeiçoada pelos portugueses. O problema não era o desmatamento para o plantio de cana, mas fazer os índios trabalhar no cultivo. Quando a atividade econômica mudou de extração para o cultivo, a escravidão virou uma necessidade imperiosa. (CALDEIRA, *et.al.*, 1997, p. 34-35)

Os índios do Brasil tinham duas razões para não trabalhar para os portugueses. A primeira era que os índios não estavam interessados em trabalhar para receber um pouco de comida se em liberdade – seja caçando, pescando, trabalhando numa roça – podiam comer mais alimento e de melhor qualidade. E a segunda razão se devia ao fato de que os índios que conheciam a mata sabiam para onde fugir, tinham parentes e podiam sobreviver na natureza que resultava tão adversa para os portugueses. (SOUZA FILHO, 2010, p. 54).

De início, os portugueses capturaram índios das aldeias inimigas e abriram novos territórios para a exploração agrícola, mas era insuficiente. Diante do fracasso da escravidão indígena, começou a importação de escravos africanos, os “negros de Guiné”. (CALDEIRA, *et.al.*, 1997, p. 35). A subjugação dos índios no Brasil desenrolou-se com mais dificuldade que aquela no México devido ao “atraso do índio brasileiro”, o que os fazia mais resistentes à dominação, mas que os condicionou a seu extermínio. (RIBEIRO, 1995, p. 49). É notório que enquanto o trabalho servil, próprio do feudalismo desaparecia na Europa, os europeus recriaram a escravidão em suas colônias. (VITA, 2001, p. 13).

Para justificar a colonização, os europeus valeram-se da evangelização como uma forma de ‘apaziguamento’ que fomentava a mão de obra indígena “para o reforço de uma ordem colonial servil e inescrupulosa”. (WOLKMER, 2003, p. 41). As ordens religiosas impuseram o cristianismo pela destruição dos símbolos; a iconoclastia achou-se outra forma de consumir a conquista. Conscientes da imagem como estratégia de colonização, essa era usada como “uma ferramenta da memória, um instrumento de domínio, um substituo afetivo ou uma isca enganosa.” (GRUZINSKI, 1992, p. 534).

No México, na metade do século XVI, a Igreja secular deslocou as ordens religiosas, em particular aos franciscanos, com uma nova estratégia de evangelização: a transição gradual ao cristianismo por meio de seu intercâmbio entre as diferentes etnias. (GRUZINSKI, 1992, p. 535-536). Em vez de quebrar com o passado pré-hispânico, preferiu-se expandir massivamente o cristianismo:

Visão social, projeto político e ambição religiosa compuseram a política que seguiu o segundo arcebispo de México, o granadino Alonso de Montufar. Em consonância com o Concílio de Trento, a Igreja mexicana apoiou um cristianismo, mas aberto às formas tradicionais, que deu preferência ao culto da Virgem e dos santos e promoveu a difusão das formas da devoção ibérica, consagrada pelo uso. Ao espaço antigo mesoamericano, saturado de ídolos, sucedia um novo espaço povoado de santos e de suas imagens, trazidos por um clero que explorava resolutamente o milagre e o prodígio para cristianizar as massas. Em este contexto esboçou-se uma política da imagem que soube aproveitar todas as possibilidades e todos os atrativos deste instrumento de domínio.³

O fim da evangelização humanista pela ascensão do clero secular posicionou a Igreja como aliada do poder real e como instrumento de controle político e religioso. A Igreja estruturou a sociedade conforme os princípios da contrarreforma, exercendo sua hegemonia e criando uma elite por meio de seu monopólio em educação. A divergência entre cleros é nitidamente exemplificada com a discussão de Valladolid sobre o rol do índio na sociedade colonial. (BASTIAN, 1992, p. 35-36).

Em poucas décadas, o cristianismo tomou parte da vida cotidiana indígena. Ainda que fosse imposto, sua aceitação também se deu pela fascinação, pela novidade e pela anuência da nobreza indígena, “as idolatrias indígenas perduraram só como uma cultura em desistência”. (BASTIAN, 1992, p. 34). No Brasil, chegaram os jesuítas com a Companhia de Jesus para reformar a Igreja Católica. Os jesuítas, os primeiros protetores de índios, os assentaram em aldeamentos em torno às igrejas e aos colégios. Mas a vida nos aldeamentos era vista como uma saída temporária até os índios conseguirem fugir. (CALDEIRA, et.al., 1997, p. 36-37).

Desse modo, nasceu o sincretismo religioso, da amalgamação das deidades indígenas e da aceitação do catolicismo pelos índios, criando-se híbridos religiosos como a virgem de Guadalupe no México e a Nossa Senhora Aparecida no Brasil. O sincretismo era fomentado a

³ *Visión social, proyecto político, y ambición religiosa compusieron la política que siguió el segundo arzobispo de México, el granadino Alonso de Montufar. En consonancia con el Concilio de Trento, la Iglesia mexicana apoyó un cristianismo más abierto a las formas tradicionales, que dio preferencia al culto de la Virgen y de los santos y promovió la difusión de las formas de la devoción ibérica, consagrada por el uso. Al espacio antiguo mesoamericano, saturado de ídolos, sucedía un nuevo espacio poblado de santos y de sus imágenes, traídos por un clero que explotaba resueltamente el milagro y el prodigio para cristianizar a las masas. En este contexto se esbozó una política de la imagen que supo aprovechar todas las posibilidades y todos los atractivos de este instrumento de dominio.* (GRUZINSKI, 1992, p. 536).

tal grau que lhe foi atribuído um sentimento patriótico à Virgem de Guadalupe quando usada como estandarte no movimento independentista do México. Simultaneamente desenvolveu-se a arte barroca expressada na construção de igrejas e sua decoração ostentosa como manifestação contra o protestantismo. (BASTIAN, 1992, p.46-47).

No entanto, na Europa surgiu a ameaçante Reforma Protestante, os impérios ibéricos fiéis à contrarreforma fecharam as colônias de toda influência exterior, inclusive usando o Tribunal da Inquisição como “aparato político e ideológico” para evitar a proliferação de ideias externas. O clero desejava criar uma Igreja depurada nos territórios conquistados ante as Reformas Protestantes acontecidas em Europa “para remendar a desgarrada capa de Cristo”, tal e como escrevia um dos primeiros franciscanos que chegaram à Nova Espanha. (BASTIAN, 1992, p. 33).

O fechamento da Espanha e de Portugal e de suas colônias americanas impediu a abertura à modernidade crítica que estava em auge em Europa, enraizando-se no comportamento e na mentalidade colonial. (BASTIAN, 1992, p. 42). Neste sentido, Paulo Mercadante assevera:

A Reforma Protestante seria contida no Império dos Hasburgos, onde o ideal da Contra-Reforma acabaria por prevalecer. Após o Concílio de Trento, dividem-se as áreas, e a Península Ibérica tornar-se-ia o baluarte do principal instrumento de reação ao protestantismo. Nos países de maior desenvolvimento capitalista, onde predominavam as ideias de Lutero e Calvino, nenhuma medida repressiva conteria a revolução científica, iniciada por Galileu e Copérnico. Na Península Ibérica, recolhe-se a elite numa escolástica decadente, barrando qualquer ideia nova que viesse dos países adiantados. Temendo a expansão protestante, urgira a reafirmação da integridade da fé e dos dogmas, (...) No meado do século XVI, movimenta-se a Santa Inquisição, significativamente no mesmo período em que chegam a Portugal os primeiros jesuítas. No ano seguinte, teria início o processo de censura inquisitorial, que aniquilaria o alvorecer do humanismo luso. Neste contexto, a Companhia de Jesus e a Inquisição vieram configurar os contornos da sociedade. (MERCADANTE, 1978, p. 18-19).

Como referido, a raça como fonte das relações de dominação organizou a estratificação social na Nova Espanha, a população conhecia seu lugar na hierarquia. O poder e a riqueza sempre foram ostentados pelos brancos a expensas dos indígenas e dos negros. (BASTIAN, 1992, p. 42-44). De início, a mestiçagem entre europeus e indígenas manifestou-se como consequência do estupro das mulheres indígenas pela ausência da presença feminina entre os conquistadores, posteriormente pelo paradoxo de rechaço e fascinação pelos brancos.

Na metade do século XVIII, a sociedade estava tão misturada cultural e racialmente que as categorias sociais do início da colonização estavam quase desvanecidas. A população

estava conformada pela elite espanhola e *crioula*⁴, por índios e negros. Os mestiços emergiram vítimas de violência simbólica pela impureza de sangue, após virariam o impulso da emancipação dos espanhóis. A mestiçagem longe de incentivar a igualdade, reforçou a ordem privilegiada dos brancos, afirmando-se a identidade colonial. (BASTIAN, 1992, p. 44-45).

Uma diferença fundamental entre a colonização portuguesa e a espanhola era o incentivo da Coroa portuguesa à mistura de raça, porque se precisava de pessoas com sangue português para ocupar o vasto território descoberto ante as constantes ameaças de outras nações europeias. Ponderava a defesa do território sobre a pureza do sangue, sem que isso significasse que a discriminação racial não existisse. A miscigenação era um mal necessário.

No Brasil, a miscigenação surgiu, mormente, do antigo costume indígena que determinava alianças mediante o casamento com mulheres da tribo. A instituição social *cunhadismo* estabelecia fortes laços com a incorporação de estranhos à sua comunidade e uma *temericó*. Devido ao sistema de parentesco classificatório dos índios, todos os seus parentes da geração dos pais viravam seus pais ou sogros, na sua própria geração todos passavam a serem seus irmãos ou cunhados, e na geração inferior todos eram seus filhos e cunhados. Só com a geração de pais e sogros não se podiam manter relações sexuais. (RIBEIRO, 1995, p. 81).

Os europeus realizavam numerosos desses casamentos porque além de desfrutar da poligamia, o *cunhadismo* funcionava como uma forma de recrutamento de mão de obra e prisioneiros de guerra que podiam ser trocados por mercadoria, como os espelhos, para seu resgate. A mestiçagem intensificou-se, mas acessível a qualquer europeu representava uma ameaça para o Portugal com a chegada de holandeses, franceses, ingleses e alemães que incorporavam índios a seu sistema de produção. (RIBEIRO, 1995, p. 81-82).

Darcy Ribeiro (1995, p. 83, 82) enfatiza que “sem a prática do *cunhadismo*, era impraticável a criação do Brasil”, já que por si sós, os europeus teriam sido “uma erupção passageira” entre os povos indígenas. Mas quando a necessidade de mão de obra cresceu, passou-se do *cunhadismo* à captura de escravos. Porém, durante a gestão do Marques de Pombal, o Alvará de 04 de abril de 1755, decretado pelo Rei d. José I, autorizou e estimulou

⁴ *Crioulo* (criollo em espanhol) era o filho ou descendente de espanhóis nascidos nas colônias americanas. A elite *crioula* ocupava o mesmo *status* social que os espanhóis, mas pela impureza de seu nascimento, não gozava dos mesmos privilégios que os espanhóis “puros” como desempenhar altos cargo políticos, no Exército e no clero.

os casamentos entre portugueses e índios, e concedeu privilégios como terras para seu assentamento. (UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA, 2015).

No início da invasão europeia, os povos originários reagiram de maneira pacífica, mas os europeus aproveitaram a rivalidade entre os diversos povos (ou criaram novas) formaram alianças para combater os povos inimigos, ou contra outros europeus no caso do Brasil. Outros povos perceberam desde o início as intenções de dominação dos europeus e combateram à subjugação. Os povos indígenas sempre resistiram à dominação de diversas maneiras: fugindo, lutando, suicidando-se.

Os povos indígenas do México nunca deixaram de resistir aos espanhóis, ainda que houvesse um período de pacificação, sempre existiram numerosas insurreições contra eles. Exemplos de resistência são as lutas épicas como a rebelião dos caxcanes ou a guerra del Mixtón de 1540-1542, o atual Jalisco e, em Yucatán, em que o processo de conquista demorou. A expansão para o Norte gerou muitas rebeliões indígenas dos acaxeos em 1600, dos tepehuanes em 1616, e as rebeliões dos tarahumaras em 1648 para citar algumas. (GARCÍA MARTÍNEZ, 2008, p. 129, 143, 162).

No caso do Brasil, a resistência indígena dos séculos XVI e XVII está registrada em três principais momentos: a guerra dos bárbaros; a revolta dos índios Manao chefiados por Ajuricaba, os jesuítas e os trinta povos das missões; nos séculos XVIII e XIX as revoltas da Cabanagem no Pará e no Amazonas, e a Cabanada no Nordeste. (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 51-60, 84-85). Mas as revoltas não eram puramente indígenas, pois se aliaram missionários ou europeus contra outros europeus ou contra índios inimigos na defesa de seu território e contra as injustiças sofridas.

No México, a resistência mais perdurável foi a simbólica para reconstruir e preservar a identidade indígena paralela “à reestruturação de um sistema político autoritário e vertical nas mãos de chefes indígenas tradicionais” integrado à ordem colonial. (BASTIAN, 1992, p. 51-52, 54-56). Essa resistência simbólica, passiva, “a luta surda” das comunidades indígenas (VILLORO, 2012, p.45) deu-se graças à conservação da sua territorialidade imposta pelos espanhóis em repúblicas de indígenas que desenvolveu uma economia própria.

Na metade do século XVIII sob o intuito de modernizar as metrópoles e suas colônias, reformas implementadas pela dinastia dos Bourbons em Nova Espanha e do Marquês de Pombal no Brasil criaram generosos lucros pelo meio do comércio entre vice-reinados e com portos metropolitanos. As reformas pombalinas não representaram um evento determinante na

história brasileira à diferença das reformas borbônicas que catapultaram o nacionalismo novo-hispânico e a independência da metrópole.

A expansão do colonialismo europeu e a criação da identidade europeia como eminente e colonizadora a partir da invasão dos territórios de América criaram no imaginário mundial o eurocentrismo. A partir da estratificação social, política, econômica e laboral da raça, produz-se a conseqüente desvalorização de todo conhecimento, tradição e comportamento unidos a ela. A raça posicionou-se como fator legitimador das relações de dominação e de poder entre europeus e indígenas e desde a época representa o instrumento de dominação por excelência.

2.1.1 *O status jurídico dos indígenas na época colonial*

A palavra *índio* cunhada aos nativos do continente americano outorgou-se por um erro geográfico que finalmente ganhou um sentido pejorativo. *Índio* ou *indígena*, os dois termos mais usados, foram úteis para os colonizadores diferenciarem-se dos nativos dos territórios conquistados. Criado o conceito na época colonial, explica que “o índio seria o ente dominado e vencido”. (ARAGÓN ANDRADE, 2007, p.13).

Na época colonial o sistema jurídico baseava-se na desigualdade. Cada grupo social tinha uma função dentro da comunidade integrada por estados, palavra derivada do direito romano que implica a situação ou a condição jurídica de uma pessoa. Em algumas partes de Espanha o estado se chamava estamento. Isto é, a concepção cristã de um corpo social, estando Cristo na cabeça, os demais cristãos integravam-se a ele, cada um com uma função diferente. (DOUGNAC RODRÍGUEZ, 1994, p. 313-314).

A concepção do corpo social prevalece durante a conquista de América, reafirmando-se com a interpretação da sociedade feita pelo Solórzano na sua obra *Política Indiana*, conforme a doutrina de Platão, Aristóteles e Sócrates e do apóstolo San Pablo. Solórzano sublinha que a sociedade é um corpo, em que os indígenas são os pés que o sustentam, cuidando o corpo dos pés para evitar tropeços. (DOUGNAC RODRÍGUEZ, 1994, p. 313-314).

O estigma encontra-se nos relatos de missionários e de viajantes que mostravam a maioria dos costumes indígenas como desumanas diante das europeias. A falta das letras F, L, e R na língua indígena implicava “uma sociedade sem fé, sem lei e sem rei” para o cronista colonial Gabriel Soares de Souza. (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 27). Desde o olhar

ocidental, os incompreendidos costumes estereotiparam os índios como seres bárbaros e hostis. Os relatos e as reproduções pictográficas do canibalismo, da nudez e da poligamia satanizaram os índios e matizaram a colonização transformando a dominação europeia como um empreendimento humanitário.

Na Idade Média, todos aqueles que não eram cristãos e carecessem de uma estrutura política definida eram considerados escravos, ainda pior, os índios foram definidos amentes. No início, a Coroa espanhola permitiu a venda dos índios como escravos, posteriormente o índio foi considerado vassalo livre da Coroa. Conforme o Direito Romano, as pessoas miseráveis precisavam de uma especial proteção e ali foram colocados os indígenas quem necessitavam de um representante para sua atuação jurídica: o protetor de naturais. (DOUGNAC RODRÍGUEZ, 1994, p. 316).

Embora as Coroas espanhola e portuguesa já tivessem instituído o tratamento deles, em 1537 o papa Paulo III expediu a bula *Sublimis Deus* em base à uma epístola do Bispo de Tlaxcala, Julián Garcés. A bula declarou que os índios são verdadeiros homens capacitados para a fé cristã e ainda fora dela não podem ser sometidos à servidão. São Tomás de Aquino sustentou que apesar dos índios desconhecer a fé, deviam ser respeitados na sua autonomia para governar-se, nos seus bens e na sua liberdade em função da lei da graça e não da lei natural aplicável à infiéis. (DOUGNAC RODRÍGUEZ, 1994, p. 315).

Bartolomeu de Las Casas (1474-1556), influenciado por São Tomás e Tomas de Vío, foi o primeiro a considerar que, por direito natural, os índios, ainda pecadores, são legítimos donos de suas propriedades e lhes despejar de suas terras ou de seus títulos eram atos tirânicos. (DOUGNAC RODRÍGUEZ, 1994, p. 39). Las Casas chegou na América em 1502 como encomendeiro na busca de ouro. Mas desde que presenciou cruéis massacres contra os índios na ilha Fernandina, dedicou sua vida à proteção dos povos originários. (SOUZA FILHO, 2010, p. 46).

Em 1516, o frei converteu-se no primeiro protetor de naturais. (DOUGNAC RODRÍGUEZ, 1994, p. 317). Las Casas apoiava uma saudável convivência entre os indígenas e os colonizadores e recriminava o tratamento da Coroa espanhola em sua obra *Brevissima relación de la destrucción de las Indias*, de 1552. De Las Casas concordava com ensinar o Evangelho, mas sem vulnerar a liberdade adquirida pelo direito natural e repudiava a violência contra os índios, o que comprometeu a missão primária da colonização. (FERRO, 1996, p. 199-200).

Com base no direito natural preexistente ao homem, Las Casas considerava os povos indígenas livres para determinar suas sociedades conforme a suas próprias regras, portanto a conquista era uma violação a seus direitos. (SOUZA FILHO, 2010, p. 48). Argumentava que os índios eram criaturas humanas idênticas aos colonizadores, pois tinham “...uma ordem política que, em certos reinos, é melhor do que a nossa”. Acreditava também na evolução das nações, que estava excluída do Evangelho. Asseverava que os ancestrais da Espanha foram bem piores, depravados e bárbaros quando pagãos. (FERRO, 1996, p. 200-201).

Las Casas reconhecia a bula *Intercaetera*, sobre os termos da divisão do novo mundo pelas Coroas portuguesa e espanhola, mas sua percepção sobre ela vai mudando ao longo do tempo. Antes de 1542, acreditava que a doação papal ao reino de Castela possibilitava a submissão pacífica dos índios. A partir de 1542 avaliava que a bula condicionava o domínio sobre as Índias pela evangelização dos índios. Em 1544, Las Casas estava convencido que era legítima a doação feita pela autoridade divina da Santa Sede aos reis de Castela. Já em 1551, discordava sobre a evangelização como condição de domínio das terras: não podia ser exigida, tinha que ser voluntária. (DOUGNAC RODRÍGUEZ, 1994, p. 39-40).

Las Casas considerava injusta a guerra contra os índios e que os danos produzidos deviam ser indenizados. Assim como os teólogos da época, Las Casas estimava que a salvação residia no batismo; se durante a guerra contra os índios esses faleciam, seriam condenados ao inferno. Dougnac (1994, p. 40-41) assevera que essa é a verdadeira razão pela qual Las Casas lutou pelo bom tratamento dos indígenas.

Ele enfrentou diversas acusações dela Igreja Católica, e foi confrontado pelo advogado espanhol o Dr. Sepúlveda. Ante os argumentos de Las Casas, Sepúlveda respondeu que “a guerra contra os índios era não só lícita, mas recomendável, pois era legítima em vista de quatro argumentos”:

- 1) a gravidade dos delitos dos índios, em particular sua idolatria e seus pecados contra a natureza; 2) a rudeza de sua inteligência, que os torna uma nação servil, bárbara, destinada a obedecer a homens mais avançados, como o são os espanhóis; 3) as exigências da fé, pois a submissão deles tornará mais fácil e rápida a pregação que lhes será feita; 4) os males que eles se fazem uns aos outros, matando homens inocentes para ofertá-los em sacrifício. (FERRO, 1996, p. 201).

Mas as contribuições de Francisco de Vitória sobre o direito dos povos originários usados por Las Casas lhe outorgou a vitória. (SOUZA FILHO, 2010, p. 49). Como consequência, os Reis de Espanha rejeitaram o uso da palavra *conquista*, sendo aceitável o uso da palavra *descobrimento*. Ainda que a ambição da Coroa continuasse sendo a

apropriação de terras e a subjugação dos homens, a estratégia de submissão (em teoria) seria mais pacífica. (FERRO, 1996, p. 201).

A polêmica suscitada entre os dois personagens criou duas concepções de colonização. A concepção de Sepúlveda radicava na diferença entre índios e espanhóis, a sociedade hierárquica considerava o diferente como inferior, então a dominação espanhola se justificava pela sua superioridade. A concepção de Las Casas era igualitarista, os índios e os cristãos eram semelhantes e qualquer pessoa podia se tornar cristão e expandir seu reino. No entanto, os apelos de Las Casas não influenciaram nem aos conquistadores espanhóis nem aos portugueses. (FERRO, 1996, p. 202).

Las Casas realizou numerosas viagens para entrevistar-se com grandes personagens em favor dos índios: Fernando El Católico, Juan Rodríguez de Fonseca, Francisco Jiménez de Cisneros e Carlos I. Entre eles, destacava-se Francisco de Vitória (1486-1546), domínico, teólogo e professor, escreveu dois textos para os índios em 1539: *Relectio prior de Indis recenter inventis*⁵ e *De iure belli*. Esses documentos se fundamentam no direito natural que resulta favorável e desfavorável para os índios. (DOUGNAC RODRÍGUEZ, 1994, p. 41).

Entre os títulos que legitimam a presença castelã nas Índias contidos no *Relectio*, o título sobre a sociedade e as comunicações naturais outorgou fama a Vitória: escassos os bens e distribuídos em diversas partes do mundo, se justificava que os homens os trocassem, um direito que nem os índios podiam violar. Vitória considerava que “em todas as nações é considerado inumano acolher mal aos hóspedes e estrangeiros” em base ao direito de gentes da origem no direito natural.⁶ *A priori*, os nativos deviam ser considerados como inocentes,

⁵ A leitura de *Relectio prior de Indis recenter inventis* está dividida em três partes: a primeira sobre a análise se as terras são *res nullis*, terra sem dono sujeita de ser apropriada pelo primeiro ocupante; a segunda parte sobre a legítima propriedade dos índios sobre as terras e o problema da utilização de títulos ilegítimos; e a terceira, sobre os títulos que legitimam a presença castelã nas Índias. Na primeira parte, De Vitória concluiu que as terras não são *res nullis*, ainda os aborígenes fossem infiéis sua circunstância espiritual não exclui sua condição humana e não podiam ser privados da sua liberdade nem de seus bens. Sobre a irracionalidade dos nativos, tem dúvidas, já que as instituições criadas e a organização de suas cidades evidenciam o uso do raciocínio. Em respeito à segunda parte, Vitória rejeita todos os títulos de direito comum sobre a faculdade dos monarcas e do papa para outorgar títulos de ocupação de terras indígenas, as quais pertencem aos nativos por não ser terras *res nullius*. Rejeita que os direitos dos índios poderiam perderse já que são direitos naturais. Vitória é enfático em negar a necessidade de evangelizar os índios, a fé devia ser voluntária. Na terceira parte do texto, Vitória menciona outros títulos em base ao direito natural, mas pela sua condição de religioso alguns de seus argumentos são bíblicos. Vitória considera que o objetivo primordial da ocupação espanhola nas Índias é a evangelização, justificando alguns abusos. Vitória aceita os seguintes títulos: da sociedade e da comunicação naturais; pregação do Evangelho; da proteção aos convertidos; de dar um príncipe cristão aos convertidos; da tirania dos aborígenes em praticar a antropofagia e sacrifícios humanos em algumas vítimas; da eleição voluntária; tratados da aliança; e, da possível amênia dos índios. Cf. DOUGNAC RODRÍGUEZ, 1994, p. 41-43.

⁶ A este respeito, Vitória cita Gayo, autor que conhece na perfeição. O texto original fala sobre o direito natural, cujo texto assevera que o que a razão natural estabelece entre todos os homens se chama direito de gentes.

mas destruída essa presunção, os espanhóis poderiam agir em defensiva. (DOUGNAC RODRÍGUEZ, 1994, p. 43).

Entre os títulos legítimos que justificavam a dominação destacava-se aquele sobre a possível amênia indígena, mas Vitória parecia em dúvida: “...já que esses bárbaros mesmo que, como falado anteriormente, não sejam carentes de inteligência, se diferenciam muito pouco dos amentes, e parece que não são aptos para constituir e administrar uma legítima república, ainda em termos humanos e civis”. Então, os príncipes espanhóis poderiam tomar sua administração e lhes oferecer novos senhores. (DOUGNAC RODRÍGUEZ, 1994, p. 46-47).

Vitória conclui que diante da ausência dos títulos e se os bárbaros não deram motivos para iniciar guerra justa, as expedições e o comércio do Reino de Castela deviam ser abandonadas. Mas não era conveniente nem lícito abandonar a administração das terras quando tantos índios tinham sido convertidos. Evidencia-se assim a comparação equiparável feita por Vitória entre as associações políticas indígenas e um reino europeu, e a interdependência das nações que deveria ser regida pelo direito de gentes (direito internacional público). Direito compreensível pelo simples uso da razão segundo Vitória. (DOUGNAC RODRÍGUEZ, 1994, p. 47-48).

Juan de Ovando finalizou a discussão sobre os títulos com as *Ordenanzas sobre nuevos descubrimientos y poblaciones* de 1573, e definiu a política aplicável para os territórios ocupados e aqueles por descobrir. Sobre os primeiros asseverava que a Coroa exercia um protetorado, porque os índios tinham seus próprios senhores e rejeitava sua submissão. Sobre os segundos, as bulas papais outorgavam poder sobre os territórios, mas não sobre as pessoas que poderiam submeter-se à Coroa voluntariamente. (DOUGNAC RODRÍGUEZ, 1994, p. 48-49).

Diante disso, não deve esquecer-se que o domínio colonial sempre foi “duro, injusto, intolerante, opressor”. A minoria de membros de ordens religiosas que lutaram contra o maltrato indígena não conseguiram mudar a lógica colonial, e na realidade eles apoiavam a dominação europeia com algumas ressalvas. Deve-se ressaltar que as denúncias feitas pelos frades eram contra o poder tirânico dos encomenderos, mas não contra a Coroa. (DÍAZ POLANCO, 1992, p. 35-36).

Vitória assevera que direito de gentes é aquele que a razão natural estabelece entre todas as gentes ou os povos, palavras que conformariam os primórdios do direito internacional público. Cf. DOUGNAC RODRÍGUEZ, 1994, p. 43-44.

Os interesses da Coroa coincidiam com aqueles da Igreja: deslocar aos colonizadores e fortalecer o poder real. Os abusos contra a população indígena a dizimou, então o poder real encontrou nos excessos a fundamentação e a justificação da proteção dos índios com um dobro interesse: recuperar o poder indevidamente tomado pelos encomenderos e pelos colonizadores e proteger sua principal fonte de riqueza. (DÍAZ POLANCO, 1992, p. 35-36).

A estratégia de retomada do poder da Coroa não minimiza o trabalho humanístico dos defensores de índios, mas é um fato que normas como as *Leyes Nuevas* representaram a racionalização do sistema colonial, incrementando a dependência indígena na Coroa. As leis coloniais não tentaram evitar a exploração do índio, mas de regulamentá-la. Com as numerosas insurreições indígenas, as políticas coloniais exploraram os índios no máximo possível, aperfeiçoando métodos de controle para impedir que uma rebelião de maior magnitude acabasse com o sistema. (DÍAZ POLANCO, 1992, p. 37, 42, 43).

2.1.1.1 O Direito Indiano na Nova Espanha

Os povos indígenas do México foram parcialmente ignorados pelos espanhóis no projeto da formação da Nova Espanha. Ainda que diminuídos os direitos dos indígenas pelo paternalismo da Coroa espanhola, essa permitiu que as comunidades indígenas praticassem sua cultura e sua jurisdição com a condição de não contrariar o sistema espanhol nem a religião católica, isto por meio do direito indiano consagrado na *Recopilación de Leyes de las Indias*. O sistema colonial estava construído na heterogeneidade e na hierarquia que designava a cada grupo social um lugar particular na sociedade. (NAVARRETE LINARES, 2010, p. 174).

O direito indiano é o conjunto de regras aplicáveis nas Índias, os territórios dominados pela Espanha em América, Ásia e Oceania. No direito indiano estava conformado pelas normas criadas especialmente para as Índias (direito indiano como tal ou municipal); o direito castelhano, utilizado na falta de disposições especiais, e o direito indígena próprio dos aborígenes. O costume, a jurisprudência e a literatura jurídica também formavam parte dele. (DOUGNAC RODRÍGUEZ, 1994, p 11).

A Coroa espanhola e as ordens religiosas outorgaram aos povos indígenas um espaço físico e social próprio por meio das repúblicas de índios separadas dos espanhóis. O assentamento em comunidades indígenas, inclusive chamadas de nações, permitiu a conservação de suas culturas em sincretismo com o modo de vida cristã. As comunidades

mantiveram o regime comunal da terra, os serviços e o espírito comunitário, e a nomeação direta de suas próprias autoridades, com determinada autonomia frente às autoridades coloniais. (VILLORO, 2012, p. 45). Por isso, a categorização de índio não criou uma identidade étnica que os unificara contra os espanhóis. (NAVARRETE LINARES, 2010, p. 174).

O estilo castelhano de legislar era casuístico e com a intenção de regulamentar o novo mundo, a *Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias* chegou ter mais de 7000 leis. O direito indiano, influenciado pelos debates de Francisco de Vitória e de Bartolomeu de Las Casas (SOUZA FILHO, 2010, p.51), se adaptou à pluralidade racial, econômica e cultural das Índias, mas não estava sistematizado. A teoria do direito indiano procurava a proteção do indígena. (DOUGNAC RODRÍGUEZ, 1994, p 11-12).

Os índios foram sujeitos de privilégios pela sua qualidade de incapazes relativos sob a proteção da Rainha Isabel La Católica. Derivado desta proteção, os índios ganharam diversos privilégios como a presunção de liberdade fundada em 1553 pela cédula real dirigida à Audiência de México. Em 1562, mediante cédula real de Felipe II estabeleceu-se que os processos de índios podiam ser atraídos pela Corte ante as *Reales Audiencias* se fosse necessário. No início do século XVII, um tribunal especial, o juizado de índios, começou funcionar com o vice-rei e o corregedor de índios. (DOUGNAC RODRÍGUEZ, 1994, p. 321-322).

Outro privilegio era a *in integrum restitutio*, instituição romana de corte patrimonial que permitia que os índios apresentassem provas, mesmo expirado o término probatório. A tramitação de processos era sumaria em assuntos civis, criminais e eclesiásticos; se as provas ofereciam uma declaração ou confissão podia-se desdizer o inculcado, mas recomendava-se evitá-las para impedir que os índios incorressem em perjúrio. Em matéria penal, os delitos cometidos por índios eram castigados com maior benignidade que os cometidos por espanhóis, e aqueles cometidos contra índios deviam castigar-se severamente, sobretudo perpetrados por negros. Enquanto procedimento penal, os índios estavam isentos da jurisdição do Tribunal de Santo Ofício por serem neófitos na fé cristã. (DOUGNAC RODRÍGUEZ, 1994, p. 322-323).

Os índios nobres eram reconhecidos pela Coroa espanhola. Mediante cédula datada em 26 de fevereiro de 1557, Felipe II reconhecia a qualidade de nobres aos índios que ostentaram títulos conservando seus direitos. Frei Bartolomeu de Las Casas asseverava que “os nobres

índios eram tão príncipes e infantes como os de Castela”. Os caciques também conservavam seus antigos direitos. (DOUGNAC RODRÍGUEZ, 1994, p. 325-326).

Um dos privilégios mais favoráveis era a não presunção de dolo ou engano de parte dos índios, a probidade do atuar malicioso devia ser vastamente provado. Com relação à venda de bens, em todo momento o índio podia abjurar-se se considerava um grande prejuízo. Sobre os testamentos, se permitia a redação de forma simples frente ao cacique sem cumprir com a formalidade exigida. (DOUGNAC RODRÍGUEZ, 1994, p. 324). Mas o privilegio mais importante foi o reconhecimento da propriedade coletiva da terra à comunidade indígena. (NAVARRETE LINARES, 2010, p. 173).

2.1.1.2 As leis portuguesas no Brasil

Embora Portugal editasse muitas leis sobre os povos indígenas como as Ordenações do Reino, não conformaram um corpo normativo como o direito indiano. A legislação do século XVI é “pendular”, que condicionou o bom tratamento ao índio pela submissão à catequese e à guerra: destruíam as aldeias, capturavam os índios e os assassinavam como exemplo. (SOUZA FILHO, 2010, p. 53-54). Os índios “amigos” moravam em aldeias e os índios “bravos inimigos” nos sertões, mas eram “descidos” e situados junto os portugueses para sua proteção. Os descimentos realizaram-se com a presença obrigatória de missionários. (PERRONE-MOISÉS, 1998, p. 117-118).

A legislação colonial portuguesa caracterizava-se por proibir a escravidão dos indígenas, mas ao mesmo tempo tentava submetê-los ao trabalho. Entre os diversos dispositivos jurídicos é difícil encontrar algum que trate em específico sobre a pessoa do índio, geralmente fazem referência aos territórios ocupados por eles e limitações e garantias de direito alheio. O objetivo único era a integração dos índios à nova sociedade sem importar a opinião destes. (SOUZA FILHO, 2010, p. 55-56). O Alvará Régio de 1º de abril de 1680 reconheceu a posse dos índios sobre suas terras por serem eles seus donos e primeiros ocupantes. Mas os portugueses pouco respeitaram o Alvará, e utilizaram as terras para exploração e expansão. (ARAÚJO, *et. al.*, 2006, p. 24).

Na metade do século XVIII a Coroa portuguesa, por meio das reformas pombalinas, procurou melhorar o aparelho estatal e administrativo de suas colônias para estabelecer um Estado laico por meio da expulsão de ordens religiosas, o que implicou a confiscação de suas

propriedades. Como parte das reformas o Diretório de índios estabeleceu-se para a organização e a administração de seus assentamentos. (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 70).

De início, o Diretório implantou-se no Pará e no Maranhão, mas o decreto de 1758 determinou estendê-lo a todo o território brasileiro. As aldeias dos índios foram reorganizadas e encabeçadas por diretores quem deveriam cumprir com o mandato real de expandir o Evangelho, civilizar os índios e incrementar a agricultura e o comércio. O Diretório incluía disposições como o uso da língua portuguesa, o pagamento de dízimos sobre a produção, o mando das aldeias pelos capitais indígenas acompanhados de um diretor devido à inépcia do índio para governar. (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 70-72).

A ignorância sobre práticas agrícolas e a diminuição da força de trabalho devido a fugas e epidemias revogou o Diretório em 1798; os juízes de órfãos viraram os responsáveis pelos índios por serem considerados incapazes (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 73), a tutela orfanológica era aplicável só aos índios domesticados. (CUNHA, 1998, p. 147). O Diretório de Índios e o Alvará de 6º julho de 1755 concederam terras aos índios para afiançar força de trabalho (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 74), e para defender a colônia em tropas de guerra contra inimigos índios ou europeus, e na fronteira contra assentos de outros europeus. (PERRONE-MOISÉS, 1998, p. 118).

Desde o fim do Diretório até o *Regulamento sobre as Missões de catequese e civilização dos índios*, publicado em 1845 por Decreto 426, não existiram políticas orientadas aos povos indígenas. O Regulamento conformou uma série de normas gerais, mormente administrativas sobre políticas de civilização dos índios, cuja discussão continuava desde a época do Império. (CUNHA, 1998, p. 138). Em relação à terra, pela disputa do território com outras nações europeias, dispôs-se a instalação das sesmarias no Brasil sem nenhuma adaptação à realidade da colônia.

A instituição das sesmarias originou-se no século XIV durante uma crise de fome em Portugal, quando D. Fernando obrigou a transformação de toda terra em lavradio ou, caso contrário, as terras seriam dadas a quem quiser trabalhá-las. Segundo a definição legal de 1603, as sesmarias eram terras desaproveitadas que em outro tempo foram lavradas. Outorgava-se um prazo de cinco anos para que a gleba cedida fosse demarcada e aproveitada, ou seria revogada e doada a algum interessado. Concluído o prazo eram confinadas com direito à gleba. (SOUZA FILHO, 2010, p. 57).

O sistema de sesmarias impôs-se em nome da Coroa portuguesa, mas no Brasil não existiam terras de lavradio abandonadas; as terras eram indígenas e usadas para plantações. A sesmaria como instrumento de conquista facilitou a ocupação de terra a qualquer um que quisesse vir ao Brasil. Os donatários das capitanias hereditárias foram nomeados sesmeiros com jurisdição civil e criminal pelo Governador Geral e grandes extensões de terra foram concedidas inclusive para o sesmeiro, seus amigos e seus familiares. No século XVI, as sesmarias vaticinavam um problema fundiário no país. (SOUZA FILHO, 2010, p. 57-58).

Durante os séculos XVII e XVIII, as sesmarias transformaram-se de instrumento de conquista externa a interna, “geraram terras de especulação, poder local, estrutura fundiária assentada no latifúndio e, ainda pior, o desrespeito aos direitos dos povos indígenas”. Prévio à independência do Brasil, o Príncipe Regente terminou com o sistema de sesmarias, aquelas confirmadas foram reconhecidas como legítimas e como propriedade privada com as implicações jurídicas do novo sistema. Porém, a ideologia sobre a terra como poder político persiste, “...insistindo em considerar o documento da terra mais importante que o produto dela nascido”. (SOUZA FILHO, 2010, p. 59).

Em 1850, a Lei de Terras objetivou regulamentar as posses de terras dispostas por particulares e eliminar os conflitos de interesse entre o Estado e os proprietários de terra pela implantação de uma política pública para as terras devolutas. Não obstante, a lei reduziu as terras indígenas aos aldeamentos onde estavam assentados os povos, pois as terras de aldeamentos já tituladas deviam ser revalidadas, mas muitas delas eram consideradas como devolutas para que fossem ocupadas pelos portugueses. Embora muitos índios tivessem títulos legítimos de terras, eles foram expulsos delas, foram desterritorializados. (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 74-76).

Como o assevera Carlos Marés (SOUZA FILHO, 2010, p. 56), o nascente Estado brasileiro emulou o despotismo português imposto aos índios: “O Estado colonial deixou como herança ao Estado Nacional brasileiro nascente, um silêncio piedoso sobre os povos indígenas, um punhado de escravos, uma situação de direitos confusa e uma estrutura fundiária tão ultrapassada quanto injusta”.

2.2 A PARTICIPAÇÃO INDÍGENA NA CONFORMAÇÃO DOS ESTADOS NAÇÃO

A invasão de Napoleão à Península Ibérica no século XIX criou a oportunidade política perfeita para a desintegração do Império Espanhol e a Independência do Brasil. Com ideias dispersas e pouca clareza sobre o rumo que deviam tomar, os novos governantes das nações independentes utilizaram como base o liberalismo e o sistema colonial. Entretanto, as expectativas da emancipação das colônias não foram imediatas, a consolidação como nações independentes tornou-se lenta e complicada, e a modernização econômica demorou mais do que o esperado.

A participação indígena durante a Independência do México e nas revoltas no Brasil guardam similitudes, pois em ambos os casos os indígenas foram utilizados nas lutas armadas pelas classes dominantes na persecução do seu projeto nação ou na defesa de seus próprios interesses, e nunca consideraram os interesses indígenas. No entanto, existiu na Nova Espanha união indígena contra o inimigo comum pelo espírito de reivindicação de seus interesses locais, mas careceu-se de um sentimento nacionalista ou de um movimento indígena, devido à pluralidade de etnicidade e de interesses.

No caso do Brasil, as revoltas indígenas nunca alcançaram coesão para lutar contra as elites – mesmo sendo mais numerosos -, porque nunca foram propriamente indígenas, pois estavam conformadas por outros grupos sociais com diferentes interesses. A diversidade e as rivalidades interétnicas, a subjugação jesuíta, e os contínuos atos de violência e massacre contra os índios contribuíram à fragmentação.

Os países emancipados da Coroa espanhola passaram por grandes períodos de luta armada e adotaram um regime republicano. O Brasil alcançou sua independência pacificamente, conservou a monarquia e defendeu sua unidade territorial por 50 anos. A participação dos povos indígenas nas lutas de independência e na consolidação das nações foi fundamental, mas não o suficiente para serem reivindicados. O Estado e o Direito não conseguiram sequer respeitar a territorialidade indígena por ser um conceito alheio ao sistema como no caso do México, e mesmo que o Brasil reservou terras para os indígenas, o esbulho continuou.

Com a instauração da igualdade jurídica e da cidadania étnica no México, abandonou-se o protecionismo indígena; a elite crioula e os mestiços converteram-se nos novos opressores. No Brasil, o sistema escravagista e a espoliação indígena continuaram e durante

os conflitos sociais a participação indígena foi nula ou minoritária, dispensável nas batalhas. Ambos os Estados implementaram políticas de integração e assimilação para civilizar os povos indígenas e criar um Estado-nação, ainda inacabado, mas só conseguiram incrementar a discriminação e a marginalização a que estavam sujeitos. A sociedade colonial permaneceu no interior dos Estados independentes, o que impossibilitou que os interesses da população fossem comuns.

A persistente resistência indígena, como luta armada ou simbólica, configurou a história e a identidade nacional do México independente pese aos esforços pela sua supressão. A Revolução Mexicana é epítome do resgate da identidade indígena como fundação da Nação, e como ruptura temporária da descolonização social. Nenhuma outra revolução latino-americana conseguiu emular à Mexicana. De efeito contrário, o Brasil demorou mais para a construção de uma identidade nacional, pois o passo da colônia à Império independente estava fundamentado na união política. A persistência da escravidão chocava com o Império Constitucional até que foi abolida para dar passo à Republica.

2.2.1 A Independência do México

No fim do século XIX, a diferença entre peninsulares e americanos tornou-se mais marcante quando os altos cargos burocráticos se outorgaram apenas aos espanhóis. Apesar dos espanhóis não valorizarem muito o feito na Nova Espanha, enalteciam-se as obras intelectuais da colônia pelos americanos. A Revolução Francesa, a Independência das Treze Colônias, e o contato com estrangeiros questionaram o despotismo europeu. Ironicamente, as reformas borbônicas⁷ acenderam o sentimento nacionalista novo hispano e o desejo da independência da metrópole. (JAURÉGUI, 2008, p. 241-243).

Em 1808, quando a Espanha foi invadida pelo Napoleão, e a *elite crioula* da Nova Espanha iniciou insurreições de aspirações emancipatórias motivadas pela relativa marginação sofrida pela considerada impureza da sua origem, ainda sendo brancos, pois era

⁷ As reformas borbônicas na Nova Espanha foram profundas e provocaram numerosas insurreições, mesmo o auge econômico e cultural. A eliminação de privilégios ao clero e à elite espanhola e crioula no poder, e o exacerbado aumento de impostos para aliviar a Espanha da Guerra de Sete Anos e sustentar as guerras contra as invasões às colônias provocaram uma crise sem precedentes. Paradoxalmente com a imposição do despotismo esclarecido, ideias emancipatórias foram fomentadas nas classes educadas. Mas também as classes mais empobrecidas gestaram um sentimento de independência, por meio da defesa das fronteiras por grupos armados civis: as milícias provinciais. Embora local, a capacidade de autogestão sem o jugo espanhol fortaleceu as etnias marginadas, gerando consciência de seu poder militar e sobre seu lugar na sociedade novo hispana. Cf. JAURÉGUI, 2008, p. 199, 204-209, 243.

impossível o desempenho dos altos cargos no exército, no clero ou no governo. Em 16 de setembro de 1810 iniciou-se o movimento independentista encabeçado pelo Padre Hidalgo que, aproveitando sua liderança espiritual, incentivou à população a formar uma aliança contra o mau governo.

Seguindo o estandarte da Virgem de Guadalupe, o incipiente exército formado por mestiços, a *elite crioula*, e pelos numerosos camponeses e indígenas, gritava “Viva Fernando VII, morra o mau governo”. Os índios não era um grupo homogêneo; mestiços e castas também o integraram porque para os espanhóis todos os não brancos eram iguais. Os crioulos encontraram na independência da Nova Espanha o meio para encabeçar o poder que consideravam lhes pertencia, e os mestiços e os povos indígenas a oportunidade de reivindicação.

A independência não significou a emancipação dos povos indígenas. A *elite crioula* agora no poder não pretendia modificar o *status quo* que privilegiava ao clero, ao exército e aos brancos em base na exploração indígena. A independência como movimento nacionalista elitista, ou seja, imposto pela classe dominante, respondeu aos interesses das classes dominantes que procuravam a homogeneização da população para um maior controle. Os indígenas uniram-se à luta porque coincidia com suas demandas expressadas pelos movimentos indígenas. (DE LA PEÑA TOPETE, 2011, p. 125).

Existem dois tipos de movimentos indígenas: os nativistas que pretendiam a abolição da ordem dominante e o regresso a um passado nativo idealizado; e os milenaristas, de índole religiosa que acreditava numa sociedade utópica a partir da desapareição da sociedade atual. Numerosos movimentos nativistas e milenaristas motivados pela recusa indígena à exploração estão documentados desde a chegada dos espanhóis até 1802: nativistas como a rebelião dos tepanhuanes em 1611 e a rebelião do Jacinto Canek em 1761; milenaristas como a rebelião de Cancuc com a participação de indígenas tzetzales, tzoziles e choles. (DE LA PEÑA TOPETE, 2011, p. 125, 128).

Os movimentos indígenas procuravam a reivindicação da sua cultura frente à imposição europeia: o direito à liberdade, a recusa à desigualdade social e jurídica com base na casta, na imposição de tributos sem proteção ganha, e no despejo das terras e na exploração. O movimento insurgente criou expectativas sobre um novo porvir e a solidariedade entre os oprimidos. Mas o movimento era mais atraente pelas suas características milenaristas – Hidalgo usando o estandarte da Virgem de Guadalupe-, que pela

questão política proposta por Morelos na Constituição de Apatzingán. (DE LA PEÑA TOPETE, 2011, p. 128-129).

Estima-se que em 1814, na Nova Espanha, existiam 6.122.000 habitantes divididos em 60% índios, 22% castas e 18% espanhóis. Para o século XIX, a população estava tão mestiçada que referir-se a um índio era falar de uma pessoa com o *status* jurídico e social próprios do grupo populacional. As condições econômicas dos índios eram deploráveis, muitos se dedicavam à agricultura e ao gado em menor proporção, mas a maioria não tinha acesso à terra, para subsistir alugavam sua força de trabalho. O que poderia explicar sua adesão ao movimento. (VON WOBESER, 2011, p. 300-301).

No fim da época colonial, as vantagens do *status* jurídico indígena alteraram-se pelo aumento de tributos e de controle governamental sobre as Repúblicas de Índios. (NAVARRETE LINARES, 2010, p.175). Embora a existência de diversos testemunhos sobre a motivação indígena para alistar-se no movimento insurgente, a verdadeira razão da adesão é difícil de conhecer, pois a maioria dos depoimentos obtivera-se mediante a interposição de processo judicial. Os argumentos do alistamento variam: estavam bêbados, interesse por roubar, fuga de um delito, meio de subsistência, recrutados forçosamente ou mediante enganos. Mas existe uma razão mais importante: o ódio pelos espanhóis e seu desejo de vingança. (VON WOBESER, 2011, p. 302).

Ressalta-se que os indígenas não procuravam a independência da Nova Espanha. Como súditos do Rei consideravam que existia um vínculo, já que recebiam proteção na troca do pago do tributo. Essa idiossincrasia achou-se visível pelo grito “Viva o Rei, morra o mau governo” durante uma revolta em 1692 na cidade do México, e novamente em Guanajuato em 1766. Também não procuravam a reivindicação de seus direitos como indígenas porque “careciam de uma consciência de grupo e não percebiam que pertenciam a um setor social que estava em desvantagem frente aos demais”. (VON WOBESER, 2011, p. 302).

Conforme Gisela Von Wobeser (2011, p. 306-307), os indígenas também se incentivaram em participar do movimento independentista pela sua proximidade com seus povos. A consciência política indígena estava limitada à vida comunal, e desejavam resolver seus problemas com as comunidades vizinhas e com as autoridades eclesiásticas e vice-reais. Não existia um sentimento nacionalista, a pretensão indígena era solucionar suas necessidades imediatas, utilizadas pelas forças insurretas para ganhar aliados na luta armada.

Outrossim, o fanatismo religioso da população utilizou-se para impulsar o movimento independentista, como o uso da imagem da Virgem de Guadalupe. Nenhuma mobilização podia iniciar-se sem considerar o espírito marcadamente religioso da população, inclusive era recomendável enfatizá-la. Da mesma maneira que o Vice-Reinado Espanhol utilizou a virgem para garantir seu poder, “ela é expropriada pelos insurgentes para dar sustento a sua causa”. (LEMOINE, 1983, p. 34-35).

É certo que existem posicionamentos sobre a impossibilidade de conformação de uma consciência nacional a partir dos movimentos indígenas durante a Independência devido à sua iminência e seu caráter local. Porém, De La Peña Topete (2011, p. 130) assevera que existiram mostras de solidariedade extra local e transversal e de crítica à ordem social. Os nativistas questionaram o direito dos invasores de privar da liberdade aos povos, e os milenaristas buscavam uma transformação radical. As guerras de castas foram influenciadas por ideais liberais ou nacionalistas sempre que existisse compatibilidade com as demandas dos povos.

Diante disso, a consagração do Fernando VII como parte do movimento deveu-se a uma concessão pactuada porque alguns insurgentes acreditavam que os indígenas ignoravam o que era liberdade e precisava-se que eles acreditassem que a insurreição era a favor do Rei. Mas quando Hidalgo percebeu que os indígenas entendiam o conceito, nunca mais mencionou o Rei de Espanha e inclusive destacou a implantação de um regime em base a soberania popular. (LEMOINE, 1983, p. 35-36).

A maioria dos líderes do movimento pertencia à *elite crioula*, como o padre Hidalgo ou mestiços como o padre Morelos, mas para os europeus era um movimento “índio”. (VON WOBESER, 2011, p. 307). O padre José María Morelos y Pavón (1765-1815), o caudilho mais importante da Independência do México, considerava a igualdade tão importante como a liberdade, e buscava a reivindicação das classes oprimidas. Mestiço, de origem indígena e quiçá também de raça negra, Morelos detestava que os indígenas alugassem suas terras em vez de trabalhá-las nelas.

Com conhecimento que o Padre Hidalgo, seu professor no Colegio de San Nicolás tinha iniciado a insurreição, Morelos se colocou à disposição e conformou um exército no Sul. Experiente como arrieiro, conhecedor dos caminhos e com habilidades militares naturais, Morelos formou um exército disciplinado e confiável sem saqueios como aquele de Hidalgo, e conseguiu numerosas vitórias militares. Havendo dominado grandes extensores de território decidiu em 1813 declarar a independência com o célebre documento *Sentimientos de la*

Nación e convocou um Congresso em Chilpancingo, Guerrero. (ZORAIDA VÁZQUEZ, 2008, p. 257-259).

Sentimientos de la Nación reafirmou a religião católica, a soberania do povo, a divisão de poderes, a abolição da escravidão, a eliminação do tributo e a igualdade. O Congresso conferiu o poder executivo a Morelos como *Siervo de la Nación* e em 1814 a Constituição de Apatzingán promulgou-se. No entanto, o Congresso apropriou-se do poder, e afastou o Morelos do exército que encabeçava. (ZORAIDA VÁZQUEZ, 2008, p. 259). Morelos era um republicano com ideais liberais que rejeitava a monarquia absoluta, mas a causa da sua devoção católica pretendia restaurar o poder da Igreja.

O Morelos ganhou o carinho e apoio de seu exército e da população. Diferentemente de Hidalgo, que promoveu uma luta entre classes e castas e fidelidade à monarquia, Morelos era republicano e liberal, com uma ideologia que procurava a paz social com exceção com os espanhóis. Com relação à igualdade, Morelos rejeitava os títulos nobiliários e as diferenças pela cor da pele e pela casta. Deixou como legado a luta independentista, uma série de prescrições econômicas, políticas e sociais progressistas da época, em base à dignidade e à justiça.

Na luta independentista encontramos também outros líderes indígenas⁸, mas a maioria participou como soldados porque careciam de treinamento militar e de armas de fogo. Paradoxalmente, existem histórias sobre a coragem dos indígenas que lutavam com lanças e pedras, e relatos sobre sua indisciplina. Quando capturados pelos realistas, recebiam um tratamento mais benévolo que os mestiços ou espanhóis. O 75% dos índios em prisão estiveram no máximo dois anos, mas também muitos foram executados (VON WOBESER, 2011, p. 309-310), um vestígio das prerrogativas do tratamento colonial.

Consumada a Independência do México⁹, 11 anos depois de iniciada a insurreição, as promessas da emancipação ficaram incompletas e algumas resultaram prejudiciais para os

⁸ Destacam José Antonio Torres e Juan Paulino, quem receberam muito apoio das “repúblicas de naturais” durante a toma de Tepic, uniram-se dois mil índios coras tomando a base naval de San Blas. Outros destacados líderes indígenas foram os prefeitos de Aqualulco, Lázaro Ximenes e Juan Sebastián Bosques, assim como Encarnación Rojas (o Rosas) quem lutou nas cercanias do lago de Chapala resistindo até que uma epidemia obrigou lhe claudicar. O tlahuica Pedro Asencio Alquisiras lutou junto com Vicente Guerrero e derrotou numa ocasião Agustín de Iturbide, continuando a luta quando parecia acabada, entre outros. Cf. VON WOBESER, 2011, p. 308-309.

⁹ Em 1821, o Tratado de Córdoba que reconheceu a independência do México e deu origem à nação, no texto declarava que “esta América se reconheceu como nação soberana e independente e chamara-se no sucessivo império mexicano”. Mas como antecedentes do uso da palavra encontram-se no *Sentimientos de la Nación* e durante o Congresso de Chilpancingo.

indígenas. As terras deviam ser redistribuídas para modernizar o país sob uma política de “descorporativização” das comunidades indígenas e acelerar a desapareição dos indígenas. Em resposta, surgiram numerosos movimentos armados ao largo do território, registraram-se entre 1847 e 1850 o maior número de lutas agrárias contra a alienação das terras e a redução de impostos. (REINA AOYAMA, 2011, p. 17-18). Os povos não contavam mais com a proteção do Estado sobre a propriedade comunitária.

Por meio das leis de *desamortización* de bens inseridas na Constituição de 1857, dissolveram-se as repúblicas de índios e o regime jurídico especial (inclusive os juizados especiais indígenas). A propriedade comunal¹⁰ aboliu-se como parte do programa liberal republicano dos governos de Ignacio Comonfort e Benito Juárez. (VON WOBESER, p. 311). Entre 1856 e 1885, a luta camponesa concentrou-se na recuperação das terras perdidas pela *desamortización*. Na verdade, as Leyes de Reforma¹¹ legitimaram o processo de privatização das terras comunais que iniciou no fim da época colonial que continuaram pelas leis liberais de 1834. (REINA AOYAMA, 2011, p. 18).

Não é de se estranhar que a luta camponesa não era vista como reação ante as políticas de modernização, mas como um problema isolado. Além da superioridade militar dos realistas e dos erros dos insurgentes, “a revolução populista e rural (camponesa), era insuficiente, por si mesma para alcançar o triunfo total”. Precisava-se do apoio das camadas médias da população, da burguesia que apoiava o *status quo* e era opositora do movimento insurgente. (LEMOINE, 1983, p. 39, 38).

O liberalismo aboliu a escravidão e o tributo, e instituiu a igualdade jurídica sem mudanças na questão indígena, pois muitos deles converteram-se em peões de latifúndios.

¹⁰ Diante da mudança do regime político, os povos indígenas adotaram e reorganizaram as categorias étnicas e os conceitos políticos que se lhes pretendiam impor para defender suas identidades como o tinham feito durante a época colonial. A figura do município, inaugurada pela Constituição de Cádiz, permitiu que muitas comunidades indígenas fossem reconhecidas legalmente no novo marco jurídico e seus habitantes como cidadãos. A coletividade da comunidade não era necessariamente incompatível com a individualidade dos cidadãos que formavam parte dela. O povo de Tidaá de Oaxaca repartiu as terras comunitárias entre seus integrantes com apoio de mecanismos políticos e morais para garantir que sua propriedade individual continuaria funcionando como uma propriedade comunitária. Diversos autores têm argumentado que as comunidades camponesas e indígenas construíram um liberalismo popular que a diferença daquele oficial não considerava incompatível a diversidade cultural com a cidadania universal, nem com a supervivência das comunidades. Esse sincretismo tinha o intuito de defesa da propriedade comunitária da terra como sustento econômico e ecológico das comunidades e de defesa da sua identidade étnica. Cf. NAVARRETE LINARES, 2010, p. 180-182.

¹¹ As Leyes de Reforma separaram o Estado da Igreja e suspenderam os privilégios do clero, e organizou o regime de propriedade. As comunidades indígenas que eram autônomas economicamente foram afetadas, obrigadas a vender suas terras e submeter-se a diversas formas de exploração para sua subsistência como a peonagem, a servidão, o trabalho em *haciendas*, as compras e os créditos abusivos nas *tiendas de raya*.

Com traços milenaristas, as sublevações indígenas persistiram durante o século XIX, como as guerras de castas em Yucatán, Sonora, Nayarit. (DE LA PEÑA TOPETE, 2011, p. 129). Ironicamente, durante o breve império de Maximiliano de Hasburgo (1864-1867) promulgaram-se avançadas legislações protecionistas para os indígenas (BAILÓN CORRES; BROKMANN HARO, 2011, p. 47), mas a aversão dos liberais pela monarquia impediu que suas ideias progressistas transcendessem.

A imposição da igualdade e da universalidade dos direitos causou problemáticas com a implantação da cidadania eurocêntrica classificada como universal, mas na realidade se implantou uma cidadania étnica definida pela identidade étnica e cultural. Passou-se de um sistema que organizava as hierarquias em função da diversidade a um sistema que negava as diferenças e impunha uma única identidade e cultura como eixo da convivência política da sociedade, cuja estratificação social e política dependiam da proximidade ou da distância desse *standard* ideal e universal. (NAVARRETE LINARES, 2010, p. 176-177).

No final do século XIX, a força campesina apoiou o geral Porfirio Díaz contra as Leyes de Reforma até à Presidência sob a promessa de repartir terras. A luta camponesa ressurgiu com um aberto diálogo com o Executivo, depois o Estado repressivo não permitiu mais a oposição. (REINA AOYAMA, 2011, p. 18). O massivo esbulho de terras durante o *porfiriato* (1876- 1911) criou o característico latifúndio da ditadura, e o sistema de servidão nas *haciendas* e de exploração obreira. À custa do povo iniciou a industrialização e a bonança econômica num ambiente antidemocrático, baseado na amizade com o Díaz e não na Constituição de 1857. (GONZÁLEZ DÍAZ, 1995, p. 54)

O servilismo e a exploração aumentaram e, com o fechamento dos canais de expressão, os povos indígenas e os camponeses encontraram outras formas de manifestar seu descontento: a *etnização* ou a *reindianização*, e a *cidanização*.¹² Essa é a razão pela qual o movimento camponês desapareceu da historiografia do final do século XIX como luta armada, mas mediante a análise das eleições percebeu-se que os mesmos líderes camponeses continuaram o movimento pelo exercício dos direitos políticos. (REINA AOYAMA, 2011, p. 18-19).

¹² A reindianização é o fortalecimento da identidade dos povos indígenas por meio da consolidação de seus sistemas de governo, suas instituições e sua cultura. Essa etnização funcionou como estratégia de luta e para criar espaços autônomos para sua sobrevivência. A cidanização é o interesse crescente dos povos indígenas e dos camponeses de participar nas eleições, exercendo seu direito ao voto e, sobretudo exigindo o respeito à vontade cidadã. REINA AOYAMA, 2011, p. 19

A nova forma encoberta de luta dos indígenas e camponeses mostrou a batalha pela sua autonomia política e sua capacidade de adaptação, fortaleceu a sociedade civil na demanda de democracia diante da sistemática fraude eleitoral. A *reindianização* persistiu do lado das políticas homogeneizantes, os povos indígenas resistiram por meio da reafirmação da sua etnicidade. A luta não se limitava mais a elementos isolados como a falta de terra, ou o incremento de impostos, existia uma indignação geral contra o sistema. (REINA AOYAMA, 2011, p. 19).

Durante a guerra de Independência, diversas formas de governo experimentaram-se: monarquia e república, federalismo e centralismo. Entre posturas liberais e conservadora, a recessão econômica e a instabilidade política foram uma constante. Com influência das revoluções francesa e norte-americana liberais, a perspectiva eurocêntrica adotada pela minoria branca como própria, continuou com o modelo de exploração da raça inferior. O movimento independentista conseguiu que o poder fosse transferido dos espanhóis para a *elite crioula*, mas os abusos e a discriminação indígena continuaram.

A abolição da escravidão e a supressão de privilégios tentaram criar condições de igualdade na população, sem que significasse uma democracia porque o poder liberal reorganizou-se com os antigos grupos de poder. A igualdade jurídica extinguiu as condições especiais dos povos indígenas da época colonial que permitiram sua sobrevivência física e cultural, ainda que em condições de subordinação. Políticas governamentais promoveram a desaparecimento das repúblicas de índios e a desapropriação de suas terras para “civilizá-los” contra sua vontade em apoio da cidadania universal.

A Independência do México não trouxe justiça aos indígenas. Salvo uma breve menção na Constituição de 1824 os povos indígenas foram ignorados no início do constitucionalismo mexicano. Sem o apoio indígena, a Independência não tivesse triunfado e em vez de serem recompensados pela sua participação, foram excluídos do projeto de nação. Paulatinamente, os indígenas converteram-se em camponeses e o Estado Mexicano reconheceu a comunidade agrária como uma identidade socioeconômica mais de acordo com o Direito imperante. Mas os povos indígenas resistiram mais uma vez na busca da reivindicação.

2.2.2 A Revolução Mexicana

A Revolução Mexicana tornou-se o segundo momento na história do México em que os povos indígenas e os camponeses uniram forças com a burguesia, desta vez com um novo grupo social, os obreiros. O movimento revolucionário apresentou um projeto de justiça social atraente para as classes oprimidas e da busca pela democracia das classes urbanas. Emiliano Zapata, o porta-voz das demandas sociais, ordenou, com o *Plan de Ayala*, a devolução das terras comunais aos camponeses e aos indígenas sob o lema: “a terra é daquele quem a trabalha.”

Emiliano Zapata (1879-1919) um líder nato, homem modesto, mestiço de marcados traços indígenas, nasceu em Anenecuilco. Morelos, com uma educação básica e, uma grande consciência sobre o injusto esbulho de terras. Os camponeses eram obrigados a trabalhar para as *haciendas* ou alugar essas terras para garantir sua sobrevivência. Zapata encarou a primeira batalha pela *hacienda* de Chinameca, mas como autoridade de Anenecuilco já tinha recuperado pela força terras despejadas arbitrariamente. Milhares de camponeses uniram-se às forças zapatistas pela recuperação de suas terras, também com o estandarte da Virgem de Guadalupe como rasgo milenarista e símbolo de união popular. (DE LA PEÑA TOPETE, 2011, p.130).

Os movimentos camponeses e indígenas se agudizaram na defesa da terra como uma estratégia da defesa da sua identidade étnica. Os movimentos eram diversos e se aliaram às diferentes formas de governo em pugna, inclusive os integravam “brancos” que compartilhavam a mesma reivindicação. Mas entre as numerosas rebeliões camponesas do século XIX, só quatro (a grande rebelião de Yucatán, a de San Juan Chamula de 1869-1870, e dois dos yaquis) eram nativistas ou indígenas. (WARMAN, 2003, p. 253-254).

A mobilização camponesa nunca foi reconhecida pelas elites como uma legítima forma de participação política, ainda que utilizassem os mesmos conceitos políticos como a proclamação de planos, os documentos políticos e a luta armada. As elites consideravam a mobilização como uma guerra de cores ou de castas motivadas pelo ódio aos brancos¹³. Em base à raça de cunho eurocêntrica vista como superior pelas elites, os movimentos que

¹³ Historicamente, ao longo da época colonial, os espanhóis e os crioulos viveram com medo de uma possível insurreição dos povos indígenas. Esse medo vinculou-se com a guerra de raças, segundo Foucault, surgida em Europa nos séculos XVI e XVII entre historiadores vinculados à aristocracia que se opõem ao absolutismo real que estabelecia a existência de raças diferentes, e a parte da conquista na dominação delas. Em consequência, para as elites no México era natural pensar que coexistiam raças antagônicas e que uma sentia ódio pela outra. Cf. NAVARRETE LINARES, 2010, p. 183-184.

procuravam direitos com reivindicações concretas como a restituição de terras eram deslegitimados e reduzidos a uma guerra de ódio, vingança e rapinha contra os brancos, devido a sua natureza inferior e facilmente manipulável por outros grupos sociais. (NAVARRETE LINARES, 2010, p. 182-186).

Em 1908, o presidente Porfirio Díaz anunciou seu retiro para o fim de seu mandato, mas Díaz postulou-se e ganhou as eleições de 1910 sobre seu adversário Francisco I. Madero diante de uma descarada fraude. Por meio do *Plan de San Luis*, Madero desconhece a Díaz como presidente e chama a uma luta armada. Os aliados antirreeleição pertencentes à classe média não apoiaram Madero, mas grupos dissidentes uniram-se a ele na ocasião de exigir suas demandas. O perfil dos revolucionários mudou: era rural e popular. (GARCIADIEGO, 2008, p. 403). O discurso indigenista achou-se importante para legitimar a luta armada frente ao povo mexicano, mais uma vez as elites utilizaram as classes oprimidas na busca de seus objetivos.

A Revolução Mexicana triunfou. Em 25 de maio de 1911, Porfirio Díaz renunciou à presidência de México e finalizou uma ditadura de mais de 30 anos. Contudo, problemas surgiram entre Zapata e Francisco I. Madero, o presidente eleito. Madero afirmou que a devolução das terras não seria imediata porque a legalidade era necessária e demandou a entrega das armas por parte do exército zapatista.

Assim, Zapata proclamou o *Plan de Ayala* que desconhecia Madero como Presidente com apoio de Francisco Villa cabeça do exército *División del Norte*. Umás séries de batalhas desenvolveram-se na luta pelo poder e pela devolução das terras. Durante um período de paz, Zapata voltou para o Estado de Morelos, e estabeleceu-se Tlaltizapan como a “capital da Revolução Mexicana”. Com Zapata, a classe *hacendada* tinha desaparecido e as terras foram repartidas conforme aos usos e costumes dos povos.

Em 1916, Venustiano Carranza, o Presidente do México na época promulgou a nova Constituição em 1917 que incluiu a Ley Agrária de 1915 inspirada em vários pontos do Plan de Ayala de Zapata, o que debilitou o zapatismo. A Ley Agrária de 1915 objetivou a repartição e a distribuição de terras mediante o espólio de *haciendas* e foram restituídas a seus verdadeiros donos. Mas na realidade a lei pretendia repartir as terras coletivas uma vez fosse definida a forma. A reticência das comunidades obrigou reformar a disposição para determinar o caráter permanente da propriedade social. (BAILÓN CORRES; BROKMANN HARO, 2011, p. 52).

Ressalta-se que Venustiano Carranza não pretendia incluir as demandas sociais dentro do projeto constitucional, mas o caráter fortemente social da Revolução Mexicana lhe obrigou, e incluiu a “dinâmica social de um povo em luta permanente por aceder a melhores níveis de vida”. (BAILÓN CORRES; BROKMANN HARO, 2011, p. 56-57). A Constituição Mexicana de 1917 foi a primeira carta magna na história universal em incluir os direitos sociais como disposições sobre o trabalho, a reforma agrária e a propriedade, convertendo-se em referência para outras nações.

Emiliano Zapata e Francisco Villa consideram-se os principais caudilhos da Revolução Mexicana, embora a existência de grandes diferenças entre ambos os personagens¹⁴, a maior encontra-se na demanda da terra. Villa comandava peões que nunca lavraram a terra e conseguiram serem proprietários de uma parcela com a luta armada. Zapata solicitou a devolução das terras às comunidades para que elas determinassem a forma de tenência da terra e seu usufruto. Por tempo determinado, Villa aceitou retirar-se da luta na troca da *hacienda* de Canutillo e uma pensão para ele e seus homens, Zapata nunca permitiu ser corrompido pese as numerosas tentativas. Zapata lutou pelos seus ideais de justiça, no campo, na diplomacia e nos tribunais. (BERMÚDEZ SÁNCHEZ, 2010, p. 416, 419, 422-423).

O artigo 3º do *Plan de San Luis* de Madero prometeu a reivindicação da terra pelos abusos perpetrados pela Ley de Terrenos Baldíos de 1883, e que as concessões outorgadas por ela seriam sujeitas a revisão. Porém, a disposição só considerou uma de tantas formas de esbulho de que foram vítimas os camponeses e os indígenas. Madero derogou a promessa do Plan de San Luis e priorizou os Tratados de Ciudad Juárez que davam continuação ao *status quo* porfirista. Zapata deslindou-se do Madero, mas baseou-se no Plan de San Luis para redigir o Plan de Ayala com reformas avançadas que moveram a luta do político ao social. (MAGAÑA, 2014, p. 91).

A revolução social no México iniciou-se com o *Plan de Ayala*, um documento de origem popular que “...não foi o produto de uma especulação, mas da dor camponesa feita

¹⁴ Emiliano Zapata ainda que fosse proprietário de terras era empático com seu povo e tinha aversão ao poder e à política. Zapata foi eleito por votação da Assembleia Popular de Anenecuilco, Estado de Morelos como representante e líder da luta agrária, anos antes de ser chamado por Madero. Em contraste, Francisco Villa amava o poder e a popularidade e tinha sido um bandido toda sua vida. Villa entrou na luta pela nomeação direta feita pelo governador de Guanajuato. Zapata encabeçou o *Ejército Libertador del Sur*, o qual não era um exército propriamente dito, já que estava conformado pela população mexicana indígena e camponesa: mulheres, crianças, idosos etc. Funcionou como uma comuna, alguns lutavam por enquanto outros vigilavam e outros mais trabalhavam. Uma organização bem articulada que permitiu aproveitar todos os recursos disponíveis. *La División del Norte*, comandado por Villa, foi verdadeiramente um exército conformado mormente por civis, e por membros do Exército Federal. O exército de Villa contava com um trem hospital com capacidade para 1400 feridos e 16.000 homens armados. Cf. BERMÚDEZ SÁNCHEZ, 2010, p. 412-414.

demanda inadiável.” O Plan de Ayala concretizou a redistribuição da terra fora do âmbito legalista, pois estabeleceu que todos aqueles com títulos de propriedade cujas terras tinham sido despejadas, podiam tomar posseção imediata delas e ser defendidas com as armas. (MAGAÑA, 2014, p. 87, 93-94). A justiça restaurou-se no mesmo nível de violência e de arbitrariedade sofrida pelos indígenas e camponeses.

O Plan de Ayala, consciente do crescimento demográfico e das inúmeras necessidades do povo mexicano, instituiu a reconstituição dos *ejidos* e a dotação de terras para formar colônias agrárias para aquelas comunidades que nunca tiveram. Outro procedimento consistia em tomar uma parte das *haciendas* e pagar uma indenização aos proprietários; às vezes, ante as necessidades coletivas, a *hacienda* por completo era afetada. O ponto 8 do Plan de Ayala contemplou o pago de uma indenização aos familiares dos revolucionários, pagos obtidos por meio da nacionalização de *haciendas* (2/3 partes). Os revolucionários morreriam com a certeza que seus sobreviventes não ficariam desamparados. (MAGAÑA, 2014, p. 95).

A Revolução Mexicana, o maior acontecimento histórico do século XX, iniciou como um movimento eleitoral de classe média e urbana com demandas políticas e consolidou-se como uma luta armada popular com demandas sociais, principalmente agrárias. Ainda consolidou o liberalismo iniciado pela guerra de Independência, na justaposição de liberdade com justiça social. O Zapatismo e o grande conteúdo social da Revolução incorporaram-se na forma de garantias sociais ao texto constitucional, convertendo-se a Constituição Mexicana de 1917 a pioneira mundial em constitucionalismo social.

A Constituição de 1917 redigida entre membros da classe urbana realizou imprescindíveis concessões agrárias e obreiras no reconhecimento de sujeitos coletivos e direitos sociais dada a participação desses setores na luta armada, mas omitiu os povos indígenas. As políticas de aculturação e de integração persistiram e tomaram forma de política pública paternalista por meio do *indigenismo*, expressado inclusive com o movimento pictórico dos muralistas mexicanos.

A Constituição de 1917 representou um pacto social e a vontade política de construir um regime democrático que consolidaria o México nos anos posteriores como um país estável, nacionalista e autoritário, mas legitimado. Mas a Revolução também deixou outro legado, o símbolo da luta social imortalizado em Emiliano Zapata quem, com o Plan de Ayala, ditou os antecedentes da reforma agrária e resumiu a problemática do México ainda vigente: a demanda de terra.

2.2.3 As revoltas indígenas e as Missões Jesuítas no Brasil

A conquista da América portuguesa se realizou entre relações de amizade e de escambo entre lusos e índios assim como de episódios de violência pela reticência índia à subjugação europeia. Paulatinamente, a ocupação portuguesa do Brasil exigiu a submissão total dos índios e a apropriação de seus domínios, o que agudizou os enfrentamentos entre os locais e os estrangeiros inimigos. A política indigenista portuguesa procurava a submissão dos índios inimigos e integrá-los com os índios sometidos para criar força de trabalho, para ocupação territorial e defesa das fronteiras.

Cada povo indígena reagiu de maneira diferente à chegada dos europeus, alguns estavam aliados a soldados e a bandeirantes paulistas, outros povos indígenas não se subjugaram facilmente e lutaram a favor dos interesses da sua gente. A título de exemplo, a guerra dos Potiguara contra os portugueses e posteriormente contra os holandeses; e a aliança entre os Tupinambá de Cunhambebe e Aimberê contra os Temiminó de Arariboia na guerra dos Tamoios. Porém, existem três momentos importantes de resistência indígena dos primeiros contatos: a guerra dos bárbaros, a revolta dos índios Manao e os jesuítas e os trinta povos das missões. (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 52-53).

A Guerra dos Bárbaros desenvolveu-se durante o século XVII pelos problemas entre colonos e índios denominados *bárbaros* comumente chamados Tapuios que habitavam desde o centro-oeste da Bahia até o Ceará: Tarairiú, Janduí, Ariú, Icó, Payayá, Paiacu. A origem do conflito originou-se no século XVI com as guerras do recôncavo, quando os Tapuios invadiram vilas e foram combatidos por índios aldeados incitados pelos jesuítas. Destaca o conflito entre os missionários e os curraleiros pela escravização dos índios. O chefe Canindé dos índios Janduí negociou a paz e as relações de submissão à Coroa portuguesa. (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 52-55).

Os índios Manao oriundos do rio Jurubaxi da região do Vale do rio Negro, Amazônia, aliaram-se com os portugueses, ajudaram lhes dominar outros povos na troca de índios cativos Manao por armas e ferramentas. A boa convivência acabou quando os portugueses assassinaram o índio Huiuebene Tuxaua Manao por discórdias. Em 1723 Ajuricaba, filho do Huiuebene, em vingança atacou e ameaçou a Coroa portuguesa com apropriar-se das terras no Vale do rio Negro. Milhares de índios foram mortos diante da superioridade militar portuguesa. Ajuricaba foi capturado e tempo depois morreu afogando na tentativa de escape. (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 56-57).

Em respeito os jesuítas, em 1549, a Companhia de Jesus¹⁵ chegou no Brasil para cumprir com a consignaço da Coroa portuguesa: catequese, proteço da liberdade dos índios e educaço e aldeamento dos mesmos. O Dr. Diogo de Gouveia, conselheiro do rei D. João III considerou que levar os jesuítas no Brasil protegeria a colônia das numerosas ameaças de outros países europeus mediante a dominaço dos índios rebeldes. (GAMBINI, 1988, p.82, 86). Os padres aceitaram a missão por enquanto chegasse a oportunidade de viajar em Jerusalém para converter infiéis.

Os jesuítas chegaram com vontade espiritual para cumprir com sua missão sem nenhuma preparaço para enfrentar a um novo mundo. A pobreza, o sofrimento e a fome eram parte dos votos que professavam, mas na prática desfrutaram de terras, escravos africanos para lavrá-las e uma dotaço anual para vestimentas e alimentaço paga pela Coroa portuguesa. A diferença das grandes civilizaço do México, os jesuítas encontraram índios menos desenvolvidos similares com aqueles no Caribe. O contato dos jesuítas com os índios confirmou o preconceito sobre os seres primitivos relatados por Colombo, cuja imagem negativa era exacerbada para justificar a dominaço. Para os índios o contato causou lhes assombro, espanto, curiosidade, agressividade. (GAMBINI, 1988, p. 114-115, 122-123).

Os jesuítas aprenderam falar tupi¹⁶, a língua considerada “geral” da costa atlântica do Brasil, o que lhes fez ganhar a confiança dos índios sobre os colonos portugueses. Os índios do Nordeste que falavam outras línguas não eram do interesse jesuíta por ser considerados perigosos. Os missionários aprenderam da cultura índia e a partir daí desenvolveram tácticas para evangelizar, como as similitudes entre os mitos indígenas e o cristianismo. O atendimento médico pelos padres também facilitou a conversão porque segundo os índios o dom da cura estava restringido a aqueles que podiam comunicar-se com os espíritos. (EISENBERG, 2000, p. 66, 70, 72-81).

Os padres jesuítas eram flexíveis, pois para facilitar a conversão toleraram costumes indígenas que iam contra os bons costumes e a fé cristã, como a poligamia e o casamento consanguíneo. Mas a antropofagia nunca foi aceita pelos jesuítas, ainda que fosse praticada somente por motivos bélicos. (EISENBERG, 2000, p. 83). Um obstáculo para a conversão cristã foi a reticência dos índios ao batismo porque significava a submissão e a perda dos

¹⁵ A Companhia de Jesus criou-se no juramento de sete jovens jesuítas que desejavam converter infiéis em Jerusalém. Fundada em 27 de setembro de 1540 por bula papal, a Companhia de Jesus encabeçada por Inácio de Loyola, era uma ordem religiosa com fins pastorais, utilizada como contragolpe ao protestantismo durante o Concílio de Trento. Cf. EISENBERG, 2000, p. 32.

¹⁶ A maioria das tribos brasileiras da costa pertencia ao tronco Tupi: os Tupiniquim da Bahia, os Tamoio do Rio de Janeiro e os Tupinambá do Sul.

laços familiares, mas também era uma saída à escravidão dos colonos. Evangelizar índios não era tarefa fácil, então os jesuítas decidiram mudar sua atitude humanista por uma autoritária. (GAMBINI, 1988, p.200-204).

O padre Manuel de Nóbrega, de acordo com suas cartas *Diálogo para a Conversão do Gentio* e no *Plano Civilizador*, empreendeu uma reforma das missões, a qual propunha concentrar os índios em aldeias em vez de viajar a seus assentamentos. Os índios seriam “convidados” a mudar-se às aldeias, mas se recusassem o convite, o exército colonial que acompanharia aos jesuítas iniciaria uma guerra justa contra eles. Com ameaça de morte ou escravidão, os índios seriam persuadidos a aceitar a fé cristã, a autoridade dos padres jesuítas e suas regras, o que legitimava o domínio político. (EISENBERG, 2000, p. 90-91).

Segundo a *ius gentium*, a parte vencedora de uma guerra justa tinha domínio sobre a vida dos perdedores, com a escolha de lhes dar morte ou outra punição. A guerra justa só podia ser declarada por uma autoridade justa por uma justa causa como a violação do direito de pregar a religião cristã pelos índios segundo o dominicano Francisco de Vitória. A escravidão indígena segundo a *ius gentium* era um princípio irrefutável da teoria do direito natural tomista, e a interpretação dominicana da escravidão era preponderante nas universidades onde os jesuítas tinham sido educados. (EISENBERG, 2000, p. 135-137).

A reforma das missões jesuíticas iniciada em 1558 coincidiu com a redefinição da política econômica portuguesa para o Brasil¹⁷, e a pacificação de índios era indispensável. A reforma de Nóbrega na verdade era uma adaptação portuguesa da instituição da encomenda imposta nas colônias espanholas. (EISENBERG, 2000, p. 112-113). Durante o processo de conversão forçada das almas, a identidade cultural dos índios foi desmembrada e inclusive até destruída por meio da imposição de costumes “civilizados”. Essa política indigenista de aldeamentos e guerras persistiu no Brasil até o século XIX.

Com as reformas das missões jesuíticas, o mandato evangelizador perdeu-se, pois os jesuítas que chegaram depois das reformas estavam mais interessados na educação dos colonos que lidar com os índios. Em contrapartida, a Companhia de Jesus cresceu e criaram-se os colégios jesuíticos que ofereciam educação aos colonos e aos índios, além de capacitação aos novos missionários. (EISENBERG, 2000, p. 130-131).

¹⁷ Institucionalização do Governo Geral para consolidar a presença de Portugal no Brasil que superaria o fracassado modelo de Capitanias Hereditárias. Na época governou Mem de Sá, o terceiro governador-geral do Brasil quem eliminou a ameaça francesa de invasão e facilitou os aldeamentos de tribos indígenas em missões. (reduções), entre outros logros.

As missões e os colégios jesuítas prosperaram, venderam o excesso da sua produção de autoconsumo e as terras doadas pelo Governador. Mesmo que *de iure* não fossem proprietários das terras, as tratavam como domínio da Igreja. Eventualmente, o papa autorizou as transações comerciais. (EISENBERG, 2000, p. 133-134). Os jesuítas criaram um grande patrimônio fundiário e seu poderio implicou constantes conflitos com os colonos, mormente pela avidez dos portugueses em escravizar os indígenas. As missões consideradas áreas protegidas da escravidão indígena, ironicamente eram fonte de força de trabalho para os jesuítas.

Em 1588, os jesuítas espanhóis estabeleceram-se no sul do Brasil com um sistema de reduções de índios Guarani. Discórdia entre os colonos e os jesuítas sobre a escravidão indígena suscitaram-se, os bandeiristas paulistas destruíram as reduções da Guaíra em 4 anos. No século XVIII novos conflitos aconteceram pela expansão lusa em direção à bacia do rio da Prata que se solucionou com o Tratado de Madri de 1750, com o direito de posse dos portugueses sobre o aldeamento jesuíta de Sete Povos das Missões. Os jesuítas deveriam ceder as terras aos portugueses, e as populações indígenas deveriam transferir-se para o Vice-Reinado do Rio Prata. (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 58-59).

Os índios e os jesuítas espanhóis resistiram à ocupação, pois não admitiam perder as terras e decidiram iniciar uma ofensiva militar contra os portugueses e os espanhóis. Durante os cinco anos da guerra guaranítica, o capitão Sepé Tiaraju, índio da redução de São Miguel, encabeçou o conflito armado que defendeu o direito dos índios em permanecer nas suas terras. Os Guarani são vencidos em 1756. (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 60).

Depois de dois séculos de atividade missionária, em 1759 os Jesuítas foram expulsos em massa de Portugal e das colônias por ordem do Marquês de Pombal. Todos os seus bens foram confiscados. Os jesuítas representavam uma ameaça para a Coroa portuguesa devido à riqueza ganha à costa da realeza, à fidelidade ao papa e não ao rei, e ao papel dos jesuítas na Guerra Guaránica. Mas a hegemonia intelectual dos jesuítas que contrariava o projeto do despotismo ilustrado da Coroa portuguesa achou-se a principal alegação. (VAINFAS, 2012).

As reformas pombalinas no Brasil racionalizaram o processo de produção e envio de riquezas para a metrópole, centralizaram o poder colonial, fomentaram o ensino laico e para os indígenas em tupi. A escravidão aboliu-se no Reino, mas nas colônias continuou com o Diretório de índios (1757) para transformá-los em mão de obra. Em 1777, a morte do rei D. José I utilizou-se de pretexto para finalizar com as Reformas Pombalinas.

Em 1807 a França invadiu o Portugal ante a negativa de unir-se ao bloqueio continental contra a Inglaterra. Os ingleses ofereceram proteção à Coroa portuguesa na troca de um intercâmbio comercial e obediência. Mesmo que decadente, a Corte portuguesa chegou ao Rio de Janeiro em 1808 com 15 mil pessoas fugindo de Napoleão Bonaparte. A elite nordestina percebeu opressão dos portugueses e ante as ideias iluministas iniciou um movimento separatista. A aristocracia brasileira encaminhou a Independência do Brasil e conservou a sociedade colonial baseada no latifúndio, na monocultura e na escravidão. Em 1822, D. Pedro I iniciou o primeiro reinado do Brasil, e a primeira Constituição do Brasil foi outorgada em 1824.

Existia um grande desafio de unificar e de administrar o território, definir a nação, as suas instituições e políticas. Mas a presença do monarca português realizando as gestões para a independência do Brasil facilitou a transição com relativa estabilidade econômica e política, pese as dúvidas da elite brasileira e a possibilidade da recolonização. Um dos maiores desafios era a construção de uma identidade nacional, do sentimento de pertença à nação brasileira.

Em 1822, o Brasil não era uma unidade econômica. Tampouco havia no país um forte senso de identidade nacional. A unidade mantida na transição de colônia portuguesa a império independente foi política – e precária. Seria seriamente ameaçada quando, uma década depois, a aliança de forças que havia produzido a independência do Brasil acabou por desintegrar-se. (CARVALHO, 1991, p. 323).

Depois que D. Pedro I abdicou em 1831, o que provocou uma reviravolta na história do Brasil e novas revoltas indígenas surgiram aliadas a um movimento conservador, colonialista com interesses mercantilistas e fundiários que procurou restaurar o Rei no poder. O setor empobrecido preferia a monarquia pelo combate à violência e o estabelecimento da ordem no nível local, os *cabanos* (índios, escravos fugidos colonos mestiços) culpavam aos liberais da negativa do direito à posse das terras. Entre 1833 e 1834 a Cabanada alcançou seu auge, mas perdeu força e não conseguiu transcender. (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 87-88).

Paralelamente, o movimento político da Cabanagem iniciou no Amazonas e no Pará pelos *cabanos* (incluídos tapuias) que uniram forças com pequenos proprietários, religiosos, jornalistas, seringalistas, na busca da independência do Brasil e da igualdade. Maus-tratos aos oprimidos, a escravidão, e a prisão dos propagandistas liberais, são algumas das numerosas causas. De início, o movimento era separatista republicano, depois procurou a liberdade dos escravos e a cidadania dos cabanos. (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 90-92).

Advogados e jornalistas chefiaram a cabanagem e inclusive estabeleceram governos cabanos que não transcenderam pelas problemáticas políticas internas e pela diversidade de interesses em disputa. Os Tapuias (índios cristãos em contato com os brancos), os mais numerosos na luta, não coincidiam com a direção política da revolta. A cabanagem, um movimento disperso, contraditório, carente de coesão, que infelizmente desmereceu um processo de rearticulação étnica que estava gestando-se no Pará e no Amazonas. (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p.90-92).

O comportamento índio achou-se complexo face à colonização, pois estabeleceram relações com diversos grupos sociais contra ou a favor dos portugueses. Além dos ataques dos colonos e dos bandeirantes, os índios sofreram ataques intertribais e padeceram doenças que levou alguns para o extermínio e outros para a submissão portuguesa. As revoltas indígenas nunca foram numerosas nem de relevância que colocasse em risco o sistema colonial, também não eram propriamente índias, pois estavam integradas também por negros, mestiços e colonos sublevados, missionários, que lutaram cada um com seus próprios interesses.

Não é de se estranhar que a superioridade militar dos europeus determinou a sua vitória dos colonizadores sobre as revoltas dos índios “bravos”, mas também a falta de coesão pela rivalidade entre os povos indígenas dificultou a luta contra os portugueses, não existia uma identidade indígena. Além, grupos de poder não convocaram os índios para revoltar-se contra a opressão do governo, a diferença da Revolução Mexicana. As alianças dos índios aldeados com a classe média durante as crises políticas do Brasil perseguiram os interesses próprios dos líderes dos movimentos e utilizaram os índios como carne para canhão para perpetuar o *status quo*.

Durante o período regencial (1831-1840) outros conflitos sociais como a Farroupilha, Balaiada e a Sabinada mostraram a crise política do Brasil. Com a ascensão de D. Pedro II consolidou-se a unificação do Brasil, mas a escravidão contrastava com a imagem de nação civilizada que pretendia passar ao mundo. Devido às pressões de Inglaterra, Brasil proibiu a entrada de africanos através da Lei de Eusébio de Queirós (1850), o que incrementou o tráfico interno de escravos, e a política de estímulo à imigração europeia foi implementada para povoar o grande território.

O movimento abolicionista finalizou com a escravidão em 1888 e um golpe de Estado em 1889 deu início à Primeira República Brasileira. Durante os primórdios da República Velha a modernização criou a classe operária e espaços urbanos, mas grupos insatisfeitos contra a oligarquia cafeeira paulista e rural mineira, e contra o coronelismo resultaram em

conflitos sociais como a Guerra de Canudos (1897), a Guerra do Contestado (1912-1916) e a greve dos operários em São Paulo (1917). A falência das instituições da República e o eventual colapso das exportações manifestaram as profundas e intensas contradições da sociedade que conduziram à crise da Velha República. (WOLKMER, 2003, p.90).

Durante essa passagem os povos indígenas não foram apercebidos, pois a colonialidade do poder os tornou invisíveis. Desde o início do século XX a discussão da questão indígena tinha mudado, não era mais sobre mão de obra, agora era sobre a posse de terras (CUNHA, 1998, p. 133), conforme a Lei de Terras de 1850 e a Constituição de 1891. Iniciou-se uma nova era de política indigenista que pretendia que os índios se integrassem à sociedade para acabar com a categoria étnica.

3. O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS INDÍGENAS: O RECONHECIMENTO À DIVERSIDADE

No fim do século XVIII, a Independência das colônias norte-americanas, a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão acabaram com o conceito do poder público divino. Em contrapartida, o Estado constitucional, a separação de poderes, e o indivíduo sujeito de direitos foram criados. No século XIX, com a importação do constitucionalismo liberal, surgiram os Estados latino-americanos que conservaram as políticas coloniais de dominação sobre os povos indígenas, se instaurou um *colonialismo interno*¹⁸ (STEVENHAGEN, 1981), com o monismo jurídico e uma monocultura que discrepava com os indígenas.

Luis Villoro (2012, p. 9, 27-29) afirma que o Estado-nação e o progresso de uma cultura racional, única, de raízes gregas e cristãs a que todas as culturas aspiram evoluir, são os ideais da modernidade que derivam de uma razão universal e única. O Estado-nação impôs uma ordem homogeneizadora da sociedade, que obrigou ao indivíduo abandonar seus traços étnicos, sociais ou regionais para converter-se em um cidadão; as diferenças não são permitidas, não existem comunidades históricas prévias. Este Estado estabeleceu uma nova realidade política.

A homogeneização da sociedade do Estado, não significa a convergência de várias culturas, mas a imposição de um modo de vida pelo grupo dominante. (VILLORO, 2012, p. 30-31). Por meio da Constituição que garante os direitos individuais, o Estado é conformado por um povo único, porque a diversidade é contida, o que conforma o dogma próprio do Estado contemporâneo e “a versão constitucional da política integracionista”. (SOUZA FILHO, 2010, p. 77). Esse ideal de sociedade única levou ao constitucionalismo monista do século XIX e ao integracionista do século XX.

Com o constitucionalismo social iniciado pela Constituição Mexicana de 1917 abandonou-se a linha individualista e substituiu-se pelo reconhecimento dos direitos coletivos das comunidades indígenas, mesmo dentro do marco integracionista do Estado-nação. (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 140). A reconção motivou a reivindicação agrária, e o indigenismo expandiu-se com sucesso pelo continente americano, pois a integração do índio à

¹⁸ O colonialismo interno se instaura dentro dos países latino-americanos quando os mestiços,- como a classe dominante local e regional - mantem oprimidos aos indígenas. São os mestiços os que não têm o mínimo interesse em uma verdadeira integração nacional.

sociedade nacional e a desapareção da sua categoria eram essenciais para a configuração de uma identidade nacional e de uma nação moderna.

Após a Segunda Guerra Mundial, o direito à autodeterminação dos povos reconheceu-se internacionalmente com a condição de formar parte de um Estado. O direito dos povos transformou-se em direitos humanos na forma de direitos individuais e incorporou-se na Constituição. Configuradas as relações internas pela soberania, os povos indígenas perderam o original direito de autodeterminação. (SOUZA FILHO, 2010, p. 68, 77-79).

Na década dos anos 90, o Estado-nação na América Latina e seus axiomas constitutivos começaram a questionar o integracionismo, a monocultura, o restrito direito de autodeterminação. As demandas indígenas presentes em plataformas internacionais e movimentos nacionais, incidiram na construção do direito internacional em direitos indígenas, e sucessivamente no reconhecimento constitucional desses direitos. O caráter pluricultural das nações latino-americanas elevou-se no nível constitucional e o monismo enfraqueceu-se.

Na busca da reivindicação das culturas milenárias, o novo constitucionalismo latino-americano do início do século XXI desenvolveu inovações jurídicas como o Estado plurinacional, e a inclusão da natureza como sujeito de direito. O ambicioso novo constitucionalismo tenta romper com a herança colonial por meio de processos democráticos de participação popular com fundamento na cosmovisão indígena. O novo constitucionalismo de raízes biocêntricas pretende implantar um projeto de integração da interculturalidade.

O *epistemicídio*¹⁹ causado pelo colonialismo europeu e estendido com as nações latino-americanas, afundou o desenvolvimento dos povos originários e criou uma sociedade subalterna e marginalizada. O pensamento moderno manteve cativa à população latino-americana em uma monocultura, alheia da realidade, excludente, seletiva, que conduz a uma crise de Estado. Após séculos de subordinação e de exclusão dos projetos do Estado-nação, com o reconhecimento jurídico dos povos indígenas de América Latina, continuam firmes em defender seu direito à alteridade.

No presente capítulo realiza-se um percurso histórico do reconhecimento jurídico dos povos indígenas iniciado no nível internacional e posteriormente realizado pelos Estados da região latino-americana. Outrossim, mais especificamente o percurso do reconhecimento constitucional dos direitos dos povos indígenas realizado pelo México e pelo Brasil.

¹⁹ Nas palavras do Professor Boaventura de Sousa Santos, o epistemicídio é "...la vastísima destrucción de conocimientos propios de los pueblos causado por el colonialismo europeo." Cf. SANTOS, 2010, p. 8.

3.1 A GÊNESE DOS DIREITOS INDÍGENAS NO DIREITO INTERNACIONAL

O reconhecimento dos povos indígenas nasce a partir do direito internacional público, que ironicamente no passado convalidou a escravidão e a colonização de povos. Após a Segunda Guerra Mundial, com a criação de foros e de organismos internacionais como as Nações Unidas, o catálogo de sujeitos de direito do direito internacional público aumentou, abrangendo sucessivamente aos povos indígenas. Os foros internacionais e os instrumentos de direito internacional receberam as demandas indígenas e incentivaram a formulação de leis, de políticas públicas e de meios de participação política indígena.

Em 1957, a primeira codificação das obrigações e dos direitos dos povos indígenas no nível internacional encontra-se com a Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), e tem sua origem no estudo que a OIT realizou em 1921 sobre o trabalho forçado sofrido por trabalhadores indígenas das colônias. Isto levou a adoção em 1930 da Convenção 29 sobre o Trabalho Forçado. (LEARY, 1999, p. 16). Assim, desenvolveu-se a necessidade de criar um instrumento que protegesse aos nativos. A Convenção 107 da OIT foi aprovada, cujo fator determinante da sua adoção foi a pressão exercida pelos povos indígenas.

Na época da Convenção 107, considerava-se os povos indígenas como grupos sociais atrasados destinados a desaparecer porque progressivamente integrariam à sociedade nacional. (GAETE URIBE, 2012, p. 79-80). Mas na década dos 70, quando a questão indígena cobrou relevância internacional pela ativa mobilização indígena, o sistema das Nações Unidas decidiu aprofundar no estudo dos povos indígenas. A Convenção 107, redigida sob a perspectiva assimilacionista, declarava-se obsoleta ante o novo contexto mundial e decidiu-se que o documento fosse atualizado já que “sua aplicação era prejudicial no mundo moderno”. (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2015).

Em 1989, a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais da Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi aprovada para substituir a Convenção 107. Ainda que a Convenção 107 não esteja mais aberta para ratificação é ainda vigente para 18 países. (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2015). Mais uma vez a participação indígena foi o fator determinante na aprovação da Convenção 169, pois participaram os povos indígenas na revisão do documento mesmo que em qualidade de observadores. (GAETE URIBE, 2012, p. 82)

Existem três avanços da Convenção 169 sobre o texto predecessor. Enquanto a Convenção 107 faz referência às populações indígenas e tribais, a Convenção 169 os reconhece como povos. A Convenção 107 promovia a integração dos indígenas à sociedade moderna por serem sociedades temporárias e transitórias. A Convenção 169 reconhece a diversidade étnica e cultural, definindo aos povos indígenas e tribais como sociedades permanentes que devem subsistir sem perder sua identidade. E, a autoidentidade é instituída como o critério base para designar os povos sujeitos à Convenção 169. (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2015).

Durante a discussão da Convenção 169, existiu grande resistência dos governos em utilizar o conceito “povos” porque está relacionado com a autodeterminação²⁰, o direito de formar um estado independente. Finalmente, o termo povos foi incluído na Convenção 169 porque é o conceito que os indígenas têm de eles mesmos. Para evitar que o direito à autodeterminação fosse interpretado como o direito de secessão, uma ressalva foi incluída no artigo 1.3: “A utilização do termo povos na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de acarretar qualquer implicação no que se refere aos direitos que possam ser conferidos ao termo no âmbito do Direito Internacional”. (GAETE URIBE, 2012, p. 84-85).

De acordo com Carlos Marés (SOUZA FILHO, 2010, p. 67, 77-78, 80), desde que o Estado moderno foi instituído, não é mais possível à existência de um território sem a tutela estatal. A conformação de um Estado independente pelos povos indígenas não é plausível, mesmo que não exista registro nenhum da tentativa. Embora Francisco de Vitória concebesse como base do Direito Internacional Público as relações entre os povos, hoje o Estado inclui a todos os povos existentes. A autodeterminação dos povos foi substituída pela autodeterminação dos Estados nacionais, então existe uma dupla interpretação da perspectiva das organizações internacionais, do direito do povo único do Estado, e da perspectiva antropológica, como a vontade coletiva de um grupo organizado.

A Convenção 169 é o documento pioneiro do corpo normativo internacional de direitos indígenas. De acordo com o ex-relator dos Povos Indígenas de Nações Unidas, Rodolfo Stavenhagen, a Convenção é “o único convênio jurídico internacional ratificado que tem referência direta e específica aos povos indígenas”. (OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS GUATEMALA, 2010). A Convenção 169

²⁰ O direito de autodeterminação encontra-se nos artigos 1.2 e 55 da Carta das Nações Unidas e no artigo 1º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

é juridicamente vinculante, estabelece importantes direitos como a livre determinação, a autonomia, o reconhecimento de sistemas normativos, de línguas e de cultura. Em 1990 o México converteu-se no segundo país em ratificar a Convenção. A região latino-americana foi o bloco que mais ratificou a Convenção 169 e que a utilizou como referência para as reformas constitucionais²¹.

A par, Nações Unidas iniciou estudos sobre os direitos indígenas. Em 1971 o equatoriano José R. Martínez Cobo foi nomeado relator especial para realizar um estudo sobre a discriminação dos povos indígenas do mundo. O Informe de Martínez Cobo chamado *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas* influenciou na difusão da situação dos povos indígenas, na criação em 1982 do Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas das Nações Unidas, e na especificação dos povos indígenas adotada pelo Convênio 169. (PROGRAMA MÉXICO NACIÓN MULTICULTURAL, 2015a).

A partir de 1985, Nações Unidas começou oficialmente a elaboração de um documento que englobasse os direitos dos povos indígenas, o qual concluiu em 2007: a Declaração das Nações Unidas dos Direitos dos Povos Indígenas aprovada pela Assembleia Geral. A Declaração estabelece os parâmetros mínimos em matéria indígena para a criação de outros instrumentos internacionais e leis nacionais; não cria novos direitos, mas realiza uma interpretação dos direitos humanos universais para sua aplicação nos povos indígenas. A Declaração complementa à Convenção 169 na obrigação dos Estados de efetivar os direitos sociais, políticos, civis, econômicos e culturais dos povos indígenas.

A Declaração apresenta avances e novas interpretações dos direitos humanos, mais abrangentes e mais claras. O primeiro diferencial é que os representantes dos povos indígenas participaram ativamente na redação da Declaração. A OIT também participou das discussões para que as disposições da Declaração não fossem inferiores àquelas da Convenção 169. (GAETE URIBE, 2012, p. 90). A respeito do direito à livre determinação, a Declaração também realiza uma ressalva no artigo 46º, que nada do disposto será interpretado no sentido de conferir a um Estado, povo, grupo ou pessoa qualquer direito de realizar um ato contrário à Carta das Nações. (NAÇÕES UNIDAS, 2008).

No que se refere ao artigo 18º da Declaração, a participação dos povos indígenas na toma de decisões de assuntos que lhes competem deve realizar-se segundo seus próprios procedimentos e suas próprias instituições. O direito ao consentimento livre, prévio e

²¹ A Convenção 169 foi ratificada por México em 1990, elemento fundamental na redação dos Acuerdos de San Andrés (1996) e da reforma constitucional de 2001.

informado do artigo 19º supera à consulta da Convenção 169, pois a consulta não garante que as opiniões dos povos indígenas ante as situações que violem seus direitos sejam consideradas, mas o consentimento fornece o direito ao veto. (NAÇÕES UNIDAS, 2008).

A respeito da terra, a parte II da Convenção 169 reconhece a propriedade das terras tradicionais de ocupação ou uso dos povos indígenas. O artigo 26º da Declaração esclarece que os povos indígenas têm o direito de possuir, utilizar e controlar as terras, os territórios e os recursos que tradicionalmente têm ocupado ou tem adquirido por outros meios. Os Estados oferecerão proteção jurídica e reconhecimento a essas terras, territórios e recursos. (NAÇÕES UNIDAS, 2008). Porém, o texto não clarifica o que “propriedade tradicional” e “de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização” significam no contexto indígena.

A Declaração traz uma importante inovação em relação à Convenção 169: o direito de propriedade intelectual sobre os saberes indígenas. O artigo 31º da Declaração estabelece que os povos indígenas têm o direito de proteger e desenvolver por meio da propriedade intelectual seus conhecimentos tradicionais e tecnológicos e os Estados nacionais têm a obrigação de adotar medidas eficazes para reconhecer e proteger esse direito. O artigo 32º da Declaração estabelece o direito dos povos indígenas de elaborar suas próprias estratégias para o desenvolvimento e o uso do consentimento em projetos realizados em seu território e com seus recursos. O Estado será responsável pela reparação justa e equitativa pelo desenvolvimento dessas atividades. (NAÇÕES UNIDAS, 2008).

A Declaração não é juridicamente vinculante, mas pode ser evocada quando algum direito indígena é violado. É o que confirma Rodolfo Stavenhagen ao afirmar que a Declaração é ética e politicamente vinculante devido ao compromisso com os princípios e as obrigações dos Estados como membros das Nações Unidas. (OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS GUATEMALA, 2010). A Declaração tem legitimidade política pela participação dos povos indígenas na elaboração do texto, com Nações Unidas como a autoridade política. Mas a legitimidade maior encontra-se em que a Declaração é uma diretriz global em direitos indígenas. (ARAGÓN ANDRADE; COLOR VARGAS, 2013, p. 492).

Ademais, Stavenhagen considera que a relevância da Declaração se encontra em reconhecer os povos indígenas como cidadãos do mundo e sujeitos de direito internacional, como ressarcimento das injustiças históricas sofridas. A Declaração exemplifica a consolidação de um sistema internacional de defesa dos direitos humanos. (OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS GUATEMALA, 2010). Embora a

Declaração e a Convenção 169 sejam os principais documentos internacionais sobre direitos indígenas, alguns dos nove tratados básicos de direitos humanos²² desenvolveram direitos na matéria. (ARAGÓN ANDRADE; COLOR VARGAS, 2013, p. 493).

Por sua vez, em 1989 a Organização dos Estados Americanos (OEA) iniciou a preparação de um instrumento regional em direitos indígenas. Em 2016, depois de 17 anos de espera, a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas foi aprovada pela OEA. (ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, 2016). A Declaração Americana condensou a Declaração das Nações Unidas dos Direitos dos Povos Indígenas e a Convenção 169 da OIT para promover e proteger os direitos individuais e coletivos dos povos indígenas do continente americano. A Declaração Americana define uma nova relação entre os Estados e os povos indígenas e representa uma reivindicação histórica.

Entretanto, a aplicação da Declaração Americana efetiva-se, a Convenção 169 da OIT, responsável pela ruptura do paradigma integracionista, continua utilizando-se como o fundamento por excelência na defesa dos direitos indígenas. O desenvolvimento dos instrumentos de direito internacional em direitos indígenas continua evoluindo graças ao engajamento da mobilização indígena, mormente de cunho latino-americana, e ao consenso internacional sobre a defesa dos direitos humanos.

3.1.1 O reconhecimento latino-americano dos direitos indígenas

No fim do século XX, as reformas constitucionais motivadas pelo fim das ditaduras e o início de democracias em América Latina construíram uma nova teoria constitucional pluralista. A crise do Estado-nação e os movimentos sociais ampararam a ruptura do paradigma constitucional estrangeiro, arquitetando um constitucionalismo próprio cujo fundamento encontrou-se no reconhecimento da diversidade. A pluralidade cultural revalorizou-se, eventos como a Revolução Mexicana influíram no desenvolvimento de um sentimento de pertença e de orgulho na origem indígena.

²² Os nove tratados básicos em matéria de direitos humanos são: a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966); o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); a Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes (1975); a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (1979); a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas famílias (1990); a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra os Desaparecimentos Forçados (1992); a Convenção sobre os direitos das Pessoas com Deficiência (2007).

Nos anos 30 nasceu o *indigenismo*, uma corrente de pensamento mexicana pós-revolucionária que procurou consolidar a identidade nacional pela integração dos povos indígenas, exaltando-as por meio de expressões artísticas. Mas o engrandecimento indígena tinha limites, pois se pretendia assimilar os aspectos positivos compatíveis com o projeto nacional e descartar aqueles negativos que pudessem empecilhar a modernidade do México. No entanto, o nacionalismo estava estreitamente ligado ao indigenismo e adotou-se como tal em América Latina. (FAVRE, 1998, p. 8). O indigenismo expandiu-se, instituições indigenistas²³ foram criadas, com a exceção do Brasil que já contava com uma instituição.

Por meio de manifestações artísticas, o indigenismo apresentou-se na vez como uma forma de denúncia e de vanglória, e constituiu o eixo do pensamento. Tendo em vista que a maioria dos países do continente americano contava já com institutos de assuntos indígenas, a criação de uma estrutura político-administrativa para a articulação continental das políticas públicas integracionistas determinou-se necessária.

O Professor boliviano Elizardo Pérez foi quem propôs criar uma estrutura indigenista durante a *Primera Conferencia Panamericana de Educación* no México em 1937. No ano seguinte, durante a *Octava Conferencia Internacional Panamericana* formalizou-se a criação de um Instituto Indigenista; Bolívia seria a sede do evento e do Instituto, e o Prof. Pérez como presidente do comitê organizador. No entanto, devido à morte do Presidente da Bolívia e à fraqueza política do Professor Pérez, decidiu-se que o México fosse o anfitrião do Congresso. (GIRAUDO, 2011, p. 25-26).

Assim, durante o primeiro *Congreso Indigenista Latinoamericano* celebrado em 11 de janeiro de 1940 na cidade de Pátzcuaro, Michoacán, México, nasceu a *Convención sobre el Instituto Indigenista Interamericano*. No artigo 1º foi estabelecida a criação de três órgãos: um Congresso Indigenista Interamericano para a discussão dos planos de trabalho, as pesquisas científicas e o reporte de atividades do Instituto Indigenista Interamericano, e dos Institutos Indigenistas Nacionales. (INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK, 2016).

Durante o Congresso de Pátzcuaro, participaram representantes de quase todo o continente americano, com exceção do Paraguai e do Canadá, e 47 delegados indígenas: 14

²³ Institutos indigenistas foram criados na Colômbia, em Equador e na Nicarágua em 1943, em Costa Rica em 1944, em Guatemala em 1945, no Peru em 1946, na Argentina em 1947, na Bolívia em 1949 e no Panamá em 1952. Porém, os países com orçamento insuficiente, cederam à ajuda de organismos multilaterais. Nos anos 50 programas como *Misión Andina* foram estabelecidos na Bolívia, no Equador e no Peru, abrangendo no percurso do tempo a Colômbia, a Venezuela, o Chile e a Argentina. Gradativamente a responsabilidade destes programas foi transferida aos Estados e nacionalizada; para 1973 a *Misión Andina* foi dissolvida. Cf. FAVRE, 1998, p. 105-108.

dos Estados Unidos, 32 do México e um do Panamá. (GIRAUDO, 2011, p. 25). Nos congressos posteriores, a presença indígena foi escassa, com exceção dos Congressos de 1965 e 1980. (GIRAUDO, 2006, p. 11). A figura do delegado indígena desapareceu, inclusive estando prevista no artigo II parágrafo 3º da Convenção que deu origem ao Instituto. (INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK, 2016).

Por orientação do mexicano Moisés Saénz, ator fundamental da organização do Instituto Indigenista Interamericano e da divulgação do indigenismo, criou uma classificação dos intelectuais dedicados à temática indígena a partir do movimento peruano. Os indianistas estudiosos do tema, como os antropólogos, historiadores, sociólogos; os indianófilos, composto por artistas como poetas, pintores, escritores; e os indigenistas, os impulsores de políticas que buscavam a redenção do índio, mesmo que o termo significasse “um barbarismo gramatical”. (GIRAUDO, 2011, p. 30).

Durante o Congresso de Pátzcuaro percebeu-se que as perspectivas latino-americanas eram muitas diversas. Existiam posturas que proponham desde a integração dos povos indígenas até aquelas que demandavam o respeito à livre determinação. A título de exemplo, o Peru percebia o indigenismo ligado à questão agrária e ao *gamonalismo*, por enquanto, o México inclinava-se ao sentido culturalista. (BENGOA, 1995, p. 170). De igual modo, o termo *indigenista* proposto por Saénz não conseguia um consenso entre os participantes.

No entanto, deve-se ressaltar que o discernimento de posturas distanciou o Brasil das políticas indigenistas continentais e a adesão ao Instituto foi tardia. Ao Congresso de Pátzcuaro acudiram da delegação brasileira o Edgard Roquete-Pinto membro do Sistema de Proteção do índio (SPI) e o diplomático Carlos de Lima Cavalcanti. No relatório dirigido ao Presidente Getúlio Vargas, Cavalcanti descreveu a grande influência comunista na delegação mexicana que contava com o apoio da delegação estadunidense para impor o indigenismo mexicano no continente. (BLANCHETTE, 2009, p.67).

O México e o Brasil mantiveram-se afastados pela diferença no tratamento da questão indígena, tanto nas políticas indigenistas como nos estudos antropológicos. No entanto, na década dos anos 1940 o Brasil adota algumas resoluções do indigenismo continental, como a comemoração do dia 19 de abril como Dia do Índio, instituído no Brasil por Getúlio Vargas, a pedido de Marechal Cândido Mariano da Silva Rondon. Brasil aderiu-se ao Instituto Indigenista Interamericano só em 1953, quando o Instituto se tornou um organismo especializado da OEA. No ano seguinte, uma delegação brasileira participou pela vez primeira de um Congresso Indigenista. (VERDUM, 2010, p. 19-20).

No documento *Acta Final* do Congresso de Pátzcuaro a postura geral de oferecer proteção aos povos indígenas é colocada, mas também consideraram algumas ideias avulsas e adiantadas à época sobre a reivindicação de seus direitos, como o reconhecimento da propriedade individual e coletiva da terra e o respeito de seus costumes durante um processo. Apesar do progressista conteúdo da *Acta Final*, foi colocada uma cláusula de salvaguarda que afirmava que todo o pactuado era de caráter moral, porém não era juridicamente vinculante para os governos participantes. (GIRAUDO, 2011, p. 41).

Finalmente, em 1942, o Instituto Indigenista Interamericano foi fundado no México, e em 1948 criou-se a filial mexicana do Instituto Nacional Indigenista. Porém, nos anos 60, o indigenismo entrou em crise. O trabalho dos científicos sociais e o indigenismo do Estado começaram a ser questionados. Publicações como *A eso que llaman Antropologia Mexicana* escrita por destacados antropólogos e intelectuais mexicanos, criticou a preservação do colonialismo e a servidão do indígena por meio destas políticas indigenistas em vez de liberá-los. Por sua vez, durante o auge das reformas agrárias na América Latina na década dos 70, o indígena é assumido como um camponês e organizado em sindicatos. A modernização agrícola era considerada o passo próximo à modernidade. (BENGOA, 1995, p. 177).

As instituições indigenistas perderam importância ante o movimento camponês, reduziram-se suas atividades à promoção cultural com a exceção do México e do Brasil. Outras instituições indigenistas converteram-se em privadas como ocorreu com o Equador, a República Dominicana, Honduras e a El Salvador. (ITURRALDE G., 2003, p. 58). Concluída a etapa de reforma agrária com relativo sucesso, os movimentos camponeses perderam força. Os indígenas que participaram dos movimentos agrários perceberam que a modernização das técnicas agrícolas prejudicou a coesão cultural e os sistemas comunais de terra. Desse modo, a revalorização do étnico motivou a mobilização indígena. (BENGOA, 1995, p. 178-179).

Uma nova relação entre as instituições indigenistas e os indígenas se iniciou. A presença de indígenas em foros internacionais foi iminente como aconteceu na Reunião de Barbados em 1971. Mas dos 11 Congressos Indigenistas Interamericanos celebrados desde 1940 até 1993, somente a partir do Congresso de Mérida de 1980 instituíram-se “foros paralelos” ao evento para envolver os dirigentes indígenas, uma proposta de replanejamento do indigenismo afastado do paternalismo. (GIRAUDO, 2006, p. 8, 12, 14).

Em 1985, durante o Congreso de Santa Fe participaram 800 delegados e observadores indígenas, o maior número de representantes indígenas na história do Instituto Indigenista Interamericano. Pese as recomendações para repor a participação indígena, a figura do

delegado indígena só foi restabelecida no Congreso de Managua de 1993. (GIRAUDO, 2006, p. 13-14, 25). A importância do movimento indígena evidenciou-se quando a OIT solicitou a participação indígena para a revisão da Convenção 107. (BENGOA, 1995, p. 178-179). Esgotado o indigenismo e diante do surgimento de movimentos indígenas, procurou-se outra solução institucional à problemática indígena.

O Instituto Indigenista Interamericano trouxe várias tentativas de reestruturação, e concluiu seu trabalho em 2009. Criado para coordenar as políticas indigenistas americanas, não cumpriu com as expectativas devido à política interna dos países, a falta da obrigatoriedade de suas resoluções e a escassa colaboração econômica. Aliás, cada país tinha sua própria agenda e nunca alcançaram unidade na direção que o indigenismo devia prosseguir. No entanto, reconhece-se o Instituto como a entidade indigenista mais importante da época, que difundiu a condição dos povos indígenas, fomentou a valorização da cultura indígena e produziu uma vasta produção acadêmica que sentou as bases dos estudos científicos na matéria.

Sob a influência do Estado-nação e do capitalismo, o indigenismo como projeto de construção de nações homogêneas mediante a integração indígena, procurou uma identidade social que conduzisse ao progresso nacional. Mas a crise foi iminente, pois o ideal hegemônico ocidental bateu com a realidade latino-americana. As políticas formuladas pelos não índios só conseguiram reafirmar a tutela estatal sobre os índios. Como Favre aponta (1998, p. 5) o indigenismo “...não é a manifestação do pensamento indígena, mas uma reflexão do mestiço e do crioulo sobre o índio”.

Embora integracionista, o indigenismo cumpriu na medida do possível com os fins para os quais foi criado: resguardar o índio dentro da sociedade moderna. Na época de seu apogeu, a participação indígena era nula e a mobilização inexistente, ignorava-se que a reivindicação do índio devia nascer dele mesmo e não como uma política do Estado.

Durante a década dos anos 90, o também chamado *neoindigenismo* estreita a comunicação entre o Estado e as organizações indígenas e as organizações não governamentais de direitos humanos. Essa interação motivou o reconhecimento dos direitos indígenas no nível internacional e depois no nacional. Os povos indígenas já fortalecidos podiam exigir a reivindicação de seus direitos e dos interesses da sua comunidade. O novo indigenismo “é multilateral (como uma relação interativa), pluridirecional (com atores e políticas diferenciadas) e de diversos propósitos”. (ITURRALDE G., 2003, p. 59-60).

Na época, as nações latino-americanas arquitetaram estabilidade política por meio das reformas constitucionais ou a promulgação de novas Constituições. As mudanças constitucionais em América Latina aconteceram motivadas pelo fim de ditaduras, o início de democracias, a legitimação de regimes democráticos ou de novas forças políticas. As mudanças guardam similitudes na questão ideológica: o fortalecimento dos direitos humanos, a laicidade do Estado e o reconhecimento à diversidade. A Constituição Brasileira de 1988 é considerada o divisor de águas do novo horizonte constitucional latino-americano que motivou a inclusão do direito ao meio ambiente e os direitos dos povos indígenas.

Por sua vez, reformas institucionais realizaram-se, mormente no poder judiciário para efetivar a ampliação de direitos, e criaram-se figuras de *ombudsman*. Para minguar o presidencialismo e evitar o autoritarismo, espaços de participação cidadã ampliaram-se e órgãos de controle do poder público foram criados. Em contrário pensar, países como o Brasil, a Argentina e a Venezuela reforçaram o poder presidencial mediante a reeleição. Esse novo constitucionalismo, adaptado à realidade latino-americana e separado do neoconstitucionalismo europeu e estadunidense divide-se em três ciclos em relação ao reconhecimento dos direitos indígenas: o multicultural, o pluricultural, e o plurinacional. (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 140-141).

O período de constitucionalismo multicultural (1982-1988) iniciou-se com o multiculturalismo e a reivindicação das demandas indígenas no nível internacional. A Constituição do Canadá (1982) é a pioneira no reconhecimento da herança multicultural e na incorporação dos direitos dos aborígenes de seu território, seguida pelas Constituições de Guatemala (1985) e de Nicarágua (1987) que também reconhecem o caráter multiétnico, multicultural e multilíngue de seus países. (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 141).

No segundo ciclo de reformas, o constitucionalismo pluricultural (1989-2005), as Constituições reafirmaram o direito individual e coletivo à identidade e à diversidade cultural do primeiro ciclo, e desenvolveram conceitos como nação multiétnica/multicultural e Estado pluricultural. No marco da Convenção 169, o pluralismo e a diversidade cultural converteram-se em princípios constitucionais, incorporando numerosos direitos indígenas como a educação bilíngue intercultural e o direito à terra. (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 142).

Durante esse ciclo, o pluralismo jurídico reafirmou-se com a reconhecimento das autoridades indígenas para produzir normas, administrar justiça e organizar a ordem pública interna sob o controle constitucional. A progressão do direito internacional dos direitos indígenas, a internacionalização das demandas indígenas, o multiculturalismo e as reformas

do Estado, conceberam o contexto favorável para a efetuação do pluralismo na região: Colômbia (1991), Paraguai (1992), Peru (1993), Bolívia e Argentina (1994), Equador (1996 e 1998), Brasil (1988) e Venezuela (1999). (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p.142-143).

Nada obstante, as reformas constitucionais do reconhecimento dos direitos indígenas aconteceram paralelamente às reformas neoliberais, como a diminuição do papel social do Estado e/ou a abertura de transnacionais em territórios indígenas para práticas extrativistas, o que neutralizou os novos direitos. (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 143). A falta de instituições e mecanismos especializados nos novos direitos reconhecidos e a ausência de sua incorporação no corpo legal coadjuvaram reduzir os avanços ganhos.

O terceiro ciclo, o constitucionalismo plurinacional, está conformado pelos processos constituintes da Bolívia (2006-2009) e do Equador (2008) no contexto da adoção da Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas (2007). As Constituições andinas proponham a refundação do Estado a partir do reconhecimento dos povos indígenas como nações originárias com livre determinação para autogovernar-se. Os povos indígenas como sujeitos coletivos constituintes procuram a reparação da sua exclusão e a erradicação do colonialismo. (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 149).

Nesse sentido, também se exige a efetivação dos direitos sociais que incorporam à cosmovisão indígena como o direito à água ou *el buen vivir* (*Sumak Kawsay*), mencionado no texto constitucional da Bolívia e transversalizado pelo texto do Equador. Do mesmo modo, a natureza ou a *Pachamama* reconhecida como um novo sujeito de direitos pela Constituição do Equador define um projeto de país que desde uma perspectiva biocêntrica e plurinacional impede que as relações capitalistas globais conduzam o desenvolvimento nacional. (SANTOS, 2010, p. 83-83).

As Constituições de Bolívia e do Equador reconhecem a interculturalidade, pluralizam a democracia e as formas de exercício do poder com reconhecimento explícito das autoridades e da jurisdição indígena no marco da livre determinação. Mas o progressista constitucionalismo plurinacional, mais forte na Bolívia que no Equador, gerou resistência dos conservadores e para poder salvar o novo pacto político, o pluralismo foi limitado. Diante disso, os textos constitucionais expõem disposições pluralistas e disposições limitantes simultaneamente. (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 150-153).

Depois de séculos do Estado moderno é inexorável que existam dificuldades em aceitar um novo Estado que implique uma transformação institucional, política e social.

(SANTOS, 2010, p 70). Diante da crise do Estado, o constitucionalismo plurinacional propôs a refundação do Estado como meio de reivindicação indígena. Porém, o apoio das organizações indígenas tem diminuído pela ausência de resultados e as práticas neoextrativistas que incentivam o capitalismo e o colonialismo que se expandem em contradição com o postulado inicial.

O constitucionalismo plurinacional distingue-se por ser um ato político com discursos reformistas antineoliberais e anticolonialistas, produto de mobilizações sociais de com ampla participação popular. Desde a perspectiva da epistemologia do sul, o Estado plurinacional envolve um novo conceito de nação que poderia ser uma etapa transitória e experimental para a refundação do Estado, mesmo que construído em base ao Estado moderno. A refundação do Estado como exigência civilizatória implica um complexo processo político de longo prazo. (SANTOS, 2010, p. 70-71, 81, 98, 110,133).

Na região latino-americana, a procura pelo reconhecimento dos povos indígenas não somente implica uma reivindicação histórica, mas como um passo evolutivo à transformação social pela participação de todos os membros da sociedade. Seja por meio da reinvenção do Estado, seja pela transformação do direito, persiste o desafio de metamorfosear a narrativa do novo constitucionalismo latino americano comumente vista como uma lista de bons desejos em um verdadeiro projeto de país.

3.2 A MOBILIZAÇÃO INDÍGENA E O RECONHECIMENTO JURÍDICO MÉXICO-BRASIL

Durante o século XX e início do século XXI, a questão indígena ganhou relevância internacional por causa da mobilização contemporânea dos povos indígenas. Os movimentos indígenas existem desde a época colonial pela resistência à subjugação europeia mas, ante a falta de coesão e repressão dos colonizadores, agiram de maneira local e menor; ganhando verdadeiro reconhecimento internacional nos anos 70. A abertura de espaços de participação indígena e o questionamento sobre a celebração dos 500 anos da invasão europeia na América configuraram um discurso étnico de revalorização da identidade indígena.

México está marcado por dois movimentos nacionais, mas a mobilização indígena começou com a criação em 1973 do Movimiento Nacional Indígena (MNI) e do Consejo

Nacional de Pueblos Indígenas (CNPI) em 1975 pelo governo *priísta*²⁴ como um meio para apaziguar as inconformidades contra as políticas indigenistas, mas na verdade serviam para impulsionar tais medidas. Mas nos anos 80 se conformaram organizações regionais que não eram iniciativa do Estado e que se confundiram com as demandas camponesas de terras e autogestão. Simultaneamente, apareceram organizações que procuravam autonomia política no desenvolvimento de projetos de produção independentes do Estado e estabeleceram redes regionais. (LÓPEZ BARCENAS, 2005, p. 17-20).

Porém, em 1988 criou-se o Frente Independiente de Pueblos Indios (Fipi) que representou uma mudança significativa dos movimentos indígenas, e o antecedente dos movimentos atuais, que procurava a autonomia dos povos indígenas inspirado na autonomia regional de Nicarágua. No fim dos anos 80, o discurso indígena delimitou claramente o movimento indígena do camponês mediante o Primer Foro Internacional sobre Derechos Humanos de los Pueblos Indios em Oaxaca e a criação do Frente Nacional de Pueblos Indígenas (FRENAPI) de 1989, assim como a campanha nacional 500 años de resistência Indígena Negra y Popular de 1992. (LÓPEZ BARCENAS, 2005, p. 21-22).

Em 1994 aparece o *Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN)* cujas demandas indígenas estavam implícitas na frase *Somos producto de 500 años de lucha* da sua primeira declaração. A abertura governamental ao EZLN foi aproveitada por outras organizações indígenas para fortalecer a luta indígena, como a organização no fim de 1994 da Convención Nacional Indígena em Guerrero que contou com a presença de 94 organizações de 20 entidades federativas e mais de 1500 participantes. Mesmo que a autonomia regional fosse preponderante no movimento indígena, existiam outras posturas a favor de autonomias comunais e municipais. (LÓPEZ BARCENAS, 2005, p. 22-26).

Em 1995 nasceu a Asociación Nacional Indígena Plural por la Autonomía (Anipa), organizado por legisladores indígenas²⁵ que, mediante negociações entre as suas organizações e os partidos políticos, conseguiram ascender aos postos, abandeirava a proposta da autonomia regional. Primeiramente, a proposta de reforma constitucional para incluir a autonomia regional foi discutida e introduzida nas demandas indígenas, mas evidentemente era inviável dada a dispersão dos povos pelo território nacional. (LÓPEZ BARCENAS, 2005, p. 26).

²⁴ Do Partido Revolucionario Institucional (PRI) que governou o México durante 70 anos.

²⁵ Dada à proximidade com os partidos políticos se constituiu como uma organização vertical com pouca participação indígena, com discursos contraditórios, pois na teoria impulsava a luta indígena quando na prática se inclinava à implementar políticas de direita.

Durante o diálogo entre o governo federal e o EZLN foram convidados autoridades, líderes e organizações indígenas, cujas conversas desembocaram nos Acuerdos de San Andrés. O diálogo consolidou o Primer Foro Nacional Indígena precedido por muitos regionais onde foram discutidas as diversas propostas de autonomia, todas legitimadas ante a falta de consenso, o que originou os movimentos indígenas atuais. (PÉREZ RUÍZ, 2000, p. 211). Nos Acuerdos se estabeleceu que a autonomia indígena se realizaria nos termos que os povos decidissem, o que aos olhos da Anipa representava uma traição. Então se desligaram do EZLN e não assistiram ao Segundo Foro onde se organizou uma rede de organizações indígenas: Congreso Nacional Indígena (CNI). (LÓPEZ BARCENAS, 2005, p. 31).

Estabelecido em 1996, o CNI organizou uma assembleia em que os membros da Anipa propuseram uma organização vertical e defenderam o projeto da autonomia regional. Mas os assistentes preferiram apegar-se aos Acuerdos de San Andrés e fazer do CNI um espaço de participação indígena sem hierarquias e sem a caça de interesses pessoais. Mas ambos os movimentos se mantiveram unidos até o reconhecimento jurídico indígena, pois ainda com posturas divergentes os dois concordavam no mesmo objetivo. (LÓPEZ BARCENAS, 2005, p. 32).

Mas infelizmente as diferenças entre os movimentos nacionais fizeram-se evidentes ante o não cumprimento dos Acuerdos de San Andrés pelo Estado mexicano e a reforma constitucional de 2001 que provocou a diáspora das organizações indígenas. Mas na apresentação de 330 controvérsias constitucionais contra as irregularidades do processo de reforma se evidenciou a existência de mais movimentos indígenas regionais e de lugares impensáveis. A SCJN não resolveu a favor dos povos, já que “o Estado tinha fechado as portas ao reconhecimento dos direitos indígenas”. (LÓPEZ BARCENAS, 2005, p. 36-43).

Diante do ocorrido, a resistência indígena se manifestou agora por meio da autonomia com os 38 municípios autônomos de Chiapas criados pelo EZLN, e outros em Guerrero, Michoacán e no Estado de México. A polícia comunitária de Guerrero, o município de Cherán, e os povos tutunakus de Puebla contra o projeto hidroelétrico são outros exemplos dos novos e diversos movimentos indígenas, “...não como um reconhecimento constitucional, mas como uma construção na realidade”. (LÓPEZ BARCENAS, 2005, p. 20).

No caso do Brasil, nos anos 70 e 80, a propagação da teoria da libertação, o Estatuto do índio, a abertura da Transamazônica, a repressão do regime militar, as denúncias

internacionais de genocídio e a criação do Conselho Missionário Indigenista (Cimi)²⁶ representavam o contexto do paralelismo de políticas aculturadoras do índio e das posturas defensoras da diversidade étnica. Os movimentos indígenas apareceram com força com ações políticas, com mecanismos de representação para publicitar suas problemáticas. Por meio dessas pressões, o Estado se viu obrigado a melhorar a qualidade de vida dos índios e a demarcação das terras indígenas.

Antes dos anos 70, os movimentos indígenas eram isolados, sempre controlados pelo Estado por meio da Funai. Mas em 1974 realizou-se a 1ª Assembleia Nacional de Líderes Indígenas na Missão Anchieta, em Diamantino (MT), com apoio do Cimi que potenciou o movimento com a participação das Comissões Pró-Índios (São Paulo, Rio de Janeiro e Acre), das regionais da Associação Nacional de Apoio aos Índios/Anáí (Rio Grande do Sul e Bahia), da Comissão pela Criação do Parque Yanomami (CCPY), do Centro de Trabalho Indigenista (CTI) e do Núcleo de Direitos Indígenas (NDI) que se transformou no atual Instituto Socioambiental (ISA). (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 188,193).

Mas a mobilização incrementou-se contra o “projeto de emancipação dos índios” (minuta de decreto que previa a perda dos territórios indígenas) que motivou a criação em 1980 da primeira organização nacional dos índios, a União das Nações Indígenas Unind, hoje UNI. Por meio das Assembleias, convergiram-se os diferentes movimentos em um só que procurava a reivindicação indígena com a demarcação de terra e a autodeterminação. As agressões e os assassinatos aos líderes indígenas tentaram reprimir a mobilização. (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 193).

Com a redemocratização do Brasil e a instalação do Constituinte em 1987, a UNI em conjunto com o movimento pró-índio apresentou à Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Deficientes e Minorias uma proposta de artigos sobre direitos indígenas. A presença de índios no Congresso Nacional pressionou a favor da reivindicação indígena e acompanhou as negociações do capítulo *Dos Índios* até a promulgação da Constituição de 1988. (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 193-195).

²⁶ O Cimi é um organismo vinculado à CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil) criado em 1972, quando o Estado brasileiro assumia abertamente a integração dos povos indígenas à sociedade majoritária. O Cimi procurou favorecer a articulação entre aldeias e povos, promovendo as grandes assembleias indígenas, em que se desenharam os primeiros contornos da luta pela garantia do direito à diversidade cultural. Em 1992 e 2000 o Cimi criou campanhas de resistência e denúncia sobre a preocupante situação dos índios junto com os movimentos indígenas, mas a perspectiva religiosa do Conselho causou problemas e divisões.

Posteriormente, o movimento indígena se fortaleceu pela sua imbricação com a proteção do meio ambiente no cenário internacional, os direitos humanos e a democratização da região latino-americana. O movimento indígena cresceu, e atualmente existem centenas de ONG voltadas à questão indígena e ambiental que persistem e resistem na luta pela inconclusa reivindicação indígena. Os novos movimentos indígenas precisam de novas ações coletivas para encarar o desafio da implementação efetiva dos direitos reconhecidos dificultada pelo neoliberalismo e o neoextrativismo.

A mobilização indígena que impulsionou o reconhecimento jurídico contemporâneo dos povos do presente texto, se acompanha de um percurso histórico de documentos jurídicos que desde a independência do México e do Brasil contemplaram os povos indígenas com fins utilitaristas ou assimilacionistas até o reconhecimento constitucional dos séculos XX e XXI.

3.2.1 As reformas constitucionais 1992 e 2001 do México

No século XIX o Estado Mexicano omitiu os povos indígenas dos textos constitucionais, as poucas referências legislativas eram artimanhas cobiçadas pela lei para espoliar os povos indígenas de suas terras e seus recursos. Desde o Plan de Iguala, o acordo que concedeu a Independência do México, os povos indígenas já estavam excluídos do projeto de nação. O Plan estabeleceu a igualdade para toda a população como uma estratégia para negar os direitos dos povos indígenas, porque não eram iguais e não existiam as condições para ser. Precisavam-se reconhecer as diferenças culturais e dar um trato diferenciado para alcançar a igualdade. (LÓPEZ BÁRCENAS, 2010, p. 23-24).

Consumada a Independência do México pelo Plan de Iguala e pelo Tratado de Córdoba em 1821, criou-se a Junta Provisional Gubernativa para convocar um congresso constituinte. Diante da falta de consenso entre as forças políticas e o desconhecimento do Tratado de Córdoba pela Espanha, Agustín de Iturbide se autodeclarou Imperador do México em 1822. Em 04 de outubro de 1824, a primeira Constituição do México independente entra em vigor para derrocar o Primeiro Império Mexicano. A Constituição redigida em base à Constituição norte-americana e a Constituição de Cádiz estabeleceu uma república representativa e federal com divisão de poderes e independente da Espanha. A República tomou o nome de *Estados Unidos Mexicanos* com o catolicismo como a religião oficial. (ZORAIDA VÁZQUEZ, 2008, p. 269-270).

O artigo 49º parágrafo XI da Constituição de 1824 facultava o Congresso para legislar sobre o comércio com nações estrangeiras, entidades federativas e tribos índias. Essa disposição fora de contexto procede da tradução literal do artigo 1º seção 8 parágrafo 3 da Constituição Federal dos Estados Unidos de América, o qual reconhecia o *status* jurídico dos indígenas sob a tutela do Estado. (CLAVERO, 1997, p. 44). A Constituição de 1824 foi a única Carta Magna mexicana durante o século XIX que fez uma menção expressa sobre os povos indígenas, mas não lhes conferia nenhum direito.

Na época, as lutas entre os grupos políticos eram constantes e a Constituição era reformada dependendo de quem assumia o poder. Em 1835, a Constituição de 1824 foi revogada pelos conservadores, mudando do regime federalista para o centralista por meio das Siete Leyes Constitucionales de 1836. De corte liberal, o texto estabeleceu o voto censitário para reduzir a extensa representação que causava instabilidade (ZORAIDA VÁZQUEZ, 2008, p. 281), e um sistema oligárquico que ignorou os direitos de uma maioria indígena e mestiça.

A exclusão que os indígenas sofriam era ainda agravada com restrições econômicas e educativas infligidas pelo mesmo Estado. As *Bases de Organización Política de la República Mexicana de 1843* determinava no artigo 18º que a cidadania era garantida a aqueles que cumpriam com determinadas condições: ganhar um ingresso anual de 200 pesos anuais provenientes de um capital, indústria ou trabalho honesto e, a partir de 1850 saber ler e escrever. (CÁMARA DE DIPUTADOS LXIII LEGISLATURA, 2016).

Na metade do século XIX, o México encontra-se num período crucial para a consolidação do Estado pese aos diversos infortúnios acontecidos: a invasão norte-americana (1846-1847), a Guerra de los Tres Años (1858-1860), o fugaz Império de Maximiliano (1864-1867) e o desterro do ditador Santa Anna frente aos revolucionários de Ayutla (1857). O regime liberal e o constitucionalismo estavam de volta, mas com enfrentamentos entre liberais e conservadores, a Igreja contra o Estado. (FERRER MUÑOZ; BONO LÓPEZ, 1998, p. 50).

Uma nova Constituição era necessária para refundar o Estado Mexicano e, durante as discussões do projeto da Constituição de 1857, destaca-se a discussão em torno da questão indígena, analisada desde uma ótica integracionista e benfeitora. Os partidários pela homogeneização dos povos indígenas à sociedade moderna superavam em número aos partidários de conservar o paternalismo da Coroa espanhola. Porém, sobressai a consciência de diversos legisladores sobre o respeito aos povos indígenas e sua reivindicação.

Durante a sessão do Congresso Constituinte em 16 de junho de 1856, o deputado José María del Castillo Velasco expressou o sofrimento histórico dos povos indígenas exigindo que suas terras fossem recuperadas: “Existe na nossa República, Senhor, uma raça desgraçada de homens, que chamamos indígenas, descendentes dos antigos donos destas ricas comarcas, e humilhados agora com sua pobreza infinita e suas lembranças de outros tempos”. (ZARCO, 1857, p. 514).

Semanas depois, o deputado Castellanos ratificou o apoio em reivindicar terras aos povos indígenas, mas antes a Igreja se submeteria ao Estado para evitar que os índios continuassem sendo abusados pelo clero. Castellanos finalizou com uma frase que priorizou a problemática da Igreja sobre a questão indígena na Constituição de 1857: “Outorguem terras aos índios e permitam as obvenções paroquiais, e vocês não farão que aumente o número de escravos que acrescentem a riqueza do clero”. (ZARCO, 1857, p. 673).

O deputado Ignacio Ramírez nas discussões em 07 de julho de 1856 ressaltou a necessidade de conformar um projeto constitucional adequando à realidade social do país, já que “entre as muitas ilusões com que nos alimentamos, uma menos funesta é supor que nossa pátria é uma nação homogênea”. Ramírez exortava os legisladores perceber as diversas nações que conviviam no mesmo território mexicano, quem tinham conservado sua cultura apesar das circunstâncias. (ZARCO, 1857, p. 662-663).

Finalmente, a Constituição de 1857 foi promulgada e não incluiu nenhuma disposição sobre os povos indígenas, só uma referência no artigo 111º sobre a união com Estados fronteiriços para iniciar uma guerra ofensiva ou defensiva contra os bárbaros. (FERRER MUÑOZ; BONO LÓPEZ, 1998, p. 55-56). A ideologia liberal impôs a igualdade à população mexicana, reduzida a uma mera ficção jurídica. Por consequência, a discussão sobre os direitos indígenas foi posposta.

Em respeito às Constituições estaduais, também não fizeram menção explícita dos indígenas. Nesse sentido a Constitución Política del Estado Libre de Occidente (1825), que abrangia os atuais Estados de Sonora e Sinaloa, no seu artigo 4º proibia a escravidão, o comércio e a venda de índios das nações bárbaras, e no artigo 21º estabelecia a igualdade dos homens. Mas o artigo 28º condicionava o exercício dos direitos a aqueles que tinham costume de andar nus, com exceção dos indígenas a quem aplicar-se-ia a disposição a partir de 1850, (OLEA, 1985, p. 38, 41, 43) tal como as Bases de 1843 estabeleciam.

A inclusão de artigos com referência aos indígenas não foi por acaso. Um mês antes da promulgação da Constitución de Occidente, os povos yaquis sublevaram-se na defesa da sua autonomia e sua identidade depois de manter uma trégua desde 1740. Os yaquis argumentavam ser forçados a integrar a milícia sob as ordens do comandante do Estado e não de seu capitão indígena. Além, o governo pretendia cobrar impostos pelas terras indígenas. (LÓPEZ BÁRCENAS, 2010, p. 33).

Diante o acontecido, diversas leis foram aprovadas para evitar novas rebeliões índias como a *Ley para el Gobierno Particular de los Pueblos Indígenas*, as quais conferiam direitos aos indígenas como votar pelos governantes estaduais, e a *Ley para el repartimiento de terras a los pueblos indígenas*, reduzindo-as à propriedade privada e as terras indígenas concedidas a terceiros pela autoridade eram respeitadas, procurando a restituição ou reposição das terras despejadas para os indígenas em outro assentamento. (OLEA, 1985, p. 98-99).

No século XX, numerosos camponeses e indígenas uniram-se à Revolução Mexicana atraídos pela promessa de reivindicação por mérito do derrocamento do porfiriato. Triunfante a Revolução e com a nova Constituição de 1917, o artigo 27º reconheceu o direito de restituição da terra ou de dotação, mas na forma de *ejido* ou de comunidade agrária, não como terra indígena. A disposição reservou à nação a propriedade originária das terras e das águas mantendo o direito de conquista usado pela Coroa espanhola. (LÓPEZ BÁRCENAS, 2010, p. 45).

López Bárcenas aponta (2010, p. 45) que o direito de conquista se justificava na época colonial pelos detentores do poder, mas não se explicava que havendo os indígenas participado da Revolução Mexicana para recuperar suas terras, o Congresso tinha desrespeitado o princípio de direitos adquiridos por ter ocupado as terras antes que o Estado se formasse. A propriedade privada precisava-se regular para evitar latifúndios, mas as terras indígenas que respondiam a uma lógica distinta, não foram diferenciadas da propriedade privada, social ou pública. As terras indígenas poderiam ter sido protegidas por meio de algum “cadeado” jurídico, como designá-las de utilidade pública, mas não existiu a vontade política.

A reforma agrária extinguiu o regime latifundiário do porfiriato e beneficiou mais de três milhões de camponeses sem-terras durante um período de sete décadas. Porém, a entrega de terras era insuficiente, se precisava da modernização da agricultura, créditos, escolas etc. Paralelamente começa o período de violência antiagrarista além da corrupção e da

burocratização dos líderes camponeses que caracterizariam as etapas posteriores da reforma agrária. (STAVENHAGEN, 2013, p. 26-27).

O exercício do poder concentrou-se no município como base da organização política deixando os governos indígenas na ilegalidade. A única forma de obtenção de terras pelos povos indígenas era por meio da comunidade agrária ou do *ejido*, mas nem todas as comunidades agrárias eram indígenas e nem todas as comunidades indígenas eram agrárias, existindo variantes como comunidades agrárias formadas por mestiços. Embora considerada progressista, a Constituição de 1917 faliu em reconhecer o direito à terra dos povos indígenas. (LÓPEZ BÁRCENAS, 2010, p. 46).

Como mencionado, na etapa pós-revolucionária surge o indigenismo, “uma corrente de opinião favorável aos indígenas” (FAVRE, 1998, p. 7), como política nacional de integração dos povos indígenas à cultura prevaiente, e como expressão literária e artística de exaltação da cultura indígena. A Revolução Mexicana forjou um forte nacionalismo que se fundamentou na Constituição de 1917, na soberania sobre os recursos e no direito de determinar o próprio destino. (STAVENHAGEN, 2013, p. 25).

A tutela estadual sobre os povos indígenas é institucionalizada nos anos 20 com a Secretaría de Educación Pública; diversas políticas públicas são experimentadas como as escolas rurais ambulantes ou a Casa del Estudiante Indígena. (STAVENHAGEN, 2013, p. 28). No desenho das políticas assistencialistas os povos indígenas não foram consultados já que eram consideradas minorias culturais que desapareceriam no percurso do tempo. (LÓPEZ BÁRCENAS, 2010, p. 47).

No fim dos anos 30, durante a presidência de Lázaro Cárdenas, a reforma agrária reavivou e o indigenismo consolidou-se no continente americano por meio do Instituto Indigenista Interamericano e, em 1948, criou-se o Instituto Nacional Indigenista para aplicar as políticas governamentais para os indígenas. Durante sua gestão, apesar das dificuldades orçamentárias, o Instituto Nacional Indigenista conseguiu ampliar as redes de saúde pública às comunidades indígenas afastadas, realizou projetos de educação bilíngue e projetos produtivos rurais. Mas nos anos 60-70 entrou em crise e desprestígio.

No século XXI, o primeiro reconhecimento dos povos indígenas é realizado por meio da reforma constitucional em 28 de janeiro de 1992, que coincidiu com os 500 anos da invasão espanhola e a ratificação da Convenção 169 em 1990. A adição ao artigo 4º da Cpeum reconhecia a composição pluricultural da nação em base à existência dos povos

indígenas, mas restringia os direitos indígenas ao plano cultural e adjudicava à lei o acesso à jurisdição do Estado. (LÓPEZ BÁRCENAS, 2010, p. 49).

A reforma gerou descontento nos povos indígenas e numerosas críticas porque se suspeitava que um regime de “cidadania neoliberal” instituía que os indígenas seriam atores livres e independentes da economia do mercado. (STAVENHAGEN, 2013, p. 43). A reforma agrária chegou ao seu fim, tirou o caráter de inalienáveis, imprescritíveis e não embargáveis da propriedade social, e as terras *ejidales* entraram no mercado.

Ao mesmo tempo reformou-se o artigo 27º da Cpeum sobre as terras dos grupos indígenas desconhecendo-lhes como povos e atribuindo à lei sua proteção. O inciso VII, parágrafo segundo do art. 27º expressa “A Lei protegerá a integridade das terras dos grupos indígenas”, mas a Ley Agraria que é a norma aplicável, determinou no seu artigo 106º que as terras seriam protegidas pelas autoridades conforme a lei que regulamente o artigo 4º²⁷ e 27º da Cpeum, lei que nunca existiu. (LÓPEZ BÁRCENAS, 2010, p. 50, 125).

Em 1994, o tema dos direitos indígenas voltou a ser foco de atenção com a sublevação do EZLN em Chiapas no mesmo dia em que o Tratado de Libre Comercio com América del Norte (TLCAN) entrou em vigor. A insurreição do EZLN conformado por mexicanos na sua maioria indígenas exigia a reivindicação indígena e protestava contra as políticas neoliberais que incidiam na marginalização dos povos e das comunidades indígenas.

De início, o governo federal respondeu militarmente, mas um mês depois começou o diálogo com o EZLN por meio da Comisión de Concordia y Pacificación (Cocopa) criada pela Ley para el diálogo y la reconciliación em Chiapas. Também foi convocado o Foro Nacional de Cultura y Derechos Indígenas com a participação de 500 representantes de 35 povos indígenas. Em uma mesa de conversas, o governo federal, a Cocopa e o EZLN discutiram uma nova relação entre o Estado Mexicano e os povos indígenas, fundada em reformas constitucionais para o reconhecimento dos direitos indígenas. Enfim, em 16 de fevereiro de 1996, o governo federal e o EZLN assinam os Acuerdos sobre Derechos y Cultura Indígena, chamados comumente de *Acuerdos de San Andrés*, com fundamento na Convenção 169. (ESPINOZA, *et. al.*, 2002, p. 87).

Em novembro de 1996, a Cocopa elaborou uma proposta de reforma constitucional em base aos Acuerdos de San Andrés acolhida pelo EZLN, mas o governo federal apresentou uma contraproposta que desvirtuava os pontos concordados. Em razão disso, o EZLN

²⁷ Deve-se interpretar que o artigo 4º referenciado agora é o 2º da Cpeum reformado em 2001.

finalizou o diálogo com o governo federal. Em dezembro de 2000, poucos dias depois de assumir a Presidência um partido de oposição por vez primeira, a proposta de reforma da Cocopa foi enviada ao Congreso de la Unión para sua discussão sem maiores explicações. (STAVENHAGEN, 2013, p. 38).

Como o artigo 135º da Cpeum estabelece, o Senado recebeu a iniciativa de reforma a qual modificou substancialmente para sua aprovação. Após, a Cámara de Diputados recebeu e aprovou o ditame. Em seguida o ditame foi enviado às legislaturas locais sendo rejeitada por aquelas com maior população indígena por considerá-lo incompatível com os Acuerdos de San Andrés. Finalmente, a Comisión Permanente del Congreso de la Unión contabilizou os votos determinando que o ditame foi aprovado pela maioria das legislaturas locais integrantes da Federação. (ESPINOZA, *et. Al.*, 2002, p. 91-92).

O governo federal não imaginou que, para os povos indígenas, os acordos representavam o compromisso de dar a palavra. O governo aproveitou o desconhecimento dos indígenas de termos jurídicos para justificar as modificações realizadas à proposta de reforma da Ley Cocopa, ignorando inclusive ordenamentos internacionais como a Convenção 169. (OBSERVATORIO CIUDADANO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, 2016, p. 24).

O Congreso de la Unión declarou a proposta de reforma como aprovada já que tinha sido admitida pela maioria dos congressos locais e pelas respectivas câmaras. Em 14 de agosto de 2001 se publica a reforma constitucional no Diario Oficial de la Federación e, a partir do dia seguinte, entra em vigor modificando os artigos 1º, 4º, 18º e 115º da Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De imediato 300 *controversias constitucionales* foram interpostas contra a reforma pelos municípios com população indígena maioritária. Um ano depois, em 6 de setembro de 2002, a SCJN declarou que não tinha competência para conhecer de reformas constitucionais, já que a Constituição não facultava ela para decidir sobre os atos realizados pelo Congreso de la Unión e pelos congressos locais. A decisão da SCJN foi contraditória, já que existe uma tesis jurisprudencial²⁸ que reconhece sua prerrogativa para conhecer dos procedimentos de reforma constitucional porque não se impugna a Constituição, mas o processo de reforma. Para fundamentar sua resolução a SCJN realizou uma interpretação restritiva e estendida da Constituição. (LÓPEZ BARCENAS; ZÚÑIGA BALDERAS; ESPINOZA SAUCEDA, 2002, p.11-12, 32, 67-68).

²⁸ Tesis: Amparo en revisión 1334/98.- Manuel Camacho Solís.- 9 de setembro de 1999.

Por sua vez, o EZLN emitiu um comunicado em 29 de abril de 2001 que expressava que a reforma não corresponde às demandas indígenas nem aos Acuerdos de San Andrés, desrespeitando aos povos indígenas e a mobilização que deu origem ao diálogo com o governo. O EZLN desconheceu formalmente a reforma e o diálogo com o governo federal será reiniciado até que os direitos e a cultura indígena sejam reconhecidos através da “Iniciativa de Ley de la Cocopa”. (ENLACE ZAPATISTA, 2001).

A decisão acabou com a esperança dos povos indígenas que o procedimento de reforma fosse invalidado. Deve-se ressaltar que durante o processo legislativo os povos e as comunidades indígenas não foram consultados. Os Acuerdos de San Andrés são um dos textos políticos mais relevantes sobre direitos indígenas existentes devido à legitimidade social da sua elaboração, um documento referencial para os povos indígenas do mundo. Ademais, são um compromisso jurídico com fundamento na Convenção 169, que foi aceito pelo Estado Mexicano para realizar reformas constitucionais que reconhecessem a autonomia e a livre determinação dos povos indígenas como primórdio de todos os direitos.

O descumprimento dos Acuerdos evidencia o desrespeito do governo federal com os povos indígenas, com a mobilização social e as negociações. A pluriculturalidade reconhecida constitucionalmente é retórica mesma. Irrevogável a reforma constitucional, manifestaram-se diversas críticas, mormente sobre a redação do artigo 2º da Cpeum pelos conceitos imprecisos, ambíguos e limitações aos direitos reconhecidos. Uma rasa análise da disposição constitucional evidencia algumas das deficiências e dos desacertos que os legisladores não sopesaram.

O conteúdo original do artigo 2º da Cpeum foi colocado no parágrafo segundo do artigo 1º. O parágrafo primeiro sobre a questão indígena do artigo 4º da Cpeum foi derogado para ser ampliado no artigo 2º. Os dois primeiros parágrafos determinam que a nação mexicana é única e indivisível e tem uma composição pluricultural em base aos povos indígenas que descendem das populações que residiam no território atual ao iniciar-se a colonização e que ainda conservam suas próprias instituições total ou parcialmente.

Infere-se que os legisladores colocaram a frase de “única e indivisível” para evitar confusões com o direito à livre determinação, embora os povos indígenas não têm a intenção de dividir o país em várias nações e nunca têm manifestado tal intenção. A descrição de povos

indígenas tem origem no artigo 1º b²⁹ da Convenção 169 da OIT, copiado quase íntegro. Mas o texto constitucional exclui a maioria dos povos indígenas que existiam antes da colonização e das atuais fronteiras territoriais que a Convenção 169 reconhece.

O terceiro parágrafo do artigo 2º da Cpeum estabelece a autoidentificação como critério fundamental para determinar aos beneficiários da disposição, texto emulado do artigo 1.2 da Convenção 169. A autoidentificação descarta as numerosas tentativas de definir índio ou indígena que utilizavam critérios biológicos, econômicos, históricos e culturais muitas vezes limitantes e sustentados na raça. O antropólogo mexicano Guillermo Bonfil Batalla esclarece que a denominação de índio ou indígena é um conceito de origem colonial pouco elucidativo:

A categoria de índio, em efeito, é uma categoria supra étnica que não denota nenhum conteúdo específico dos grupos que abarca, mas uma particular relação entre eles e outros setores do sistema social global do que os índios formam parte. A categoria de índio denota a condição de colonizado e faz referência necessária à relação colonial. (BONFIL BATALLA, 1972, p. 110).

O quarto parágrafo descreve as comunidades indígenas como “... integrantes de um povo indígena, aquelas que se formam na unidade social, econômica e cultural, assentadas num território e que reconhecem autoridades próprias conforme a seus usos e costumes”. Existe um reconhecimento simultâneo das comunidades indígenas e dos povos indígenas como sujeitos de direito no artigo 2º da Cpeum numa mesma linha de igualdade.

Segundo López Bárcenas (2010, p. 55) o reconhecimento das comunidades indígenas no mesmo patamar que os povos indígenas é impreciso porque entre ambos existe uma relação de generalidade a particularidade, sendo a comunidade uma parte do povo. Poderia acontecer que uma comunidade se negasse a formar parte de um povo e os povos seriam divididos. Bárcenas assevera que teria sido melhor nomear aos povos como titulares do direito e as comunidades como órgão do direito público que exerce o direito sendo parte integrante dos povos.

A primeira parte do parágrafo quinto estabelece que o direito à livre determinação se exerça num marco constitucional de autonomia que assegure a unidade nacional, o que ratifica que o território nacional não pode ser fragmentado. A segunda parte delega às

²⁹ b) povos em países independentes considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que viviam no país ou região geográfica na qual o país estava inserido no momento da sua conquista ou colonização ou do estabelecimento de suas fronteiras atuais e que, independentemente de sua condição jurídica, mantêm algumas de suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas ou todas elas. Cf. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2011.

entidades federativas reconhecer como sujeitos de direito aos povos e as comunidades indígenas em base aos critérios etnolinguísticos, de assentamento e do texto constitucional. Alguns povos indígenas estão assentados em diversas entidades federativas, então a norma cria categorias de indígenas porque os direitos conferidos a um povo podem não ser os mesmos direitos conferidos em outra entidade. (LÓPEZ BÁRCENAS, 2010, p. 57-59).

Ainda que o parágrafo quinto estabeleça que o direito à livre determinação se exerce “dentro do marco constitucional”, entende-se federal, o mesmo parágrafo delega o reconhecimento dos povos e das comunidades indígenas as legislaturas locais. Note-se que os assuntos indígenas não são matéria reservada à Federação conforme os artigos 73º e 124º constitucionais. De fato, 19 entidades federativas têm reconhecido direitos indígenas inclusive antes da reforma constitucional de 2001. A interpretação literal da norma negaria os direitos reconhecidos pela Constituição Federal porque a regulamentação corresponde a ela e não as entidades federativas. (LÓPEZ BÁRCENAS, 2010, p. 57-59).

O Poder Judiciário tem emitido por meio de uma tesis aislada³⁰ que é necessária a interpretação sistemática do artigo 2º da Cpeum. O artigo 1º da Cpeum estabelece que os direitos que confere não podem ser limitados ou impedidos pelas leis secundárias. Porém, os direitos conferidos pelo artigo 2º da Cpeum são os mínimos garantidos podendo ser ampliados pelas entidades federativas para adaptá-los melhor com as características próprias de seus povos indígenas.

Abigail Zúñiga Balderas assevera que atendendo ao artigo 133º da Cpeum sobre a hierarquização da Constituição como norma suprema do sistema jurídico mexicano, todas as normas e os atos jurídicos das jurisdições estadual e federal devem ser coerentes com ela. Em razão disso, é notório o prejuízo contra os povos e as comunidades indígenas quando a Constituição Federal no seu artigo 2º delega as Constituições locais o reconhecimento deles. (ESPINOZA SAUCEDA, *et.al.*, 2002, p. 49-50).

Na primeira parte analisada do artigo 2º da Cpeum não outorga nenhum direito, simplesmente descreve conceitos e nomeia as condições mínimas para que as legislaturas estaduais reconheçam aos povos e as comunidades indígenas dentro de suas prerrogativas constitucionais. O artigo 2º da Cpeum é dividido em dois apartados³¹: o apartado A faz

³⁰ Tesis: Amparo en revisión 123/2002 Comunidad Indígena de Zirahuén, Municipio de Salvador Escalante, Michoacán. 4 de outubro de 2002.

³¹ O apartado A estabelece que “esta Constituição reconhece e garante o direito dos povos e as comunidades indígenas à livre determinação e, em consequência, à autonomia”. Enfatiza-se uma vez mais que o direito à livre determinação se exerce sem ambições de secessão. Posteriormente se lista diversos direitos,

referência aos direitos e obrigações dos povos e comunidades indígenas, e o apartado B encontram-se as obrigações da Federação, dos Estados e dos Municípios para efetivar os direitos indígenas.

Antes de entrar na legislação federal, é importante mencionar que conforme aos artigos 40º e 41º da Cpeum, o México tem um sistema federal de governo, estabelecido em uma República representativa, democrática, federal, conformada por Estados livres soberanos em seu regime interior, mas todos unidos em uma Federação. Cada Estado se rege pela sua própria Constituição sem transgredir a Constituição Federal.

Segundo o artigo 124º da Cpeum as entidades federativas têm competência nas prerrogativas que não estão expressamente conferidas à Federação. Não existe uma disposição normativa que encerre todas as prerrogativas da Federação e dos Estados, tais faculdades estão espalhadas ao longo da Constituição Federal³². Porém, as faculdades implícitas no último parágrafo do art. 73º da Cpeum facultam ao Congreso de la Unión para expedir as leis

denominados autônomicos por López Bárcenas (2010, p.60), como aqueles que são exercidos por eles mesmos conforme a sua própria cosmovisão. Nada obstante, limites a esses direitos foram impostos. Um destes direitos autônomicos é a aplicação de seus “próprios sistemas normativos” (definição ausente), condicionados ao respeito das garantias individuais, dos direitos humanos, da dignidade e da integridade das mulheres e aos princípios gerais da Constituição. O artigo 8º da Convenção 169 limita o exercício do direito consuetudinário pelo respeito dos direitos humanos, mas o artigo da Cpeum é ainda mais limitante. Sobre o acesso à jurisdição do Estado, no caso que um indígena cometa um delito e sua comunidade careça de jurisdição será julgado pelos tribunais estaduais. “Suas costumes e especificidades culturais” serão consideradas respeitando a Constituição, mas não se especifica em que momento do processo e em que sentido. Também estabelece o direito de ser assistidos por intérpretes e defensores que “tenham conhecimento de sua língua e sua cultura”, mas não se especifica quem proporciona o serviço. O parágrafo final delega às entidades federativas o reconhecimento das comunidades indígenas como entidades de interesse público, reduzindo-as a entes dependentes da tutela estatal e não como sujeitos de direito público com personalidade jurídica própria como era a pretensão dos Acuerdos de San Andrés. No apartado B, se proclama que os três níveis de governo estabelecerão conjuntamente as instituições e as políticas públicas necessárias para efetivar os direitos indígenas e promover o desenvolvimento dos povos e das comunidades indígenas. Porém, as disposições constitucionais neste apartado são um conjunto de políticas assistencialistas que carece de mecanismos de execução que na sua formulação a participação indígena foi omissa. Uma de essas disposições é a realização de políticas sociais para proteger aos migrantes indígenas dentro e fora do território nacional e os direitos dos “jornaleiros agrícolas”. A redação constitucional reduz os migrantes indígenas a jornaleiros agrícolas, desconhecendo a diversidade de migrantes e a sua importância. Outra disposição é limitar a consulta aos povos indígenas na elaboração do Plan Nacional de Desarrollo, em vez de exercê-la em todas as medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de lhes afetar diretamente segundo o artigo 6º da Convenção 169. Cf. LÓPEZ BÁRCENAS, 2010.

³² Segundo López Bárcenas (2010, p. 152) existe competências que a doutrina determina como coincidentes, que a Federação e os Estados podem realizar e que a mesma Constituição Federal o determina. A Constituição Federal estabelece as capacidades próprias da Federação e das entidades federativas, algumas delas expressamente conferidas à Federação (concedidas ao Congreso de la Unión art. 73º exceto o último parágrafo, e art. 27º regímenes de terra e assuntos agrários), outras expressamente proibidas às entidades federativas (art. 117 contrair obrigações com outras nações que poderia ser autorizado pelo Congreso, com exceção do caso de invasão art. 118), e outras que são adjudicadas implicitamente (último parágrafo art. 73 concede ao Congreso de la Unión para expedir todas as leis necessárias para efetivar as capacidades anteriores, e todas as outras concedidas por essa Constituição aos poderes da União).

necessárias para efetivar as capacidades anteriores, e todas as outras concedidas pela Constituição aos poderes da União. Nesta categoria, as leis federais em matéria indígena encontram-se. (LÓPEZ BÁRCENAS, 2010, p. 119-120).

Ao longo do tempo têm sido elaboradas leis federais³³ em matéria indígena, mormente a partir da reforma constitucional de 2001. Algumas delas têm refletido a nova relação do Estado com os povos indígenas, como é o caso da Ley General de Salud que reconhece a prática da medicina tradicional ou a Ley de Desarrollo Rural Sustentable que incentiva a preservação e a recuperação das práticas e os conhecimentos tradicionais para o aproveitamento sustentável dos bens naturais.

Reformas nas leis penais foram realizadas para facilitar aos indígenas o acesso à justiça como ao Código Penal Federal, ao Código de Procedimientos Civiles e ao Código de Procedimientos Penales. Entre essas prerrogativas para determinar a origem étnica usa-se o critério de autoidentificação eliminando a exigência aos indígenas de demonstrá-la. Assim, o direito a um intérprete e a um tradutor qualificado³⁴ para o indígena em todo momento dentro de um processo, o que atende a necessidade do Poder Judiciário de entender ao indígena que desconhece a língua espanhola, e não ao direito de se expressar na sua própria língua.

Há reformas e iniciativas de leis federais que erradicam a discriminação, valorizam as culturas indígenas e oferecem igualdade de oportunidades em respeito da população mestiça, todavia, se carece de reformas que fortaleçam os direitos indígenas. Não obstante, as leis federais que regulam diversas matérias em relação aos direitos indígenas representam um avance no reconhecimento desses direitos.

Em respeito à legislação estadual, o reconhecimento não tem sido uniforme, alguns estados progressistas têm reconhecido direitos inclusive antes que a Constituição Federal. O reconhecimento tem sido influenciado pela assinatura da Convenção 169, dos Acuerdos de

³³ Em matéria penal, é necessário ainda dispositivos jurídicos que estabeleçam o direito dos povos e das comunidades indígenas de usar suas próprias instituições e métodos de repressão, assim como eliminar das leis federais o uso de conceitos anacrônicos como aquele de “usos e costumes” quando se faz referência a seus sistemas normativos. Ainda está pendente em matéria agrária o reconhecimento dos povos e das comunidades indígenas como sujeitos de direito e de seus sistemas normativos para resolução de controvérsias na matéria. Falta a criação de um regime jurídico em matéria agrária para os indígenas, já que as comunidades indígenas não estão reguladas, assim como dispositivos jurídicos que facilitem aos povos e as comunidades indígenas o direito à terra.

³⁴ Não basta dominar a língua espanhola e a indígena, o tradutor e o intérprete devem ser certificados, pois precisam ter a sensibilidade cultural e o conhecimento de termos jurídicos para que o direito do indígena a expressar-se em sua própria língua e o direito ao acesso a justiça, no individual e no coletivo, sejam efetivados. Atualmente existem 575 intérpretes registrados no Padrón Nacional de Intérpretes y Traductores en Lenguas Indígenas, contudo a quantidade é insuficiente para atender as 68 línguas indígenas e suas 364 variantes linguísticas. Cf. INSTITUTO NACIONAL DE LENGUAS INDÍGENAS, 2016.

San Andrés e da reforma constitucional de 1992, e intensificada pela reforma de 2001. Algumas Constituições Estaduais³⁵ reconhecem a composição pluricultural e estabelecem políticas públicas e outras vão além, e reconhecem direitos como a livre determinação, mas com limitações. (OLVERA JIMÉNEZ, 2002, p. 168-169).

Segundo a Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI) para fevereiro 2014, só 20 das 32 entidades federativas têm modificado suas Constituições para incluir os direitos indígenas [de maneiras diferentes], e 24 dos estados contam com uma lei na matéria. (COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, 2014). A díspar harmonização constitucional tem afetado a efetivação dos direitos indígenas, já que alguns textos não têm sido adequados aos novos direitos reconhecidos em 2001, outros fazem simples enunciações declarativas e outras enfatizam o paternalismo do Estado. (BAILÓN CORRES, 2008, p. 114).

O artigo 2º da Cpeum encerra ambiguidades, imprecisões e paradoxos com os direitos reconhecidos. Uma lista de políticas públicas de tendência assistencialista desprovidas de mecanismos jurídicos para sua execução é enunciada no capítulo de garantias constitucionais, ao invés de ser incorporada na legislação secundária. Mas, a maior problemática que a disposição encerra é a transferência do reconhecimento dos direitos e dos sujeitos de direito às Constituições e as leis locais, propiciando um amplo leque de graus de reconhecimento.

A população indígena não foi consultada sobre o desenvolvimento das políticas públicas estabelecidas no artigo 2º da Cpeum, portanto não correspondem as demandas indígenas. Claramente o artigo 4º da Convenção 169 sobre o estabelecimento de medidas especiais para salvaguardar as qualidades dos povos é violentado, porque deve vigiar-se que essas medidas não contradigam a “vontade livremente expressa desses povos”.

³⁵ A Constituição de Guerrero em 1987 foi a primeira entidade federativa que reconheceu aos povos indígenas, antes da reforma constitucional de 1992 e da ratificação da Convenção 169 em 1990. Por sua vez, as Constituições de Oaxaca, Chiapas, Hidalgo e Querétaro foram as primeiras em reconhecer o caráter pluricultural da sua população em 1990. Cf. OLVERA JIMÉNEZ, 2002, p. 165-166. Destaca-se a avançada Constituição de Oaxaca, a primeira em reconhecer a livre determinação que ainda supera à Constituição Federal em vários temas como o reconhecimento dos povos e das comunidades indígenas como sujeitos de direito público. Além do crescente movimento indígena e da ratificação do Convênio 169, em Oaxaca foi iniciada a legislação em matéria indígena graças ao governador de origem mixteco, Heladio Ramírez López. Nos anos setentas e oitentas, como deputado federal e como senador, fortaleceu a organização dos povos indígenas na entidade, e durante seu mandato promoveu o respeito e a integração das culturas oaxaqueñas. Criou a Procuraduría del Indígena e impulsionou a reforma constitucional em matéria indígena em 1990 que transformou a Constituição de Oaxaca na mais progressista Carta Magna em direitos indígenas do México até o dia nosso. Cf. BAILÓN CORRES, 2008, p. 43-46, 113-114

Sem dúvida, a reforma constitucional de 2001 não satisfaz as demandas indígenas que iniciaram a mobilização social indígena no México. Com um reconhecimento jurídico pela metade que incentiva a tutela estatal, a discussão sobre os direitos indígenas continua latente. Disso tudo decorre a necessidade de reabrir o debate sobre o artigo 2º da Cpeum para estabelecer com clareza os direitos humanos endividados para os povos e para as comunidades indígenas.

3.2.2 O capítulo Dos índios na Constituição Federal de 1988

Após a proclamação da Independência do Brasil, não existia uniformidade de critério sobre os índios. Existiam visões humanistas, assimilacionista e até românticas em respeito aos índios, sendo objeto de estudo científico nacionais e europeus. Entre posturas antagônicas de civilização e de extermínio, as artes moldaram a imagem do índio como símbolo de liberdade e como símbolo de repressão.

Em 1824 foi promulgada a primeira Constituição do Brasil independente, a qual não encerrava nenhuma disposição sobre os indígenas, ainda que a figura do índio em voga representasse o início de uma nova etapa. No entanto, o político José Bonifácio de Andrade Silva, quem apostava pelo desenvolvimento dos povos indígenas, influenciou na instauração de políticas de “civilização” dos índios, sendo as Assembleias Gerais e o Governo os responsáveis pela catequização dos índios. (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 85).

Em 1850 a chamada Lei das Terras Lei 601 de 18 de setembro de 1950, considerada a lei indigenista do Império, regulamentou o regime de propriedade territorial classificado em: terras públicas, de domínio do Estado, terras particulares provenientes de títulos de propriedade legítimos ou posse legalizada e terras devolutas pertencentes ao Estado destinadas à colonização dos índios. (SANTOS FILHO, 2005, p. 32). Por meio deste dispositivo, as terras dos povos indígenas foram esbulhadas ante a impossibilidade de demonstrar a ocupação por meio da titulação da posse como a lei o estabelecia.

Proclamada a República em 15 de novembro de 1889, e com a eleição da Assembleia Nacional Constituinte em 1891 a primeira Constituição da República é aprovada e novamente os índios não são considerados. Porém, em seu artigo 64º a Carta Magna estabelece que as terras devolutas são transferidas para os Estados federados, interpretando-se que as terras indígenas também estavam sob seu domínio. Mediante o Decreto 734 de 05 de janeiro de

1900, se ratifica que as terras indígenas são terras devolutas e pertencem à União, continuando o despejo. (SANTOS FILHO, 2005, p. 34).

Após a guerra com Paraguai, com o intuito de defender as fronteiras, ocupar territórios arredios como na região amazônica e fomentar o desenvolvimento, o governo imperial estabeleceu postos militares e criaram povoados. Para comunicar os centros urbanos com as regiões remotas de Mato Grosso linhas telegráficas foram instaladas. No labor, o militar Candido Rondon destacou pela sua eficiência em lidar com os índios no grau que desenvolveu técnicas de pacificação nas terras indígenas, criando-se uma Comissão e vasta produção científica. (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 107-108).

Por Decreto 8072 de 20 de junho de 1910 foi criado o Serviço de Proteção aos índios e Localização de Trabalhadores Nacionais (SPILNT) que foi transformado eventualmente no Serviço de Proteção ao Índio (SPI) em 1918, cuja direção foi confiada ao general Rondon. A lei criadora do SPI expressava o desejo de integração dos povos indígenas à sociedade com o intuito de assimilá-los e acabar com a categoria de “povos indígenas”. (SOUZA FILHO, 2010, p. 89).

A criação do SPI foi influenciada pelas ideias evolucionistas da época que pretendiam acabar com a diversidade cultural para que as populações indígenas se integrassem na sociedade nacional. Os indígenas eram vistos como uma fase transitória. (FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO, 2016). Desse modo, o SPI adotou um modelo indigenista que retomou as formas coloniais praticadas pelos missionários jesuítas: de atração e de pacificação. (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 112).

Em 1916 foi aprovado o Código Civil que declarou no artigo 6º ao índio como relativamente incapaz para a prática de determinados atos e que ficariam sujeito à tutela, a qual cessaria na medida em que se adaptassem à civilização. (SOUZA FILHO, 2010, p. 98). “O índio brasileiro foi cidadão por omissão e com uma situação jurídica imprecisa”. O índio era sujeito à tutela jurídica dos juízes de órfãos aos que se impossibilitava a realização de atos civis fundamentais como a identificação, o casamento, o registro e a transmissão de propriedades. (RIBEIRO, 1995, p. 204).

Sem dúvidas a “tutela orfanológica” não era aplicável aos índios porque é um instrumento de proteção individual impossível de aplicar a uma coletividade. Em suma, os índios não deviam ser tratados como seres deficientes, mas sob uma tutela especial. Com o Código Civil existe uma ruptura com a tradição jurídica anterior. (SOUZA FILHO, 2010, p.

98-99). No entanto persistia o interesse em desenvolver um instituto jurídico para garantir os direitos indígenas. Assim, o Decreto 5484 criado em 1928 regulou a situação dos índios nascidos no Brasil, mantendo a tutela direta do Estado sobre eles para sua emancipação progressiva até sua investidura como cidadão brasileiro. (RIBEIRO, 1995, p. 204).

Apesar das deficiências do Decreto de 1928, foi criado um novo regime tutelar de natureza pública, exercido pelo SPI, que abrangeu outros conceitos à nova relação como as terras indígenas que ganharam natureza jurídica pública de posse permanente dos índios. (SOUZA FILHO, 2010, p. 101). Porém, as políticas indigenistas que estavam sustentadas no sertanismo de Rondon apresentaram um “paradoxo de tutela”. As ações do Estado pareciam proteger aos indígenas, mas também pareciam proteger os interesses dessa sociedade sobre o bem-estar dos indígenas. (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 115).

Em 16 de julho de 1934 foi promulgada a terceira Constituição do Brasil e a primeira que tratou sobre a questão indígena em específico sobre a posse de seus territórios. O artigo 129º estabelecia que “Será respeitada a posse de terras dos silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”. Mas o Decreto 5.484 de 1928 já tinha estabelecido que as terras devolutas ocupadas por índios pertencentes aos Estados deviam ser cedidas a União. (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 120).

Os estados consideravam as terras de posse indígena como devolutas aproveitando que a União não regulamentou o artigo da CF de 1934 sobre as terras indígenas. O artigo foi reeditado em 1937 (pela Constituição imposta pelo primeiro regime ditatorial encabeçado por Getúlio Vargas) e em 1946 (pela quarta Constituição promulgada um ano depois do fim da ditadura). O conflito de competências persistiu até a promulgação do Estatuto do Índio em 1973. (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 120).

A legislação indigenista em quanto à demarcação de terras dependia do tipo de sedentarismo do indígena, entre mais sedentário, mais terra era demarcada. O intuito era de lhes converter em trabalhadores agrícolas em vez de favorecer seu desenvolvimento como povos indígenas. Porém, as terras indígenas foram delimitadas ainda mais devido à usurpação das terras indígenas e inclusive sua classificação como terras devolutas.

Após o golpe de 1964 as políticas indigenistas brasileiras mudam. Com a promulgação da Constituição de 1967 se estabeleceu que as terras dos silvícolas integrassem o patrimônio da União, lhes assegurando a posse permanente da terra ocupada e o usufruto exclusivo dos bens naturais existentes. As acusações e pesquisas sobre genocídio apontam corrupção e

ineficiência administrativa do SPI, funcionários foram demitidos e o órgão extinto, sendo criada a Fundação Nacional do Índio (Funai) mediante a edição da Lei 5.371 de 05 de dezembro de 1967. (SANTOS FILHO, 2005, p. 43).

Em 17 de janeiro de 1969 foi editada a Emenda Constitucional 01/69 adicionando 28 artigos e mantendo as terras dos índios ao patrimônio da União sendo competente o órgão para legislar sobre a incorporação dos silvícolas à comunidade nacional. (SANTOS FILHO, 2005, p. 43). Posteriormente em 19 de dezembro de 1973 a Lei 6.001, o Estatuto do Índio, foi sancionada para regular a situação jurídica dos índios e das comunidades indígenas sob a mesma política indigenista do SPI. A maior parte do Estatuto estava dedicada às terras, estabelecendo-se um prazo de cinco anos para a demarcação das terras indígenas na sua totalidade, período que nunca foi cumprido. (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 131-132).

O Estatuto do Índio, elaborado durante a ditadura militar, representou um retrocesso em relação à tutela, porque retoma a ideia da emancipação do índio e da devolução das terras ao Estado. (SOUZA FILHO, 2010, p. 103). O Estatuto limitou o regime tutelar aos índios ainda não integrados; quando integrados à sociedade a sua proteção, sua identidade, suas garantias, suas terras estariam perdidas. Mas o processo de democratização do Estado brasileiro iniciado na década de 1980 e após 20 anos de ditadura militar, em 05 de outubro de 1988 a oitava Constituição do Brasil foi promulgada.

A Constituição de 1988 dedicou um capítulo inteiro aos índios e convertendo-se em referência para outros países de América Latina graças à mobilização indígena que fez uma grande pressão durante as discussões da assembleia constituinte. Também eliminou a tutela jurídica dos índios lhes outorgando a capacidade de defender seus direitos e muda o conceito jurídico de terra indígena encontrado no Estatuto do índio a “terra tradicionalmente ocupada”. (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 133). A Carta de 1988 mudou o paradigma de integração para o paradigma de interação. (BARRETO, 2003, p. 104).

A Constituição de 1988 rompe com o caráter integracionista do Estado Brasileiro concedendo o direito à alteridade. A nova tutela indígena visa proteção de parte do Estado, retomando a definição da lei de 1928, (SOUZA FILHO, 2010, p. 107-108) em base à diferença distanciando-se daquela que se fundamentava na incapacidade. (BARRETO, 2003, p. 42-43).

Antes da Constituição de 1988, os direitos indígenas se limitavam à posse de terras, de natureza estritamente civil. A partir da Carta de 1988 os direitos foram ampliados quando a

organização social, os costumes, as línguas, as tradições e a legitimação processual para sua garantia e efetivação foram reconhecidas. (BARRETO, 2003, p. 100). A mudança do paradigma da Constituição de 1988 sobre a inclusão dos direitos indígenas é sublime dado que a Convenção 169 ainda não era promulgada.

Antes da Constituição de 1967 e a emenda de 1969, as terras eram demarcadas pelo SPI e tinham o objetivo de reservas de mão de obra com exceção do Parque Indígena de Xingu cuja posse foi concedida a vários povos indígenas. Por meio do Decreto 76.999, de 8 de janeiro de 1976 o procedimento administrativo de regularização de terras indígenas iniciou. Havendo sido transferidas à União e categorizadas como inalienáveis, a Funai só tinha o trabalho de assegurar aos índios a posse das terras. (OLIVEIRA; FREIRE, 2006, p. 134).

Por sua vez surgiram outros decretos (88.118/83; 94.945/87) que alteraram a demarcação de terras indígenas, mas com a promulgação da Constituição de 1988 as terras seriam demarcadas para a preservação física e cultural dos índios. No entanto, muitas normas infraconstitucionais foram editadas após a Constituição de 1988 como o Decreto 1.775 de 08 janeiro de 1996, com fundamento no artigo 231º da CF e com o artigo 14º da Convenção 169. (SANTOS FILHO, 2005, p. 98-99).

Carlos Marés (SOUZA FILHO, 2010, p. 123, 148-149) assevera que demarcação de terras é o mero ato de reconhecimento, pois o que define a terra indígena é a ocupação ou a posse. A terra indígena é propriedade da União e em consequência um bem público, mas para uso do povo indígena segundo seus usos e costumes o que na realidade é um território. Para o atual regime jurídico é suficiente que “...as terras sejam tradicionalmente ocupadas para que sobre elas os povos tenham direitos originários”. Porém, o conceito de território indígena se diferencia do aquele do direito positivo³⁶, sendo necessária a consulta ao povo sobre seu parecer da demarcação.

Além desse jaez, a Constituição de 1988 estabeleceu uma República Federativa com a união dos 26 estados com autonomia própria para legislar. Porém, conforme ao artigo 21º da CF88 a competência legislativa dos estados está delimitada devido a União ter exclusividade

³⁶ Para os índios, a terra é um bem coletivo, destinada a produzir a satisfação das necessidades de todos os membros da sociedade. Todos têm o direito de utilizar os recursos do meio ambiente, através da caça, pesca, coleta e agricultura. Nesse sentido, a propriedade privada não cabe na concepção indígena de terra e território. Embora o produto do trabalho possa ser individual, as obrigações existentes entre os indivíduos asseguram a todos o usufruto dos recursos. O território é fonte permanente de socialização para os índios. Trocam-se notícias sobre caçadas, abundância ou escassez de um determinado produto, sobre os aspectos sobrenaturais da floresta, dos rios ou das montanhas, acerca do encontro com espíritos na mata, etc. O território não é, afinal, apenas fonte da subsistência material, mas também lugar onde os índios constroem sua realidade social e simbólica. Cf. MUSEU DO ÍNDIO, 2017.

na legislação em diversas áreas, mas o art. 22º CF88 estabelece a competência privativa que poderá ser delegada para os Estados.

Mas na questão indígena, apenas a União pode legislar. Isto segundo a decisão do Supremo Tribunal Federal em 2014 no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.499, na qual a Procuradoria-Geral da República questionava o artigo 300º da Constituição do Pará sobre a proteção aos índios e, a Lei Complementar 31/96 sobre a criação do Conselho Indigenista. (CONSULTOR JURÍDICO, 2014).

Desde a promulgação do Estatuto do índio, a demarcação estava prevista a ser concluída em um prazo de cinco anos, o mesmo período de tempo que foi estabelecido pelo Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de 1988 e que até hoje não tem sido cumprido. Ainda que a interpretação das disposições faça referência às terras conhecidas, o prazo continua sem ser cumprido. (SOUZA FILHO, 2010, p. 150). Parece que ainda que estabelecido o direito à terra aos índios, os governos se empenham em complicar a demarcação antepondo os interesses dos grupos de poder.

Além desse jaez, a partir do Estatuto do Índio tinha-se estabelecido um conceito jurídico sobre comunidade indígena ou grupo tribal e nunca se considerou o termo *povo* porque fazia referência a autodeterminação no sentido da secessão, e a Constituição de 1988 trouxe o termo *organização social*. Independentemente do termo usado, direitos foram concedidos às comunidades como sobre o patrimônio indígena ou para estarem em juízo em defesa de seus direitos. Logicamente não a título individual porque isso está inferido, mas a título coletivo. (SOUZA FILHO, 2010, p. 154-155).

A respeito das culturas indígenas, a Constituição de 1988 no seu artigo 215º encarrega o Estado de proteger às “culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”. No artigo 231º se reconhece a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas e no artigo 210º se assegura a utilização de suas línguas maternas. Porém, ainda que se reconheça o direito à diversidade cultural dos povos indígenas, não se reconhece a diversidade cultural brasileira. (SOUZA FILHO, 2010, p. 158).

Ainda que a Constituição de 1988 reconheceu os direitos indígenas mínimos dos que podem decorrer mais, a Carta Magna omitiu a jurisdição indígena, inclusive reconhecida pelo Estatuto do Índio limitada a evitar penas cruéis. Mas reconhecendo a organização social e as

tradições, existe uma abertura ao reconhecimento dos sistemas jurídicos indígenas. (SOUZA FILHO, 2010, p. 160-162).

Além das disposições constitucionais, existem diplomas legais como os Decretos 23, 24, 25 e 26 editados em 1991, e o Decreto 1775 de 1996 mencionado anteriormente que, além do processo de demarcação de terras, tratam das políticas públicas em saúde, educação e desenvolvimento. Mas com a ratificação da Convenção 169 em 2002 que entrou em vigor em 2003, -depois de 10 anos de discussões-, todas as disposições, ações e decisões legais deveram guardar coerência com a Convenção, incrementando o resguardo dos direitos indígenas. (SANTOS FILHO, 2005, p. 134, 74).

Em suma, ainda se carece da harmonização da legislação infraconstitucional com a Constituição de 1988, o Estatuto do Índio continua em vigor pese as tentativas de redigir uma nova lei acorde com os avances na matéria. Em contrário pensar, existem muitas iniciativas parlamentares apresentadas como o intuito de limitar os direitos indígenas reconhecidos, como a conhecida PEC215 que proponha retirar do Executivo e transferir ao Congresso a competência de aprovar as demarcações de terras indígenas.

3.2.3 Reflexões sobre o reconhecimento jurídico indígena México-Brasil

A dizer de Lasalle (1931, p. 65), a constituição é o pacto político produto da soma dos fatores reais do poder que se traduzem em normas jurídicas. As constituições que têm regido o México e o Brasil correspondem aos fatores de poder que negaram a diversidade e impuseram o eurocentrismo como o modelo civilizatório ambicionado, do qual decorre o monismo. Detrás do reconhecimento dos povos indígenas, os movimentos indígenas como fatores de poder impulsaram a pluriculturalidade para ser inserida no texto constitucional.

É axiomático que existe um progresso no reconhecimento dos povos indígenas desde os primórdios do México e do Brasil como Estados independentes até hoje, pois conseguiram superar as políticas integracionistas do século XIX. As primeiras constituições não reconheceram especificamente aos indígenas, só algumas referencias a eles nos textos, pois se estabeleceu um colonialismo interno que pretendeu sua eventual desapareção.

As iniciais Constituições do México fizeram referência aos povos indígenas em quanto a fazer negócios com eles, a proibição da sua escravidão e, a dotação de terras, produto das guerras dos povos com o governo em turno. Nem a Revolução Mexicana fez justiça com os povos, pois só lhes reconheceu o direito à terra e dentro do setor agrário. As Cartas do Brasil

também fizeram referências mínimas sobre os povos, mormente sobre as terras e para converter-lhes num setor agrícola. Já no século XX e XXI o México e o Brasil realizaram o reconhecimento da diversidade como parte inerente e inegável da sociedade nacional.

O reconhecimento dos direitos dos povos indígenas no México se distancia daquele do Brasil em vários pontos. Em primeiro lugar a Constituição de 1988 quebrou paradigmas com a denominação dos direitos indígenas como originários e a inclusão deles no capítulo *Dos Índios*, reconheceu os povos indígenas inclusive antes da publicação da Convenção 169. Só que os legisladores reconheceram direitos básicos, omitiram a jurisdição indígena e o prazo de demarcação de terras não se cumpriu e fica pendente. A Carta Brasileira reconhece aos indígenas como *organizações sociais*, não como povos, mas além da conceptualização existe um reconhecimento da diversidade.

Em contrário pensar, o México em 1992 fez uma declaração sobre a pluriculturalidade do Estado em base à existência dos povos indígenas sem reconhecimento de direitos. E finalmente em 2001 por meio de uma reforma constitucional reconhece direitos aos povos indígenas, mas de maneira vaga e restritiva, pois transfere o reconhecimento dos direitos e dos sujeitos de direito às Constituições e as leis locais. Isto ocasionou muitos reclamos de organizações indígenas e da sociedade em geral, pois aparentava mais ser uma tática neo-indigenista que uma expressão de pluralismo emancipador.

Outra diferença encontra-se na participação indígena durante o processo legislativo. Mesmo que em ambos os países existia uma forte presença dos movimentos indígenas detrás do reconhecimento constitucional, os povos indígenas participaram da redação do capítulo *Dos Índios* o que para os povos indígenas do México lhes foi negado. Os povos indígenas já tinham participado durante as negociações com o governo mexicano na redação dos Acuerdos de San Andrés, porém nunca foram implementados nem incluídos na Constituição Mexicana. E durante a discussão do artigo 2º da Cpeum não foram convocados.

O reconhecimento constitucional de 2001 pelo Estado Mexicano deixou insatisfeito aos povos indígenas e à sociedade em geral, com o antecedente de desrespeito aos Acuerdos de San Andrés e à mobilização indígena. O reconhecimento constitucional pelo Brasil se aproxima à efetivação dos direitos indígenas, mas ainda pode se aperfeiçoar para garantir seus direitos e suas demandas. Nada obstante, os movimentos indígenas persistem e resistem em defender o que lhes pertence, nem mais nem menos. A este respeito, Carlos Marés assevera:

Muitas vezes não basta a elaboração da lei, há uma distancia entre a decisão legislativa e a execução de políticas de acordo com a lei vigente e, ainda, a aplicação judicial para solução de conflitos. O caso de Brasil é exemplar. Atualmente, desde 1988, a Constituição da República dedica um capítulo para os índios, reconhecendo seus direitos, suas terras, seus costumes, suas línguas; já o braço executor do Estado nega esses direitos, invade suas terras, desrespeita seus costumes, omite sua línguas, e o Judiciário ou se cala ou simplesmente não é obedecido. (SOUZA FILHO, 2010, p. 76).

A discussão sobre a questão indígena persiste já que a falta de instituições especializadas, de capacitação dos operadores jurídicos, de harmonização das leis, de efetivação dos direitos pelo Judiciário, entre outros, se resume na falta de vontade política do Poder Público de emendar o passado e encaminhar o futuro dos povos indígenas dentro de um Estado pluricultural.

4. A DEFESA DOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS

Dentro do processo de democratização da região latino-americana do fim do século XX, realizaram-se reformas no tocante ao sistema judicial em resposta à demanda social de justiça, de transparência e de prestação de contas. A participação cidadã, a constitucionalização dos direitos humanos, a melhora de processos judiciais e a implementação de novos processos mudaram as estruturas do Estado. As reformas judiciais enfrentaram o desafio da consolidação de instituições que limitassem o poder dos governantes e incrementassem a procuração de justiça.

O Poder Judicial na América Latina proveniente do Estado liberal com influência estadunidense e francesa, caracterizado pela aplicação mecânica da lei, nasceu enfraquecido pela primazia outorgada ao Executivo para distanciar-se dos regimes monárquicos. Ante as exigências de interpretação, a função dos juízes elevou-se; fortaleceram-se os tribunais constitucionais, e ergueu-se o Estado Constitucional. Durante os anos 90, as reformas judiciais³⁷ revigoraram a independência judicial pela mudança de eleição dos Ministros das Cortes Supremas, e pela criação dos Conselhos de Judicatura e dos Tribunais Constitucionais.

Desde a promulgação da Constituição que rege o México e o Brasil, ambos os países têm atravessado reformas judiciais voltadas ao aumento da transparência, da eficiência e da segurança jurídica. O Judiciário do México passou por três reformas (1994, 1996 e 1999) que renovaram o sistema judicial e suas instituições, incluída a Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) , e criaram as *acciones de inconstitucionalidad*, entre outras mudanças. O Brasil também passou pela reforma do Poder Judiciário em 2004 que trouxe importantes inovações no sistema judiciário brasileiro, como o instituto da súmula vinculante e a incorporação do Conselho Nacional de Justiça.

As reformas judiciais favoreceram os cidadãos no que se refere ao conhecimento de seus direitos, o que implicou a exigência do Estado em garantir justiça que não efetiva. A problemática encontra-se na “pobreza jurídica” dos órgãos de administração de justiça cujas

³⁷ Um estudo realizado em 18 países latino-americanos durante o período 1985-2004 classificou os países conforme ao nível de reforma correspondente as categorias experimentadas. Entre os países que realizaram reformas de grande alcance (em nove das onze categorias) encontram-se Argentina, Chile, Costa Rica, Equador e República Dominicana. No grupo de reformadores de médio alcance acham-se Bolívia, Brasil, Colômbia, Paraguai e Peru (sete ou oito categorias). E dentro do grupo de menores reformadores estão El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Uruguai e Venezuela por ter realizado poucas reformas (em seis ou menos categorias). Cf. SOUSA, 2007, p. 105.

deficiências refletem-se na lentidão e na onerosidade dos processos, os excessivos formalismos, a deficiente organização dos Tribunais, o burocratismo e a corrupção. (FIX-FIERRO; LÓPEZ-AYLLÓN, p. 383-384). Entretanto, a desigualdade da região latino-americana complica o acesso à justiça, o que se enfatiza nos povos indígenas que não possuem as mesmas condições em um processo jurídico que uma pessoa não indígena.

O acesso à justiça adotou uma dimensão global quando os Estados assinaram instrumentos internacionais³⁸ em matéria de direitos indígenas, e os incorporaram em seu direito interno, aceitando a jurisdição de tribunais internacionais. O direito ao acesso à justiça além de ser exigível ao Judiciário é o meio para requisitar a defesa de outros direitos reconhecidos dos povos indígenas que foram violentados, a reparação dos danos e a sanção dos responsáveis na violação destes direitos.

Nesse desiderato, a maioria dos Estados latino-americanos têm formulado políticas públicas que diminuem os obstáculos do acesso à justiça para os povos indígenas, tal como fornecer tradutores e intérpretes durante o processo. Porém, persistem diversos entraves como a falta de adequação normativa e a resistência dos operadores jurídicos a aceitar os novos direitos dentro do sistema jurídico.

Diante os obstáculos do acesso à justiça, evidencia-se que as reformas judiciais têm sido insuficientes. Para a região, uma reforma judicial não se circunscreve a uma simples mudança legislativa, mas refere-se a uma mudança integral. O Estado de Direito não se constrói apenas com leis, mas com a cultura em direitos humanos ao alcance de todos e uma rede de instituições de reforço. Um Estado de Direito impediria que os governos manipulassem a lei em favor de seus interesses e que uma horda enaltecida linchasse a um suspeito de crime sem o devido processo. (PÁSARA, 2015, p. 289-290).

Os Estados latino-americanos oferecem proteção dos direitos dos povos indígenas por meio de mecanismos constitucionais como o *juicio de amparo*, o *habeas corpus*, ação de tutelas e outros símiles, além das ações de inconstitucionalidade, alguns dos quais são resolvidos exclusivamente pelas Cortes Supremas. Uma vez esgotados todos os recursos jurisdicionais do país (ou não), pode-se procurar a defesa dos direitos humanos ante os

³⁸ O acesso à justiça como a tutela judicial efetiva ou a proteção judicial do Estado, um direito subjetivo e uma garantia processual a qual é obrigatória de ser garantida pelos Estados signatários, segundo os instrumentos internacionais: Artigo 8º e 25º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Artigo VIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos; Artigo V da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; Artigos 9º e 12º da Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT; Artigo 4º da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas; Artigo 40º da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

mecanismos não jurisdicionais dos sistemas universal e interamericano de proteção dos direitos humanos.

Nos últimos anos, os direitos territoriais indígenas têm ganhado um respaldo jurídico pelos países latino-americanos e uma evolução jurisprudencial entre os órgãos de Nações Unidas e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) que, com suas sentenças e informes, construíram referências obrigatórias sobre a defesa dos territórios indígenas.

O direito à terra, ao território e aos bens naturais tem sido o mais demandado pelos povos indígenas desde a época colonial. Superado o ciclo de reconhecimento dos direitos indígenas, os direitos territoriais são o seguinte passo na agenda dos povos para a efetivação do direito à livre determinação. Porém, ante a globalização, projetos de desenvolvimento nacionais ou estrangeiros estão implementando-se na América Latina sob pretexto da modernização e do progresso nacional. Esses projetos são executados principalmente em territórios indígenas.

Evidentemente não é uma atividade isolada, numa leitura geopolítica existe uma estratégia de inserção dos países latino-americanos no sistema capitalista internacional de mercadorias. Ante os atuais violentos processos de expansão de capital, os bens comuns são despejados para ser transformados em *commodities*. América Latina é vista como fornecedora de mercadorias pela riqueza de seus bens naturais, por enquanto Europa, Ásia e os Estados Unidos ao carecer delas, são os fornecedores de manufaturas e tecnologia. O Brasil, o país mais extrativista de América Latina, em 2011 retirou mais de 410 milhões de toneladas de minerais, cuja maioria foi exportada. (GUDYNAS, 2012, p. 5).

A demanda internacional posiciona as terras e os bens naturais dos povos indígenas como objetivos estratégicos do mercado internacional, o que se expressa por meio de projetos de desenvolvimento como minas, hidroelétricas, monocultivos de transgênicos, entre outros, realizados por empresas transnacionais e nacionais em menor escala. Com a desapropriação, a compra venda forçada, de contratos de usufruto, a invasão de terras, entre outras ações se despeja da terra e dos bens naturais aos povos indígenas.

O neoextrativismo se diferencia do extrativismo do passado porque nesta variante o Estado desenvolve um rol ativo, pois com ajuda dele se obtém facilidades na implementação dos projetos e maiores ganancias. Assim, o neoextrativismo é justificado politicamente como necessário para o progresso, pois as ganancias são devolvidas à sociedade por meio de programas sociais. (GUDYNAS, 2013, p. 8).

Dependendo da atividade extrativista os impactos diferem, mas todas implicam altos custos sociais, ambientais, econômicos e culturais porque não são observadas as normativas que protegem o direito ao meio ambiente saudável, os direitos trabalhistas, o direito à consulta, o direito à terra, entre outros, geralmente sob a anuência dos governos confabulados com as empresas. As práticas extrativistas são cada vez mais intensas e perigosas e os empreendimentos são mais numerosos afetando os ecossistemas, deslocando aos povos indígenas e minando a saúde humana.

No entanto, a globalização e o neoliberalismo impulsionaram o despejo territorial dos povos indígenas; as estruturas institucionais herdadas e os diferentes contextos sociais, econômicos e políticos da América Latina coadjuvam no processo de mercantilização dos bens naturais e das terras. Indubitavelmente, a migração constante, a desterritorialização, a pobreza, a segregação, e os processos de reconfiguração territorial continuam pela afetação dos territórios indígenas contra a vontade de seus habitantes.

No presente capítulo se expõem os meios jurisdicionais de proteção e garantia dos direitos dos povos indígenas do México e do Brasil, em específico sobre o direito à terra, ao território e aos bens naturais. Apresentam-se também os meios não jurisdicionais de defesa dos direitos indígenas em ambos os países e os internacionais que coadjuvam na administração de justiça.

4.1 A PROTEÇÃO JUDICIAL DO DESPEJO TERRITORIAL INDÍGENA MÉXICO-BRASIL

O reconhecimento da pluriculturalidade pelos Estados do México e do Brasil inclui a garantia do acesso à justiça aos povos indígenas. O direito constitucional fornece meios jurisdicionais para que as violações de direitos humanos sejam examinadas pelas autoridades judiciais e para que seja determinada uma sanção e a reparação do dano. Para atender as especificidades dos povos indígenas, o México e o Brasil têm desenvolvido políticas públicas para garantir o acesso à justiça em igualdade de condições que a população não indígena.

Conforme os instrumentos internacionais³⁹, todo processo judicial deve cumprir com os seguintes princípios de caráter geral em que estão envolvidas pessoas e povos indígenas:

³⁹ Convenção 169 da OIT; Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas; Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas; Convenção Americana dos Direitos Humanos; Observação General No. 5, Comité dos Direitos da Criança, Medidas gerais de aplicação da Convenção sobre os Direitos da

igualdade e não discriminação; autoidentificação; maximização da autonomia; acesso à justiça considerando as especificidades culturais; proteção especial a seus territórios e bens naturais e, participação, consulta e consentimento em face de qualquer ação que os afete.

A Constituição Mexicana contempla as garantias constitucionais e os mecanismos de controle constitucional e de defesa dos direitos humanos: o *juicio de amparo*, as *acciones de inconstitucionalidad* e as *controversias constitucionales*. O México inovou com o *juicio de amparo* e internacionalizou o conceito, “a única instituição jurídica genuinamente sua” (TENA RAMÍREZ, 1978, p. 31), presente no sistema jurídico mexicano desde 1847⁴⁰. A reforma constitucional de 2011 modernizou o *amparo* para aperfeiçoar a proteção dos direitos humanos, como ser promovido por um *interés legítimo*, a título coletivo, e contra as violações dos direitos humanos consagrados nos instrumentos internacionais ratificados pelo México.

Antes do reconhecimento dos povos indígenas pela Constituição mexicana em 2001, as decisões da SCJN na matéria eram inexistentes, já que a questão indígena chegava por assuntos agrários. A maioria da população rural no México é de origem indígena e os litígios se circunscreviam aos *ejidos* e às comunidades rurais. Em seguida, a matéria agrária teve sua própria dinâmica e um procedimento jurídico específico sobre esse regime de propriedade que escapa do desígnio atual. Em base ao artigo 2º da Cpeum produto da reforma constitucional de 2011, o Poder Judicial de la Federación tem realizado um esforço por melhorar o acesso à justiça dos povos indígenas. O princípio *pro persona* é a égide da interpretação judicial que deve garantir aos povos indígenas o acesso à justiça estatal, a admissão da jurisdição indígena e a reparação do dano⁴¹.

Criança; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Comité de Direitos Humanos, Observação Geral No. 23: os direitos das minorias; Informe do Relator Especial sobre a situação dos direitos humanos e as liberdades fundamentais dos indígenas, James Anaya, A/65/264, 2010; Informe do Relator Especial de Nações Unidas A/66/288 de agosto de 2011.

⁴⁰ Manuel Crescencio Rejón, Mariano Otero e Ignacio L. Vallarta são os criadores do *juicio de amparo* e foi incorporado por vez primeira na Constituição de Yucatán de 1841. O *juicio de amparo* foi adotado pela Constituição Federal de 1857, porém nas Cartas anteriores (1824, 1836) já se gestava a criação do meio de controle da constitucionalidade. Cf. TENA RAMÍREZ, 1978; SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2016.

⁴¹ Em atenção ao artigo 17º da Cpeum, do artigo 20º bis da Ley de Defensoría Pública e os artigos 15º e 124º Bis do Código de Procedimientos Penales, estabelece-se a obrigação do Estado de garantir o direito a uma defesa em matéria penal e assessoria jurídica às pessoas indígenas. Os Defensores Públicos devem trabalhar com tradutores e intérpretes que tenham conhecimento da língua e da cultura indígena do inculcado para enfrentar o processo em igualdade de condições que outro mexicano não indígena. Mas, a partir da reforma constitucional de 2001, o Instituto Federal de Defensoría Pública (IFDP) começou a preparação de Defensores Públicos Bilíngues para que os indiciados indígenas conheçam sobre seus direitos durante qualquer etapa do procedimento penal. Segundo o Instituto Nacional de Lenguas Indígenas- Inali (2016), o catálogo de línguas indígenas está conformado por 11 famílias linguísticas, 68 línguas e 364 variantes linguísticas. Em 2016, o IFDP tem preparado a 25 Defensores Públicos Bilíngues em 21 línguas como amuzgo, chinanteco, chol, huichol, mazateco, maya, mixe, otomí, zapoteco, náhuatl, tzotzil. Também podem agir dentro de um processo os

Em respeito ao Brasil, além das garantias tradicionais como o *habeas corpus* estabelecido pela Constituição de 1891, e o mandado de segurança e a ação popular pela Constituição de 1934, a Constituição de 1988 introduz novas garantias constitucionais ou remédios constitucionais: o mandado de injunção, o *habeas data* e o mandado de segurança coletivo. O artigo 232º CF88 assegurou aos índios o acesso à justiça em defesa de seus direitos e interesses. O Ministério Público Federal (MPF) possui a tutela da defesa desses direitos e interesses (art. 129, V) e o Poder Judiciário a formulação de políticas públicas para facilitar o acesso à justiça⁴². A Constituição Federal também estabelece especificações fora do capítulo consagrado aos índios. A legislação em matéria de populações indígenas é privativa da União (Art. 22, XIV); os juízes federais são competentes para processar e julgar a disputa sobre direitos indígenas (Art. 109, XI); o Estado garante o exercício dos direitos culturais e a difusão das manifestações das culturas indígenas (Art. 215).

Entre os direitos mais exigidos historicamente pelos povos indígenas destaca-se o direito à terra, ao território⁴³ e aos bens naturais, pois desde a chegada dos colonizadores europeus à América os povos indígenas foram despejados de suas terras e de seus bens

Oficiales Administrativos, advogados que podem exercer como intérpretes, conformando um total de 41 integrantes do IFDP que cobrem 30 línguas indígenas em total. Em 2003 criou-se a Unidad Especializada para la Atención de Asuntos Indígenas adscrita à atual Subprocuraduría de Derechos Humanos, Prevención del Delito y Servicios a la Comunidad. A Unidade Especializada coadjuva no acesso à procuração de justiça federal pelas pessoas indígenas, e consideram-se seus sistemas normativos internos, suas línguas, sua cultura e seus usos e costumes. A Unidad também realiza gestões em quanto ao pagamento da garantia, da caução e da reparação do dano que determinem as autoridades e apoia-se em três programas: visitas aos Centros de Reinserción Social; seminários e conferências em matéria indígena; e gestão de benefícios de liberdade antecipada. Em 2014, iniciou o Padrón Nacional de Abogados Indígenas Bilingües. Em 2013 a SCJN publicou o *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas*, um guia que condensa uma série de princípios e práticas que devem ser respeitados no processo para os operadores jurídicos emitir suas resoluções em base às normas internacionais e à jurisprudência interamericana.

⁴² A partir da Lei Complementar 75 foi criada a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão dos Direitos das Comunidades Indígenas e Minorias, integrada por procuradores que nos estados e nos municípios e de assessores técnicos na área administrativa, antropológica, jurídica e documental. A 6ª Câmara atende nessas temáticas para assegurar a pluralidade do Estado brasileiro por meio de diversas atividades como encontros nacionais e regionais para discutir a questão indígena, emissão de termos de ajustamento de conduta e realizar recomendações extrajudiciais para os órgãos públicos como o Incra (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária) e a Funai (Fundação Nacional do Índio). A Câmara também se apoia dos Grupos de Trabalho (GT) compostos por Procuradores da República para a elaboração de roteiros de atuação que fornecem diretrizes e orientação para uniformidade e coerência ao exercício das atribuições da instituição em matérias relacionadas às populações indígenas. Os GTs acompanham políticas públicas, projetos de leis e outros atos normativos relacionados às temáticas indígenas. Outrossim, a 6ª Câmara realiza acordos de cooperação como aquele entre o MPF e a Associação Brasileira de Antropologia (ABA) na realização de estudos, pesquisas e elaboração de laudos antropológicos periciais, para subsidiar e apoiar os trabalhos, judiciais e extrajudiciais, do MPF. Além disso, a Câmara realiza ações coordenadas como Dia da Saúde Indígena e desenvolve projetos como Aldeia da Memória e MPF em Defesa da Escola Indígena para promover e fortalecer a defesa dos direitos dos povos indígenas. Cf. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2017.

⁴³ Os conceitos de terra e território se utilizam à luz da Convenção 169.

naturais. Já como Estados independentes continuaram com o mesmo modelo de dominação sobre os povos indígenas, o colonialismo interno. A luta pelos direitos territoriais indígenas continua porque os povos indígenas permanecem como colônias. Os povos indígenas são escondidos pelas classes hegemônicas, primeiro sob a ficção de igualdade jurídica e depois com o multiculturalismo conservador e a falta de reconhecimento da diversidade cultural. (LÓPEZ BÁRCENAS, 2017, p. 4).

Os direitos territoriais são os mais importantes para os povos indígenas, mas os mais difíceis de garantir. O modelo neoliberal global está negando os direitos territoriais indígenas mediante a imposição de megaprojetos de desenvolvimento, a criminalização da protesta contra eles, a repressão contra qualquer pretensão autônoma e a apropriação dos conhecimentos tradicionais. Geralmente sob amparo da lei, as práticas neoliberais forçam meios para que as terras, os territórios e os bens naturais dos povos indígenas estejam disponíveis no livre mercado para propriedade privada.

O território indígena representa o elemento-chave para a sua reprodução física, social, espiritual e cultural, uma dimensão existencial destes povos que se transmite por gerações, coletivo, indivisível, ancestral e inestimável. A terra “[...] é uma construção simbólica consubstancial à referência da origem e da identidade étnica. [A terra] não representa unicamente uma apropriação econômico-produtiva ou uma relação utilitária, mas uma complexa construção cosmológica e pragmática”. (MARTÍNEZ CORIA; HARO ENCINAS, 2015, p. 230).

Em diversas esferas existe uma incompreensão em respeito aos direitos indígenas, ligada à persistência de preconceitos e atitudes discriminatórias quando não racistas. Mais preocupante resulta a oposição ao pleno desfrute de seus direitos que provem de diversos interesses econômicos privados, nacionais e internacionais. Esses interesses se centram na propriedade da terra e a exploração dos bens naturais, sobretudo a floresta, a água e os recursos do subsolo. Frequentemente fazem colusão com as estruturas do poder político para obstaculizar o avanço dos direitos humanos dos povos indígenas. Os Estados precisam demonstrar maior vontade e capacidade política para construir mecanismos e estruturas eficientes que consigam promover realmente, e não somente simular, o respeito efetivo dos direitos humanos dos povos indígenas em seus países. Os tribunais devem assumir ativamente a defesa destes direitos, muito além dos legalismos que durante tanto tempo se usaram para despejar de eles aos indígenas⁴⁴. (STAVENHAGEN 2007, p. 21-22).

⁴⁴ *En diversas esferas hay una incompreensión con respecto a los derechos indígenas, ligada a la persistencia de prejuicios y actitudes discriminatorias cuando no racistas. Más preocupante resulta la oposición al pleno disfrute de sus derechos que proviene de diversos intereses económicos privados, nacionales e internacionales. Estos intereses se centran en la propiedad de la tierra y la explotación de los recursos naturales, sobre todo los bosques, el agua y los recursos del subsuelo. Con frecuencia están coludidos con las estructuras del poder político para obstaculizar el avance de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Los Estados necesitan mostrar mayor voluntad y capacidad política para construir mecanismos y estructuras eficientes que logren promover realmente, y no solamente simular, el respeto efectivo de los derechos humanos de los pueblos*

O conceito de terra, território e bens naturais da perspectiva indígena se distancia da concepção do direito positivo que os enxerga como mercadoria. Enquanto não se reconheça o direito à livre determinação como povos, os direitos territoriais indígenas devem enquadrar no conceito do direito civil. O monismo dos regimes jurídicos latino-americanos tem sido imposto sobre o conceito territorial indígena, distorcendo-o, inclusive com resultados etnocidas. (GARCÍA HIERRO, 2001, p. 619-620).

A desterritorialização dos povos indígenas começou com a colonização, com a perda da territorialidade política e da soberania pela subjugação europeia. A segunda fase foi o despejo e a perseguição para expandir a produção agrícola e de gado sobre as terras indígenas. A terceira fase é o despejo e desterritorialização pelo extrativismo dos bens naturais. A quarta se deve à implementação de megaprojetos que criaram impactos socioambientais. E uma quinta fase de despejo e desterritorialização sobre sistemas de conhecimentos tradicionais e a biodiversidade dos territórios indígenas. (TOLEDO LLANCAQUEO, 2005, p. 85).

O direito à terra, ao território e aos bens naturais dos povos indígenas é um direito fundamental e condicionante de outros direitos. A falta de seguridade jurídica sobre os territórios indígenas promove a pobreza e a marginalização, e sucessivamente violações a outros direitos como a uma vida digna, água, saúde, entre outros. O direito à terra, ao território e aos bens naturais possui dois componentes: externo, pela defesa de sua integridade em face aos despejos, aos deslocamentos forçados, entre outras modalidades, e interno, pelo uso e aproveitamento individual ou coletivo da terra e seus recursos e dos sítios espirituais ou sagrados. (SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2014, p. 21).

O direito dos povos indígenas sobre seus territórios relaciona-se ao fato de que são os habitantes originários do continente americano, os legítimos proprietários inclusive antes da invenção do Estado. Ante a degradação ambiental mediante o acesso às terras e as bens naturais, os povos indígenas auxiliam na reparação dos ecossistemas porque possuem uma extensa bagagem de conhecimentos para a conservação da biodiversidade. E, sem dúvidas, os povos indígenas precisam de seus territórios para a reprodução física e cultural.

A dizer da Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) “para as comunidades indígenas a relação com a terra não é somente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive

para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras”⁴⁵. A terra está vinculada com as expressões e as tradições culturais, as línguas, as artes, os rituais, os conhecimentos e todo componente da cultura e da cosmovisão dos povos indígenas. O Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial assevera que os direitos territoriais dos povos indígenas são únicos, e abrangem uma tradição e identificação cultural dos povos indígenas com suas terras⁴⁶.

Como mencionado anteriormente, o México não estabeleceu um regime especial para as terras indígenas⁴⁷, contrário ao Brasil que estabeleceu um regime jurídico das terras indígenas, suas modalidades e um processo de demarcação de terras. Porém, desde que o artigo 1º da Cpeum estabeleceu o princípio *pro persona*, se procura nos instrumentos internacionais uma proteção mais abrangente das terras indígenas. O México e o Brasil ratificaram a Convenção 169 da OIT.

O direito agrário no México possui procedimentos próprios para garantir a propriedade social da terra e não estabelece o mesmo que a Convenção 169, pois os *ejidos* e as comunidades agrárias são uma forma de organização camponesa criada no século XX, e os povos indígenas são coletividades ancestrais cujas dinâmicas possuem suas especificidades sustentadas nas suas terras e territórios e, portanto, merecem uma proteção especial além da perspectiva econômica agrarista. A este respeito, os juízes que conheçam em matéria administrativa e os tribunais agrários devem considerar o que a Convenção 169 dispõe para proteger os direitos territoriais indígenas. (SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2014, p. 20).

No caso do Brasil, o Capítulo VIII da CF88 reconheceu o direito originário das terras indígenas, mas como patrimônio da União e com uma autonomia relativa. O artigo 231º da

⁴⁵ Corte IDH. Caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua. Mérito, Reparações e Custas. Sentença 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, parágrafo 149. Corte IDH. Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas. Sentença 17 de junho de 2005. Serie C No. 125, parágrafos 124, 131. Corte IDH. Caso Massacre Plano de Sánchez Vs. Guatemala. Reparações e Custas. Sentencia de 19 de novembro 2004. Serie C No. 116, parágrafo 85.

⁴⁶ Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, decisão 2(54) sobre Austrália, parágrafo 4; citado em: CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary e Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de dezembro de 2002, parágrafo 130, nota de rodapé No. 97.

⁴⁷ A Constituição mexicana não é específica em quanto às terras indígenas. Lembre-se da incongruência criada no artigo 27º parágrafo VII da Cpeum menciona que a lei protegerá a integridade das terras dos grupos indígenas e delega o assunto à lei agrária que não resolve, pois remete à Constituição e à lei regulamentaria inexistente. O artigo 2º da Cpeum estabelece o direito preferente dos povos indígenas como parte do direito à autonomia, ao uso e desfrute dos recursos naturais do lugar que habitam, respeitando as formas da propriedade de terra. A Constituição mexicana faz referência aos indígenas como grupos, comunidades e povos, em palavras de López Bárcenas (2016, p.12) deve realizar-se uma interpretação sistemática e harmônica dos conceitos utilizados e que deve resolver-se que todos se circunscrevem aos povos indígenas.

CF88 estabeleceu como terras indígenas tradicionalmente ocupadas “por eles habitadas em caráter 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”. A legislação vigente no Brasil estabeleceu diversas modalidades de terras indígenas⁴⁸.

Estabeleceram-se diretrizes para a demarcação das terras indígenas no Decreto n.º 1775/96, um procedimento administrativo⁴⁹ meramente declaratório para precisar a extensão da posse. Atualmente existem 462 terras indígenas regularizadas que representam cerca do 12,2% do território nacional, localizadas em todos os biomas, com concentração na Amazônia Legal produto da política de integração nacional e consolidação da fronteira econômica do Norte e Noroeste do país. (FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO, 2017).

A Funai conduz os estudos necessários à identificação e delimitação de terras indígenas, com base no artigo 231º da CF88, Lei 6.001/73 o Estatuto do índio, Decreto 1.775/96, Portaria MJ 14/96 e Portaria MJ 2498/2011. Assim, a Constituição de 1988 estabeleceu que as terras indígenas:

⁴⁸ Outras modalidades de TI são: reservas indígenas, terras domaniais e interditadas. As reservas indígenas são terras doadas por terceiros, adquiridas ou desapropriadas pela União, que se destinam à posse permanente dos povos indígenas. São terras que também pertencem ao patrimônio da União, mas não se confundem com as terras de ocupação tradicional. Existem terras indígenas, no entanto, que foram reservadas pelos estados-membros, principalmente durante a primeira metade do século XX, que são reconhecidas como de ocupação tradicional. As terras domaniais são as terras de propriedade das comunidades indígenas, havidas, por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil. As interditadas são áreas interditadas pela Funai para proteção dos povos e grupos indígenas isolados, com o estabelecimento de restrição de ingresso e trânsito de terceiros na área. A interdição da área pode ser realizada concomitantemente ou não com o processo de demarcação, disciplinado pelo Decreto n.º 1775/96. Cf. FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO, 2017.

⁴⁹ O Decreto 1.775 estabeleceu novas providências sobre o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas como a fundamentação em um estudo antropológico de identificação e delimitação elaborado por um antropólogo contando com a participação indígena é assegurada em todo momento. Concluídos os estudos, um relatório é enviado à Funai o qual, se for aprovado, será informado a eventuais interessados publicações em diários oficiais da União mediante. Desde o início do procedimento até as publicações do relatório, existem 90 dias para que Estados, Municípios e interessados apresentem provas (procedimento contraditório). 60 dias após o prazo de impugnação, o procedimento é enviado ao Ministro da Justiça que em 30 dias desaprovará ou declarará os limites da terra indígena. Passados os 30 dias da publicação, a demarcação é homologada com a edição do Decreto para ser registrado no cartório imobiliário da localidade e na Secretaria de Patrimônio da União. O Decreto 1775 é o dispositivo jurídico vigente em concordância com a Convenção 169 que exige aos Estados o reconhecimento dos direitos de propriedade e de posse das terras que tradicionalmente ocupam os índios. Para Carlos Marés, o processo contraditório introduzido não é necessário para reconhecer o caráter indígena das terras submetidas à demarcação e não tem representado uma mudança substancial no resultado. No caso que alguém sinta seus direitos violados pela demarcação de terras indígenas, deve buscar a reparação nos atos anteriores ao reconhecimento. Cf. SOUZA FILHO, 2010, p. 99-100, 103, 152-153.

- a) são destinadas à posse permanente por parte dos índios (art. 231, § 2);
- b) são nulos e extintos todos os atos jurídicos que afetem essa posse, salvo relevante interesse público da União (art. 231, § 6);
- c) apenas os índios podem usufruir das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (art. 231, § 2);
- d) o aproveitamento dos seus recursos hídricos, aí incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais, só pode ser efetivado com a autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada a participação nos resultados da lavra (art. 231, § 3, art. 49, XVI);
- e) é necessária lei ordinária que fixe as condições específicas para exploração mineral e de recursos hídricos nas Terras Indígenas (art. 176, § 1);
- f) as terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis, e o direito sobre elas é imprescritível (art. 231, § 4);
- g) é vedado remover os índios de suas terras, salvo casos excepcionais e temporários (art. 231, § 5). (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2016).

Entretanto a Convenção 169 da OIT complementar e supletória na defesa dos direitos territoriais indígenas dispõe no artigo 13º a obrigação dos governos em respeitar a importância que as terras e os territórios têm para a cultura dos povos indígenas. A Convenção define que terra ou território abrange todo o ambiente das áreas que esses povos ocupam ou usam para outros fins. O artigo 14º estabelece que os governos reconheçam e adotem medidas para salvaguardar os direitos de propriedade e posse de terras tradicionalmente ocupadas pelos povos.

O artigo 15º da Convenção 169 estabelece o direito dos povos aos bens naturais existentes com proteção especial de parte do Estado. Também estabelece que nos casos em que o Estado retém a propriedade dos recursos do subsolo, os governos consultarão aos povos indígenas para determinar se seus interesses seriam prejudicados, antes de executar qualquer programa de exploração em suas terras. Assim, se for possível, os povos participarão dos benefícios proporcionados por essas atividades e receberão indenização justa por qualquer dano que sofram em decorrência dessas atividades.

A este respeito, a disposição da Convenção coincide com o disposto pela Constituição mexicana e a Constituição brasileira, pois em ambos os casos o Estado é o proprietário originário das terras e das águas da nação.

No artigo 16º da Convenção 169 está contemplado o possível reassentamento dos povos como uma medida excepcional com seu livre consentimento e conhecimento. O artigo 17º determina que deva respeitar-se a transmissão de direitos sobre a terra, os povos devem ser sempre consultados ao se considerar sua capacidade de alienar suas terras ou de outra maneira transmitir seus direitos fora de suas comunidades. Também dispõe que as terras devem ser protegidas de abusos por parte de pessoas alheias aos povos que tirem proveito de seus costumes ou do desconhecimento das leis para assumir a propriedade, posse ou uso de terras indígenas.

Pese ao reconhecimento dos direitos territoriais indígenas no nível nacional e internacional, a reprodução física e cultural dos povos indígenas é frequentemente ameaçada, pois o risco de extermínio é latente. O simples reconhecimento dos direitos não é suficiente.

Ainda que o México tenha ratificado diversos tratados internacionais na matéria, os direitos dos povos indígenas não são efetivados. Nem reconhece aos povos indígenas como sujeitos coletivos de direito público com personalidade jurídica própria. A violação sistemática dos direitos dos povos indígenas se concentra nos direitos coletivos como os territoriais. Desde o século XIX se implementaram leis para despejar os povos indígenas de seus territórios tal como as Leyes de Reforma. No século XX a Ley Minera de 1992, o fim da reforma agrária pela reforma constitucional que modificou os artigos 4º e 27º da Cpeum coincide com o GATT e o TLCAN, por isso esta época é considerada o ponto de partida do despejo territorial contemporâneo dos povos indígenas⁵⁰, continuado no século XXI pela reforma energética de 2014.⁵¹

⁵⁰ Além do fim da repartição agrária, as assembleias *ejidales* ganharam a faculdade de delimitar e decidir sobre as terras. Desde 1994 o *Programa de Certificación de Derechos Ejidales y Titulación de Solares Urbanos* certifica Individualmente as parcelas de terra para sua venda, tirando a proteção da possessão coletiva agrária e a transmissão das terras como patrimônio familiar e comunitário. Em congruência com o fim do acordo agrário, as instituições mudaram: a *Secretaría de la Reforma Agraria* foi extinta, e a *Procuraduría Agraria* e o *Registro Agrario Nacional* se transformaram na *Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano (Sedatu)*.

⁵¹ Por meio da reforma energética 12 leis secundárias foram reformadas e 9 criadas e reformaram-se os artigos 25º, 27º e 28º da Cpeum que eliminaram a proibição para oferecer contratos de exploração, extração, produção, e distribuição de hidrocarburos, geração de eletricidade e extração de minerais, a empresas privadas, nacionais ou transnacionais. Pelo carácter estratégico as ditas atividades são de interesse social e ganharam prioridade. Eliminaram-se as restrições para o capital privado com a figura de *empresas productivas do Estado*, sem a participação dos sindicatos nos conselhos de administração.

A privatização das terras indígenas por meio de instituições jurídicas como a ocupação temporária, contratos de arrendamento, compra-venda de terras, desapropriação, concessão, entre outras, se converteram em vias de despejo. Curiosamente, essas leis que permitem o despejo territorial são contrárias aos dispositivos constitucionais que estabelecem o direito dos povos indígenas aos bens naturais e as terras.

A desapropriação é o mecanismo vertical mais utilizado pelo Estado mexicano para despejar aos povos indígenas de suas terras sob o argumento de uma causa de utilidade pública, para assim entregá-las em usufruto a empresas para a execução de megaprojetos. Assim aconteceu com as hidroelétricas de Cerro de Oro em Oaxaca e La Angostura e Chicoasén em Chiapas que deslocaram forçosamente à população majoritariamente indígena e causaram impactos ambientais irreparáveis que nunca foram sancionados. (LÓPEZ BÁRCENAS, 2011, p. 10).

Por meio da concessão, a administração pública outorga licenças de exploração de um bem do Estado à empresas. Aproximadamente 1/3 parte do território nacional está concessionado às mineradoras e existem numerosos projetos em execução em territórios indígenas de Sonora, Chihuahua, Durango, Puebla, Guerrero, Jalisco, Nayarit e Chiapas. (MARTÍNEZ CORIA; HARO ENCINAS, 2015, p. 238). De fato, o artigo 6º da Ley Minera estabelece que a exploração do subsolo é de “interesse público prioritário”, só subordinado à exploração de petróleo e outros hidrocarburos.

Outra modalidade do despejo territorial se realiza por meio de limitações ou transformações do direito de propriedade. Existem numerosos dispositivos que regulamentam a exploração das terras e dos bens naturais, mas na realidade facilitam a apropriação privada deles e impedem o acesso a eles pelos povos indígenas.

O artigo 27º da Cpeum e a Ley Agraria oferecem proteção especial e acesso preferencial dos bens naturais para os indígenas, mas não existem mecanismos claros de proteção nem suporte jurídico. O povo *espéi* está proibido de pescar, já que seu território está incluído na *Reserva de la Biosfera Alto Golfo de California e Delta del Río Colorado*. Os *ti'pai (kumiai ou kimiai)* assentados nas comunidades San Antonio Necua e San José de la Zorra em Baja California sofrem de despejo produtivo porque a Comisión Nacional del Agua (Conagua) outorgou a concessão de água a viticultores particulares. (MARTÍNEZ CORIA; HARO ENCINAS, 2015, p. 239).

No caso do Brasil, a violação aos direitos territoriais indígenas se concentra na demarcação de terra⁵², e em segundo plano as invasões de terras indígenas para exploração ilegal de bens naturais e posse da terra.

Segundo as informações da Relatora de Nações Unidas sobre o direito dos povos indígenas durante sua missão no Brasil em 2016, a falta de vontade política e a demora do processo de demarcação são algumas das razões⁵³ pelas que a maioria dos povos se vê forçado a ocupar seus territórios e defender eles mesmos suas terras e bens naturais. Os povos Guarani-Kaiowá e Terenas no Mato Grosso do Sul, os Pataxós na Bahia, os Arara e Parakanã no Pará, os Ka'apor no Maranhão, e os Guarani Mbyá e Kaingang nos estados do sul do Brasil encontram-se em constante conflito com o Estado e com os invasores de suas terras, sofrem episódios de violência, ameaças, criminalização dos protestos e assassinatos. (TAULI-CORPUZ, 2016).

Decorrente da ausência da demarcação de terras são os impactos ambientais como o desmatamento, a destruição de rios e o empobrecimento dos solos pela prática intensiva de monocultivos e mineração. Ainda que a Constituição Federal estabelecesse que o usufruto exclusivo das terras indígenas (TI) corresponda às comunidades indígenas, também se estabelece no artigo 231§3 da CF88 a possibilidade de realizar atividades da mineração e do aproveitamento de recursos hídricos nas terras indígenas, com autorização do Congresso Nacional. As comunidades afetadas devem ser ouvidas e ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

Pese à especificação do 231§2 da CF88 sobre o usufruto exclusivo das riquezas das TIs, devem considerar-se todos os bens naturais do solo, de uma maneira ampla. O Estatuto do Índio vigente (Lei 6001/73) ratifica o usufruto das comunidades indígenas. Inclusive no parágrafo 1º do mesmo dispositivo constitucional se estabelece que as atividades realizadas

⁵² Nos últimos 10 anos 107 TI têm sido demarcadas e 108 TI homologadas. Cf. ISA, 2016.

⁵³ a) o enfraquecimento e redução de pessoal da Funai; b) a falta de vontade política concluir procedimentos de demarcação no nível ministerial e presidencial; c) pouco entendimento e apreço pelos modos de vidas diferenciados dos povos indígenas e falta de treinamento em direitos humanos para autoridades do Executivo; d) um constante ciclo de atrasos administrativos e a judicialização de quase todos os processos de demarcação por interesses escusos, acompanhado de demoras da Suprema Corte em proferir decisões finais nos casos; e) a possibilidade de ganhos políticos de certos atores por meio da interpretação errônea das implicações do processo de demarcação de terras indígenas para pequenos agricultores e municípios, levando à discriminação contra e conflito com povos indígenas; f) esforços de longa data por parte do Legislativo para reformar processos de demarcação e de modificar a legislação ambiental para facilitar a exploração de recursos em terras indígenas; g) falta de reconhecimento da compatibilidade de terras indígenas e unidades de conservação e o papel que o respeito aos direitos territoriais indígenas tem para a conservação ambiental e para o desenvolvimento sustentável. Parágrafo 23. Cf. TAULI-CORPUZ, 2016.

nas TIs correspondam “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”, e só as atividades que garantam sua supervivência serão autorizadas por eles, isto em consonância também com o direito à livre determinação reconhecido pelos instrumentos internacionais.

O Estatuto do Índio estabelece nos artigos 44º e 46º o direito à exploração das riquezas do solo pelos indígenas e no artigo 18º se estabelece a proibição que outros realizem atividades extrativas nas TIs. Sustenta-se o exposto com o Estatuto da Funai, garantir ao índio a posse e o usufruto dos bens naturais das terras que habita, bem como a preservação do equilíbrio ecológico e cultural das terras e povos indígenas, mandato que tem sido complicado de atingir pelas problemáticas orçamentárias e administrativas do órgão.

Porém, o artigo 231§6 da CF88 permitiu a exploração de bens naturais por terceiros, por motivo de relevante interesse público, segundo o que dispuser a lei complementar. A legislação específica⁵⁴ é ainda inexistente, por isso qualquer atividade minerária em TIs é ilegal, o que não tem evitado que as atividades de mineração estejam expandidas no território brasileiro. O Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM) registra processos minerários como interesses e como títulos minerários⁵⁵ sobre terras indígenas que ainda não estão demarcadas, só delimitadas como o caso das terras Sawré Muybu. Segundo um levantamento⁵⁶ realizado em base aos dados fornecidos pelo ISA e pelo DNPM, 25% das TIs no Brasil apresentam interesses para mineração. (BRESSANE, 2016).

Além da mineração, o garimpo ameaça as terras indígenas. Um estudo publicado em março de 2016 pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) e pelo ISA revelou que algumas aldeias Yanomami de Roraima chegam a ter 92% das pessoas examinadas contaminadas por mercúrio, usado na mineração do ouro, estima-se que 5.000 garimpeiros atuem nessa TI faz varias décadas atrás. (BRESSANE, 2016). O Estado tem fracassado em proporcionar segurança sobre as TIs de atividades ilegais e invasão de não índios, inclusive nas terras já demarcadas.

⁵⁴ Atualmente está em tramitação com regime de prioridade na Câmara dos Deputados o PL 1610/96, de autoria do Senador Romero Jucá, que regulamenta a exploração de minerais em terras indígenas.

⁵⁵ Os interesses são requerimentos de pesquisa, como os de lavra garimpeira, e marcam prioridade do requerente. Os títulos abrangem as autorizações ou alvarás de pesquisa, requerimentos de lavra, concessões de lavra e licenciamento e constituem direitos individuais concedidos pelo Poder Público. Cf. BRESSANE, 2016.

⁵⁶ Levantamento da Pública, agência de reportagem e jornalismo investigativo, mostra que na Amazônia Legal que engloba 9 estados, em 1/3 das áreas indígenas se realizam atividades de mineração (ouro, diamante, chumbo, cassiterita, cobre e estanho), a proporção é de 1 TI para cada 10 processos minerários. O Pará concentra 50% desses processos em TIs já identificadas oficialmente pela Funai. Cf. BRESSANE, 2016.

Tanto os povos indígenas do México como aqueles do Brasil reclamam que é frequente que na implantação de megaprojetos de desenvolvimento se viole o direito à consulta prévia e não se procure pelo consentimento livre, prévio e informado nos termos da Convenção 169 da OIT e a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Numerosos casos levados ante o Judiciário evidenciam a violação ao *standard* internacional. Mas não somente sobre o direito à consulta, também existem outros mecanismos que se utilizam para despejar aos povos indígenas de suas terras e bens naturais como a suspensão de segurança e o marco temporal no Brasil⁵⁷, e a falta de *interés jurídico ou legítimo* no México.

Ainda que os dispositivos legais do Brasil e do México oferecem proteção ao patrimônio indígena, em ambos os países existe uma grande brecha de efetivação que se constata pelos numerosos conflitos socioambientais⁵⁸.

Diante disso, a mobilização indígena continua na defesa dos direitos territoriais por meio da exigência da efetivação desses direitos pelas estratégias defensivas ante o Estado e ante os organismos internacionais; também a defesa se manifesta por meio de projetos alternativos e proteção da biodiversidade, mediação de conflitos, exercício da livre determinação na forma de regimes de autonomia⁵⁹. Os movimentos de resistência indígena

⁵⁷ Segundo a Relatora de Nações Unidas, o mecanismo de suspensão de segurança foi apontado pelos povos indígenas como um grande problema no contexto de projetos de desenvolvimento, pois esse mecanismo permite com que projetos prossigam mesmo que eles possam resultar em sérias violações de direitos dos povos indígenas e que o Estado não tenha cumprido com o seu dever de consultar para obter o consentimento livre, prévio e informado. Também foi sublinhada a frequente reintegração de posse quando os povos indígenas retomam e reocupam terras que têm direitos sob a Constituição de 1988, mas que o Estado não conseguiu demarcar nos últimos 28 anos. Interpretações do STF como no caso Raposa Serra do Sol “- que introduziu um marco temporal exigindo que os povos indígenas estivessem na posse de suas terras ou já tivessem demandas processadas quando a Constituição foi promulgada, sem consideração para como ou por que eles haviam sido retirados de suas terras - impõem restrições aos direitos dos povos indígenas de possuírem e controlarem suas terras e recursos naturais, e prejudicam a demarcação de terras. Cortes de primeira instância assim como o STF estão aplicando a decisão de maneira completamente contrária com as previsões constitucionais sobre direitos territoriais indígenas. Ao fazer isso, o Estado expulsa os povos indígenas de suas próprias terras impedindo-lhes o gozo de seus direitos básicos e alimentando a violência contra eles”. Parágrafos 28,37, 52, 69. Cf. TAULI-CORPUZ, 2016.

⁵⁸ Em 2010 foram registrados 46 conflitos socioambientais no Brasil. O Norte e Nordeste, juntos, representam cerca de 50% dos casos apresentados. O elevado número de conflitos nos estados do Sudeste está relacionado ao histórico de intensa ocupação territorial e de industrialização com inúmeros impactos socioambientais, bem como aos movimentos sociais organizados na região. Mas é em regiões como o Nordeste, Norte e Centro-Oeste que atualmente se encontra a fronteira de expansão capitalista no país, principalmente por meio do agronegócio, do ciclo da mineração e inúmeras obras de infraestrutura, como hidrelétricas, rodovias e transposição do São Francisco. Cf. Mapa de Conflitos e Injustiça Ambiental em Saúde no Brasil, FIOCRUZ.

Segundo Víctor Toledo pesquisador da Universidad Nacional Autónoma de México (Unam), no México existem pelo menos 450 conflitos socioambientais tomando como referência que em meados de 2014 existiam 120 conflitos sobre mineração, 80 no setor energético e 75 sobre água. Os últimos registros mostravam um incremento de 50%, concentrados em Chihuahua e Oaxaca. Cf. ENCISO. 2016.

⁵⁹ As autonomias indígenas sempre têm existido, mas desde o fim do século XX ante a agitada mobilização indígena, os povos indígenas exigiram espaços autonômicos como um processo de reterritorialização contra as

são tão numerosos quanto os próprios megaprojetos. (MARTÍNEZ CORIA; HARO ENCINAS, 2015, p. 245).

Os crimes perpetrados contra os povos indígenas são conceitualizados como desvio de poder, “o uso faccioso do direito e dos poderes do Estado para favorecer em forma unilateral os interesses dos grandes capitais transnacionais”. (LÓPEZ Y RIVAS, 2014). O desvio de poder explica que os direitos são derrotados pelo capital. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) define o desvio do poder como “o fato do agente administrativo, que realizando um ato de sua competência e respeitando as formas impostas pela legislação, usa seu poder em casos, por motivos e para fins distintos de aqueles em vista dos quais esse poder lhe tem sido conferido.” (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2000).

Complementar ao desvio de poder é o conceito de terrorismo de Estado, “uma política estatal planificada e executada para combater por meios ilegais as lutas sociais, para justificar a suspensão das garantias constitucionais, o estado de exceção e a violação de direitos”. (LÓPEZ Y RIVAS, 2014). Isto é, a criminalização do protesto, o encarceramento de líderes indígenas, a acusação dos ativistas e líderes indígenas como terroristas, a persecução judicial e política contra os ativistas acompanhada de ameaças e de agressões.

Ante essas ações do Estado e no contexto neoliberal global, a lógica de sobrepor os interesses privados sobre os direitos coletivos dos povos indígenas persiste pese à internacionalização da reivindicação indígena. Os povos indígenas continuam a defesa de suas terras, territórios e bens naturais por meio do direito ou da mobilização indígena.

4.2 OS MECANISMOS NÃO JURISDICIONAIS DE DEFESA DOS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS

O Estado tem a responsabilidade de respeitar, proteger e garantir os direitos dos povos indígenas pelos mecanismos jurisdicionais, mas também pelos não jurisdicionais. Ainda que não seja o foco de análise, os mecanismos não jurisdicionais têm ganhado legitimidade com os povos indígenas na recepção de denúncias sobre a violação de seus direitos. O *ombudsman* ou *Defensor de Pueblo*, figura institucionalizada na região latino-americana sob diferentes

políticas neoliberais, para fortalecer sua integridade territorial e cultural. Existem autonomias regionais, comunitárias e como reconstrução de estados étnicos. Cf. LÓPEZ BÁRCENAS, 2017.

nomes, tem agido com um agente importante na defesa e na promoção dos direitos humanos, e como fiscalizador da atuação das autoridades.

Segundo os Princípios de Paris, o *ombudsman* goza de amplas faculdades para pesquisar, mediar e conciliar respeito às denúncias de violações de direitos dos povos indígenas, além de promover reformas jurídicas ou utilizar meios constitucionais de defesa dos direitos. Pese as limitações do *ombudsman*, esta figura tem conseguido consolidar-se nos últimos anos na América Latina como firme defensor e protetor dos direitos dos povos indígenas.

Quando o Estado não pudesse cumprir com a obrigação de defender os direitos humanos, os povos indígenas estão amparados por mecanismos internacionais de defesa. Os sistemas aplicáveis são o sistema universal representado pelo Sistema das Nações Unidas, e o sistema regional americano pelo Sistema Interamericano para a Proteção dos Direitos Humanos. Esses sistemas internacionais são subsidiários ou complementários do Estado.

Como referido, existem instrumentos internacionais de direitos humanos que oferecem proteção aos direitos indígenas prévios à existência dos instrumentos específicos sobre povos indígenas. Mas essa proteção é oferecida a título individual e não coletivo o qual é necessário, pois como coletividades indígenas precisam resguardar sua supervivência. Assim, a Convenção 169 sobre povos indígenas e tribais da OIT, a Declaração das Nações Unidas dos Direitos dos Povos Indígenas, e de maneira recente em 2016 a Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas, conformam o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A Convenção 169 como a Declaração das Nações Unidas e a Declaração Americana dos Direitos dos Povos Indígenas protegem direitos específicos para os povos indígenas como o direito à igualdade e não discriminação diante da lei, o direito à livre determinação, o direito à identidade e à integridade cultural, o direito à propriedade à terra, ao território e aos bens naturais, o direito à participação e à consulta, o direito ao consentimento, o direito à sistemas jurídicos próprios, o direito à reparação.

Em respeito ao território, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem evoluído na proteção do direito à propriedade reconhecido pela Carta Americana de Direitos Humanos (CADH). Os direitos territoriais indígenas são direitos em si mesmos, do qual os outros direitos coletivos dependem deles. O sistema interamericano tem garantido a proteção dos territórios indígenas especialmente quando megaprojetos afetam aos povos indígenas

4.2.1 O Ombudsman Criollo

Além da proteção jurisdicional do Estado Moderno, de igual modo, existem meios não jurisdicionais para coadjuvar o trabalho realizado pelo Judiciário na defesa dos direitos humanos. Na América Latina os meios jurisdicionais emulam ao célebre *Ombudsman* sueco sob diferentes denominações como *Defensor del Pueblo* ou procurador de direitos humanos. Esses organismos são independentes do Poder Público, agem sem formalismos contra atos e omissões e da Administração Pública, e seu labor se concentra na proteção e a defesa dos direitos humanos.

Entre algumas diferenças podemos mencionar que por enquanto as decisões dos meios jurisdicionais são vinculantes, aquelas dos meios não jurisdicionais não são vinculantes porque se reduzem a recomendações emitidas à autoridade pública para correger seus atos. Quando esgotados os recursos dos meios jurisdicionais existe ainda mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos para impugnar uma decisão, mas a apresentação de denúncias ou queixas diante dos meios não jurisdicionais não afeta o uso de outros meios de defesa jurisdicionais.

Apesar da instituição de *Ombudsman* ser de origem sueca, existem antecedentes na Grécia Antiga e o Império Persa, entre outras culturas de Europa e de Ásia. Entre os povos indígenas de América também existem antecedentes, no Império Inca essa figura era conhecida como *Tucuyricuj*, “aquele que todo o vê”, um personagem quem fiscalizava as atuações dos funcionários e a aplicação das disposições em diversas províncias. (INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, 2006). Durante a época colonial da Nova Espanha a figura de *Protector de índios* simulava uma figura de *ombudsman*.

A instituição do *ombudsman* criou-se na América Latina nos anos 90 durante a transição democrática da região. Com a penosa experiência de constante violação aos direitos humanos durante as ditaduras e regimes autoritários, nasceu o *ombudsman* latino-americano. Com base no modelo sueco e espanhol, o *ombudsman* latino-americano criou-se, batizado como o *ombudsman criollo* por Jorge Madrazo (1996, p. 10), de acordo com a definição da palavra pelo *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* como “descendente de padres europeus nascido em antigos territórios espanhóis de América”.

Também apelidado *Defensor de Pueblo*, foi introduzido em América Latina pelo Instituto latino-americano de *Ombudsman*; a Guatemala foi o primeiro país a instituí-lo na Constituição sob o nome de Procurador de los Derechos Humanos. Posteriormente, El

Salvador (1991); Colômbia (1991); México e Costa Rica (1992); Argentina (1993); Nicarágua (1995); Honduras e Panamá (1996); o Peru (1993); o Paraguai o criou por meio da Constituição em 1992, mas até o ano 2001 foi nomeado o primeiro Defensor; Equador e Bolívia (1997), Venezuela (1999), Uruguai (2012) e República Dominicana (2013). (CONSTENLA, 2015, p. 63).

Na região latino-americana, o Brasil não tem a instituição de *ombudsman* com a mesma denominação, mas tem outra figura, e o Chile é o único país da região que não conta com uma *Defensoría del Pueblo*. O *ombudsman* controla as arbitrariedades dos servidores públicos que possam violar os direitos humanos. Mesmo que instituição do Estado, gozam de autonomia e independência com orçamento próprio. Os titulares do *ombudsman* são eleitos por um processo e um período determinados pelo Estado, geralmente por meio dos parlamentos ou assembleias que não interferem em seu trabalho.

O campo de atuação do *Ombudsman* Europeu e Latino-americano difere porque as realidades nacionais são distintas. Por enquanto, na Europa as denúncias são meramente administrativas; na América Latina, os *Ombudsman* recebem, sobretudo denúncias sobre violações graves aos direitos humanos como desaparecimento forçada ou tortura. O *Ombudsman* caracteriza-se pela gratuidade, ausência de formalismo, fácil acesso e autonomia institucional do atendimento. Oferece assessoria jurídica e capacidade de convocação das autoridades do Estado. Comparecer ante o *Ombudsman* não exclui o uso dos meios de proteção jurisdicional, ao contrário, se complementam.

O *Ombudsman* promove e protege os direitos humanos graças a um amplo mandato institucional para receber denúncias, pesquisar, conciliar entre as partes, promover os direitos humanos, incentivar mudanças legislativas e administrativas na matéria, realizar inspeção de situações determinadas para prevenir violações aos direitos humanos, exercer ações constitucionais⁶⁰ e realizar recomendações para evitar ou resolver a violação dos direitos garantidos nas Constituições e nos instrumentos internacionais. A realização de recomendações é chamada de magistraturas de persuasão, porque não podem ser impostas sobre o Poder Público. (INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, 2006, p. 18).

⁶⁰ De início, contava com faculdades de investigação, conciliação e fomento dos direitos humanos, principalmente para solucionar deficiências na administração pública e defender direitos civis básicos. Atualmente, possuem a faculdade de legitimação processual para exigir ao Estado pesquisar, sancionar e remediar atos que violam os direitos humanos. Inclusive contam com recursos constitucionais para invalidar normas ou atos de autoridades que violentam direitos como *acciones de inconstitucionalidad* e *amparo*.

Em 2003, por meio de uma consulta realizada pelo Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)⁶¹, em diversos países latino-americanos, os povos indígenas opinaram que o *Ombudsman* é uma instituição eficiente que os escuta, assessora e acompanha na luta pela defesa dos direitos indígenas. Diante do *Ombudsman*, perdem o medo da denúncia e permitem a participação de organizações indígenas nas atividades de promoção de direitos indígenas. O *Ombudsman* estabelece um diálogo entre o governo e os indígenas que exerce pressão para que seus direitos sejam respeitados. (INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, 2006, p. 30-32).

Durante esses primeiros 30 anos de existência do *ombudsman criollo* é uma instituição próxima à população. Ainda que cada país tenha delineado o *ombudsman* conforme as especificidades próprias, é pertinente integrar pessoas indígenas aos funcionários, um responsável especialista na matéria, fortalecer a presença da instituição nas comunidades indígenas, capacitar advogados na matéria, criar planos de trabalho em coadjuvância com pessoas indígenas, entre outras. (INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS, 2006, p. 32-33).

Porém, persistem instituições de *Ombudsman* que servem aos interesses políticos da localidade. Agentes externos ou governamentais influenciam desde a eleição do responsável da instituição até as linhas de atuação, vulnerando a independência de um organismo popular. Os titulares do *Ombudsman* ou da *Defensoría del Pueblo*, além de contar com uma reputação honorável, devem agir com objetividade e com legalidade para oferecer a efetiva defesa e proteção dos direitos humanos e contribuir no fortalecimento da democracia e do Estado de Direito.

O antecedente mais remoto da proteção não jurisdicional no México encontra-se na *Ley de Procuraduría de Pobres de 1847*, a qual instituía três procuradores para visitar escritórios públicos; formular queixas, e formular recomendações às autoridades que não cumpriam com suas funções. Porém, os procuradores não eram independentes. (COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, 2016).

No século XX aparecem outras tentativas infrutuosas até 1990 que, por decreto presidencial, criou-se a Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) como órgão

⁶¹ Consulta realizada pelo IIDH em setembro e outubro 2003 por Javier Rodríguez Oconitrillo como consultor do Programa Derechos Humanos y Pueblos Indígenas do IIDH a cargo da senhora Cristina Zeledón (Oficial de Programas), em Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicarágua, Costa Rica e Panamá. Por meio da consulta foi possível o estabelecimento da *Red de Atención a Pueblos Indígenas* com participação dos escritórios de *Ombudsman* dos países participantes.

desconcentrado. Em 1992 com a adição do apartado B ao artigo 102º da Cpeum, a CNDH alcançou nível constitucional como organismo descentralizado, com personalidade jurídica e patrimônio próprio. Inaugurou-se o Sistema Nacional No Jurisdiccional de Protección de los Derechos Humanos. (COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, 2016).

A CNDH é o organismo não jurisdiccional responsável a nível federal de proteger os direitos humanos, cumpre com as funções de *ombudsman* oferecendo fácil acessibilidade aos demandantes, gratuidade, independência, ausência de solenidade de seus procedimentos e faculdade de pesquisa e pedido de informações. A CNDH, integrada por um Presidente e um Consejo Consultivo⁶² -de inovação mexicana-, goza de autonomia e de patrimônio próprio o que não acontece no nível local com as comissões de direitos humanos para as 32 entidades federativas.

Em concordância com a Cpeum e a *Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, a CNDH tem competência para receber denúncias de violações de direitos humanos de atos ou omissões das autoridades administrativas a nível federal, realizar recomendações às autoridades, fomentar a conciliação entre as partes, e sobretudo está em constante observância dos direitos humanos. Com a reforma constitucional de 2011⁶³ e do artigo 102º B da Cpeum, as faculdades da CNDH se ampliam e fortalecem.

Destaca da reforma constitucional de 2011 que a CNDH e as comissões locais estão facultadas para interpor *acciones de inconstitucionalidad* contra leis internas que violem os direitos humanos contéudos na Constituição mexicana e nos tratados internacionais ratificados pelo México. Mesmo que desde 2006 essa faculdade fosse concedida a diversos órgãos do Sistema Nacional No-Jurisdiccional de Protección de los Derechos Humanos, não

⁶² A reforma constitucional de 2011 adicionou ao processo de eleição do titular da Presidência uma consulta pública para sua escolha. O Consejo Consultivo, integrado por 10 integrantes eleitos pelos mesmos parâmetros de eleição do Presidente, exerce funções de assistência e controle interno.

⁶³ A *facultad de investigación* era o meio de controle constitucional não jurisdiccional como defesa excepcional dos direitos humanos realizado pela Suprema Corte de Justicia de la Nación, cujo fundamento estava no artigo 97º da Constituição Mexicana. Na *facultad de investigación* não existia o esgotamento de etapas processuais nem sentença, era uma a pesquisa documental que produzia “uma opinião autorizada com um peso moral especial”. Por meio da reforma constitucional 2011, a *facultad de investigación* da SCJN foi transferida à CNDH, para pesquisar violações graves de direitos humanos tarefa que já realizava.

No caso em que as recomendações não sejam aceitas ou cumpridas, as autoridades deverão fundamentar motivar e publicar o motivo da negativa. A Cámara de Senadores, ou a Comisión Permanente ou as Legislaturas dos estados podem chamar às autoridades ou servidores públicos para que compareçam e expliquem o motivo da negativa, por meio da petição emitida pela CNDH ou das comissões locais. A reforma constitucional estabeleceu que as entidades federativas garantissem nas suas constituições que os organismos protetores de direitos humanos sejam autônomos como a CNDH é desde 1999.

estava claro se também era possível conhecer das leis que violassem os direitos humanos consagrados em instrumentos internacionais.

Dentro da estrutura da CNDH encontra-se a Cuarta Visitaduría General, especializada na proteção, defesa, promoção e difusão dos direitos humanos dos povos indígenas do México. A Cuarta Visitaduría General desde 1998, impulsa ações para fortalecer o respeito aos direitos e à cultura indígenas. Atende as denúncias de violações, verifica o respeito dos direitos humanos da população indígena dos centros penitenciários através de visitas, assessoria jurídica e gestão de Benefícios de Libertad Anticipada para Indígenas, entre outras atividades. (COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, 2016).

Com inspiração no *Ombudsman* Espanhol e Português, em 1967, o professor Caio Tácito introduz a instituição do *Ombudsman* no Brasil durante uma palestra realizada sobre o Controle da administração e à nova Constituição do Brasil. (TÁCITO, 1986, p. 17-18). A Constituição de 1967 foi imposta pela ditadura militar, portanto, a figura do *Ombudsman* era inconcebível ante o nível de concentração de poder no titular do Executivo e o Ato Institucional nº 5.

Durante os projetos de criação da Constituição de 1988, com a redemocratização do Brasil, tentativas malogradas foram realizadas por legisladores para a implementação do *Ombudsman*. Mas em 1986, Cândido Antônio Mendes de Almeida membro da Comissão Afonso Arinos (Comissão Provisória de Estudos Constitucionais) preparou o projeto de instituição de um Defensor do Povo, que seria nomeado pela Câmara dos Deputados para oferecer proteção ante os abusos de autoridades. (BEZERRA, 2010, p. 63-64).

Porém, o projeto de criação da instituição do *Ombudsman* sob a denominação de Defensor do Povo desenhado pela Comissão não prosperou e foi decidido que o MPF⁶⁴ absorvesse essas funções no artigo 129º da CF88. (SILVA, 2005). A instituição do *Ombudsman* ou Defensor do Povo era dissolvida porque “Assim, decidia-se por um controle sujeito ao corporativismo, em lugar de um externo e isento de interesses de classe.” (BEZERRA, 2010, p. 68).

Para Carlos Bruno Ferreira da Silva (2005) a decisão de diluir o *Ombudsman* ou Defensor do Povo atende ao caráter paternalista do Estado Brasileiro, pois resultava mais conveniente que o controle dos atos da Administração Pública fosse submetido a um órgão

⁶⁴ Art. 129, II, são funções institucionais do Ministério Público: “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.”

preexistente sob a direção do Poder Executivo do que por meio de uma nova instituição, cuja composição e atuação dependem da participação da sociedade civil.

Em contrapartida, no fim nos anos 80, as ouvidorias públicas foram criadas na simulação da figura do *Ombudsman* ou Defensor do Povo. Mas na época colonial encontra-se o cargo de Ouvidor-Geral, o funcionário que supervisava o cumprimento das leis. (TÁCITO, 1988, p. 23). A Ouvidoria⁶⁵ é uma instância de controle e participação social, destinada ao aprimoramento da gestão pública pelos cidadãos sobre os serviços públicos. (CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, 2016).

Nada obstante, as ouvidorias não cumprem com os elementos constitutivos de um *Ombudsman*⁶⁶. Desse modo, as funções de *Ombudsman* foram absorvidas pelo MPF. A Constituição de 1988 estabeleceu as Funções Essenciais à Justiça⁶⁷ nos artigos 127º a 135º com o intuito de garantir os direitos constitucionais, funções depositadas principalmente no MPF, na Advocacia Pública, na Defensoria Pública e na Advocacia Privada. O MPF, chamado o quarto Poder, é a instituição permanente, autônoma, independente, responsável pela defesa da ordem jurídica e do regime democrático. Seu objetivo como *Ombudsman* encontra-se em afiançar que os Poderes Públicos respeitem os direitos dos cidadãos. O MPF exerce como fiscal ouvidor, e advogado do povo, e pode agir pela recepção de uma denúncia ou por *motu próprio*.

No que diz aos povos indígenas, o artigo 129º, V CF88, concede ao MP a tutela da proteção dos povos indígenas. Mas no quesito meio não jurisdicional, ante a ausência da instituição *Ombudsman* propriamente dita, existe a Procuradoria Federal Especializada junto à Fundação Nacional do Índio (PFE/Funai) que representa judicial e extrajudicialmente à Funai,

⁶⁵ O serviço de Ouvidoria está presente nos três poderes da Nação, nos Estados, no Distrito Federal e nos Municípios. Existe uma grande diversidade de ouvidores que respondem a diversos campos, como aqueles da imprensa ou aqueles dos consumidores. O fundamento legal encontra-se nas leis, portarias, decretos e instruções normativas sobre a criação e atuação das ouvidorias. A Ouvidoria Geral da União (OGU) é responsável por receber, examinar e encaminhar todas as manifestações referentes a procedimentos e ações de agentes, órgãos e entidades do Poder Executivo Federal.

⁶⁶ As Ouvidorias estão conformadas por diversos funcionários, a instituição de *Ombudsman* está comandada por um titular único. As ouvidorias carecem de independência, já que sua permanência no cargo depende da autoridade que lhe nomeou. E não representam ao Poder Legislativo, mas às Administrações. O fundamento das ouvidorias não se encontra na Constituição, mas nos decretos. Cf. BEZERRA, 2010, p. 70-71.

⁶⁷ No que diz as outras instituições, depositárias das Funções Essenciais à Justiça, também exercem funções de *Ombudsman*. A Advocacia Pública representa, controla e fiscaliza os entes estaduais na defesa do interesse e patrimônio público, e a Advocacia-Geral da União representa à União judicial e extrajudicialmente. No âmbito federal, a Procuradoria-Geral Federal exerce funções de advocacia pública. (artigos 131 e 132 CF88). A Defensoria Pública oferece assistência jurídica gratuitamente para aqueles impossibilitados de pagar os serviços de um advogado. (Art. 134). E para os advogados a Constituição lhes conferiu indispensabilidade e a imunidade pelas suas funções de defesa do sistema jurídico e da democracia. (Art. 133 CF88).

defende os interesses e direitos individuais e coletivos indígenas, oferece consultoria e assessoria jurídica com respeito à Funai.

Em matéria de direitos indígenas, o *ombudsman* é uma ponte entre os povos indígenas e os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos, pois impulsiona denúncias, fornece pareceres técnicos e documentos, incide na reparação do dano pelo Estado ou na execução das medidas cautelares em casos graves. Existem numerosos casos conciliados e resolvidos pela intervenção do *ombudsman*⁶⁸. Nações Unidas tem promovido o estabelecimento de *ombudsman* ou *Defensores del Pueblo* na região latino-americana para favorecer mecanismos mais eficientes de proteção dos direitos humanos. (AYLWIN, 2006, p.23-24).

Do mesmo modo, os sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos se auxiliam do *ombudsman* na aplicação de medidas cautelares, na execução das sentenças ou das recomendações emitidas por eles. A *Red de Atención a Pueblos Indígenas* coordenada pelo IIDH é uma instância regional entre os *ombudsman* de Centro América que aproxima as comunidades indígenas ao Instituto para oferecer atenção e assessoria especializada.

4.2.2 O Sistema Universal e Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

O Sistema de Nações Unidas desenvolveu dois tipos de mecanismos que fiscalizam a atuação dos Estados para cumprir com seus compromissos internacionais: os convencionais e os extraconvencionais. Os mecanismos convencionais são aqueles que são criados a partir de um tratado internacional de direitos humanos, e os extraconvencionais são aqueles criados por meio das resoluções emitidas pelos principais órgãos da ONU. A OIT⁶⁹ conta com seu próprio sistema de supervisão dos tratados.

⁶⁸ O caso da comunidade kichwa de Sarayacu, contra as atividades de extração de hidrocarbonetos pela Compañía Petrolera C.G.C. A Defensoría de Equador ofereceu proteção e pressionou ao Estado para que as medidas cautelares impostas pela CIDH fossem cumpridas. A CNDH participou dos Informes do México ante o Comité contra a Desaparición Forçada e ante o Comité dos Direitos da Criança da ONU entre outras atividades.

⁶⁹ A OIT utiliza dois sistemas de supervisão para comprovar a implementação de suas convenções conforme aos artigos 19(5e) e (6d), 22 e 23 da Constituição da OIT, os mecanismos são: o controle periódico da aplicação de normas e os procedimentos especiais. Os Estados ratificantes estão comprometidos a apresentar relatórios sobre a aplicação da Convenção 169 cada cinco anos pelo mínimo. Se os povos indígenas desejam apresentar uma reclamação sobre a inexecução da Convenção 169, devem realizá-la através de organizações de empregados ou de sindicatos para conformar. No entanto, os povos indígenas também podem informar à OIT através da Repartición Internacional do Trabalho em Genebra, as informações recebidas conformariam a documentação sobre o país implicado para sua análise durante a reunião anual. Cf. DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION, 2016; ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2016.

Com relação aos mecanismos convencionais, existem oito Comitês⁷⁰ que zelam a defesa dos direitos humanos pelos Estados por meio da análise das petições oferecidas por particulares sobre a violação dos direitos contidos por um tratado, dos relatórios apresentados pelos Estados e pela interpretação dos direitos consagrados nos tratados⁷¹. Nem todos os Comitês têm competência para receber as petições individuais, precisa-se que os próprios tratados estabeleçam um dispositivo que especifique a competência dos Comitês. (DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION, 2016, p. 27-28).

A título de exemplo, em 1984 o Comitê de Direitos Humanos adotou a Observação Geral nº. 12 em relação ao direito à livre determinação dos povos. Ainda que ausente do texto a palavra povo, estabelece que todos os Estados Parte devem apresentar informações sobre os processos jurídicos e políticas sobre o exercício do direito e em base ao artigo 1.3 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. (DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION, 2016, p. 31, 34).

Em respeito aos três mecanismos extraconvencionais, esses são o Conselho de Direitos Humanos, o Fórum Permanente das Nações Unidas para Questões Indígenas e o Fundo de Contribuições Voluntárias para os Povos Indígenas. Esses órgãos recebem petições individuais mesmo de países que não tenham ratificado nenhuma convenção específica de direitos humanos. Outrossim, existem dois procedimentos especiais específicos: o Mecanismo de Especialistas das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e o Relator

⁷⁰ O Comitê de Direitos Humanos, criado pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o Comitê pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, criado pela Convenção com o mesmo nome; o Comitê pela Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, criado também por Convenção de mesmo nome; o Comitê contra a Tortura, criado pela Convenção contra a Tortura; o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, criado mediante a Resolução 1985/17 do Conselho Econômico e Social de Nações Unidas (Ecosoc); o Comitê dos Direitos da Criança, criado pela Convenção de mesmo nome; o Comitê para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, criado pela Convenção de mesmo nome; e o Comitê Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, criado pela Convenção de mesmo nome.

⁷¹ O processo de petição individual consiste na apresentação dos argumentos do Estado e do peticionário diante do Comitê correspondente. O Comitê analisa e emite uma resolução denominada ditame, que especifica a existência de uma violação do tratado por parte do Estado e as recomendações pertinentes para o cumprimento cabal do tratado. O ditame obriga ao Estado signatário a cumprir com a decisão emitida pelo Comitê. No tocante dos relatórios periódicos, os Estados estão obrigados apresentá-los aos Comitês para uma avaliação das medidas adotadas para a execução dos instrumentos internacionais. Após a revisão, uma audiência pública é realizada com os representantes do Estado para expor as conclusões e as recomendações finais. Sobre a interpretação dos tratados, os Comitês realizam recomendações ou observações sobre os direitos consagrados no instrumento internacional e seu alcance, e posteriormente são informadas a todos os Estados signatários a fim de melhorar a efetivação das obrigações derivadas. (DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION, 2016, p. 27-31).

Especial das Nações Unidas para os Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais dos Povos Indígenas⁷².

O Relator Especial das Nações Unidas para os Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais dos Povos Indígenas foi designado por vez primeira em 2001, pelo Conselho de Direitos Humanos. O mexicano Rodolfo Stavenhagen foi o primeiro Relator Especial nomeado em 2001, mas seu mandato foi renovado ocupando o cargo até 2007. Posteriormente, em 2008, o estadunidense James Anaya exerce o cargo até 2014 e em 2015 foi nomeada a filipina Victoria Tauli Corpuz, quem desempenha atualmente posição de Relator Especial. (OFICINA DEL ALTO COMISIONADO, 2016).

A figura do Relator Especial tem realizado importantes aportes na defesa dos direitos dos povos indígenas através da vigilância sistemática dos direitos dos povos indígenas. Os informes e recomendações do Relator Especial evidenciam a situação dos povos indígenas na região de América Latina o que permite que a visibilidade da sua condição vulnerável para empreender ações para a proteção de seus direitos.

Os informes do Relator Especial têm sido utilizados na fundamentação das resoluções do SIDH, e em específico, tem impulsado os direitos territoriais indígenas através da Resolução 2001/57 da Comissão de Direitos Humanos e a Resolução 6/12 do Conselho de Direitos Humanos: *Los derechos humanos y los pueblos indígenas: mandato del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas* do 28 de setembro de 2007. (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010, p. 8).

Sobre os direitos territoriais, o Informe do Relator Especial sobre a situação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais dos indígenas, James Anaya, 19 de julho de

⁷² O Mecanismo de Especialistas das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, criado pelo Conselho de Direitos Humanos para substituir o Grupo de Trabalho dos Povos Indígenas, realiza estudos e investigações temáticas para assessorar ao Conselho em matéria de direitos humanos dos povos indígenas. 5 especialistas independentes celebram reuniões uma vez por ano podendo participa agências da ONU, governos, organizações indígenas, organizações não governamentais, entre outros. O Relator Especial na questão indígena, por meio de visitas a países (prévio convite do Estado em questão), obtém informações sobre violações aos direitos humanos dos povos indígenas e realiza recomendações para solucionar as violações em coordenação com outros procedimentos especiais e órgãos de direitos humanos. Durante as visitas o Relator Especial se reúne com as autoridades governamentais, órgãos de Nações Unidas, organismos internacionais, vítimas dos povos indígenas e membros da sociedade civil. O Relator Especial realiza declarações públicas sobre as pesquisas preliminares e as recomendações, dá seguimento às recomendações realizadas pelo predecessor e apresenta anualmente um Relatório ao Conselho de Direitos Humanos sobre as atividades realizadas e sobre a situação dos direitos humanos. As comunidades e as organizações indígenas podem enviar informações ao Relator Especial em relação a violações dos direitos humanos que afetam, que afetaram ou que poderiam afetar de maneira individual ou coletiva.

2010, declarou no parágrafo 57 que os projetos que dependem do reconhecimento da propriedade comunal indígena ou a aquisição de terras, [...] as empresas não podem [assumir], dentro de um marco de diligência devida, que a ausência de reconhecimento oficial dos direitos de propriedade comunal indígena implica que tais direitos não existem. (ANAYA, 2010).

A exposição da Relatora Especial sobre os direitos dos Povos Indígenas, Victoria Tauli-Corpuz sobre sua missão ao Brasil do 07 a 17 de março de 2016 reportou que no país existe um grande corpo normativo exemplar em relação aos direitos dos povos indígenas, mas nos oito anos que se seguiram à visita do predecessor, são inexistentes os avanços na execução das recomendações realizadas na época. A Relatora apontou em:

(...) implementar medidas urgentes para enfrentar a violência e discriminação contra os povos indígenas; fortalecer instituições públicas como a Funai; capacitação de autoridades públicas, inclusive altas autoridades do poder Executivo e juízes de primeiro grau, considerando sua inapropriada aplicação de doutrinas que negam direitos; redobrar esforços na demarcação e proteção de terras; alocar recursos para melhorar o acesso à justiça; garantir significativa participação e consulta prévia, livre, informada e de boa-fé dos povos indígenas com relação a megaprojetos de desenvolvimento e respeitar protocolos indígenas próprios para consulta e consentimento com relação a assuntos de desenvolvimento; e assegurar, de maneira participativa, estudos de impacto e compensações para os danos causados. (NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Em respeito ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH) promove a proteção dos direitos humanos dos habitantes do Continente Americano por instrumentos e órgãos de proteção interamericanos. O SIDH iniciou atividades formalmente com a aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) durante a Nona Conferência Internacional Americana celebrada em Bogotá, 1948.

A Carta da OEA estabelece que os direitos humanos da pessoa humana é um dos princípios fundacionais da Organização e institui que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) como o órgão principal para promover a defesa dos direitos humanos e seu órgão consultivo na matéria. Antes da Declaração, e com a ausência de um instrumento interamericano específico para os povos indígenas como coletividade, o SIDH tem utilizado a Convenção 169 da OIT para que os órgãos interamericanos de proteção fundamentem e emitam suas resoluções.

Depois de 30 anos, em junho de 2016, a OEA aprovou um instrumento de proteção dos direitos humanos dos povos indígenas: a Declaração Americana sobre os Direitos dos

Povos Indígenas. No entanto, antes da adoção da Declaração, o SIDH oferecia proteção aos direitos humanos dos povos indígenas, ainda que a título individual⁷³. Os órgãos de proteção dos direitos humanos do SIDH são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH).

A CIDH cumpre com a promoção e a proteção dos direitos humanos no continente americano, e exerce suas funções no sistema de petição individual⁷⁴, o monitoramento da situação dos direitos humanos nos Estados membros e os enfoques temáticos da Comissão. A CIDH realiza informes anuais, de país, temáticos e regionais; realiza visitas *in loco*; realiza recomendações; solicita medidas cautelares aos Estados Membro; apresenta casos à CorteIDH; organiza conferências, entre outras.

A CIDH também realiza relatorias especiais para a investigação de assuntos de país ou temáticos. Dentre os oito tipos de relatorias está aquela sobre Direitos dos Povos Indígenas criada em 1990. A Relatoria promove o Sistema Interamericano, realiza visitas, realiza estudos sobre a situação dos direitos humanos, se coordena com outras organizações para a proteção dos direitos humanos dos povos indígenas entre outras atividades.

A CorteIDH é o órgão judicial autônomo do SIDH que interpreta e aplica a Convenção Americana de Direitos Humanos e, conforme o texto, possui dois tipos de competências: a consultiva e a contenciosa⁷⁵. Sobre a competência consultiva, qualquer Estado Membro, órgão

⁷³ A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Protocolo de San Salvador ou Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e a Convenção de Belém do Pará ou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher estabelece o princípio de não discriminação e igualdade ante a lei.

⁷⁴ Em razão do sistema de petição individual, a CIDH pode receber denúncias apresentadas por uma pessoa, por um grupo de pessoas ou por ONG reconhecidas por um Estado Membro pela violação aos direitos humanos consagrados nos instrumentos interamericanos. Mas antes de apresentar a denúncia, os recursos jurídicos internos devem ser esgotados. A CIDH pode realizar denúncias individuais contra os Estados que não têm ratificado a Convenção Americana, mas serão processadas por meio da Declaração Americana e não poderão ser submetidos à CorteIDH. A petição recebida pela CIDH é enviada ao Estado solicitando informações. Recebida a resposta do Estado, essa é encaminhada aos petionários para que rebatem os argumentos. Finalmente, a CIDH decide se o caso é admitido e examina de fundo para saber se o Estado cumpriu com as obrigações internacionais. Podem solicitar-se audiências e mediar uma solução. Se a CIDH determina uma violação aos direitos, elabora recomendações para o Estado; se não cumpre com elas, o informe é publicado ou o caso é enviado à CorteIDH, sempre que o Estado tenha aceitado a competência contenciosa da Corte. As recomendações da CIDH não são vinculantes, porém os Estados Membros estão obrigados a respeitá-las e cumpri-las desde que ratificaram a Convenção Americana. A publicação do informe de fundo ou o envio do caso à CorteIDH representam um desprestígio para o Estado acusado, além de exercer pressão para o Estado realizar as recomendações emitidas. Cf. DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION, 2016, p. 54.

⁷⁵ Em respeito à competência contenciosa, a CorteIDH conhece dos casos enviados pela CIDH sobre violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ou em outros instrumentos interamericanos que lhe concedam competência. A CorteIDH só pode exercer essa função em respeito dos Estados Membros da OEA que ratificaram a Convenção Americana e que tinham aceitado expressamente a competência

principal da OEA e a CIDH podem solicitar à CorteIDH a interpretação autorizada da corte sobre os direitos consagrados em instrumentos interamericanos ou outros internacionais. As opiniões consultivas devem ser executadas pelos Estados Membros para cumprir com suas obrigações.

O México ratificou a Convenção Americana em 24 de março de 1981, mas admitiu a competência contenciosa da CorteIDH em 16 de dezembro de 1998. São oito os casos resolvidos ante a CorteIDH e, em 2004, o caso Alfonso Martín del Campo Dodd foi o primeiro resolvido. Diversos casos têm sido resolvidos pela CorteIDH com sentenças condenatórias, mas também o Estado tem feito uso da sua competência consultiva sobre o direito à informação sobre a assistência consular e à condição jurídica e direitos dos migrantes indocumentados. (RANGEL HERNÁNDEZ, 2011, p. 164).

A CorteIDH intervém na resolução de conflitos com o Estado Mexicano que tem influído inclusive no direito interno. No célebre caso *Radilla Pacheco (2009)* sobre detenção, tortura e desapareção forçada, o Estado Mexicano foi declarado culpado pela violação dos direitos do senhor Radilla. A sentença da Corte IDH também determinou que a justiça militar deve ser restritiva aos membros do Exército e que os juízes devem realizar um controle de convencionalidade⁷⁶ *ex officio* dentro do modelo difuso de convencionalidade mexicano.

Outros casos emblemáticos são aqueles da *Inés Fernández Ortega (2010)* e *Valentina Rosendo Cantú (2010)* sobre estupro e lesões contra mulheres da comunidade indígena Me'phaa de Guerrero por militares. As sentenças condenaram ao Estado Mexicano e ratificaram o disposto pelo caso Radilla. O mais recente caso resolvido pela CorteIDH é o *García Cruz e Sánchez Silvestre (2013)* sobre tortura de civis por membros da Polícia Civil do Distrito Federal.

No caso do Brasil, em 1992 ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, em 1998 admitiu a jurisdição da CorteIDH, mas o caso Damião Ximenes Lopes, o primeiro resolvido, aconteceu somente em 2006. A CorteIDH tem resolvido em seis casos contra o Estado Brasileiro, entre alguns encontram-se *Julia Gomes Lund e Outros (Guerrilha do*

contenciosa. Quando o caso é recebido, a CorteIDH examina o documento da CIDH sobre provas e alegações das vítimas e a resposta do Estado, e se realiza uma audiência pública para apresentar argumentações. A CorteIDH emite uma sentença que determina se o Estado cumpriu ou não com as obrigações internacionais de respeito e garantia de direitos humanos e a reparação para as vítimas. As sentenças são vinculantes e tem conformado uma jurisprudência que é referência para outros Estados.

⁷⁶ O conceito de controle de convencionalidade criou-se em 2006 durante o julgamento do caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala* pelo jurista mexicano Sergio Ramírez quando foi juiz da CorteIDH. Durante o caso *Almonacid Arellano vc Chile (2006)* o controle de convencionalidade foi instituído.

Araguaia, 2010). A CorteIDH condenou o Brasil a tipificar o crime de desaparecimento forçado de pessoas, pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento de membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses pela milícia entre 1972 e 1975 para finalizar com a Guerrilha do Araguaia.

No caso *Escher e outros (2009)*, a CorteIDH condenou o Brasil pela instalação dos grampos, pela divulgação ilegal das gravações e pela impunidade dos responsáveis contra associações de trabalhadores rurais ligadas ao Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) no Paraná. O recente caso julgado sobre trabalho escravo no sul de Pará, *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde (2016)* a Corte IDH condenou o Brasil por violar o direito à liberdade e de acesso à justiça aos 304 trabalhadores resgatados.

As sentenças condenatórias emitidas pela CorteIDH além de administrar justiça, criam jurisprudência para a região latino-americana e uma cultura de direitos humanos. Persistem problemas quanto à execução das sentenças e os efeitos no direito interno, mas é axiomático que essas resoluções fortalecem o Estado constitucional de direito. Porém, as sentenças condenatórias também refletem a responsabilidade internacional do México e do Brasil em face à violação aos direitos humanos, e evidenciam o ineficiente sistema de justiça.

O SIDH oferece especial proteção aos direitos territoriais indígenas, sua jurisprudência tem contribuído no desenvolvimento dos *standards* mínimos sobre o direitos de propriedade comunal dos povos indígenas sobre suas terras, territórios e bens naturais. Com fundamento na Convenção Americana e na Declaração Americana interpretadas à luz da Convenção 169, da Declaração das Nações Unidas dos Direitos dos Povos Indígenas, a jurisprudência dos órgãos de Nações Unidas, entre outros documentos têm criado um corpo normativo⁷⁷ para estabelecer as obrigações dos Estados Membros da OEA em respeito aos direitos territoriais indígenas. (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010, p. 3).

⁷⁷ No SIDH os direitos territoriais indígenas se fundamentam no artigo XXIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e no artigo 21º (direito à propriedade) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Devido à ausência de referências expressas sobre os povos indígenas e tribais no dispositivo referido, a CIDH e a CorteIDH têm utilizado as regras de interpretação do artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e o artigo 29.b da Convenção Americana. O artigo 29.b proíbe a interpretação restritiva dos direitos estabelecidos na Convenção pelo princípio *pro homine*. Cf. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2010.

A jurisprudência da Corte IDH tem estabelecido que a propriedade territorial indígena não se fundamenta no reconhecimento do Estado, mas no seu uso e posse tradicional, as terras e recursos lhes pertencem pelo seu uso ou ocupação ancestral ⁷⁸.

a) Caso da Comunidade Mayagna (sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua. Sentença de 31 de agosto de 2001. (Mérito, Reparações e Custas). A concessão a uma empresa estrangeira para explorar madeira em uma extensão de terra não demarcada, a qual incluía parte do território ancestral da comunidade indígena Awas Tigni⁷⁹. Parágrafo 149. Dadas as características do presente caso, é necessário fazer algumas observações a respeito do conceito de propriedade nas comunidades indígenas. Entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que o pertencimento desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Os indígenas, pelo fato de sua própria existência, têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; a relação próxima que os indígenas mantêm com a terra deve de ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas, a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações.

b) Caso do povo Saramaka vs. Suriname. Sentença de 28 de novembro de 2007. (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). A responsabilidade internacional do Estado por não ter adotado medidas efetivas que reconheçam o direito da propriedade comunal do povo Saramaka, e a falta de recursos adequados e efetivos para questionar a situação⁸⁰. Parágrafo 115. O reconhecimento estritamente jurídico

⁷⁸ CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junho de 2007, parágrafo 231.

⁷⁹ Em março de 1992, a Comunidade Awas Tingni celebrou um contrato com a empresa MADENSA para ganhar direitos de participação sobre o território que ocupavam por causa de um projeto de extração florestal, pela sua "posse histórica". Dois anos depois, a Comunidade, MADENSA e o Ministerio de Ambiente y Recursos Naturales de Nicaragua (MARENA) celebraram um convênio mediante a qual o Ministerio se comprometeu a facilitar a delimitação das terras comunais da Comunidade. Em março de 1996, sem consultar à Comunidade, o Estado outorgou uma concessão por 30 anos para o aproveitamento florestal de 62,000 ha à empresa SOLCARSA. A Comunidade tentou infrutuosamente evitar a concessão e delimitar seu território, inclusive através do recurso de amparo.

⁸⁰ A ocupação do território dos Saramaka data do século XVIII. Ainda que o Estado é o proprietário dos territórios e dos recursos ocupados e utilizados pelo Povo Saramaka, pela aprovação tácita do Estado, o povo tem ganhado determinado grau de autonomia para governar suas terras, territórios e recursos. Porém, o Estado outorgou concessões à terceiros para atividades madeireiras e mineiras na região do Rio Suriname

em abstrato das terras, territórios ou recursos dos indígenas perde seu verdadeiro significado quando não se estabelece nem delimita fisicamente a propriedade. Parágrafo 121. Os integrantes dos povos indígenas e tribais têm o direito de ser titulares dos bens naturais que tradicionalmente usaram dentro de seu território em função das mesmas razões pelas quais têm o direito de ser titulares da terra que usaram e ocuparam tradicionalmente durante séculos. Sem eles, a sobrevivência econômica, social e cultural destes povos está em risco. Parágrafo 122. Como foi mencionado anteriormente (parágrafos. 85-96 supra), devido à conexão intrínseca entre os integrantes dos povos indígenas e tribais e seu território, para garantir sua sobrevivência é necessária a proteção do direito à propriedade sobre este território, de acordo com o artigo 21 da Convenção. Desse modo, o direito a usar e gozar do território careceria de sentido no contexto dos membros dos povos indígenas e tribais se este direito não estivesse conectado aos bens naturais presentes dentro do território.

c) Caso da comunidade indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai. Sentença de 29 de março de 2006. (Mérito, Reparações e Custas). A responsabilidade internacional do Estado por não garantir o direito de propriedade ancestral da Comunidade Sawhoyamaxa o que implicou afetações a seus habitantes⁸¹. Parágrafo 127-128. 127. Em exercício de sua competência contenciosa, a Corte tem se pronunciado sobre a posse de terras indígenas em três situações distintas (Caso da Comunidad e Mayagna (Sumo) Awas Tingni; Caso da Comunidade Moiwana; Caso Comunidade indígena Yakyé Axa), o Tribunal considerou que 1) a posse tradicional dos indígenas sobre suas terras tem efeitos equivalentes ao título de pleno domínio que outorga o Estado; 2) a posse tradicional outorga aos indígenas o direito de exigir o reconhecimento oficial de propriedade e seu registro; 3) os membros dos povos indígenas que por causas alheias a sua vontade têm saído ou perdido a posse de suas terras tradicionais mantêm o

Superior e do território Saramaka, provocando danos no médio ambiente. O Povo Saramaka carecia de estatuto jurídico em Suriname e não podia receber títulos comunais em nome da comunidade ou de outra entidade coletiva tradicional que posea a terra. O povo solicitou ao Estado reconhecer o título de propriedade sobre seus territórios, a petição foi denegada.

⁸¹ No Chaco paraguaio habita a comunidade Sawhoyamaxa, cujas terras foram estabelecidas como fincas da propriedade de companhias privadas. Em 1991 a comunidade começou o processo de reivindicação de suas terras, e ante os infrutuosos resultados tentaram negociar com os proprietários em 1996. O ano seguinte, os líderes da Comunidade Sawhoyamaxa apresentaram ao Presidente da Cámara de Diputados del Congreso Nacional um projeto de lei para declarar as fincas de *interés social* e desapropriá-las a favor do *Instituto Paraguayo del Indígena*, para sua posterior entrega aos membros da Comunidade. O projeto de lei foi rejeitado. A Comunidade Sawhoyamaxa apresentou vários recursos judiciais sem sucesso. A maioria dos membros da Comunidade emigrou, pois viviam em extrema pobreza, sem serviços de saúde, sujeitos à exploração laboral e restritos de praticar atividades tradicionais de subsistência.

direito de propriedade sobre as mesmas, mesmo sem título legal, com exceção que as terras tinham sido legitimamente trasladadas a terceiros de boa fé; e 4) os membros dos povos indígenas que involuntariamente têm perdido a posse de suas terras, e essas têm sido trasladadas legitimamente a terceiros inocentes, eles têm o direito de recuperar as terras ou obter outras terras de igual extensão e qualidade. A posse não é um requisito que condicione a existência do direito à recuperação das terras indígenas. O presente caso se enquadra dentro do último suposto.

Os operadores jurídicos e administradores públicos no México e no Brasil utilizam escassamente a jurisprudência da Corte IDH como fundamento das resoluções judiciais, mas seu uso está incrementando-se. Existem mais de 160 sentenças emitidas pela Corte IDH em distintos casos, cuja aplicabilidade vincula a todos os países aderentes da Convenção Americana. As sentenças paradigmáticas da Corte IDH apresentadas exemplificam a importância da jurisprudência pela criação de critérios sobre a defesa dos direitos territoriais indígenas, seja na forma de política pública ou lei para efetividade da justiça.

5. OS TRIBUNAIS SUPREMOS DO MÉXICO E DO BRASIL SÃO PLURICULTURAIS? PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS INDÍGENAS

A pluriculturalidade quebrou o paradigma dos sistemas jurídicos de América Latina para a construção de uma democracia mais inclusiva e de um Estado de Direito coerente com ela. A dizer de Rouland, Pierré-Caps e Poumarède (1999), a pluriculturalidade preserva a identidade dos grupos culturalmente diferentes, conferido a esses a liberdade de autogoverno baseada na autonomia em harmonia à integração nacional.

A pluriculturalidade ou o pluralismo cultural intenta unificar os diferentes grupos etnoculturais em uma relação de interdependência, igualdade e respeito, permitindo que cada grupo desenvolva seu próprio modo de vida. O pluralismo cultural, expressado pela existência mesma da diversidade cultural em um âmbito determinado e de direito, como a ideologia social e política de reconhecimento e respeito dessa diversidade por meio dos direitos humanos dos povos originários. (BARABAS, 2014, p. 4).

A América Latina herdou o liberalismo, o Estado-nação e a homogeneização como condições para a integração nacional. O Estado liberal tem imposto políticas homogeneizantes em relação à cultura dominante com a adição de alguns traços das culturas “minoritárias”. Durante o século XIX, o liberalismo desenvolveu a igualdade jurídica para integrar essas culturas minoritárias, pois uma nação monocultural significava o progresso que as culturas por elas mesmas não conseguiriam. Mas pouco antes da Primeira Guerra Mundial emergiram movimentos nacionalistas com ambições de secessão; criaram-se novos países que desequilibraram o projeto de Nação.

Para impossibilitar a proliferação dos movimentos nacionalistas na Europa, durante a pós-guerra foi implantada a política de direitos das minorias que ratificava a coesão nacional. Com base na igualdade jurídica e a não discriminação, as minorias beneficiaram-se da proteção do Estado-nação e do reconhecimento de direitos culturais, mas a título individual. As manifestações culturais das minorias podiam ser praticadas sempre e quando não contraviessem o Estado. Essa política encontrou apoio após a Segunda Guerra Mundial, o que é evidente pela produção de instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos.

Com efeito, a coesão interna do Estado-nação se consegue através de determinada uniformidade, especialmente sobre uma língua (cujo uso se generaliza em um território que se considera próprio) e a um relato histórico que tomo como “sujeito” ao Estado. Essas (e outras) características culturais permitem falar de “nação” o que confere a seus habitantes de um sentimento compartilhado de pertencimento. Mas é uma uniformidade compatível com o grau de pluralidade (nas crenças, nos modos de vida, etc.) que se interpreta como a manifestação legítima da liberdade dos cidadãos e em

face dela se observa uma teórica “neutralidade”, sem potenciar ou privilegiar nenhuma opção. No entanto, a pluralidade é garantida no âmbito privado, protegida pelo princípio de não discriminação⁸².(TALAVERA, 2008, p.136).

Em decorrência disso, a parcial neutralidade do Estado liberal encontra-se em franca incompatibilidade com a pluriculturalidade, porque só no âmbito privado pode se exercer a pluralidade dos governados. O princípio de não discriminação individual é insuficiente, precisa ser expandido aos grupos para a proteção de sua identidade cultural. As minorias nacionais sabem que existem aspectos fundamentais da sua cultura que precisam de uma dimensão pública que só podem ser criadas a partir do autogoverno. (TALAVERA, 2008, p. 142-143).

No século XX, durante os anos 70, emerge o multiculturalismo que propõe soluções à integração das minorias culturais dentro de um Estado sempre que respeitem os valores liberais. (TAYLOR, 1993, p. 91-92; KYMLICKA, 1996, p. 150). O multiculturalismo promove um modelo de sociedade liberal que outorga primazia aos direitos individuais sobre os culturais coletivos, por conseguinte ao liberalismo não se pode atribuir uma neutralidade cultural. (TAYLOR, 1993, p. 93). Mas essa política está enfocada aos migrantes de outros países, e os povos indígenas não enquadram simplesmente porque não são uma minoria.

O que distingue ao multiculturalismo de outras políticas é o reconhecimento da diferença conforme os princípios liberais e a criação de uma cultura universal para a prosperidade. Existem variantes, já que alguns multiculturalistas acreditam que o liberalismo reflete uma cultura regional, anglo-americana e homogeneizante e não pode ser considerada como universal. (TAYLOR, 1993, p. 127). A neutralidade liberal demonstra mais uma vez sua tibieza em que a teoria multicultural prossegue com a linha integracionista. O liberalismo contrapõe-se com a natureza coletiva dos povos indígenas.

Ante tal inadequação, considerou-se plausível a concepção de um novo modelo de Estado, o pluricultural. Para Xabier Etxeberria (2002, p. 140), o Estado pluricultural refere-se à articulação de um novo modelo político e organizativo que acolhe determinados modos de diversidade para lhes conferir uma dimensão significativa dentro do Estado. Para González

⁸² *En efecto, la cohesión interna del estado-nación se consigue a través de una cierta uniformidad, especialmente en torno a una lengua (cuyo uso se generaliza en un territorio que se considera propio) y a un relato histórico que toma como “sujeto” al Estado. Éstas (y otras) características culturales permiten hablar de “nación” en torno a la que se genera un sentimiento compartido de pertenencia. Pero se trata de una uniformidad compatible con un relevante grado de pluralidad (en las creencias, en los modos de vida, etc.), que se asume como manifestación legítima de la libertad de los ciudadanos y frente a la cual se observa una teórica “neutralidad”, sin potenciar o privilegiar ninguna opción. Sin embargo, esa pluralidad se garantiza sólo en el ámbito privado, protegida por el principio de no discriminación.*

Galván (1997, p.176), o Estado pluricultural é uma sociedade politicamente organizada com instituições que correspondem à diversidade de culturas, relações interpessoais e interétnicas, com base na tolerância e na diferença, com um Direito constituído pelos princípios pluriculturais.

Na maioria das nações latino-americanas, a pluriculturalidade implica um pluralismo jurídico formal unitário (HOEKEMA, 1998, p. 70-71) ou pluriculturalismo oficial aditivo (WALSH, 2002), que subordina os sistemas jurídicos indígenas à jurisdição estatal como supletória, acessória ou menor. O pluralismo promovido pelo Estado não pretende ser emancipador, é um pluralismo conservador que disfarça a participação indígena e dificulta sua organização. Isto vinculado aos projetos de pós-modernidade como uma armadilha para concentrar o capital no centro e excluir à periferia, o que incrementa a desigualdade. (WOLKMER, 2003a, p. 253).

Além desse jaez, o neoextrativismo colocou como objetivo os bens naturais e as terras dos povos indígenas, o que se relaciona com os impedimentos que enfrentam na efetivação de seus direitos. Com a chegada dos europeus à América, o esbulho aos povos indígenas foi uma prática habitual que quase os exterminou, e aqueles sobreviventes foram relegados a territórios distantes que hoje são do interesse neoliberal. Como Estados, o México e o Brasil continuam com a espoliação.

Nesta lógica extrativa, existe uma sólida imbricação entre as empresas e os governos que facilitam por meio da legislação a execução de projetos de desenvolvimento. O fim da reforma agrária em 1992 e a reforma energética de 2014 no México, assim como a discussão sobre o novo Código de Mineração do Brasil, são exemplos de esta parceria. Inclusive instituições internacionais como o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) divulgam práticas extrativistas e solicitam melhorar os marcos normativos para implantar projetos que auxiliem aos países em desenvolvimento⁸³.

O Estado impõe os projetos de desenvolvimento sobre os povos indígenas, mas o conceito de desenvolvimento é um termo capitalista que difere do aquele dos povos indígenas. Quando as promessas de desenvolvimento e a persuasão sobre os povos indígenas são insuficientes para eles aceitar os projetos, surgem as ameaças, a criminalização do protesto contra os projetos, o encarceramento e o assassinato dos manifestantes e dos líderes indígenas.

⁸³ O livro *The Age of Productivity: Transforming Economies from the Bottom Up* do BID solicita dos países um marco regulatório que promova investimentos e concorrência.

(COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2015, p. 148-149, 173-174).

O impacto socioambiental é alto, os efeitos são notórios com os povos indígenas já que a sua supervivência e seu futuro como coletividade dependem de seu território. Essa espoliação é categorizada como um novo colonialismo inclusive mais extorquido que aquele da época colonial. (LÓPEZ BÁRCENAS, 2011, p. 181). Os direitos humanos dos povos indígenas são violentados e, quando reclamados no Judiciário, encontram barreiras ao acesso à justiça, pois são mais vulneráveis.

No horizonte pluralista do fim do século XX (YRIGOYEN FAJARDO, 2004, p. 172), coexiste com o neoliberalismo o neoextrativismo e a acumulação de capital, o que provoca desconfiança no Estado pelo reconhecimento da pluriculturalidade. Diversos autores coincidem (WALSH, 2002; YRIGOYEN FAJARDO, 2004; SIERRA, 2004; SANTOS, 2010; WOLKMER 2013), que a tendência de reconhecimento da pluriculturalidade na América Latina obedece não só aos movimentos indígenas, mas também a interesses capitalistas e integracionistas.

Se sujeita, assim, observar se a inclusão da pluriculturalidade pelo Estado tem o intuito de regular ou de emancipar as culturas, de promover relações equitativas entre os povos indígenas e o Estado ou simplesmente reconhecer as especificidades culturais sem alteração nenhuma. O reconhecimento da pluriculturalidade pode ser uma política neoindigenista do Estado que não pretende construir uma nova relação com os povos indígenas (HERNÁNDEZ; PAZ; SIERRA, 2004), mas promover sua paulatina integração à sociedade dominante.

A declaração positivada de um Estado sobre seu caráter pluricultural implica a reconhecimento de uma identidade oprimida, negada e silenciada e já significa um grande avanço com respeito ao passado integracionista. O reconhecimento pelo México e pelo Brasil manifestou-se pela ratificação do Convênio 169 (1990 e 2003 nessa ordem) e a inclusão dos direitos indígenas no texto constitucional (1992/2001 e 1988 respectivamente). Ambos os países têm criado políticas públicas para efetivar os direitos indígenas, desde medidas afirmativas até programas e instituições. Porém, persiste uma brecha de implementação.

No que diz à efetivação da pluriculturalidade, a atuação do Poder Judiciário é fundamental, pois além de estar direcionada à solução dos conflitos sociais pela sua função de administração de justiça, também atua como o órgão na garantia dos direitos fundamentais. Desse modo, os Tribunais Supremos do México e do Brasil como os máximos tribunais

constitucionais, entre suas diversas responsabilidades, protegem a Constituição e seus valores, e detêm a última palavra nas resoluções judiciais.

No presente capítulo realiza-se um percurso histórico do Poder Judiciário e suas reformas com atenção nos Tribunais Supremos do México e do Brasil para compreender o seu desenvolvimento institucional. Duas sentenças ditadas pelos Tribunais Supremos do México e do Brasil em matéria indígena são analisadas para identificar se as resoluções judiciais refletem a pluriculturalidade estatal declarada e, esboça-se um perfil de atuação do Judiciário perante a efetivação dos direitos territoriais indígenas.

5.1 OS TRIBUNAIS SUPREMOS DO MÉXICO E DO BRASIL

O sistema de administração de justiça do México e do Brasil foi arquitetado a partir da importação dos modelos estadunidense e europeu. Mas cada país adaptou o sistema com suas particularidades, e preservaram o desenho francês que impôs a estrita aplicação da lei pelo Poder Judicial. Ante a necessidade de interpretação da lei, o Judiciário paulatinamente começou exercer funções de interpretação como acontece na tradição estadunidense. Com a aparição da justiça constitucional, os Tribunais Supremos acumularam funções e hoje se enfrentam a novos desafios.

No fim do século XX, com a constitucionalização dos direitos, o julgador esteve obrigado a “cumprir sua função de criador do Direito, de fiscalizador do ato legislativo e concretizador do justo por meio da norma interpretada à luz da Constituição”. Em decorrência disso, os tribunais abrangem sua competência para conhecer do controle da constitucionalidade, a garantia contra violações dos direitos humanos e inclusive a interpretação de textos legislativos ambíguos. (PISKE, 2006).

Como não existe democracia sem o respeito aos direitos humanos, a efetivação dos direitos humanos pelos Tribunais Supremos é determinante para o fortalecimento do Estado de Direito. Dentro das reformas judiciais implementadas no Brasil e no México, destaca-se o fortalecimento de seus Tribunais Supremos como Tribunais Constitucionais que exercem a primazia da Constituição e a sua força normativa.

Os Tribunais Supremos do México e do Brasil compartilham um percurso de consolidação similar ao longo do tempo. A Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) e

o Supremo Tribunal Federal (STF) evoluíram de ser uma instituição coadjuvante, fraca e secundária dos outros poderes, à sua consolidação de maneira gradual, como órgãos guardiões da Constituição e como atores políticos que decidem sobre questões de relevância nacional.

Importante é conhecer a atuação dos Tribunais Supremos do México e do Brasil na questão indígena, pois como tribunais de legalidade têm a última palavra em dirimir conflitos, e como tribunais constitucionais estão obrigados a efetivar os direitos humanos. Desse modo, faz-se necessário conhecer a evolução do Judiciário e da Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) e do Supremo Tribunal Federal (STF) para compreender a sua atuação hodierna.

5.1.1 México: a Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)

Na alvorada da luta independentista do México, diversos documentos expressaram projetos de nação que conferiam a criação de tribunais administradores de justiça superiores aos espanhóis⁸⁴. Durante o caos da guerra, as instituições coloniais utilizaram-se provisoriamente até a conformação de um sistema judicial moderno e próprio, “cuidando de reformar o absurdo e complicado sistema dos tribunais espanhóis”, segundo o *Reglamento del Congreso de 1813*. (TORRE VILLAR, 1985, p. 134-135).

No mesmo ano, o documento *Sentimientos de la Nación*, de José María Morelos y Pavón que expressava os princípios do movimento independentista, estabeleceu a divisão de poderes e a aspiração por justiça social. Desde a publicação da *Acta de Declaración de Independencia*, um manifesto de provável autoria do advogado Andrés Quintana Roo, remarcava-se o fim dos abusos perpetrados ao povo, com bons juízes que administrariam justiça desinteressadamente pelo bem-estar da população. (TORRE VILLAR, 1985, p. 138).

O antecedente histórico mais remoto sobre o sistema jurídico mexicano encontra-se no *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana*, também chamado a

⁸⁴ Em 1808, o documento *Idea del Congreso Nacional de Nueva España, individuos que deben componerlo y asunto de sus sesiones* de Frei Melchor de Talamantes, demandava a criação de um tribunal da Nova Espanha que não dependesse da Metrópole nas suas resoluções. Em 1810, Miguel Hidalgo criou os Ministerios de Gracia y Justicia como instituições judiciais, mas nunca funcionaram devido aos ataques ao exército insurgente que comandava. Durante a guerra da Independência, em 1812 o geral Ignacio López Rayón escreveu os *Elementos Constitucionales* como um projeto de constituição para México quando consumada sua independência da Espanha. O documento instituiu a divisão tripartida do poder e um protetor nacional que se regeria em base a uma lei de *habeas corpus*, o antecedente do *juicio de amparo*. Mas López Rayón preferiu esperar conformar uma verdadeira Constituição para México e censurou seu documento. A *Constitución de Cádiz* de 1812 teve uma aplicação interrompida durante essa época. Cf. TORRE VILLAR, 1985, p. 133; SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2016.

Constitución de Apatzingán de 1814, da autoria de José María Morelos y Pavón e de outros insurgentes. O texto estabelecia a divisão de poderes para exercer a soberania emanada do povo, com fundamento na Lei para evitar o monopólio do poder. A *Constitución de Apatzingán* foi um decreto porque se pretendia que no fim da guerra, se convocaria um Congresso Constituinte para a criação de uma Constituição aperfeiçoada. (TORRE VILLAR, 1985, p. 135).

No capítulo XIV da *Constitución de Apatzingán* criou-se um Supremo Tribunal de Justicia; o artigo 211º estabelecia que o direito aplicável fosse o indiano em quanto as novas leis fossem criadas. (CRUZ BARNEY, 2004, p. 241-244). O Supremo Tribunal de Justicia é o antecedente direto do atual Tribunal Superior de Justicia. A *Constitución de Apatzingán* foi o primeiro instrumento jurídico que deu sustento legal ao movimento independentista e estabeleceu as bases para a configuração da nova nação, implementado somente nos territórios ocupados pelos insurgentes.

Durante os 200 anos da vida independentista do México, as cinco Cartas Magna vigentes na história constitucional (1824, 1836, 1843, 1857 e 1917) criaram um sistema de justiça que tentava afastar-se da herança espanhola e emulava o modelo estadunidense, mas determinado pelas circunstâncias políticas de cada época. Durante esses anos de construção e de reconstrução da nação mexicana, o Estado liberal monopolizou o direito único e a administração da justiça em defesa da igualdade.

Em 1824 promulgou-se a *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos* que estabeleceu uma República representativa, popular e federal com divisão de poderes e o Congresso com duas Câmaras: de Deputados e de Senadores. Os 33 artigos do título V da Constituição tratavam sobre o poder judiciário depositado na Corte Suprema de Justicia, nos tribunais de circuito e nos juzgados de distrito. (CRUZ BARNEY, 2004, p. 247).

A Corte Suprema estava integrada por onze Ministros distribuídos em três salas e um fiscal, facultado o Congresso para aumentar ou diminuir o número de Ministros. O cargo de Ministro era perpétuo, deviam ser formados na ciência do Direito. A eleição dos membros da Corte Suprema era realizada no mesmo dia pelas legislaturas de cada Estado, por maioria de votos. Os membros da Corte Suprema podiam ser removidos do cargo conforme à lei. (CÁMARA DE DIPUTADOS LX LEGISLATURA 2007, p. 25).

Em 1826 foram expedidas as *Bases para el reglamento de la Suprema Corte de Justicia* e posteriormente o *Reglamento que debe observar la Suprema Corte de Justicia de la*

República e o *Decreto de los tribunales de circuito y de los juzgados de distrito* sobre a organização e as faculdades da Corte, dos tribunais e dos juizados. (CRUZ BARNEY, 2004, p. 248, 250, 252).

Tendo em vista o permanente caos no país, procurou-se no centralismo o estabelecimento da ordem, e o Congresso publicou as *Siete Leyes Constitucionales* de 1835-1836, convertendo-se os Estados em Departamentos subordinados ao governo central. O poder judicial estava depositado na Corte Suprema de Justicia, nos tribunais de cada departamento e nos juizados de primeira instância. A estrutura da Corte Suprema conservou aquela do federalismo e os membros deviam prestar juramento ante a Cámara de Diputados em nome de Deus. (CRUZ BARNEY, 2004, p. 254-255).

Em 1843, com as *Bases de Organización Política de la República Mexicana* ratificou-se o centralismo, o Poder Judicial estava depositado na Suprema Corte de Justicia, nos tribunais superiores e juízes inferiores dos departamentos, e nos tribunais de comércio e mineração. Conservou-se a estrutura da Suprema Corte. (CÁMARA DE DIPUTADOS LX LEGISLATURA, 2007, p. 28-29). Em 1847, restituiu-se a Constituição de 1824 e o federalismo depois de um período de regime centralista, de perda e separação de territórios, de invasões estrangeiras e de instabilidade política.

Em 1857 promulgou-se a *Constitución Política de la República Mexicana*, criada pelos grandes advogados e personagens do liberalismo ilustrado. O Título III deposita o Poder Judicial na Corte Suprema de Justicia, nos Tribunales de Circuito y de Distrito, cuja estrutura da Corte reestabeleceu os onze Ministros, com quatro supranumerários, um fiscal e um procurador-geral. O cargo de ministro da Corte Suprema tinha uma duração de seis anos e não era necessário ser advogado para exercer o cargo para evitar limitações na elegibilidade dos ministros, já que os três poderes eram iguais e a missão deles era servir ao povo. (CRUZ BARNEY, 2004, p. 265-267).

Por meio de seus artigos 101º e 102º da Constituição de 1857 estabeleceu-se uma das maiores contribuições ao constitucionalismo mexicano: o *juicio de amparo*. A Constituição de 1857 provocou a exaltação dos conservadores. Conspirados com o Presidente Ignacio Comonfort, elaboraram o *Plan de Tacubaya* para derrogar a Carta Magna. Benito Juárez, o presidente interino da República que era Presidente da Suprema Corte de Justicia, emitiu o *Decreto del 22 de noviembre de 1859 para que los tribunales superiores de los Estados conozcan en última instancia, mientras se instala la Suprema Corte, de los negocios federales*. (CRUZ BARNEY, 2004, p. 267-268).

Durante a pugna pelo poder, os conservadores restabeleceram a monarquia com o Segundo Império Mexicano (1863-1867) encabeçado por Maximiliano de Hasburgo. Em 1867, reestabeleceu-se a República, assumindo Sebastián Lerdo de Tejada a Presidência da Suprema Corte de Justicia e emitiram-se as regras para a revalidação das atuações judiciais durante a intervenção francesa e o Segundo Império. Em 1900, os artigos 91º e 96º da Constituição de 1857 foram reformados para aumentar a 15 os membros da Suprema Corte e organizar os Tribunales de Circuito, os Juzgados de Distrito e o Ministerio Público de la Federación. (CRUZ BARNEY, 2004, p. 269).

Em 05 de fevereiro 1917, com o triunfo da Revolução Mexicana, foi promulgada a *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, a versão aprimorada da Constituição de 1857. Conforme o artigo 94º da Cpeum, o Poder Judicial estava depositado na Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), nos Tribunales de Circuito, nos Colegiados em matéria de amparo e unitários em matéria de apelação, e em Juzgados de Distrito. A SCJN estava integrada por 21 ministros e 5 ministros supranumerários que podiam ser removidos em caso de má conduta. (CÁMARA DE DIPUTADOS LX LEGISLATURA, 2007, p. 31).

Durante a vigência da Constituição de 1917, o Poder Judicial tem sido modificado na sua administração, funcionamento e integração. As reformas constitucionais de 1994, 1996 e 1999 foram as mais transcendentais no redesenho institucional e desempenho da SCJN para convertê-la em um tribunal constitucional e facilitar a administração de justiça mediante a especialização e delimitação das funções dos órgãos e a exigência na seleção de seus membros.

A reforma de 31 de dezembro de 1994⁸⁵ renovou a SCJN e facilitou as deliberações. Reduziu-se o número de ministros a 11; suprimiu-se a imobilidade no cargo por um período de 15 anos; aumentaram os requisitos para ser ministro em base à probidade jurídica e à honorabilidade; a nomeação dos ministros seria realizada pelo Senado com propostas do Presidente da República. Criaram-se as *acciones de inconstitucionalidad* e elaborou-se uma lei regulamentaria para impulsar o uso das *controversias constitucionales*. Em 1995 foi

⁸⁵ Em 1994, realizou-se a mais transcendental reforma ao sistema de justiça no México. Antes dessa data não existia no México uma discussão nos círculos acadêmicos ou governamentais sobre uma reforma judicial, pese à preocupação social. Embora a tendência de reforma judicial na América Latina foi incentivada por organismos internacionais como o Banco Mundial, no caso do México deveu-se a fatores internos. Compromissos comerciais como o GATT e o TLCAN, os problemas eleitorais, e o levantamento do EZLN motivaram a reforma, mas a razão mais importante foi política: a necessidade de legitimar o regime autoritário do Partido Revolucionário Institucional (PRI) que estava em crise. Cf. FIX-FIERRO, p. 260, 266-273.

inaugurado o Consejo de la Judicatura Federal. (SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2016).

A segunda reforma transcendental realizou-se em 22 agosto de 1996 que integrou o Tribunal Electoral ao Poder Judicial de la Federación, como a máxima autoridade jurisdiccional em material eleitoral. Porém, o Tribunal Electoral não pode resolver em matéria inconstitucional das leis eleitorais, cuja prerrogativa é exclusiva da SCJN, reafirmando seu caráter de tribunal constitucional. (SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2016).

A reforma de 11 de junho de 1999, facultou ao Pleno para distribuir assuntos entre as Salas da SCJN e os Tribunales Colegiados de Circuito por meio de acordos gerais, mormente em casos em que seja aplicável a jurisprudência emitida pelo alto Tribunal. (SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2016). Porém, o Consejo de la Judicatura Federal foi submetido ao controle da SCJN por meio da reforma de 1999, revertendo o disposto na reforma de 1994.

Por sua vez, diversos especialistas (CARBONELL 2004, FERRER MC-GREGOR 2004; URIBE ARZATE 2002, CORZO SOSA, 2007) têm sugerido a criação de um verdadeiro tribunal constitucional, um órgão independente do Poder Judicial com jurisdição constitucional para garantir os direitos humanos em equilíbrio com os outros poderes e que não conheça assuntos de legalidade. Também existe a proposta de criar órgãos especializados em controle constitucional dentro do mesmo Judiciário como em Costa Rica ou no Estado de Veracruz (AGUILAR LÓPEZ, 2010, p. 28), sem que exista até agora uma proposta séria.

Os artigos 94º a 107º do Capítulo IV da Cpeum regulam o Poder Judiciário⁸⁶. Segundo o artigo 94º o exercício do Poder Judiciário encontra-se na SCJN, no Tribunal Electoral, nos Tribunales Colegiados e Unitarios de Circuito, nos Juzgados de Distrito e no Consejo de la Judicatura Federal. A *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación* é a lei que regulamenta a organização, a administração e o exercício dos órgãos do Poder Judiciário.

⁸⁶ Os Juzgados de Distrito são os órgãos jurisdicionais de primeira instância do Poder Judicial de la Federación, e o Tribunal Electoral e os Tribunales Colegiados pertencem à segunda instância. A organização do Poder Judicial das entidades federativas está determinada pela Constituição de cada Estado. Geralmente, a primeira instância corresponde aos juzgados e aos juízes de paz, já na segunda instância encontra-se o Tribunal Superior de Justicia. Existem também os órgãos de administración de justicia que não formam parte do Poder Judicial de la Federación: o Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, o Tribunal Superior Agrario, o Supremo Tribunal Militar, a Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, e o Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje. No nível local, dependendo do Estado existem órgãos que não pertencem ao Poder Judicial.

A SCJN encabeça o Judiciário e é o máximo tribunal constitucional do México. Para ser elegível, o ministro da SCJN precisa ser mexicano por nascimento, ter pelo menos 35 anos cumpridos, ser formado em Direito e ter recebido o título de bacharel pelo menos 10 anos antes da nomeação. Precisa-se boa reputação, ter residido no país dois anos anteriores à nomeação e não ter sido secretário de Estado, procurador-geral da República ou da Cidade do México, senador ou deputado federal nem governador durante um ano prévio a nomeação. (SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, p. 55, 2005).

Atualmente, a SCJN funciona em Pleno e em duas Salas conforme o artigo 94º da Cpeum. As sessões do Pleno são públicas e acontecem às segundas, às terças e às quintas-feiras, e são transmitidas em vivo por meio do canal judicial, desde o dia 29 de maio de 2006. O Pleno funciona com pelos menos sete ministros, mas é exigível a presença de oito ministros em caso de discussão de *controversias constitucionales* ou de *acciones de inconstitucionalidad*. (SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 2016).

Em 2004, o Código de Ética del Poder Judicial de la Federación foi publicado para garantir que a administração de justiça seja realizada por operadores jurídicos que respeitem os princípios reitores de ética judicial com apego ao artigo 17º da Cpeum. De igual modo, os membros do Poder Judicial de la Federación emitem um *Informe Anual de Labores* para notificar as atividades realizadas durante o ano de trabalho como tem acontecido desde o século XIX.

O Poder Judicial tem evoluído para configurar-se como defensor dos direitos humanos, com mais autonomia dos outros poderes e com órgãos fortalecidos graças às mudanças institucionais das reformas. A SCJN tem desenvolvido o papel de mediador de conflitos políticos para manter o equilíbrio de poderes, e ampliaram-se suas competências constitucionais para converter-se em um tribunal constitucional sem sê-lo formalmente.

5.1.2 Brasil: o Supremo Tribunal Federal (STF)

O antecedente histórico brasileiro mais antigo do Poder Judiciário encontra-se com a chegada da Casa Real no Brasil e com a instituição da Casa da Suplicação com força do Alvará de 10 de maio de 1808. A Casa da Suplicação substituiu o Tribunal de Relação, era o órgão de cúpula da Justiça competente de resolver litígios de última instância. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016). Mas a organização judiciária agia mais como uma instituição com funções administrativas e policiais que judiciais. (SADEK, 2010, p. 2).

A independência do Brasil foi concedida pelo Rei do Portugal em 1822 sem grandes distúrbios. Tratou-se de uma simples mudança de regime jurídico, sem ruptura com as estruturas coloniais, motivada pelas elites com o intuito de conservar o *status quo*: o sistema escravagista. O Brasil careceu de um setor da população com ideias liberais que motivassem uma mudança para uma sociedade igualitária, e não existiu o envolvimento da população nas questões políticas. A Constituição Brasileira de 1824 misturava o liberalismo e o absolutismo, já que consagrava direitos e conferia ao Imperador o Poder Moderador⁸⁷ para agir quase ilimitadamente.

A Constituição instituiu quatro poderes: Executivo, Legislativo, Judicial e Moderador, e atribuía a guarda da Carta Magna ao Poder Legislativo. No entanto, a Constituição de 1824 no artigo 163º contemplava a implementação de um tribunal denominado Supremo Tribunal de Justiça. Com a Lei de 18 de setembro de 1828, regulou-se o funcionamento do Supremo Tribunal de Justiça e, com a Lei de 22 de setembro e do 1º de outubro do mesmo ano, extinguiram-se os Tribunais do Desembargo do Paço e a Mesa da Consciência e Ordens e as Câmaras Municipais de funções judicantes. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

O Supremo Tribunal de Justiça foi instalado em 9 de janeiro de 1829, integrado por 17 juízes e localizado na Casa do Ilustríssimo Senado da Câmara no Rio de Janeiro, a capital do Brasil da época. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016). A Constituição de 1824 conferiu independência ao Poder Judiciário, mas não era absoluta, já que o Poder Moderador gozava de amplos poderes, inclusive a faculdade de suspender ou transferir juízes. (SADEK, 2010, p. 3).

Em 22 de junho de 1890 foi adotada a Constituição Provisória publicada com o Decreto n.º 510, na qual a Justiça Federal foi organizada e o *Supremo Tribunal Federal (STF)* foi criado. Em 24 de fevereiro de 1891 foi promulgada a segunda Constituição Brasileira que deu início a Primeira República, que reiterou o STF e instituiu o controle da constitucionalidade das leis. O STF foi estabelecido em 28 de fevereiro de 1891 conforme o

⁸⁷ O artigo 98 da Constituição de 1824 define o poder moderador como “a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.” O conceito de Poder Moderador foi criado pelo pensador suíço Henri-Benjamin Constant de Rebeque. Segundo sua concepção, a função natural do poder real em uma monarquia constitucional seria a de um mediador neutro, capaz de resolver os conflitos entre os três poderes instituídos e também entre as facções políticas, onde a vontade expressa do imperador tinha preponderância sobre os outros três poderes comumente estabelecidos, legislativo, executivo e judiciário.

Decreto n.º 1, de 26 do mesmo mês, composto por 15 juízes nomeados pelo Presidente da República com aprovação do Senado. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Após a Revolução de 1930, o Governo Provisório governou por decretos e estabeleceu, mediante o Decreto n.º 19.656 de 03 de fevereiro de 1931, a redução do número de Ministros para 11. Com a promulgação da Constituição de 1934 mudou a denominação do STF para *Corte Suprema*, e o mandado de segurança estabeleceu-se. A Constituição de 1937, a quarta Carta Magna Brasileira implantada por Getúlio Vargas deu início ao Estado novo. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Durante esse regime autoritário foi editado um decreto-lei que atribuía ao Presidente a competência para nomear dentre os ministros da Corte, os respectivos Presidente e Vice-Presidente por tempo indeterminado, sem aprovação do Senado Federal. Getúlio Vargas foi o presidente que mais nomeou ministros para o STF: sete durante o Governo Provisório (1930-1934) e 14 no Estado Novo (1937-1945). Restaurou o título de Supremo Tribunal Federal, as Constituições estaduais foram suspensas e a Justiça Eleitoral e a Justiça Federal foram extintas. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Em 1945, o Estado Novo foi abolido e, com a redemocratização, promulgou-se a quinta Carta Magna Brasileira, a Constituição de 1946, que dedicou ao STF os artigos 98º a 102º. As garantias foram restabelecidas e o Tribunal Federal de Recursos foi criado e a Justiça do Trabalho foi transformada em órgão do Poder Judiciário. Em 21 de abril de 1960, a capital federal mudou para Brasília pelo Presidente Juscelino Kubitschek, e o STF também. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Durante o regime militar, o número de Ministros aumentou para 16 mediante o Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965, disposição inclusa na Constituição de 1967. Durante o Estado Novo e a Ditadura Militar de 1964, o STF foi pressionado para servir aos interesses do Poder Executivo, inclusive proibindo julgar *habeas corpus* em favor de autores de crimes de ordem política para ocultar a repressão e violência do regime. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

A Constituição de 1967 concedeu uma grande margem de atribuições ao Poder Executivo o que posicionou aos outros poderes como órgãos subsidiários. O Presidente da República tinha amplos poderes para demitir, remover, aposentar ou colocar em disponibilidade os magistrados. (SADEK, 2010, p. 8). A pressão exercida pelos militares ao STF chegou a seu ponto mais álgido quando o Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de

1968 aposentou três ministros. Em 1969, o Ato Institucional n.º 6, restabeleceu o número de 11 ministros. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Em 1977, com a Emenda Constitucional n.º 7 criou-se o Conselho Nacional da Magistratura para receber as reclamações contra membros dos tribunais. Na época, a centralização das finanças por parte da União limitava a autonomia do Judiciário. Com a restauração da democracia e a promulgação da *Constituição de 1988* efetivou-se o princípio da independência dos poderes e a autonomia administrativa e financeira ao Judiciário. A estrutura do Judiciário redefiniu-se, o mandado de injunção criou-se e aumentou o número de agentes legitimados a propor ação de inconstitucionalidade, a qual era atribuição exclusiva do procurador-geral da República. (SADEK, 2010, p. 11).

O STF foi ratificado como o guardião da Constituição, dedicando-lhe os artigos 101º a 103º da CF88. Ampliaram-se as competências da Justiça Federal, o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais foram criados, e o Tribunal Federal de Recursos extinto. Em 1992, foi televisionada ao vivo a primeira sessão plenária do Supremo sobre o julgamento do Mandado de Segurança pela defesa do então Presidente da República Fernando Collor durante a fase inicial do *impeachment*. Passados 10 anos, em 14 de agosto de 2002, a TV Justiça iniciou as transmissões ao vivo das sessões plenárias do STF. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Em 2004, por meio da Emenda Constitucional n.º 45, de 30 de dezembro, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público foram criados, o que concedeu autonomia financeira às Defensorias Públicas e instituiu a súmula vinculante. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016). A importância das súmulas vinculantes encontra-se na sua força normativa, cuja observância é estrita e obrigatória para todos os órgãos do Judiciário, favorecendo a celeridade, a previsibilidade e a uniformização dos processos, e fortalece a segurança jurídica.

Os artigos 92º a 126º da CF88 regulam o Poder Judiciário, integrado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Tribunal Superior do Trabalho (TST), os Tribunais Regionais Federais (TRF), Tribunais e Juízes do Trabalho, Tribunais e Juízes Eleitorais, Tribunais e Juízes Militares e os Tribunais e Juízes dos estados e do Distrito Federal e Territórios.

O sistema Judiciário é integrado pela Justiça Federal e pela Justiça Estadual⁸⁸. O Judiciário tem como órgão de cúpula o Supremo Tribunal Federal (STF), facultado para a guarda da Constituição. Segundo os artigos 101º e 102º da CF88, o STF está composto por 11 Ministros, brasileiros natos, cidadãos com mais de 35 anos e menos de 65 anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha pela maioria absoluta do Senado Federal. Conforme ao artigo 103º-B, inciso I da CF88, o Presidente do STF é também o Presidente do CNJ.

Diversas transformações institucionais no Judiciário facilitaram o acesso à Justiça e a efetivação dos direitos consagrados na Carta Magna de 1988. Com a criação da Defensoria Pública ou por meio de instrumentos processuais de defesa como a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa, a cidadania cobra consciência em torno de seus direitos. A Constituição Federal de 1988 forneceu de independência ao Poder Judicial, com um sistema de freios e contrapesos e com a autogestão administrativa e financeira, e conferiu diversas faculdades ao STF em situação de supremacia em relação com os demais órgãos judiciais e dos outros poderes.

⁸⁸ No âmbito da União, é composta pela Justiça Federal (comum, incluindo os juizados especiais federais), e pela Justiça Especializada (a Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar). A organização da Justiça Estadual, que inclui os juizados especiais cíveis e criminais, é de competência de cada um dos 26 estados brasileiros e do Distrito Federal. Em geral, os processos se originam na primeira instância, podendo ser levados por meio de recursos para o STJ, a segunda instância, ou demais tribunais superiores. O STF tem a última palavra nas disputas judiciais em questões constitucionais. Porém, existem ações, como os processos criminais contra autoridades com prerrogativa de foro, que podem se originar na segunda instância e até nas Cortes Superiores. Conforme aos artigos 108º e 109º da CF88, a Justiça Federal da União (comum) está composta por juizes federais que atuam na primeira e na segunda instância, além dos juizados especiais federais. Cabe a ela julgar crimes políticos e infrações penais praticadas contra bens, serviços ou interesse da União, processos que envolvam Estado estrangeiro ou organismo internacional contra município ou pessoa domiciliada ou residente no Brasil, ações que envolvam direito de povos indígenas, e em casos de grave violação de direitos humanos. A primeira instância é composta por uma Seção Judiciária em cada estado da Federação, e a segunda instância é formada por Tribunais Regionais Federais (TRFs) que atuam nas regiões jurisdicionais e têm sede em Brasília (TRF 1ª Região), Rio de Janeiro (TRF 2ª Região), São Paulo (TRF 3ª Região), Porto Alegre (TRF 4ª Região) e Recife (TRF 5ª Região). Na segunda instância da Justiça Federal, os magistrados são desembargadores e têm competência para julgar recursos contra as decisões proferidas na primeira instância, também ações originárias, como as revisões criminais, os mandados de segurança e os habeas data contra atos do próprio Tribunal ou de juiz federal entre outras previstas no artigo 108º da CF88. Em respeito da Justiça Estadual (comum), conforme aos artigos 125º a 126º da CF88, lhe cabe processar e julgar qualquer causa, que não esteja sujeita à competência de outro órgão jurisdicional (Federal comum, do Trabalho, Eleitoral e Militar), entretanto sua competência é por exclusão, portanto, é residual. A Justiça Estadual é composta pelos juizes de Direito que atuam nos foros e nas varas especializadas (primeira instância), pelos desembargadores que atuam nos tribunais de Justiça (segunda instância), e pelos juizados especiais cíveis e criminais. De acordo com o artigo 110º da CF88, cada Estado tem a atribuição de organizar a sua Justiça Estadual. Porém, devido à alta taxa de congestionamento o CNJ instituiu a Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição na Justiça brasileira, por meio da Resolução n. 194, de maio de 2014. O intuito da política é dar celeridade aos processos, a adequação orçamentária e a capacitação contínua de magistrados e servidores do primeiro grau de jurisdição.

Segundo Oscar Vilhena Vieira (2008, p. 444-449), o ganho de concentração de poderes no STF desde a promulgação da Constituição de 1988 desequilibrou a balança do sistema de separação de poderes. Desde a gestão do STF, a imposição de suas resoluções foi uma tarefa complicada, o que foi resolvido pela adoção da súmula vinculante. O STF é um ator da esfera política e de mediação social porque permite a judicialização⁸⁹ de diversos temas. O STF atua como tribunal constitucional, julga criminalmente altas autoridades, e representa a última instância judicial devido ao controle misto de constitucionalidade, o que sobrecarrega suas funções que deveriam ser prioritariamente em assuntos constitucionais.

A constitucionalização abrangente favorece a judicialização, pois qualquer matéria elevada no nível constitucional pode ser exigida judicialmente, seja uma política pública ou um direito individual. Além da redemocratização e da constitucionalização abrangente, o sistema híbrido de constitucionalidade favorece a judicialização da política. O controle constitucional brasileiro que emulou o controle difuso estadunidense e o controle concentrado europeu permite que todas as questões de relevância política sejam submetidas ao julgamento do STF. (BARROSO, 2008, p. 3-4).

A participação do STF em questões sobre políticas públicas que são retiradas do âmbito político até aqueles de repercussão pública intensificam o engajamento do STF no cenário sociopolítico brasileiro. Diversos juristas compartilham a opinião a respeito do prejudicial papel de ativismo judicial do STF à democracia e à politização da justiça. (ARANTES 1997; VIEIRA 2008; CAMPOS 2014). Porém, a intensa atividade do papel político do STF foi expressa na Constituição de 1988, mas é necessário ressaltar que “a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte”. (BARROSO, 2008, p. 17).

O STF também é criticado pela carência de legitimidade democrática porque seus membros foram eleitos pelo Presidente e não por eleição popular. Diante disso, na medida em que juízes e tribunais durante a interpretação jurídica se atenam à aplicação da Constituição e das leis, a legitimidade não é sacrificada porque prevalece a voz do legislador que é a expressão da vontade popular. (BARROSO, 2008, p. 17-18). Direito e política são intrínsecos um do outro, como consequência, os riscos de politização da justiça são latentes. O STF é

⁸⁹ Indispensável, outrossim, diferenciar entre judicialização e ativismo judicial. A judicialização e o ativismo judicial são primos. Ambos os conceitos provem da mesma família, mas a judicialização é um fato derivado do modelo constitucional brasileiro adotado e não da vontade política do Judiciário. No que diz ao ativismo judicial, é um comportamento do Judiciário, de interpretação abrangente da Constituição para a proteção dos valores constitucionais, interferindo na atuação dos outros Poderes. Cf. BARROSO, 2008, p. 4.

uma instituição política, mas como María Sadek assevera, não pode ser partidário e a discussão deve ser orientada para os limites de sua atuação. (AMENDOLA, 2016).

5.1.3 O balanço comparativo dos Tribunais Supremos

Em face à instabilidade política, econômica e social da sua história nacional, os Tribunais sofreram constantes mudanças na sua composição interna e foram manobradas conforme aos interesses dos outros poderes públicos. Paulatinamente, os Tribunais ganharam notoriedade e funções de tribunal constitucional, autonomia e foram estabelecidos estritos critérios meritocráticos para a eleição de seus membros. Na atualidade a estrutura dos Tribunais Superiores do México e do Brasil guardam similitudes.

Porém, a vitaliciedade dos ministros brasileiros contrasta com a temporalidade dos ministros mexicanos. A razão da vitaliciedade brasileira é uma garantia do juiz para julgar com certa independência. Para o sistema mexicano, o período fixo de 15 anos para os ministros lhes outorga autonomia e evita sua subordinação ao Presidente e conserva o equilíbrio da divisão de poderes, já que no passado os ministros mexicanos exerciam seu cargo segundo os interesses do governo em turno.

A eleição dos ministros da SCJN guarda similitudes com aquela do STF. Por enquanto, a eleição dos ministros mexicanos é feita pelo Senado com a proposta feita pelo Presidente; no Brasil, o Presidente da República designa aos Ministros após aprovação do Senado Federal. Embora a eleição de ministros da SCJN simule ser mais democrática, na prática, a designação dos ministros é realizada pelo Presidente do México como no caso do Brasil, devido ao sistema presidencial mexicano. A aprovação pelo Senado Mexicano é um mero trâmite burocrático.

Por sua vez, por meio da PEC 58/2012 e a PEC 35/2015 têm pretendido terminar com a vitaliciedade dos ministros do STF para fixar a duração do mandato como no sistema mexicano. A EC 58/2012 propôs um mandato fixo de oito anos, mas a PEC 35/2015 trata de mandatos de 10 anos com a comprovação de no mínimo 15 anos de atividade jurídica. A PEC 35/2015 também propôs uma mudança na eleição do ministro escolhido de uma lista realizada por um colegiado composto por os presidentes do STF e de outros tribunais, para que renovação de ministros as decisões sejam mais inovadoras, produza maior transparência e em consequência maior democracia.

No entanto, a eleição de ministros da SCJN também é controvertida porque as propostas apresentadas pelo Presidente da República (os três candidatos) não acompanham uma justificção da eleição dos candidatos nem existe um parâmetro estabelecido para a nomeação. O artigo 96º Cpeum estabelece que o Senado deva resolver em um prazo improrrogável de 30 dias, mas não se estabelece em que prazo o Presidente deve mandar a terna de candidatos. Se concluído o prazo o Senado não resolvesse, o Presidente designa ao novo ministro, o que concede uma faculdade discricional ao titular do Poder Executivo.

Como mencionado, a judicialização tem sua origem na Constituição Federal de 1988, e não é produto da obstinação do Judiciário. O STF tem exercido um marcado ativismo judicial na busca de satisfazer as demandas da população o que o Poder Legislativo não tem conseguido. O excesso de ativismo judicial pode comprometer a legitimidade democrática e politizar a justiça, expandindo ainda mais o STF. Conforme um estudo realizado que analisou 55 casos resolvidos pelo STF de 1985-2005, a Corte resolveu em um 58% conflitos políticos, 25% sobre política econômica e só um 16% sobre direitos humanos. (KAPISZEWSKI, 2010, p. 266-267).

Em decorrência disso, a atuação do STF encontra seu fundamento no contexto político, e no texto constitucional, que tem sido extremadamente detalhado em alguns aspectos e muito ambíguo em outros, e contém muitos direitos. O estudo mencionado demonstrou que o STF tem resolvido conforme a evolução histórica, já que no período pós-ditadura resolveu a maioria dos conflitos políticos, sobre o tema econômico entre 1991 e 2001 e nos últimos anos tem resolvido em matéria de direitos humanos. (KAPISZEWSKI, 2010, p. 297-298).

Nesse desiderato, Diana Kapiszewski (2010, p. 298) conclui que os atores políticos estão começando aceitar os limites constitucionais em consequência estão menos motivados para recorrer ante o STF para resolver a distribuição de poder. Para o início do novo milênio, o Brasil tem completado a maioria dos assuntos em matéria econômica. Portanto, o auge dos direitos humanos nos últimos tempos se deve ao desenvolvimento de estruturas de apoio que recorrem ao STF para que seja mais ativo na matéria.

Pelo contrário, a SCJN não exerce um marcado ativismo salvo em temas fiscais. A SCJN exerce uma mistura de ativismo conservador e de autorrestrição, o que tem danificado sua imagem pública. (COURTIS, 2008, p. 62-63). Sobre o impulso do ativismo judicial existem detratores e partidários. Alguns juristas opinam (LARA, MEJÍA, POU, 2008; COURTIS 2008) que o desenho constitucional mexicano não favorece o ativismo judicial nem o estado atual de advogados e de acadêmicos. Outros opinam (CARBONELL, 2008) que

a Constituição fornece dos meios para transformar a SCJN em uma Corte ativa e defender o modelo de democracia constitucional mexicano.

Aduz-se que a mesma SCJN tem delimitado seu ativismo no *Expediente Varios 983/2011* em que expressou a possibilidade de pronunciar-se em assuntos que carecem de uma via legal estabelecida e que não estejam previstos nas suas faculdades. Porém, a SCJN reconhece que deve exercer essa “competência da competência” com cuidado e com uma sólida argumentação jurídica para não comprometer a sua função como guardião da Constituição Mexicana. (GUERRERO ZAZUETA, 2016, p.10-11).

Em respeito à autonomia dos Tribunais Supremos, a partir da reforma de 1994 a SCJN convertida em tribunal constitucional ganhou poder, mormente para resolver conflitos políticos. As reformas judiciais provocaram a contração da intervenção do poder político na justiça, mas a intervenção da justiça na política expandiu-se. A SCJN é mais autônoma do poder político e mais poderosa para intervir na política, mas internamente carece de freios e contrapesos, o que não é favorável para a justiça e para a democracia. (ANSOLANBEHERE, 2008, p. 70-71, 74).

No caso do Brasil, o STF é caracterizado por ser um órgão autônomo cujos membros gozam de credibilidade para decidir imparcialmente, mas na vez proteger os interesses do regime constitucional e democrático isto devido à estrita seleção de seus membros. A atuação do STF é cautelosa principalmente quando as decisões estão relacionadas com direitos que vulnerarem o regime. Existe determinada parcialidade para favorecer as políticas promovidas pelo Executivo, salvo nos casos que ameace o equilíbrio do regime. (BRINKS, 2010, p. 250-251).

Em respeito aos direitos humanos, o Judiciário no México e no Brasil em função das obrigações jurídicas derivadas da ratificação dos tratados internacionais na matéria, tem promovido diversas ações destinadas à sua defesa. Mas o México desde a reforma constitucional de 2011 sobre o *juicio de amparo* e os direitos humanos, as transformações têm sido impulsionadas e aceleradas.

Em respeito ao caráter de Tribunais Constitucionais, a SCJN e o STF ganharam a função por meio de reformas constitucionais (1994 e 2004, respectivamente). Tomando como parâmetro o modelo europeu, a SCJN continua agindo como um tribunal apegado à legalidade convertido em um híbrido de Corte de Cassação e de Tribunal Constitucional. (GUERRERO ZAZUETA, 2016, p. 2). O STF, de amplos poderes, é um mecanismo de controle

constitucional centralizado, como um tribunal de apelação dentro de um sistema descentralizado de proteção constitucional com diversos mecanismos para efetivar as demandas constitucionais. (BRINKS, 2010, p. 233).

A SCJN é um ator político que ganhou autonomia e poder pelas reformas constitucionais para fortalecer o Judiciário e o STF, a Corte com mais poder na América Latina, pode intervir em quase qualquer tema (BRINKS, 2010, p. 233) pela sua ampla margem de autoridade concedida pela Constituição Federal de 1988 para diminuir o poder do Executivo e fortalecer a sociedade civil com muitos direitos.

5.2 CASOS EMBLEMÁTICOS SOBRE DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS MÉXICO-BRASIL

A partir da análise de duas sentenças emitidas pelos Tribunais Supremos do México e do Brasil, buscou-se reconhecer se foi efetivamente decidido pelos direitos indígenas dentro do Estado pluricultural. Ressalta-se que é por meio das decisões judiciais que a transformação social acontece. A seleção de sentenças foi determinada com base em um período e em um direito vulnerado dos povos indígenas em comum.

Para o estabelecimento do período temporal, diversos elementos foram considerados para o reconhecimento constitucional (México 1992/2001, Brasil 1988), a ratificação do Convênio 169 (México 1990, Brasil 2003) e as reformas judiciais mais recentes em ambos os países (México 1999, Brasil 2004), e a reforma constitucional mexicana em direitos humanos (2011) que a coloca no mesmo patamar garantista que a Constituição Brasileira. Portanto, o ano 2011-2016 foi determinado como o período temporal. As sentenças selecionadas foram datadas em 2012 e 2015.

Diante das políticas neoliberais e neoextrativistas, o esbulho dos bens naturais é uma prática habitual. O elemento comparativo é que ambas as sentenças litigaram sobre o direito dos povos indígenas à terra e aos bens naturais. Assim, se determinou, da parte do México, a sentença proferida pela Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) sobre o caso do povo Maia assentado em Campeche contra a sementeira de soja transgênica por Monsanto. Da parte do Brasil, foi estipulada a sentença emitida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o povo Pataxó Hã-hã-hãe e a emissão ilícita de títulos de propriedade em terras indígenas.

As duas sentenças foram emitidas sob o amparo de um amplo marco normativo nacional e internacional que protege os direitos dos povos indígenas e em específico os relacionados aos territórios e seus bens naturais. Assim mesmo, o México e o Brasil declarados como Estados pluriculturais, mostram a sua postura em face aos povos indígenas por meio dos Tribunais Constitucionais como reflexo de um Judiciário mais ativo, independente e defensor dos direitos humanos na história de ambos os países.

5.2.1 Os Maias vs soja transgênica

O Tratado de Livre Comércio (TLCAN), o fim da reforma agrária, a privatização do *ejido*, a reforma energética de 2014 canalizaram as políticas de abertura ao capital da terra e dos bens naturais como uma mercadoria à venda a mais. A lógica comunitária dos povos indígenas é ameaçada e transformada em propriedade privada pese à reticência dos povos. Durante os últimos 10 anos, empresas como PHI México, Bayer e Monsanto obtiveram 48 licenças para a semeadura piloto, experimental e comercial de soja geneticamente modificada no México. (MENDOZA, 2015).

Em 2012, a Monsanto, empresa transnacional de biotecnologia e agroquímicos, solicitou uma licença para a semeadura de soja transgênica na maior área requerida que abrange sete entidades federativas. Em 17 de fevereiro de 2012, a Monsanto apresentou uma petição para a Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (Sagarpa) para obter a licença de semeadura nos Estados de Yucatán, Campeche, Chiapas, Tamaulipas, Quintana Roo, Veracruz e San Luis Potosí, o que equivale a um espaço territorial de 253, 500 hectares. Passados quatro dias, a Sagarpa iniciou o procedimento conforme a *Ley de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados* (LBGOM).

Em 05 de março de 2012, o Servicio Nacional de Sanidad, Inocuidad y Calidad Agroalimentaria (Senasica) publicou em sua página na internet um comunicado sobre a petição realizada por Monsanto e exortou à população a opinar neste respeito. Depois de três meses, no dia 6 de junho de 2012, a Sagarpa concedeu a licença a Monsanto para a semeadura na fase comercial (evento MON-04-032-6). Com efeito, somente por meio do comunicado de prensa 276/12 publicado no *site* da Senasica os habitantes das comunidades maias informaram-se.

O povo Maia se concentra nos Estados de Campeche, Yucatán e Quintana Roo e se caracteriza por ser um povo numeroso, culturalmente homogêneo que representa a maior

concentração de indígena numa região. O maya peninsuar, conhecido também como mayatan, mayat'an ou yucateco é a segunda língua indígena do país. Segundo o XII Censo General de Población y Vivienda 2000, a nível nacional existem 800,000 falantes da língua maia. (COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS, 2016).

Autoridades maias das comunidades Pac-Chen e Cancabchen localizadas em Holpechén, Campeche, com o apoio de diversas associações de apicultores do Estado, apresentaram amparos contra a licença concedida ante o Juzgado Segundo de Distrito de Campeche (expedientes 753/2012 e 762/2012). A semeadura de soja transgênica ocupa os municípios de Champotón, Hecelchakán, Hopelchén, Tenabo, Calkiní, Escárcega, Carmen e Palizada.

Comunidades maias de Yucatán, de Chiapas e de Quintana Roo também apresentaram demandas de amparo contra a semeadura de soja transgênica. Os amparos expõem duas argumentações principais, uma motivação em matéria ambiental e outra sobre a questão indígena. Os amparos reclamavam a concessão das licenças para a semeadura de soja transgênica na fase comercial que incorre na violação ao direito ao meio ambiente saudável, a violação ao direito ao trabalho e a violação ao direito à consulta dos povos indígenas.

A alegação ambiental fundamenta-se na autorização da licença de semeadura de organismos geneticamente modificados (OGM) para Monsanto, pese aos pareceres contrários da Comisión Nacional para el Conocimiento y Uso de la Biodiversidad (Conabio), do Instituto Nacional de Ecología (INE), e da Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas (Conap). As opiniões desses organismos ambientais especializados eram vinculantes⁹⁰ para a Semarnat segundo o Regulamento da LBGOM vigente no momento da concessão da licença, o que implica uma violação ao princípio de legalidade.

As ditas autoridades ambientais informaram à Sagarpa e à Semarnat por meio de ditames (expedido pela Conabio 10 de abril de 2012; e pelo INE 07 de maio de 2012) que a semeadura de soja transgênica na fase comercial⁹¹ não era viável na região peninsular devido aos riscos envolvidos. Não obstante, as opiniões vinculantes foram ignoradas e a Dgira

⁹⁰ Conforme ao artigo 27 XX do Reglamento Interior da Semarnat de 2006 para emitir o ditame de biossegurança nos casos de licença de liberação experimental, de liberação em programa piloto e de liberação comercial de organismos geneticamente modificados da competência da Sagarpa, as opiniões técnicas, análise e avaliação de riscos emitidos pelo INE, pela Conabio e pela Conap são vinculantes. Porém, em 26 de novembro de 2012, se publicou um decreto do novo Regulamento que retirou o caráter obrigatório das opiniões.

⁹¹ A LBGOM estabelece três etapas de liberação de OGM no meio ambiente: piloto, experimental e comercial.

argumentou que segundo o Regulamento da LBGOM podia ser autorizada a semeadura, assim, a licença foi concedida pela Sagarpa. Meses mais tarde, o novo regulamento da Sagarpa eliminou o caráter obrigatório das opiniões das autoridades mencionadas.

Existe uma clara violação ao direito ao meio ambiente saudável, consagrado no artigo 4º da Cpeum, e ao princípio da precaução⁹² estabelecido no artigo 9º da LBOGM e em instrumentos como o Protocolo de Cartagena, o Convênio de Diversidade Biológica e a Declaração do Rio. Em contrário pensar, o artigo 61º parágrafo III da LBOGM está contra o princípio de precaução porque assevera que a incerteza ou a falta de consenso científico não deve interpretar-se como indicador de riscos, o que permite que se realizem atividades danosas ao meio ambiente.

A semeadura de soja transgênica com glifosato implica um grande risco para a apicultura, principal atividade econômica das comunidades indígenas, violando o direito ao trabalho consagrado no artigo 5º da Cpeum, que se deriva da omissão ao princípio da precaução e a ausência da realização da consulta prévia. Isto implica a contaminação da produção exportada à União Europeia. As abelhas, por meio da polinização, poderiam espalhar a poluição nas águas, além da área delimitada e incrementar a deflorestação. O glifosato é um herbicida não seletivo, pois mata qualquer tipo de planta e pela sua alta toxicidade é potencialmente cancerígeno segundo a Organização Mundial da Saúde⁹³. Também não existe controle sobre a provável contaminação do gene transgênico sobre outros cultivos e sobre as áreas naturais protegidas da proximidade.

Outrossim, não se respeitou o direito à consulta prévia, livre e informada, pois as autoridades não consultaram previamente às comunidades indígenas assentadas na região delimitada para a semeadura. O direito à consulta prévia instituído no artigo 2º Cpeum e no Convênio 169 estipula que os governos deverão consultar os povos indígenas por meio de procedimentos adequados sobre a implantação de programas de desenvolvimento, medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los. Quando for necessário, os governos realizarão estudos para avaliar o impacto dos programas sobre seus territórios, e nunca deverão contrariar a vontade livremente expressa desses povos.

⁹² O princípio da precaução estabelece que ante a possibilidade que uma ação possa ocasionar efeitos irreversíveis e ante a ausência de um consenso científico e empírico comprovado, as autoridades estão obrigadas evitar que a ação se realize.

⁹³ Avaliação realizada pela IARC da Organização Mundial da Saúde. Cf. International Agency for Research on Cancer (IARC).

Ainda, não foi realizado o procedimento de consulta pública estabelecida no artigo 33º da LBGOM para que qualquer pessoa ou governo pudesse emitir uma opinião sobre a petição de licença para a liberação de OGM no ambiente; a consulta da LBGOM não é equivalente ao direito à consulta.

Em 2014, o Juzgado Segundo de Distrito de Campeche concedeu os amparos às comunidades maias e determinou como insubsistentes o ditame da Dgira e a licença de liberação comercial de soja por tempo indefinido; se solicitou a realização da consulta aos povos conforme a normativa internacional estipulada; e, uma vez satisfeita a consulta, resolver o procedimento da petição de licença de liberação de OGM da Monsanto.

Ressalta-se que as sentenças do Juzgado Segundo de Distrito de Campeche (expedientes 753/2012 e 762/2012) destacam pela excelente fundamentação em base aos instrumentos internacionais em matéria de direitos humanos, aqueles do texto constitucional e o princípio de pluriculturalidade. As sentenças ditadas pelo Juez de Distrito reconhecem a importância do território como um direito dos povos indígenas assim como o trabalho que realizam para sua subsistência, o que paralelamente distingue o direito ao meio ambiente saudável.

As sentenças ditadas pelo Juzgado de Distrito que favoreceram as comunidades indígenas foram impugnadas por Monsanto, Sagarpa, Profepa e inclusive pelo Ministério Público Federal ante os Tribunales Colegiados de Circuito. Durante a *revisión de amparo*, as autoridades e Monsanto argumentaram a inocuidade de seus produtos e infundadamente contra os povos indígenas, desacreditaram a legitimação dos *quejosos*, que não eram nem indígenas, nem maias, nem autoridades. Por cada amparo de Campeche se apresentaram três *revisiones* (seis por Campeche e um por Yucatán, em total sete).

Não obstante, devido à transcendência do caso, os expedientes de *amparo en revisión* foram remetidos à SCJN. O Tribunal Colegiado del Trigésimo Primer Circuito e o Segundo Tribunal del centro Auxiliar de la Octava Región solicitaram à Suprema Corte que exercesse a faculdade de atração pela transcendência do assunto devido à comprometimento dos direitos humanos dos povos indígenas e do direito humano ao meio ambiente saudável no caso.

Os *amparos en revisión* 241/2015, 270/2015 e 410/2015 foram enviados para a apresentação do ministro Fernando Franco González. Os *amparos en revisión* 498/2015, 499/2015 e 500/2015 foram enviados para o ministro Eduardo Medina Mora. E o amparo

198/2015 de Yucatán à ministra Margarita Luna Ramos. Todos os *amparos en revisión* foram resolvidos pela Segunda Sala da SCJN no dia 4 de novembro de 2015.

A Segunda Sala da SCJN resolveu os seis *amparos* concedidos pelo Juzgado Segundo de Distrito de Campeche, mas destacam os *amparos en revisión* AR 270/2015 e AR 499/2015, objeto de análise, que realizam pronunciamentos sobre o fundo, porque respondem aos argumentos apresentados pelo Monsanto e Senasica. A sentença de amparo de *revisión* dos seis expedientes ratifica a insubsistência da licença para a semeadura como foi ditado pelo Juez de Distrito, porém a Segunda Sala reduziu a ampla proteção concedida na primeira instância:

- a) Reconhecem-se as violações dos *quejosos* no individual (*interés jurídico*) pela semeadura de soja transgênica, mas eles não podem representar a todas as comunidades maias afetadas (se denega o *interés legítimo*), o que reduz o âmbito protetor do amparo concedido pelo Juez de Distrito somente às comunidades indígenas que o promoveram;
- b) a consulta prévia, livre e informada unicamente será realizada nas comunidades dos *quejosos*;
- c) não se pode confundir a consulta pública da LBOGM com a consulta prévia estabelecida no Convenção 169 da OIT;
- d) as autoridades Cibiogem e CDI estão obrigadas a realizar à consulta prévia às comunidades indígenas;
- e) reconhecem-se os possíveis impactos ambientais e estabeleceram-se um listado de situações consideradas de impacto significativo para os grupos indígenas que motivam a consulta prévia: a perda de territórios e terra tradicional; o desalojo de suas terras; possível reassentamento; esgotamento de recursos necessários para a subsistência física e cultural; destruição e contaminação do meio ambiente tradicional; desorganização social e comunitária; impactos negativos sanitários e nutricionais. (MÉXICO, 2015).

As sentenças da Segunda Sala da SCJN ratificaram o amparo em favor das comunidades indígenas como o Juzgado de Distrito resolveu no seu momento, mas de

maneira taxativa. A SCJN ratificou a insubsistência da licença de liberação de OGM⁹⁴ até que a consulta prévia, livre e informada, de boa-fé e culturalmente adequada fosse realizada nas comunidades indígenas dos *quejosos*, deixando fora às outras reclamações.

Com relação à legitimidade processual, o Juez de Distrito admitiu o *interés legítimo* para que os efeitos da sentença fossem extensivos além dos *quejosos* e assim os povos indígenas justificassem a legitimidade. Lembre-se que os povos indígenas não estão reconhecidos pela Cpeum como sujeitos de direito para exigir como coletividade os direitos que lhes pertencem, ainda que o artigo 2º da Cpeum estabelece a obrigação que um integrante dos povos indígenas tenha acesso à justiça, seja como pessoa jurídica ou moral.

Os integrantes das comunidades indígenas solicitaram o amparo como pessoas físicas representantes das comunidades indígenas e como pessoas morais por meio das empresas apicultoras. Em ambos os casos, a legitimidade processual foi questionada. Neste desiderato, o Juez utilizou o controle constitucional *ex officio* e não aplicou o artigo 73º da abrogada *Ley de Amparo* que exigia um *interés jurídico* para promover o *juicio de amparo* porque negava a possibilidade dos povos indígenas de exigir os direitos coletivos. O Juez de Distrito, com base no princípio da interpretação conforme, utilizou o artigo 107º da Cpeum em matéria de amparo reformado em 2011 para sustentar o *interés legítimo*.

O uso do *interés legítimo* pelo Juez de Distrito supre as lacunas da personalidade jurídica dos povos indígenas, para que desta maneira os direitos deles sejam defendidos ante as instâncias jurisdicionais. Porém, a inovação interpretativa apegada aos maiores parâmetros de direitos humanos do Juez de Distrito foi desacreditada pela SCJN. No entanto, a SCJN reconheceu o *interés jurídico*⁹⁵, o que beneficiou do amparo e da consulta só aos *quejosos* demarcando judicialmente o direito à consulta prévia. Isto se confere quando se expressa no corpo da sentença AR 499/2015 que o direito à consulta fica ao critério do Estado:

Enfim, o anterior não significa que o Estado deva consultar aos povos e as comunidades indígenas sempre que estejam involucrados em alguma decisão estatal,

⁹⁴ Neste respeito, o ministro José Fernando Franco González manifestou-se contra a decisão de deixar sem efeitos jurídicos a licença de liberação de OGM unicamente nos municípios dos *quejosos*. Como ato administrativo que pela sua natureza e seus efeitos não pode se fragmentar, sobretudo com um vício de origem que afeta todo o ato administrativo em seu conjunto (a falta de consulta previa às comunidades indígenas). A licença deveu deixar-se sem efeitos por completo até que os responsáveis cumpram com a consulta às comunidades indígenas involucradas.

⁹⁵ No AR 499/2015 e 599/2015 o ministro Juan N. Meza insistiu em reconhecer o *interés legítimo* às comunidades indígenas e manifestou-se contra o efeito restritivo do amparo em franca violação ao *non reformatio in peius*. Chamou “incongruência processual” ao fato de confirmar a resolução impugnada, mas modificá-la nos termos iniciais que concedeu o amparo, colocando aos *quejosos* numa situação ainda mais prejudicial.

pois seria um absurdo ter que os consultar inclusive para a expedição de alguma lei ou decisão administrativa.⁹⁶ (MÉXICO, 2015b).

O enunciado delimita o direito à consulta estabelecido nos instrumentos internacionais como a Convenção 169 e produz uma alerta sobre as consequências da asseveração em futuros litígios sobre a matéria. O direito à consulta prévia, livre e informada deve ser entendido como proveniente do direito à livre determinação, a vontade expressa dos povos indígenas de serem povos indígenas e, por isso, os únicos legitimados para decidir sobre seu desenvolvimento e seu porvir.

O reconhecimento do direito à consulta implica a reconção da identidade cultural dos povos indígenas e da autogestão de seus bens naturais, da sua terra e do seu território. A consulta estabelece um diálogo intercultural entre o Estado e os povos e perde seu sentido e sua utilidade uma vez que não exista mais terra, território e bens naturais. A consulta não pode ficar no exercício de demandar a participação e a opinião, deve se obter o consentimento dos povos indígenas para que os projetos de desenvolvimento sejam implementados.

O direito à consulta é um direito substantivo e coletivo dos povos indígenas, mas também é um instrumento procedimental para decidir com relação a projetos de desenvolvimento em territórios indígenas. Nesse contexto, observa-se que tanto os ministros como as autoridades consideram a consulta prévia somente como uma etapa processual preliminar necessária para a aprovação de projetos de desenvolvimento. Disso tudo, ressalta-se a importância de determinar o que *prévia* significa em relação à consulta. Não está determinado em que momento do início de um projeto deve iniciar-se a consulta.

Para Jorge Fernández Mendiburu, advogado das comunidades maias e integrante de *Indignación, promoción y defensa de los derechos humanos AC* e do *Colectivo MA OGM*, a SCJN omite o concernente ao patrimônio biocultural como elemento essencial dos direitos culturais dos povos indígenas que a CorteIDH⁹⁷ tem estabelecido. Em suma, a SCJN omite os princípios de universalidade, interdependência, indivisibilidade e progressividade

⁹⁶ *Ahora bien, lo anterior no significa que el Estado deba consultar a los pueblos y comunidades indígenas siempre que se vean involucrados en alguna decisión estatal, pues se llegaría al absurdo de tener que consultarlos incluso para la emisión de alguna ley o decisión administrativa.*

⁹⁷ O patrimônio biocultural (PatBio) dos povos indígenas está conformado por recursos naturais bióticos intervindos em distintos gradientes de intensidade pela manobra diferenciada e o uso dos recursos naturais segundo os padrões culturais, os agroecossistemas tradicionais, a diversidade biológica domesticada com seus respectivos recursos fitogenéticos desenvolvidos e/ou adaptados localmente. Cf. BOEGE, 2008, p. 13. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) tem reconhecido o vínculo entre o patrimônio biocultural e os direitos fundamentais nas sentenças de Pueblo Saramaka Vs. Surinam e Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador.

estabelecidos no artigo 1º parágrafo terceiro da Cpeum, que a obrigavam analisar integralmente o assunto. (FERNÁNDEZ MENDIBURU, 2016).

No entanto, a responsabilidade da concessão da licença da semeadura é delegada às comunidades indígenas por meio da consulta. Ante os possíveis danos que a semeadura de soja transgênica com glifosato geraria ao meio ambiente e à população, esperava-se que a SCJN em defesa do direito ao meio ambiente saudável proibisse a liberação de OGM em vez de estabelecer como pré-requisito da autorização da semeadura a consulta às comunidades indígenas. Persiste a omissão ao princípio de precaução e aos ditames emitidos pelas autoridades Conabio, INE e Conap que determinavam como inviável a liberação de OGM.

Sobre a ausência de análise e de argumentação da SCJN sobre a violação ao princípio de precaução, deve-se a que se fosse realizado o devido exame existia a possibilidade de cancelar de maneira definitiva a licença de concessão para Monsanto. Dentro dos expedientes não existiam provas da inocuidade da semeadura de soja transgênica com glifosato, e sim existiam suficientes evidências dos grandes riscos implicados para a saúde e o meio ambiente. (FERNÁNDEZ MENDIBURU, 2016).

A SCJN desacredita a gravidade dos OGM, pois “o uso de organismos geneticamente modificados na agricultura não representa um perigo para o ambiente em si mesmo”, mas aceitam que o glifosato o implica. (MÉXICO, 2015b). A asseveração desconcerta, pois ante a existência da LBOGM e dos procedimentos para a aprovação da liberação de OGM no meio ambiente, se infere que a modificação genética implica grandes riscos. Existem estudos sobre a liberação de OGM no meio ambiente realizados por instituições internacionais que alertam sobre o perigo.⁹⁸.

Com relação aos impactos significativos, conforme a AR 499/2015 a SCJN utilizou jurisprudência da CorteIDH de um caso distinto, o descontextualizou, e determinou que as comunidades indígenas devem ser consultadas nos casos que a atividade do Estado implique ditos impactos, e clarificou que a consulta não é consentimento. O impacto significativo é um parâmetro objetivo que determina quando deva consultar-se às comunidades indígenas, mas os impactos enunciados parecem mais as consequências do consentimento prévio. (MÉXICO, 2015b).

⁹⁸ Diversos países europeus solicitaram o banimento dos transgênicos em seus territórios pelo perigo implicado. Estudos realizados pela European Food Sanitary Authority (EFSA) não têm sido conclusivos em respeito à segurança da liberação dos OGM no meio ambiente. Em consequência, 11 países europeus têm solicitado ante a Comissão Europeia (CE) a proibição de vários cultivos já aprovados em seus territórios. Cf. European Food Sanitary Authority.

A SCJN estimou que os impactos significativos justificam a consulta, mas devido ao fato de que as comunidades indígenas não são proprietárias da terra que ocupam, o consentimento não é um requisito *sine qua non* na execução dos projetos estaduais⁹⁹. (MÉXICO, 2015b). Isto já representa uma clara violação ao princípio de pluriculturalidade da Constituição Mexicana.

Nesse desiderato, precisa-se ressaltar que a SCJN ignorou a utilização do *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas (2013)*, bem como o *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con proyectos de desarrollo e infraestructura (2015)*. Ambos os documentos publicados pelo SCJN têm como intuito orientar aos operadores jurídicos e evitar que os direitos individuais e coletivos implicados sejam violentados como frequentemente acontece na implementação de projetos.

As sentenças ditadas pela SCJN em novembro de 2015 dispõem que o Juzgado Segundo de Distrito de Campeche observe a execução da resolução, nada obstante que se esperasse da SCJN um mandato de execução expresso contendo um listado das obrigações por cumprir. Desde a publicação da sentença, a Sagarpa não tem atestado ante o Juzgado Segundo de Distrito que a licença de liberação de OGM é insubsistente conforme o mandato da sentença, e persiste a semeadura clandestina de soja transgênica em Campeche e em Yucatán.

Duas petições sobre a inexecução da sentença têm sido apresentadas ante o Juez Segundo de Distrito de Campeche por violações ao mandato da SCJN e ambas foram denegadas. Em 15 de dezembro de 2016 foi apresentada uma terceira petição derivada do informe da Senasica e da Cibioagem que admitem a semeadura de soja transgênica de pelo menos 300 hectares de soja geneticamente modificada¹⁰⁰. Por sua vez, o governo de Yucatán emitiu o Decreto 418/2016 para declarar a entidade livre de cultivos transgênicos e favorável à agricultura orgânica, ainda que não é competente para realizá-lo, mas foi realizado para proteger a biodiversidade.

⁹⁹ Nesse respeito, o ministro José Fernando Franco González manifestou-se em seu voto no AR 500/2015 contra que as comunidades indígenas devam ser consultadas nos casos em que a atividade do Estado possa causar “os impactos significativos”, pois discorda do sustentado pela SCJN anteriormente e pela CorteIDH. O dever do Estado de realizar a consulta aos povos e as comunidades indígenas não depende da demonstração de uma afetação real a seus direitos, mas da susceptibilidade de danar-se. Isto não implica consultá-los indiscriminadamente em cada atividade estadual, mas de analisar cada caso se lhes afeta diretamente.

¹⁰⁰ Inicialmente, as autoridades tinham anunciado que a presença de soja geneticamente modificada tinha sido encontrada em cinco prédios. Porém, o informe final do Senasica admitiu que durante inspeções de vigilância entre agosto-outubro 2016 em Campeche, foi detectada soja transgênica em 16 prédios. Cf. Misión de Observación de la Consulta al Pueblo Maya (MO).

Diante disso, a Misión de Observación de la Consulta al Pueblo Maya (MO), um grupo de organizações e de pessoas conformada a petição das comunidades maias, fiscalizam e documentam o processo da consulta sobre a semeadura de soja transgênica em Yucatán e Campeche conforme aos parâmetros nacionais e internacionais de direitos humanos, os direitos dos povos indígenas e o mandato da sentença da SCJN. Em complemento, realizam pesquisas, entrevistas, reuniões informativas, e um seguimento das notícias neste respeito.

A MO tem realizado cinco relatórios sobre as fases de *acuerdos previos* da primeira etapa da consulta das quatro em total, e ainda que as autoridades estejam cumprido com as datas ou com o material audiovisual, acontecem violações aos princípios do direito à consulta, que não é culturalmente adequada, não é livre, não se realiza de boa-fé, é imparcial e não é informada. Algumas das irregularidades se enunciam a continuação:

- a) O informe da Senasica contém contradições e informações imprecisas;
- b) participação da Cibioagem na consulta, como autoridade demandada não pode ser parte;
- c) falta de sanções nos casos positivos de semeadura de soja;
- d) alguns líderes e representantes das comunidades têm sido ameaçados;
- e) a consulta tem sido persuasiva, as autoridades têm coagido à população;
- f) falta de intérpretes durante as sessões de acordos prévios;
- g) termos não explicados e alguns imprecisos: a errônea tradução do termo transgênico à língua maia como *soja mejorada*;
- h) as autoridades se negam a reembolsar aos líderes indígenas que viajaram a participar nas sessões da primeira etapa da consulta;
- i) a convocatória para a consulta é tardia e escassa¹⁰¹.

O mandato da sentença da SCJN continua sem efetivação ante a semeadura clandestina e o descaso das autoridades responsáveis de realizar a consulta prévia com apego à lei. Às constantes irregularidades se suma a falta de neutralidade e a displicência do Estado. Segundo Jorge Fernández Mendiburu (2016), diante a evidente parcialidade do governo mexicano a favor das empresas, a Segunda Sala da SCJN está esboçando a postura do

¹⁰¹ Cf. Misión de Observación de la Consulta al Pueblo Maya (MO).

máximo tribunal mexicano (ou pelo menos da Segunda Sala) sobre as futuras discussões sobre o desenvolvimento de megaprojetos que afetem a integridade cultural dos povos indígenas.

Nessa tessitura, o respeito à lei e às etapas jurisdicionais por parte dos povos indígenas não foi suficiente para a efetivação de seus direitos, pois a interpretação da SCJN os delimitou à resolução favorável, o que é questionável quando serve como referência para os Juzgados de Distrito e os Tribunais. Ressalta-se que as sentenças de primeira instância foram mais abrangentes que aquelas da SCJN, o que resulta decepcionante de um tribunal constitucional que deveu apegar-se ao máximo parâmetro de direitos humanos.

A SCJN se concentrou em resolver as questões processuais e interpretou restritivamente os direitos dos povos indígenas e minimizou o direito ao meio ambiente saudável. A interpretação parcial e delimitada dos direitos indígenas, e a falta de execução das sentenças compromete a legitimidade da SCJN como tribunal constitucional e compromete ao Estado Mexicano quanto ao compromisso com os direitos humanos. Ademais, se intensifica a falta de credibilidade dos povos indígenas e da população em geral no Judiciário e no Estado.

A SCJN sancionou a interpretação do Juez de Distrito com relação à acreditação do *interés legítimo*, o que restringiu o direito dos povos indígenas de comparecer no Judiciário, dificultando futuras reclamações de direitos violentados. A consulta prévia é vista pela SCJN somente como uma etapa processual, o que implica que o Estado delimita o direito à consulta e incorre possivelmente em responsabilidade internacional. A consulta como mecanismo para estabelecer um diálogo com os povos indígenas é questionável, pois não está demonstrando ser eficaz e seria necessário repensar o mecanismo e considerar outras opções.

A SCJN como tribunal constitucional deveria antepor os direitos humanos sobre os projetos de desenvolvimento, e deixar de lado seu caráter como tribunal de cassação apegado à legalidade. Mesmo com o princípio pluricultural da Constituição Mexicana, a sentença da SCJN não priorizou os direitos dos povos indígenas sobre os interesses empresariais. A SCJN não soube colocar no mesmo nível de condições às comunidades maias face às empresas, pois como povos historicamente vilipendiados precisam de direitos específicos que equilibrem as condições de acesso à justiça.

Em decorrência disso, a SCJN delegou o direito ao meio ambiente saudável às comunidades maias em vez de sentar um precedente judicial a favor da saúde humana e da flora e fauna do país. No litígio, não somente os direitos culturais do povo maia estavam

comprometidos, mas também a saúde da população e a biodiversidade. Por enquanto, o litígio se desenvolveu e as sessões de consulta prévia se realizam; 35,000 hectares de mata já foram desflorestados, a semeadura de soja transgênica continua, e a poluição se espalha por meio dos mantos freáticos, da terra e dos alimentos.

A SCJN não soube equilibrar os direitos humanos frente aos projetos de desenvolvimento. O discurso dos direitos humanos da Segunda Sala da SCJN deve superar seu caráter de retórica, abandonar a interpretação legalista e aplicar-se desde sua dimensão ética.

5.2.2 Os Pataxó Hã-hã-hãe vs fazendeiros

O povo Pataxó Hã-hã-hãe, denominado no início do contato com os europeus como os “aimairés”, está integrado pelas etnias Baenã, Pataxó Hã-hã-hãe, Kamakã, Tupinambá, Kariri-Sapuyá e Gueren. Atualmente, o povo Pataxó habita a Reserva Indígena Caramuru-Paraguassu localizada nos municípios de Itajú do Colônia, Camacã e Pau-Brasil, e na Terra Indígena Fazenda Baiana, no município de Camamu, no sul da Bahia. Segundo dados do Siasi/Sesai 2014, existem aproximadamente 2.866 índios Pataxós que se dedicam a agricultura, a pesca, a confecção de artesanatos, a caça e ao gado. (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2016).

O povo Pataxó Hã-hã-hãe tem sido expulso várias vezes das suas terras ancestrais pelos seus contatos com os europeus e paulatinamente as terras têm sido invadidas por fazendeiros. Em 1926, o Estado brasileiro realizou uma doação territorial de 8626 hectares de reserva natural para os índios Pataxó e 52 hectares foram deixados em processo de demarcação. Porém, a terra dos Pataxós foi invadida e convertida em fazendas particulares e, desde 1980, foi iniciado o processo de retomada dessas terras com sangue e suor que se concluiu em 2012.

Em 1926, em face ao pedido do SPI, o Estado da Bahia doou terras para os índios Pataxós, conforme a Lei Estadual nº 1916/26, que são terras ocupadas tradicionalmente por eles, atualmente as terras da Reserva Caramuru-Paraguaçu. Segundo o artigo 75º da então Lei n. 601/1850 (Lei de Terras) vigente, a área era inalienável, porém o SPI decidiu “adotar o instituto do arrendamento como forma de resolver os problemas sociais da população civilizada que se encontrava ocupando e explorando terras envolvidas pela reserva indígena”. (BRASIL, 2012).

Em 1937 decorreu a demarcação da Reserva concluída em 1938, assim foi transferida a posse aos índios Pataxós sob a proteção de legislação federal, artigo 129º da Constituição de 1934. Mas a demarcação nunca foi homologada. Os índios foram expulsos e alguns deles ficaram nas proximidades e resistiram às violentas agressões dos invasores. Porém, em 1976, o governo do Estado da Bahia expediu títulos de posse para fazendeiros da terra indígena Caramuru-Paraguassu pela ausência de índios, ainda que Bahia não fosse titular das terras. (FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO, 2012).

Conforme consta nos autos, desde a época da demarcação os índios foram assediados e ameaçados de morte, o que fomentou sua dispersão. Nos anos 70, os índios pataxós voltaram e decidiram retomar o território que lhes pertence. Em 1982, a Ação Civil Originária (ACO) 312/STF proposta pela Funai solicitou a declaração de nulidade de todos os títulos de propriedade e registros imobiliários incidentes na terra indígena, na Bahia, para garantir a posse plena da área tradicional pelos Pataxó Hã-Hã-Hãe. (FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO, 2016).

Em 2002, o STF julgou uma questão de ordem suscitada pelo ministro Nelson Jobim sobre a reserva indígena, no sentido de que a prévia demarcação administrativa pela União, não era em si indispensável ao ajuizamento da própria ação, uma vez que “... as terras são demarcáveis porque são indígenas, e não passam a sê-lo após a demarcação”. Assim, foi estabelecido que o parâmetro legal utilizado para o presente julgamento do pedido realizado pela Fundação-Autora e pela União seria a Carta de 1967, alterada pela Emenda Constitucional n. 1, de 1969. (BRASIL, 2012).

Depois de 26 anos, a ACO foi colocada em setembro de 2008; o julgamento foi interrompido pelo ministro Menezes de Direito para analisar o caso juntamente com aquele de Raposa do Sol¹⁰² e pela aposentadoria do então relator, ministro Eros Grau, que deu voto favorável à nulidade dos títulos localizados na reserva indígena Caramuru- Catarina-Paraguaçu. O ministro Luiz Fux ainda que tenha legado os autos, não votou porque o então

¹⁰² Em 1998 a terra indígena Raposa-Serra do Sol foi declarada de posse permanente indígena por meio de portaria do Ministério da Justiça, o que desencadeou diversos processos judiciais questionando a decisão. Em 2005, o presidente Lula homologou novamente a reserva, mas a contenda jurídica não cessou. Em 19 de março de 2009, em uma decisão histórica, o Supremo Tribunal confirmou aos índios os direitos às suas terras, advertindo que o território fora demarcado de acordo com a Constituição e que o seu tamanho e fronteiras deveriam ser mantidos. Se estabeleceu que a reserva deveria ser contínua, determinando a saída imediata dos agricultores não indígenas. Ficava assim definido que a população indígena da área (em torno de 20 mil pessoas, na época) teria direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes na reserva, uma área com aproximadamente 1,7 milhão de hectares e perímetro de mil km. O reconhecimento da área era uma reivindicação histórica dos índios da região – das etnias macuxi, uapixana ingaricó, taurepangue e patamona. Cf. O ESTADO DE SÃO PAULO, 2015.

relator já tinha votado, mas o processo foi encaminhado à ministra Cármen Lúcia para dar continuidade.

Em 2012, a ministra Cármen Lúcia, por meio de uma questão de ordem, lembrou ao STF a gravidade do assunto e ante o pedido do Estado de Bahia se solicitava a continuação do julgamento, pois numerosos atos de violência tinham demandado até a presença da Força Nacional de Segurança na região. O ministro Marco Aurélio demonstrou sua inconformidade com a alteração da pauta, pois a sua publicação é veiculada com antecedência de 48 horas. Finalmente, os ministros aceitaram continuar com o julgamento da ACO com exceção do ministro Marco Aurélio. (BRASIL, 2012).

Acompanharam o julgamento as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Rosa Weber, e os ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso, Celso de Mello, Ayres Britto e Marco Aurélio. A votação seguiu o parecer e o voto do ministro Eros Grau quem julgou a ação totalmente procedente, mas se limitou a anular os títulos de propriedade com glebas localizadas dentro da área da reserva indígena. Para o Relator Eros Grau “a baixa demografia indígena na região em determinados momentos históricos, principalmente quando decorrente de esbulhos perpetrados pelo forasteiro, não consubstancia óbice ao reconhecimento do caráter permanente da posse dos silvícolas”. (BRASIL, 2012).

Desde o início do julgamento evidenciou-se a falta de homologação da demarcação de terras indígenas da atual Reserva. Na época existiam postos indígenas e o SPI era o responsável pela sua administração. Porém, com fundamento nos art. 4º, IV, e 198 da Constituição Federal de 1967, vigente à época, determinou-se a incorporação das terras ocupadas por silvícolas ao patrimônio da União, e o art. 17º inciso III da Lei 6.001/73 demandou o cancelamento das matrículas ou registros existentes nos cartórios dos imóveis objetos da ação. Mas a regulamentação dessas terras foi conferida aos Estados, e a legitimação da posse das terras foi objeto de negociação entre esses e o SPI.

Por sua vez, o Estado de Bahia respondeu que a Lei 1916/26 determinou a formação da reserva indígena em favor dos índios “ali habitantes” e o SPI arrendou pequenas glebas a agricultores e criadores para que nelas se instalaram devido à ausência de população indígena. Além, segundo o Estado de Bahia, o relatório do Consultor Jurídico do Ministério da Agricultura estabeleceu que em 1960 a área era da propriedade do Estado da Bahia porque não se concretizou a doação à União, cabendo ao SPI a restituição da gleba. (BRASIL, 2012).

O Governo Federal propôs no Aviso GB n. 296 do Ministro da Agricultura, a devolução da área mencionada à Bahia, retendo apenas 2000 hectares para os poucos indígenas que habitavam na região. O Estado de Bahia e os réus sustentaram que nunca houve posse permanente dos índios na região pese ao ditado pela Constituição de 1967, contrariando o laudo antropológico apresentado pela Funai que constatou a presença indígena na região desde o século XVII. A Funai sustentou que os índios não abandonaram as terras por vontade própria, foram obrigados, e nunca perderam o *animus possidendi*, em consequência não são terras devolutas. (BRASIL, 2012).

Assim, também foi percebido que as terras indígenas eram de extensão maior. Durante a promoção da ação, a Funai não determinou o número de títulos e em favor de quem estavam, cujo registro pedia-se fossem declarados anulados. Posteriormente, determinou-se que eram quase 400 os títulos que estariam situados em terras indígenas e requereu-se que a declaração de nulidade abrangesse outros títulos e registros não identificados nominalmente. Segundo a Funai, a Reserva Indígena Caramuru-Catarina-Paraguaçu teria 36.000 ha e estaria localizada no Sul do Estado da Bahia, nos municípios de Conquista, Itambé, Itapetinga, Canavieiras, Itabuna, Pau Brasil e Itaju do Colônia. (BRASIL, 2012).

Posteriormente foi comprovado, por meio de um perito topográfico a pedido do STF, que a Reserva abrangia 54,000 ha e que se situava nos limites de dois dos sete municípios mencionados além de outro não mencionado: Camacan. Destacaram numerosas áreas dos réus nominados na ação situadas fora da reserva indígena, alguns distando até 500 km dos limites da Reserva. Mas os órgãos federais encarregados da demarcação administrativa determinaram como terra indígena uma área muito maior do que aquela à qual se limitou a ação. (BRASIL, 2012).

Constou nos autos que, com o intuito de efetivar a Lei 1916/26, foi realizada entre 1926 a 1930 uma medição inicial da área sob a coordenação do Capitão do Exército Vicente de Paula Teixeira da Fonseca Vasconcellos, sem existir informações precisas dos resultados nos autos. Portanto, um parecer elaborado em 1979 pelo assistente do Setor de Regularização Dominial da Funai, relata que a área demarcada nessa ocasião:

(...) foi alterada, ficando reduzida a 36,000 ha, logo após a invasão do Posto em 1936 por forte contingente policial e de fazendeiros regionais. O Cap. Moysés Castelo Branco [representante do governo federal] realizou os novos trabalhos de medição a partir dos entendimentos entre o Governo do Estado da Bahia e o Ministério da Guerra, ao qual então pertencia o SPI. Os limites fixados da citada área constavam do ofício da Secretaria de Agricultura, Indústria, Comércio, Viação e Obras Públicas da Bahia, sob nº 1417 de 07.05.1937, ao Chefe do SPI e no Termo

de Audiência Pública e preparatória da demarcação daquelas terras, lavrado em 1937 na sede do PI [Posto Indígena] Caramuru”. (BRASIL, 2012).

Por motivos desconhecidos, a demarcação concluída em 1938 não obteve a homologação da área como reserva indígena nem foi apresentado qualquer documento comprovando a formalização da transferência da área demarcada à União nos autos. No entanto, o SPI decidiu arrendar glebas a 3000 agricultores da região, o que poderia ter sido a razão que impediu a homologação da área demarcada em 1938, pois nos termos da legislação então vigente pode-se inferir que o SPI não considerava a totalidade da área demarcada como necessária à afetação indígena. (BRASIL, 2012).

Segundo os réus, a extensão da área demarcada em 1938 nunca foi ocupada pelos Pataxós e a ocupação dos índios em 1980 seria uma invasão de propriedades particulares “por índios que, ao longo dos últimos 20 anos desta disputa judicial foram trazidos de outras regiões pela Funai”. Neste respeito, eles argumentavam o assentado na Súmula n. 650 do STF, segundo a qual “os incisos I e IX do art. 20 da Constituição Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”. (BRASIL, 2012).

Aduz-se que os documentos anexados aos autos comprovam que as autoridades no nível federal e estadual tinham pleno conhecimento da condução da questão indígena na região. Também foi constatado que a criação da reserva indígena tinha com o intuito expandir o setor agropecuário na região sul da Bahia e a expedição de títulos de propriedade sobre as terras indígenas foi ilícita e inconstitucional. (BRASIL, 2012).

Outro assunto debatível foram os títulos de propriedade localizados fora da área de reserva considerados “irrelevantes” pelo então relator Eros Grau. A perícia das terras feita por solicitação do STF concluiu que algumas das propriedades estão localizadas a mais de 500 km da área cuja demarcação foi concluída em 1938 e não justificava sua inclusão no processo. Os ministros coincidiram na procedência parcial da ação e na declaração de nulidade das glebas pertencentes à reserva demarcada. A procedência parcial julgou improcedente a ação em relação aos réus com títulos de glebas situados fora da reserva indígena e, portanto, são carecedores das reconvenções. (BRASIL, 2012).

O ministro Marco Aurélio divergiu e votou pela improcedência da ação e pela validade dos títulos de propriedade concedidos na área pelo governo da Bahia, sem demarcação prévia da área e questionando a demarcação de terra indígena e a posse

permanente dos índios na região. O ministro denunciou que pouco se refletiu sobre segurança jurídica, pois não foram observados os critérios de decadência e prescrição do mérito da ação. (BRASIL, 2012).

O ministro Marco Aurélio argumentava a continuidade como condicionante da posse permanente segundo o artigo 186º da Constituição de 1967: “É assegurada aos silvícolas a posse permanente das áreas que habitam”. A intermitência da presença dos índios e o abandono da região estavam sustentados pela peritagem o que negavam a posse indígena. O ministro se recusava “em colocar em segundo plano os títulos formalizados, revelando as partes da relação jurídica, que se mostrou harmônica com o arcabouço normativo, pelo Estado da Bahia com os particulares”, pois os réus confiaram no Estado da Bahia e permaneceram na área inabitada por indígenas. (BRASIL, 2012).

Com fundamentos, o ministro Marco Aurélio demonstrou a permanência dos não indígenas na região, porém a intermitência indígena obedeceu ao esbulho e a violência perpetrada por fazendeiros na vista do SPI e dos governos Estadual e Federal como demonstrado nos autos, postura abandeirada pelo ministro presidente Ayres Brito. Também o ministro presidente Ayres Britto ratificou a presença indígena na região pela comprovação testemunhal, documental pericial e antropológica e, portanto, a posse permanente dos Pataxós sobre essas terras. (BRASIL, 2012).

No que se refere à análise dada pelo ministro Marco Aurélio, se percebe o apego à letra da lei que prioriza os conceitos de propriedade do direito positivo sobre os direitos indígenas contidos na CF88 em detrimento de seu caráter pluricultural:

Uma ação vocacionada à tutela de direito de cunho nitidamente civilista neutraliza a disciplina constitucional dos territórios indígenas, porque a luta processual se desenvolve sob controle das normas constitutivas daquele campo e valendo-se apenas das armas nele autorizadas. Assim, elementos tais como posse velha, ocupação física, passam a ser acriticamente definitórios de direitos possessórios. (DUPRAT, 2017).

Nesse desiderato, ressalta-se que no assunto não se discute a posse de regime civil, mas a posse permanente como instituto de direito constitucional, em palavras do ministro Cezar Peluso, a Carta de 1967 disponha que “...essas terras são destinadas e garantidas para posse permanente ainda que os indígenas não estejam lá por conta da violência”. (BRASIL, 2012). O ministro Ayres Britto reconheceu que a terra é de suma importância para à cosmovisão dos índios Pataxós, “...porque o índio tem, na sua terra, um vínculo que nós não conseguimos ter com o nosso patrimônio”,

A terra é uma alma, é um princípio espiritual. Por isso que a semântica da ocupação e da habitação, são palavras referidas pela Constituição, é uma semântica diferenciada, porque é anímica, é psíquica. Não é simplesmente física. Então, sem compreender essa mundividência indígena encampada pela Constituição, fica muito difícil interpretar os textos jurídicos. (BRASIL, 2012).

Finalmente, o STF, por maioria de 7 a 1, o plenário julgou parcialmente procedente a ação para declarar a nulidade de todos os títulos de propriedade cujas respectivas glebas estejam localizadas dentro da área da Reserva Indígena Caramuru-Catarina-Paraguaçu. Assim, foram julgadas improcedentes as reconvenções dos titulares desses títulos anulados, e a esses réus cabia arcar com os 10% dos honorários de sucumbência.

Se sujeita assim que o Governo do Estado da Bahia incorreu na ilegalidade e inconstitucionalidade na expedição de títulos definitivos de propriedade na Reserva a particulares, e a União incorreu no descaso diante da falta de homologação da demarcação de terras, constatando-se que não é possível se tornar dono de terras ocupadas por índios, pois pertencem à União. O julgamento favoreceu ao povo Pataxó ante os evidentes atos ilícitos e abusivos do Estado de Bahia, assim como do SPI que desvirtuou o seu intuito em respeito dos povos indígenas.

A sentença proferida pelo STF destaca pela maioria dos votos dos ministros que ofereceram reflexões sobre o tratamento da questão indígena. A resolução ressalta a importância da terra como condicionante da supervivência indígena conforme a cosmovisão Pataxó e a perseguição contra os índios como o fator que provocou o seu êxodo em diversos momentos, assim ficou estabelecido pelo ministro presidente Ayres Britto:

A habitação, aqui, é uma semântica também própria que faz conciliar, ou até que faz sobrepor ao instituto da presença física, o instituto da resistência psicológica. Porque, muitas vezes, os índios não estão ali numa determinada área porque foram escorraçados, mas eles reagem, eles resistem, historicamente, e ficam nas cercanias da terra de que foram, pela violência, expulsos, atestando o seu ânimo de recuperação daquela terra, que não foi abandonada. Porque 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 de até muitas vezes de extermínio físico, aí não, o espírito da Constituição não é esse, o espírito da Constituição é ao mesmo tempo tutelar e promocional. Nós sabemos que o tutelar, o protetivo, significa impedir o *minus*, impedir a redução, o rebaixamento, o descenso. A norma promocional possibilita o plus, o ascenso, a evolução, a afirmação da personalidade e até da cidadania. A Constituição contém normas que são tanto protetivas como promocionais desses segmentos historicamente experimentadores ou padecentes de desvantagens, de humilhações, como o segmento das mulheres, dos negros, dos índios, dos deficientes físicos, dos homoafetivos e assim por diante. (BRASIL, 2012).

Mesmo que a sentença beneficiou ao povo Pataxó os ministros julgaram a favor dos indígenas pela evidente ilegalidade do caso. Assim, perante a gravidade da problemática, resolveram a ilicitude que compaginava com os direitos dos povos indígenas reconhecidos e a dívida histórica do Estado Brasileiro. Porém, se reconhece a importância dessa resolução judicial para o movimento indígena.

O julgamento catalogado como histórico, ratifica a presença permanente dos Pataxós Hã-Hã-Hãe no território e senta um precedente para a luta indígena. Reconhece-se na sentença proferida a defesa das terras indígenas como espaços indispensáveis para a sobrevivência física e cultural dos povos. Outras terras indígenas do povo Pataxó ainda não têm sido demarcadas¹⁰³ ou algumas já demarcadas estão invadidas por não indígenas, portanto a problemática fica pendente de ser resolvida.

5.2.3 Os entraves e os desafios da pluriculturalidade

Ante a análise das duas sentenças emitidas pelos Tribunais Supremos do México e do Brasil, persistem empecilhos na concretização dos Estados como pluriculturais, apesar da normatividade nacional relacionada aos povos indígenas, a ratificação de instrumentos internacionais e o fortalecimento do Judiciário. A problemática encontra-se na interpretação das novas normas de caráter pluricultural dentro de um direito dogmático, legalista.

Além do contexto multicultural e neoliberal como alguns dos fatores referidos no nível geopolítico em que se desenvolve o reconhecimento da pluriculturalidade e dos direitos dos povos indígenas, existem outros fatores que influenciam as resoluções judiciais na matéria. A análise das resoluções pode se realizar desde vários enfoques, pelos fatores externos como os políticos, sociais, partidários, ou desde as teorias do comportamento judicial pelo caráter interno como a eleição e o perfil dos ministros.

¹⁰³ Em 2015 o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) ingressou com duas ações de reintegração das terras indígenas para retirar os indígenas de dentro de parte do Parque Nacional do Descobrimento. O Parque incide sobre a TI Comexatibá no extremo sul da Bahia, município de Prado, já identificada e delimitada pela Funai como terra tradicional do povo Pataxó. No último momento, com base numa ação do MPF, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) suspendeu a execução da reintegração de posse. Em 2016 o Instituto entrou com outras três reintegrações devido a que os Pataxó estariam devastando a porção de Mata Atlântica preservada. Desde o dia 11 de março de 2017, os Pataxó ocupam o Parque Nacional do Descobrimento para reivindicar o andamento da demarcação da TI Comexatibá, que aguarda a publicação da Portaria Declaratória pelo Ministério da Justiça desde 2015, e exigir que o ICMBio, responsável pela gestão da unidade, retire a ação de reintegração de posse movida contra suas comunidades. Assim, os Pataxós alegam que algumas aldeias de Pau Brasil e de Coroa Vermelha são invadidas por desmatadores e fazendeiros.

No entanto, em relação à efetivação da pluriculturalidade, o termo sociológico da ideologia jurídica é uma referência importante para a análise das resoluções judiciais, pois se encontra disseminada nas faculdades de Direito e, posteriormente, nos operadores jurídicos e inclusive transbordada à cidadania. Todos os operadores jurídicos possuem uma ideologia construída por condicionantes diversas de ordem socioeconômica, política, cultural, notadamente aquela jurídica age como empecilho no reconhecimento da diversidade cultural. Portanto, a neutralidade jurídica dos operadores jurídicos é uma ficção.

Na América Latina, os operadores jurídicos durante sua formação acadêmica são educados sob a dogmática jurídica, na concepção e na interpretação do direito positivo. Os operadores sob uma ótica formal, legalista, consideram como fonte jurídica por excelência à lei. Devido à arraigada tradição napoleônica se enxerga à lei como uma “obra perfeita sem erros e sem contradições” (BERUMEN, 1998, p. 79), criada pelos legisladores que seguem uma realidade abstrata do *deve ser* e não conforme o *ser* da cultura da sociedade. (ORTÍZ ELIZONDO, 2005, p. 20).

O Estado-nação de origem francesa e estadunidense que herdaram os Estados latino-americanos tem uma raiz liberal e monocultural, pois impõe a seus habitantes a integração política por meio da aceitação da Constituição e dos princípios fundacionais, e a integração nacional pelos elementos culturais comuns da população que a conforma. (ETXEBERRÍA, 2002, p. 141).

Tendo em vista que a maioria dos sistemas jurídicos da América Latina se circunscreve a três fontes principais de direito, a lei, a jurisprudência e a costume, o sistema jurídico mexicano prioriza a lei sobre as outras fontes conforme o parágrafo quarto do artigo 14º da Cpeum com relação a processos em matéria civil, colocando a jurisprudência e aos princípios gerais do direito em segundo plano e omitindo a costume. (ORTÍZ ELIZONDO, 2005, p. 20).

O conceito de ideologia jurídica segundo Ansolabehere (2008, p. 336) são o conjunto de ideias ou crenças arraigadas e modeladas pela prática profissional do Direito e produzidas pela doutrina legal. Assim, o Direito é uma variável explicativa e produto das ideologias jurídicas. Para Óscar Correas (1995, p. 104, 111) existe uma ideologia jurídica dominante transmitida nos estudos do Direito que coloca ao Direito positivado como aquele criado pelos órgãos do Estado estabelecidos pela Constituição. Não existe mais de um Estado nem mais de um sistema jurídico.

Como membros do Judiciário, os juízes e magistrados “respondem a uma cultura oficial reprodutora do *status quo* e dos padrões significacionais da forma mentis da ideologia dominante” e são inseridos num “processo de modelagem institucional” para que “incorpore as pautas ideológicas que irá difundir caso contrário o aparelho de Estado não cumpre suas funções de autorreprodução dos padrões internos ao campo e de reprodução da ideologia dominante”. (SILVA, 2008).

Sistematiza-se e divulga a ideologia dominante, por meio da formação e reprodução do senso comum teórico dos juristas como aparelho ideológico e como forma de violência simbólica. Isto por meio da formação em Direito para trabalharem como profissionais liberais, empregados na iniciativa privada ou burocratas e tecnocratas estatais, e a constituição de um singular exército acadêmico de reserva (RODRIGUES, 1993, p.13), assim os operadores jurídicos:

(...) ao optarem pelo tecnicismo formal que só reflete uma desnecessária burocracia impeditiva do real acesso à justiça, comprovam essa arraigada tendência local de leis que são criadas e acabam vazias de significância, na medida em que não encontram lastro na práxis real, cotidiana e emancipadora, criando uma ilusão de ordenamento jurídico completo, abrangente e justo. (BEZERRA; VASCONCELOS, 2013).

“O Judiciário, como aparelho ideológico do Estado¹⁰⁴, oculta o caráter de classe do Estado capitalista”, e o apresentam como garantidor dos direitos e liberdades individuais e que a lei garante o Direito. Para que seja acreditável, o Judiciário é dotado de autonomia em relação aos interesses das classes ou dos particulares. Assim, os futuros membros do Judiciário passam por processos de modelagem para aproximar-se de um *optimum* para a reprodução do poder, e se não for alcançado, “pelo menos devem assumir as pautas ideológicas necessárias ao exercício de suas funções como a neutralidade/apoliticidade”. (SILVA, 2008).

A modelagem dá-se, fundamentalmente, por meio de uma ideologia jurídico-política e pelo controle disciplinar e comportamental. A ideologia jurídico-política está constituída pela ideologia jurídica, ou seja, a “teoria jurídica”, e, pela ideologia propriamente “política”, difundida nos meios comuns à toda sociedade como os meios massivos, a academia etc. (SILVA, 2008). Mas a reprodução da ideologia jurídica do jus positivismo corresponde a uma lógica de coerência institucional, pois “o direito consagra a ordem estabelecida, ao consagrar

¹⁰⁴ Em referência a terminologia utilizada por Louis Althusser, os Aparelhos Ideológicos do Estado (AIE) são certo número de realidades que se apresentam ao observador imediato sob a forma de instituições distintas e especializadas. Cf. ALTHUSSER, 1983, p. 43.

uma visão desta ordem que é uma visão de Estado, garantida pelo Estado.” (BOURDIEU, 1989, p. 237).

O Judiciário, como poder neutralizado em que se diz o Direito de forma técnica e não politizada, obedece as regras do modelo do Estado Liberal:

(a) heterocomposição: o Estado assume o monopólio da composição da lide, com base nos princípios da “legalidade” e da “segurança jurídica”; (b) o juiz simboliza um Estado neutro que diz o Direito que deve prevalecer em cada caso concreto, atuando exclusivamente por provocação; (c) separação técnica entre o jurista/iniciado e o restante da população leiga, fundada sobre o hermetismo da linguagem e sob o distanciamento simbólico ritual dos *loci* de produção jurídica; (d) preocupação com, por um lado, a resolução do caso concreto, e, com outro, com a uniformidade jurisprudencial, a fim de garantir a segurança jurídica das expectativas; (e) realização da atomização do sujeito de Direito, individualização dos conflitos e trivialização das expectativas, bem como do processo de valorização/quantificação das necessidades; (f) extensão da ideologia hegemônica através de recursos retóricos e procedimentos legitimatórios a fim de inculcar nos jurisdicionados a idéia de que se está fazendo justiça, além de difundir conteúdos ideológicos (função pedagógica); (g) parte do processo de normalização/disciplina do indivíduo. (SILVA, 2008).

Uma análise realizada por Karina Ansolabehere do início dos anos 2000 demonstra que os operadores jurídicos no México (advogados, deputados, funcionários do Ministério Público, Professores de Direito e Juízes) têm uma visão legalista do Direito e que os direitos estão subordinados à lei, a qual é considerada um mecanismo de controle antes que uma garantia. A análise demonstrou que cada grupo representa a função que realiza, independentemente das percepções pessoais de cada um deles. (ANSOLABEHHERE, 2008, p. 333-334).

Utilizando como parâmetro os modelos teóricos de compreensão do Direito¹⁰⁵ Ansolabehere categorizou a ideologia jurídica dos operadores jurídicos conforme à resposta dada aos conceitos Lei, Direitos Humanos e Estado de Direito. Usando os critérios de Rodolfo Vázquez¹⁰⁶, classificou as respostas em: formalista positivista ortodoxo (legalista), democrático argumentativo (garantista) e realista. (ANSOLABEHHERE, 2008, p. 333-334).

O modelo legalista se caracteriza por considerar ao Direito como centro do sistema e está subordinado a ela os conceitos de Estado de Direito, Direitos Humanos e justiça. Por sua vez, a justiça é sinônimo da lei, e a lei é uma medida de correção. (ANSOLABEHHERE, 2008, p. 339). Em particular os juízes que apoiam a perspectiva legalista priorizam o texto e a

¹⁰⁵ Também é chamada filosofia judicial ou teoria legal da interpretação que só é aplicável ao Poder Judiciário. (SÁNCHEZ, MAGALONI, MAGAR, 2010, p. 330).

¹⁰⁶ VÁZQUEZ, Rodolfo. Derecho y Educación. In: VÁZQUEZ, Rodolfo. Entre la libertad y la igualdad: introducción a la filosofía del Derecho. Madrid: Trotta, 2006.

estrutura da Constituição e duvidam da capacidade do juiz de criar leis e emitir decisões que não se fundamentem na lei. (SÁNCHEZ; MAGALONI; MAGAR, 2010, p. 330).

O modelo garantista com referentes como Ferrajoli coloca no centro do sistema os direitos e os princípios, a lei se converte em uma das fontes do Direito e a justiça é a interpretação da lei. O Direito não é mais um instrumento para cumprir com objetivos sociais, mas valores morais como o respeito aos direitos humanos. O Estado de Direito se converte no Estado Constitucional de Direito. (ANSOLABEHERE, 2008, p. 339). Também chamado interpretativismo, os Tribunais são capazes de criar leis e o Poder Judiciário deve servir à comunidade política por meio das consequências das interpretações alternativas das leis. (SÁNCHEZ; MAGALONI; MAGAR, 2010, p. 330).

No que diz do modelo realista, com Duncan Kennedy como adepto, a política encontra-se no centro já que o Direito e a lei perdem seu lugar como organizadores sociais. O Direito não é mais justiça, mas sinônimo de decisões arbitrárias. O Direito e a política não se diferenciam no substantivo, o Direito é política como um jogo de negociações e um jogo de poder, por conseguinte, os direitos e o Estado de Direito são ficções. (ANSOLABEHERE, 2008, p. 340).

No resultado do estudo de Ansolabehere, os juízes foram categorizados como “legalistas moderados”, já que tem uma maior liberdade de interpretação da lei. Os operadores que cumprem a função de criar leis estão orientados para a visão garantista, em contraste, aqueles operadores jurídicos que administram justiça se inclinam à visão legalista. Nenhum operador foi classificado na categoria realista. Ansolabehere conclui que a função que realizam é determinante na ideologia jurídica.

A relação entre a função e a ideologia jurídica, pode interpretar-se como derivada dos graus de liberdade para a criação, interpretação e uso da lei por parte de cada um dos grupos. Aqueles que têm a responsabilidade de cria-la e aqueles que têm responsabilidade de aplicá-la e interpretá-la para o caso particular, apresentam as ideias mais afastadas do modelo legalista puro. (ANSOLABEHERE, 2008, p. 347).

Por sua vez, um estudo realizado por Héctor Ortíz Elizondo (2005) confirma os resultados de Ansolabehere, a ideologia jurídica legalista está arraigada nos operadores jurídicos em todas as instâncias. Ortíz realizou uma revisão jurisprudencial da SCJN em referência aos povos indígenas e os direitos reconhecidos pela legislação nacional pelo período compreendido entre o segundo terço do século XX e o início do século XXI, o que incluiu legislação derogada. Alguns casos emblemáticos foram analisados tomando como

referência as interpretações dos juízes desde a perspectiva de interpretação “correta” tomada como verdade única e deixando fora outras possíveis interpretações.

Ortíz Elizondo (2005, p. 27) desvela que os juízes e magistrados no momento de interpretação dos direitos dos povos indígenas acreditam que o legislador não foi capaz de introduzir uma contradição entre as novas disposições e as anteriores, pois a nova legislação não pode negar ao corpo normativo vigente. Então, o julgador ajusta os valores antigos com os novos. Em decorrência disso, Berumen (1998, p. 77-105) assevera que “a ficção do legislador racional lhe proporciona a cobertura ideológica para lhe permitir acreditar que o que ele faz é só deduzir a sua interpretação do conteúdo das normas, quando na verdade ele está reformulando o direito existente”.

A sentença da SCJN demonstra a arraigada ideologia dominante, embora a existência de normativa nacional em matéria indígena e a ratificação de instrumentos internacionais na matéria, os ministros adaptaram o conteúdo pluricultural ao corpo normativo monocultural. Segundo a ideologia legalista prevalecente nos operadores jurídicos no México, a SCJN emitiu a sentença em base à lei, posicionando os direitos em um segundo patamar porque eles também subordinados à ela.

Reitera-se a unicidade do direito positivo e a lei como fonte jurídica dos operadores jurídicos, e no dizer de Ansolabehere, a perspectiva legalista não só se circunscreve à lei, os direitos também estão subjugados a ela porque a lei é sinônimo de justiça. Ortíz Elizondo demonstra que para os operadores jurídicos existe uma única “correta” interpretação da lei, aquela que se fundamenta no monismo, e que não se reduz a estrita aplicação da lei, mas a uma estrita e “correta” interpretação da lei. Em suma, as novas leis que reconhecem novos direitos são incompatíveis com as normas existentes e devem se ajustar a elas “corretamente”.

Com efeito, María Teresa Sierra (2005, p. 299) observa que em todos os níveis da prática judicial dentro da aplicação estrita da lei persiste também o cumprimento da igualdade jurídica pelo desconhecimento da questão indígena e a resistência à diversidade cultural. As diferenças culturais são inferiorizadas e vistas como ameaças à ordem nacional e aos direitos humanos, e se exige que sejam adaptadas à lógica normal e universal do direito. A reticência ao pluralismo cultural pelos operadores jurídicos se explica pela ignorância do tema, pela mesma fechadura da ideologia jurídica legalista.

É certo que na sentença analisada da SCJN os direitos dos povos indígenas são considerados, mas são minimizados, pois não são suficientes para suspender a sementeira de

soja. No corpo da resolução judicial se reconhecem os direitos dos povos indígenas, e inclusive o Convenção 169 e a jurisprudência da CorteIDH são usados como fundamento nas argumentações da SCJN, porém são reduzidos pela interpretação legalista dos ministros e adaptados à normatividade dogmática mexicana¹⁰⁷.

Diversos autores (PISKE 2006; SILVA 2008; SADEK 2010; WOLKMER, ALMEIDA 2013) também sustentam que no Brasil a ideologia jurídica legalista está inserida na mentalidade dos juízes e dos magistrados. Em palavras de Rafael Damasceno Ferreira e Silva:

Esta realidade coloca-se, no interior do aparelho judiciário de Estado, como discurso a justificar ideologicamente a submissão a conteúdos injustos de lei, bem como a práticas jurídicas alienadas. Os magistrados são teórica e ideologicamente preparados para lidar apenas com conceitos, e não com a realidade concreta. A multiplicidade da vida tem de ser reduzida, para haver a absolutização de um valor naquele caso concreto. (SILVA, 2008).

Conforme os dados obtidos por uma pesquisa realizada por Maria Teresa Sadek (2010, p. 30), no fim dos anos 90, com juízes da Justiça Comum e Federal de cinco estados federativos do Brasil sobre a compatibilidade entre a dogmática jurídica e os direitos humanos, em especial sobre os dos menos privilegiados, a maioria dos entrevistados não percebe incompatibilidade entre eles, mas admitem certa tensão com os direitos difusos e dos setores sociais menos privilegiados. 38,9% dos entrevistados acreditavam que os juízes têm conseguido harmonizar a lei com a proteção dos direitos subjetivos desses setores.

Os 88,9% dos entrevistados se mostraram apegados e satisfeitos à aplicação do direito positivo, apenas 11,1% consideraram que a “o Direito positivo não permite o espírito crítico”, pese a que 73,7% acreditam que o juiz não pode ser um mero aplicador das leis, mas ser sensível aos problemas sociais. A sensibilidade argumentada não corresponde a uma crítica da dogmática jurídica, pois um baixo percentual concordou que o direito está dissociado da realidade brasileira, que o compromisso com a justiça social deve primar sobre a estrita aplicação da lei e a aplicação da lei sempre beneficia os privilegiados. (SADEK, 2010, p.30-31).

O paradigma prevalecente de ideologia jurídica legalista fundamenta sua hegemonia na ilusão da consonância com a sociedade, isto é, representa um senso comum teórico. A

¹⁰⁷ Desse modo, Ortíz Elizondo (2005, p. 126, 129) propõe a peritagem cultural para melhorar as argumentações judiciais e dar valor à diversidade cultural, afastando-se da interpretação clássica das normas da jurisprudência para assim enriquecê-la. Mas na prática, inclusive quando o juiz aceita a peritagem cultural realizada por um antropólogo, o juiz estabelece na sentença a necessidade de aplicar a lei em base à igualdade jurídica.

referida ideologia considera as disciplinas jurídicas razoáveis na resolução de conflitos e na análise jurídica, portanto despreza os outros campos do conhecimento e a interdisciplinaridade. O fechamento, o formalismo, a uniformidade, a autoridade, o dogma como padrões ideológicos do jus positivismo “possuem uma materialidade no sentido de que pautam práticas reais no interior da instância judiciária” e que promovem o formalismo jurídico como a realidade social. (SILVA, 2008).

Nesse sentido, José Eduardo Faria (1994, p.48-49) ressaltou que por causa da cultura normativista e positivista dos juízes brasileiros com obsessão pelos ritos formais, se resistem à implementação dos novos instrumentos legislativos. A dogmática dos juízes identifica os direitos humanos como ameaça à “certeza jurídica” e uma perversão da “segurança do processo”. Apesar da preeminência da ideologia jurídica legalista, sua contraparte, a “visão crítica contracultural” dos juízes alternativos¹⁰⁸ evidencia a crise do paradigma dominante. (SILVA, 2008).

Mudanças no direito vigente ou mudança do sistema jurídico são possíveis, pois o direito não é estático, mas é a expressão das transformações da sociedade, “o sistema jurídico não é nunca uma abstração acadêmica; é criação viva, brotando no solo social e sob o impacto do subsolo em que repousa toda a estrutura”. (LYRA FILHO, 1980, p. 35). A visão crítica da ideologia dominante pelos juízes alternativos acolhe que o direito é cambiante, aceita o pluralismo jurídico, procura a aproximação da justiça à população, bem recebe a interdisciplinaridade.

A ideologia dominante representa um paradigma ultrapassado com padrões fundamentados na lei da dogmática jurídica e, quando se encaram com aquelas leis de ordem pluricultural, se apresentam incompatíveis e precisam se adequar ao direito hegemônico por meio da interpretação dos operadores jurídicos. Para efetivar a pluriculturalidade, os juízes e os ministros formados na ótica de uma única ortodoxia, precisam desconstruir a anacrônica ideologia jurídica legalista do exercício jurisdicional.

A reticência dos operadores jurídicos e das estruturas do Estado de assimilar a pluriculturalidade obedece à ideologia dominante como tradição herdada do colonialismo europeu. “Isto é a Escola da Exegese, a expressão do positivismo jurídico voluntarista que

¹⁰⁸ O Movimento de Direito Alternativo nasceu em Rio Grande do Sul nos anos 90 e deu início ao uso alternativo do Direito no Judiciário, por uma necessidade de advogados e operadores jurídicos de servir ao povo apartando-se das leis injustas quando ditaram decisões.

tem influenciado à legislação, a doutrina, o ensino do direito e a ideologia jurídica de nossa América Latina”. (DE LA TORRE RANGEL, 2006, p.111).

O eurocentrismo foi estabelecido como parâmetro de progresso pelos colonizadores desde a invasão de América. O capitalismo e a colonialidade do poder se anexam à tríade de conceitos que determinam o *status quo* latino-americano que empecilham a concretização do Estado pluricultural, pois esses conceitos aludem ao epistemicídio. Os colonizadores europeus estabeleceram hierarquias a partir das diferenças entre eles e os colonizados usando como referência a própria cultura europeia como superior.

A colonialidade do poder fundada no conceito de raça despejou aos povos indígenas da identidade própria e lhes conferiu uma identidade social e econômica inferior em respeito aos europeus. (QUIJANO, 2000, p. 201-203). Vítimas de discriminação e de marginalização na sua condição de subordinados, os povos indígenas foram associados aos conceitos de atraso, pobreza e ignorância como se fossem características inerentes deles e não produto das relações desiguais próprias do colonialismo.

O processo de conquista das potências europeias se expandiu a outras nações e continentes, e gradualmente expandiu os processos de produção, o capitalismo, a propriedade privada, e o liberalismo. O modelo liberal foi emulado, pois o sucesso europeu representava superioridade após ter dominado outros povos e nações. O liberalismo caracterizou a sociedade moderna e assim o eurocentrismo justificou a todos seus componentes dentro de um modelo civilizatório mais que desejável, como o modelo único. Assim, o eurocentrismo se espalhou no tempo e nos espaços geográficos como universal.

O eurocentrismo progrediu em América Latina e se amoldaram a ele como se fosse próprio, ao par que os conhecimentos originários se desenraizaram. Como Estado-nação, nem México nem Brasil conseguiram a homogeneização, pois a maioria da população era multiétnica. Embora independentes, as sociedades eram coloniais controladas pela minoria branca, desse modo não existia uniformidade nos interesses dos grupos sociais e as classes dominantes encontravam maior afinidade na Europa.

O colonialismo interno dos emergentes Estados Latino-americanos perpetuou a subjugação dos povos indígenas iniciada na época colonial. Na história de América Latina, casos excepcionais como a Revolução Mexicana conseguiram como movimento popular lutar contra a colonialidade do poder. Porém, não conseguiu transcender devido a que o eurocentrismo foi imposto novamente no projeto de nação.

O constitucionalismo latino-americano que emulou aquele europeu e estadunidense omitiu novamente a realidade local; a igualdade jurídica pretendeu dotar de justiça à população heterogênea sem considerar a notória disparidade em relação com os povos mais vulneráveis. Posteriormente, o movimento indígena apareceu numa enfrenta com a colonialidade do poder, o eurocentrismo e a sua dogmática jurídica para recuperar a pluriculturalidade invisibilizada por meio do reconhecimento jurídico dos povos indígenas.

Diante disso, um Estado pluricultural sugere mais que o reconhecimento da diversidade e do estabelecimento de instituições, implica relações de interculturalidade. A interculturalidade significa “um diálogo e um encontro entre culturas, porque é visto como veículo de desenvolvimento criativo das culturas que se implicam em ele e como expressão da solidariedade entre elas”. Neste sentido, a interculturalidade significa uma valoração recíproca de culturas, uma afirmação identitária coletiva, pois todas as culturas contribuem ao ser humano. (ETXEBERRÍA, 2004, p. 2).

A interculturalidade implica um confronto com o Estado que incentiva a homogeneização da sociedade por meio do estabelecimento de uma língua única, uma cultura única, um direito único. O Estado convenceu aos governados da existência de uma cultura superior ante a qual devem se subjugar para aceder ao desenvolvimento e ao progresso. O Estado conseguiu impor a monocultura com diversas políticas que exaltavam a uniformidade cultural como democrática versus a diversidade cultural anárquica, inclusive usando o monopólio da violência legítima.

No entanto, a imposição de um sistema jurídico dogmático prossegue ainda que exista legislação nacional e internacional que reconhece a pluriculturalidade. Como acontecia na época colonial na Nova Espanha, o sistema hegemônico continua subjugando os sistemas jurídicos indígenas, mas concedendo alguns espaços de desenvolvimento. Tendo em vista que as transformações são recentes e nasceram dentro de um marco de multiculturalidade e pluralismo jurídico aditivo, essas se encaram com a dogmática jurídica e não se manifestam na prática jurídica cotidiana.

Faz-se necessário estabelecer que a interculturalidade não se concretiza em um processo legislativo, porque é um processo contínuo que implica a intervenção do Estado e dos governados. O reconhecimento constitucional da pluriculturalidade por si mesmo não produz uma mudança intercultural, pois minimiza a luta pelos direitos dos cidadãos a um movimento indigenista. No que diz dos direitos coletivos, esses são limitados ao território rural negando a realidade multiétnica e urbana, entre outros efeitos. (WALSH, 2002, p. 6-8).

A ideologia jurídica legalista e a colonialidade do poder estão inseridos em toda a institucionalidade do Estado, evidencia-se assim que a importação de sistemas jurídicos para sua implementação na América Latina nunca tenha atendido a melhora das condições da população, mas para sustentar o sistema capitalista em base ao monismo jurídico. Neste respeito, Óscar Correas assevera que a produção de normas para os setores mais vulneráveis da população é uma quimera.

(...) o estado nunca tem produzido normas que tenham por objetivo o melhoramento do nível de vida dos setores desprotegidos e empobrecidos de nossos povos. Em vista disso, toda tentativa de fazer acreditar que o estado-aquela ficção que lhe atribuímos “vontade”- produz normas para beneficiar a esses setores, é uma apologia do poder que atua sempre em benefício dos setores beneficiários da pobreza da maioria. Isto não significa que o uso das normas não possa ser benéfico para os setores dominados. (CORREAS, 1993, p. 266).¹⁰⁹

Disso tudo decorre a necessidade de formular uma ciência do direito alternativo ao que se considera “ciência jurídica”, pois o direito é compreendido como um sistema fechado impregnado de formalismo que o separa do mundo social, e do instrumentalismo como “um reflexo ou um utensílio ao serviço dos dominantes”. (BOURDIEU, 1989, p. 209). A este respeito é necessário que os juízes realizem uma nova função contra o conservadorismo do Judiciário ditando resoluções contra a lei quando é injusta, abrangendo outras fontes do direito além da lei.

O uso alternativo do direito propõe um processo hermenêutico em que o operador de justiça realiza uma interpretação distinta das normas que o legislador da classe dominante pretendia, “assim fará uma interpretação extensiva dos textos legais que favorecem ao povo, e restritiva das normas que favorecem as classes hegemônicas”. (ROSA DE ANDRADE, 1998, p. 47). A fixação na dogmática jurídica pelo Judiciário enxerga à lei e ao direito positivo como vigentes e atemporais pese a que o direito se transforma na medida que a sociedade o faz. A sociedade contemporânea procura a quebra do paradigma monocultural para um novo modelo que abraça à diversidade.

Portanto, a inserção de novas leis no ordenamento jurídico não representa uma mudança tangível, já que persiste a colonialidade do poder. Precisa-se da descolonização do

¹⁰⁹ (...) *el estado nunca ha producido normas que tengan por objetivo el mejoramiento del nivel de vida de los sectores desprotegidos y empobrecidos de nuestros pueblos. Por lo tanto, todo intento de hacer creer que el estado -esa ficción a la que le atribuímos “voluntad”- produce normas para beneficiar a esos sectores, es una apología al poder que actúa siempre en beneficio de los sectores beneficiarios de la pobreza de la mayoría. Esto no quiere decir que el uso de esas normas no pueda ser beneficioso para los sectores dominados.*

direito que transforme as instituições conforme a realidade latino-americana. (WOLKMER, 2013, p. 25).

A descolonização do direito vá além do reconhecimento jurídico da pluriculturalidade, se fundamenta nos diálogos interculturais entre grupos, práticas, conhecimentos que permitam aos povos indígenas se expressar por eles mesmos para evitar na exclusão do outro “a perpetuação do padrão epistemológico de colonialidade de poder”, e assim repensar as relações de poder para sua completa transformação. O movimento indígena não se limita à reconção estatal, procura a reparação à exclusão, “a pluriculturalidade implica o fortalecimento do próprio frente de outras culturas”. (WALSH, 2002).

A pluriculturalidade reconhecida ainda não se emancipou da necessidade do reconhecimento do direito estatal, e a interculturalidade ainda não se concretiza, pois os operadores jurídicos insistem enxergar a pluralidade desde sua racionalidade jurídica. Em consequência o reconhecimento dos direitos indígenas não se reflete na cotidianidade. A associação negativa da identidade indígena acunhada pelos europeus persiste, e a discussão entre Bartolomeu de Las Casas e Sepúlveda continua vigente, pois se discute até agora se os povos indígenas são livres para determinar suas sociedades conforme a suas próprias regras.

Após mais de 500 anos de sujeição a um sistema monocultural, se insiste em encaixar num formato distante da realidade pluricultural latino-americana. Em palavras de Aníbal Quijano (2000, p. 242). “É tempo, enfim de deixar de ser o que não somos”. A tradição histórica latino-americana no direito hegemônico e a sua interpretação com estrito apego à letra da lei tem incrementado a desigualdade em vez de erradicá-la.

Os Tribunais Supremos têm realizado atividades que promovem a inserção da pluriculturalidade na atividade jurisdicional como a criação de diversos protocolos de atuação como guia para resolver assuntos em matéria indígena conforme os *standards* internacionais. Porém, a melhor indicação da implementação dos direitos indígenas e sua efetivação é por meio das resoluções judiciais. Perante um sólido corpo normativo nacional e internacional a efetivação dos direitos coletivos indígenas deveria ser factível, no entanto a realidade da prática jurisdicional se distancia da teoria. As duas sentenças sujeitas à análise refletem a postura mais recente sobre os direitos indígenas.

Independentemente da ineficiência e da morosidade do sistema de justiça, bem como as dificuldades do acesso à justiça da atualidade, os entraves judiciais na efetivação dos direitos indígenas acontecem pelo exercício da ideologia dominante do Estado Brasileiro e do

Estado Mexicano. A arraigada ideologia jurídica de cunho eurocêntrico acompanhada da colonialidade do poder, do colonialismo interno, e do neoliberalismo provocam a estratificação do indígena e a desvalorização de todo o relacionado a ele. Assim, o Estado delimita a justiça.

A ideologia dominante da dogmática do direito se manifesta de diversas formas como por meio da igualdade jurídica. A aplicação do princípio da igualdade do século XIX se perpetua até hoje. A ficção que todos são iguais perante a lei do Direito Positivo nega a diversidade étnica populacional e disfarça as desigualdades sociais geradas pelo mesmo Direito e cobijadas pelo Estado.

Já que todos são iguais perante a lei, os tribunais superiores do México e do Brasil não priorizaram resolver as ameaças contra a sobrevivência dos povos Pataxó e Maia pese às suas condições de desigualdade e desvantagem em face aos réus. Isto explica a omissão do STF durante vinte anos perante os títulos de propriedade ilegalmente emitidos nas terras Pataxós. Assim como os atravanches criados pela SCJN para permitir que o povo Maia fosse legitimado para exigir a defesa de seus direitos por meio de um processo judicial.

Ademais, a ideologia jurídica que estabelece um Direito Positivo único é enxergada como uma verdade absoluta e inquestionável. Porém, os novos direitos reconhecidos não são bem-vindos pelos operadores jurídicos, pois ameaçam o estabelecido e só podem ser aceitos uma vez que são interpretados sob a dogmática. Pode se verificar que a ideologia dominante, a colonialidade do poder e o colonialismo interno estão inseridos em ambos os Tribunais Superiores, pois continuam perpetuando a estratificação social, a subjugação dos povos indígenas como na época colonial em base a uma raça inferior, distante do patamar eurocêntrico desejável.

Assim, esclarece a negligência do Judiciário na resolução do conflito na Bahia e a postura dos ministros do STF a favor dos Pataxós fundamentada na legalidade, com alguns votos considerando a pluriculturalidade. Com a exceção de um ministro que se pronunciou em contrário cujo voto subordinava os direitos dos indígenas aos invasores das terras, o que o Estado tem praticado ao longo do tempo. Também se explicam os obstáculos durante o processo judicial para defender a livre vontade e o território do povo Maia, desestimando inclusive sua qualidade de indígenas, e a interpretação dos direitos dos povos indígenas pela SCJN que restringiu ainda mais os direitos ao invés de protegê-los e quase deixou o povo maia sem o direito de acesso à justiça.

Além disso, a ideologia dominante também é apoiada pelas políticas neocoloniais como o multiculturalismo conservador que reconhece a diversidade étnica pela metade, pois insiste que o parâmetro eurocêntrico é o modelo exemplar. A sentença ditada pela SCJN e sua falta de execução demonstra a ambiguidade: concede e limita, uma mera simulação de justiça que não permite o avanço da efetivação dos direitos indígenas. A atuação da SCJN no caso do povo Maia mostra uma leve inclinação a interpretar fora do estreitado da dogmática. Outrossim, apresenta o padrão de comportamento em face aos povos indígenas que corresponde à lógica da ideologia do Estado e ao contexto geopolítico interligado que não satisfaz seu objetivo como instrumento de pacificação social.

A sentença sobre o povo Pataxó mostra ao STF como progressista e garantista sob uma perspectiva pluricultural, ainda que demonstrou descaso durante duas décadas em resolver a problemática. Porém, a paradigmática sentença não representa a atuação do Supremo perante os povos indígenas, já que persistem as violações de seus direitos humanos e territoriais o que tem incrementado gravemente os conflitos territoriais em várias regiões do país.

A ideologia dominante se acompanha do neoliberalismo, pois a SCJN não considerou a desvantagem histórica indígena frente a uma empresa transnacional, não a resolveu de fundo e não é vigilante de que seja executada. Evidencia-se que a importância proferida pelos ministros da SCJN à interpretação estrita da dogmática em quanto à legitimidade dos Maiais e paradoxalmente uma interpretação mais flexível da lei em matéria ambiental e indígena que beneficiou os interesses empresariais, pois existiam suficientes fundamentos para paralisar definitivamente a semeadura de soja transgênica.

A satisfação da pretensão da parte autora de uma resolução judicial não é suficiente para que seja considerada bem-sucedida, já que os termos da sentença são importantes pelas consequências jurídicas e sociais implicadas. Como assevera Héctor Ortíz Elizondo, (2005, p. 85) a estrita observância da SCJN das formalidades jurídicas permitiu a subsistência do conflito, ainda que desde a perspectiva jurídica o litígio fosse resolvido.

Por outro lado, a sentença do STF soluciona a pretensão da autora, fundamenta a decisão em base a uma interpretação dogmática-pluricultural que reconhece a importância do território como eixo da sobrevivência dos povos indígenas e a desigualdade de condições que enfrentam dada a assolação histórica, assim como a ilegalidade dos títulos emitidos. Mas a sentença também evidencia a colonialidade do poder e o colonialismo interno por meio das falhas do Estado em assegurar os direitos indígenas como a falta de homologação da

demarcação de terras e a morosidade em resolver a ilicitude que beneficiou aos invasores das terras Pataxós.

É necessário considerar que a consolidação do Judiciário no México e no Brasil é recente. Porém, não justifica a falta de responsabilidade dos Tribunais pluriculturais em garantir os direitos dos povos indígenas e atender seu apelo por justiça. A atuação os Tribunais Supremos impede que a pluriculturalidade seja plausível e que se evolua para uma sociedade inclusiva quando se beneficia a outros a expensas dos povos indígenas. As relações de dominação-subjugação da época colonial persistem.

É inexorável que a região latino-americana precisa da construção de uma nova epistemologia, de um novo pacto político, da reconstrução do Estado a partir do reconhecimento da diferença. O Judiciário, por meio de seu exercício jurisdicional, é o caminho ideal para a transformação social. A partir de decisões judiciais com base na interculturalidade, o Judiciário efetiva as demandas da sociedade, a realidade social aberta à pluralidade que deseja abandonar as velhas estruturas.

Nesse sentido, diante da tendência de pluriculturalidade e de interculturalidade, a inflexibilidade da dogmática alcançara seus limites para conceituar racionalidades diferentes de aquele considerado o “correto” pelo julgador. Nesta abertura, precisa-se que se enxergue à diversidade cultural em termos de igualdade com a cultura dominante, até que as diferenças não possam mais enxergar-se como parâmetro de comparação.

Assim o Estado abandonará seu arraigado fundamento monocultural para transformar-se em um verdadeiro Estado pluricultural. O Estado deve enxergar que as problemáticas que envolvem aos povos indígenas são estruturais, históricas e vigentes. Nas palavras de Pedro García Hierro (2001, p. 620): *¿Hasta dónde es posible seguir ocultando que es en el presente, y no en el pasado únicamente, donde se produce la permanente conquista de América y el genocidio continuo de los pueblos americanos?*

O México e o Brasil precisam descolonizar-se e realizar uma verdadeira mudança de paradigma. O direito à diferença deve ser o *leit motiv* da atuação do Estado consubstanciando na Constituição para efetivar os direitos dos povos indígenas sem necessidade da pressão exercida pelos compromissos internacionais. Porém, os entraves judiciais precisam desaparecer para que o Judiciário administre justiça e os direitos dos povos indígenas sejam efetivados.

6. CONCLUSÕES

Depois de séculos de resistência, finalmente os povos indígenas gozam do reconhecimento de seus direitos no nível nacional e internacional e de uma intensa participação indígena que os converteu em atores da governança global. O reconhecimento dos povos indígenas é o resultado da evolução do direito internacional e da concessão do Estado, ambos motivados pela árdua resistência indígena.

Atualmente, a maioria dos Estados de América Latina se declarou pluricultural, entre eles o México e o Brasil que têm realizado mudanças institucionais e legais para proteger e defender os direitos dos povos indígenas. É inegável o grande avanço em relação às políticas integracionistas do passado, pois há, hoje, um reconhecimento expresso da existência dos povos indígenas que o Estado tentou camuflar de diversas maneiras.

Nesse sentido, cada etapa, cada política, cada paradigma da história tem contribuído na evolução do tratamento dos povos indígenas porque assim se discerniram os erros e os acertos que finalmente conduziram ao reconhecimento da pluriculturalidade. Porém, no nível discursivo, o reconhecimento dos direitos indígenas representa uma quebra de paradigma monocultural e o primeiro passo para a justiça social. Mas, na etapa operativa, os direitos dos povos indígenas não são sempre efetivados porque aludem à retórica do Estado.

Por outro lado, ante o contexto geopolítico hodierno, os povos indígenas se encontram assentados em áreas estratégicas do interesse econômico. Diante disso, o Estado, em vez de fornecer segurança jurídica sobre as terras, os territórios e os bens naturais dos povos indígenas, utiliza o desvio do poder e o terrorismo de direito para desqualificar a mobilização indígena e legalizar o esbulho. Isto não só obedece à tendência neoliberal, mas também a uma reticência dos Estados em conceder autonomia e outros direitos aos povos indígenas.

Tendo em vista os obstáculos na efetivação dos direitos pelo Estado e a leitura geopolítica, existem evidências que o reconhecimento dos direitos dos povos indígenas é retórico, já que na prática estes povos não são favorecidos. É notória a asseveração quando o reclamo de um direito ante o Judiciário é mal atendido, pois os direitos dos povos indígenas se percebem como incompatíveis com o Estado.

Sem dúvidas, a monocultura permeou o sistema latino-americano; o Estado conserva uma postura homogeneizadora de origem colonial reforçada pela modernidade. Como foi exposto no segundo capítulo, o eurocentrismo foi estabelecido como o ideal e parâmetro de

progresso pelos colonizadores europeus. Desde que o fictício conceito de raça colocou aos povos indígenas como coletividades inferiores e primitivas, nasceram a colonialidade do poder e as relações de dominação da sociedade colonial. Durante a época colonial os povos indígenas foram explorados, seus territórios e seus recursos espoliados, e sua identidade quase aniquilada. Assim a resistência indígena começou.

Mas com o fim da subjugação europeia e o nascimento dos Estados latino-americanos, as sociedades coloniais não desapareceram, pois o colonialismo interno foi preservado no amparo da igualdade jurídica. No terceiro capítulo pode-se constatar que os Estados abandonaram o protecionismo colonial e implementaram o *indigenismo* para integrar os povos indígenas à sociedade dominante, lhes despejando novamente de seus territórios e desvanecer a identidade indígena, agudizando a discriminação e a marginalização a que estavam sujeitos. Os movimentos indígenas emergiram com força até conseguir a constitucionalização dos direitos indígenas e o reconhecimento internacional.

No que diz do reconhecimento constitucional dos direitos dos povos indígenas pelo México, existe um reconhecimento ambíguo e limitante que carece de legislação secundária que o respalde, situação que se agrava diante da sua pobre implementação. Diametralmente oposto, o Brasil dedicou um capítulo na Constituição para os povos indígenas, e possui um dos mais avançados dispositivos constitucionais na matéria. As violações aos direitos também não são atendidas adequadamente e, mesmo que falte harmonização normativa e leis regulamentarias, o Brasil oferece proteção abrangente dos direitos dos povos indígenas.

Porém, os instrumentos internacionais ratificados por ambos os países subsidiam as deficiências normativas. A Convenção 169 da OIT, as Declarações Americana e de Nações Unidas, assim como a reforma constitucional em direitos humanos do México, obrigam ambos os países a respeitar os *standards* internacionais na matéria.

Entre os direitos coletivos indígenas destaca-se o direito à terra, ao território e aos bens naturais como o primordial para a reprodução cultural e física dos povos e incompreendido pelo direito positivo. O quarto capítulo apresentou os impasses na efetivação dos direitos territoriais indígenas que desde a época colonial se exigem e que até hoje são motivos de violência e perseguição judicial contra seus defensores. O México e o Brasil, com apoio do Judiciário, protegem os direitos dos povos indígenas com os meios ou garantias constitucionais. Também fornece proteção não jurisdicional por meio do *ombudsman* e do MPF.

A terra e os bens naturais como mercadorias, de propriedade privada e individual do liberalismo se contrapõem com a cosmovisão indígena como o fundamento de sua identidade e de sua supervivência, além de ser coletiva. A posse do território tradicional está marcada na história dos povos como um legado ancestral imprescindível para a perpetuação étnica e cultural que foge da categoria ocidental.

Devido à ineficiência do sistema de justiça em ambos os países, pese as reformas judiciais e a integração das especificidades indígenas, em ocasiões o Estado se vê impossibilitado de administrar justiça. A partir desses casos, a instituição de *ombudsman* coadjuva ante o sistema de Nações Unidas e o Sistema Interamericano para a defesa e proteção dos direitos territoriais indígenas de maneira complementar ao Estado.

A despeito da bagagem normativa, e com o contexto multicultural, os direitos territoriais indígenas não são efetivados pelo Judiciário. Diante disso, no capítulo 5 se realizou um percurso histórico do Poder Judicial no México e no Brasil para compreender as limitações no exercício jurisdicional, mormente dos Tribunais Supremos que, como Tribunais Constitucionais, estão obrigados a defender os direitos humanos, conteúdos nas Cartas Magnas.

Entre as numerosas causas que explicariam a falta de efetivação dos direitos indígenas, foi estabelecida como hipótese a existência de uma arraigada ideologia jurídica na dogmática do direito positivo do Judiciário e de seus operadores jurídicos. Isto é, a imposição de uma ortodoxia na qual não existe espaço para nenhuma outra, o que implica um entrave na efetivação da pluriculturalidade.

A este respeito, a análise de sentenças ditadas pela Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) e do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre os direitos territoriais indígenas demonstrariam se os direitos indígenas são efetivados e se o Estado é pluricultural. Assim, os Estados do México e do Brasil manifestam uma postura sobre os direitos indígenas por meio de seus Tribunais Constitucionais.

A sentença emitida pela SCJN a favor do povo Maia perante seu reclamo contra a sementeira de soja transgênica pela Monsanto pese ao resultado demonstraram que no México existe ainda um profundo apego à dogmática jurídica que dificulta a efetivação dos direitos indígenas, e se percebe o desvio de poder a favor das empresas transacionais pela arraigada colonialidade do poder e o eurocentrismo. Outrossim, a sentença ditada pelo STF a favor do

povo Pataxó garante os direitos dos povos indígenas como consequência da aplicação da lei, só depois de vinte anos de espera, violência e assolação.

Como hipótese comprovada, a ideologia jurídica legalista do Judiciário e de seus operadores jurídicos fundamentada na dogmática do direito positivo significa um entrave na efetivação da pluriculturalidade. A ideologia jurídica de América Latina está inserida desde a colonização europeia pelo sistema escolástico e autoritário, e perpetuada pelo Estado moderno. O contexto multicultural global e a declaração dos Estados como pluriculturais têm se demonstrado como insuficientes para que os direitos indígenas sejam efetivados perante ao arraigado monismo.

Como exposto ao longo do presente trabalho, a reticência dos operadores jurídicos de assimilar a pluriculturalidade obedece à dogmática jurídica preservada pelas classes dominantes, manifestada como morosidade do processo, formalismos que se impõem aos indígenas, etc. A ideologia jurídica legalista se acompanha do neoliberalismo e da colonialidade do poder para legitimar hegemonicamente o eurocentrismo, emascarado na corrente multicultural conservadora que consolida o pluralismo conservador.

A concepção do Estado implica uma nação e, por isso, a corrente homogeneizadora não tem desaparecido porque é correlativa do monismo. A perpetuação da base monocultural continua favorecendo o epistemicídio pese a declaração de pluriculturalidade. Por enquanto as estruturas do Estado não se desapegam da exegese do direito, por isso, o uso alternativo do direito pelos operadores jurídicos e pelos movimentos indígenas apresentam-se mais vigente que nunca.

Diante da indolência do Estado, embora o direito seja enxergado na maioria das vezes como uma mera simulação, continua sendo a estratégia mais utilizada. Os povos indígenas, mas unidos e organizados que nunca, estão decididos a continuar a resistência também pela via da mobilização. Os direitos territoriais indígenas continuaram na agenda indígena na busca da supervivência e da autonomia dos povos.

A mobilização social é o melhor mecanismo extrajudicial na luta indígena. Sem o movimento indígena respaldado por organizações indígenas, organismos internacionais, acadêmicos e sociedade em geral, os avanços atingidos não teriam sido possíveis. Desde a colonização europeia, os povos indígenas se converteram em atores de seu próprio destino: dinâmicos, adaptados às circunstâncias e aos tempos, os povos resistem na luta armada ou

simbólica pese aos esforços pela sua supressão. Diante disso, emergiu um movimento transnacional que procura posicionar as demandas indígenas na política global.

O paradigma emergente de pluriculturalidade ainda está na sua fase de implementação, e durante essa fase de transição é necessária a interculturalidade, não somente no reconhecimento do outro, mas na inclusão do outro, pois estabelece uma relação equitativa, sem subordinação das diferentes culturas para a concretização de uma nação inclusiva.

A interculturalidade fomenta o raciocínio fora do Estado e valoriza a epistemologia historicamente excluída para conhecer um leque de possibilidades e de potencialidades. Diante disso, se faz necessário um diálogo intercultural empático, consciente e receptivo a um intercâmbio de valores para a evolução e o enriquecimento cultural, o que responde à realidade plural que persiste e resiste ante as tentativas de homogeneização.

O diálogo intercultural demonstra que as culturas não são atemporais nem fechadas, mas respondem à interação com outras culturas frente aos episódios históricos como a colonização ou a globalização. As culturas indígenas têm se amoldado conforme as circunstâncias e dentro dos limites que o Estado tem permitido. A sociedade nacional deve abrir espaços para as culturas indígenas e reconsiderar as políticas de exclusão prevaletentes na história.

O Judiciário não pode se isentar de um diálogo intercultural com outros direitos e outros sistemas jurídicos. A cooperação entre epistemologias enriquece a administração de justiça e contribui na pacificação de conflitos, o que implica a construção de um modelo político, social e jurídico pluricultural. A racionalidade jurídica deve separa-se dos operadores jurídicos e abrir-se a repensar as relações de poder para descolonizar o direito.

Para mudar a realidade latino-americana, por meio da reflexão interdisciplinar e comparativa, se incentiva a construção de novas pontes interculturais que permitem enxergar os povos indígenas além de dívidas históricas. Nada obstante, a história forjou ao indígena como um ser engajado na luta pelo que lhe pertence, pois como Samado líder Pataxó hã-hã-hã asseverou, “Eu sirvo até de adubo para minha terra, mas dela não saio.”

REFERÊNCIAS

AGUILAR LÓPEZ, Miguel Ángel. Génesis y evolución del Tribunal Constitucional de México. De la Real Audiencia a la Suprema Corte. **Revista del Instituto de la Judicatura Federal**, México, n. 30, p. 9-32. 2010.

ALDANA RENDÓN, Mario Alfonso. ¿Algo qué celebrar? Las comunidades indígenas del occidente entre la Independencia y la Revolución. In: ROJO LEYVA, Víctor Manuel; REYES UTRERA, José Luis; RANGEL AGUILAR, Adrián Fernando. (Coord.). **Participación indígena en los procesos de Independencia y Revolución Mexicana**. 1ª Ed. México: Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, 2011. P. 195-203.

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e Aparelhos Ideológicos do Estado**. Lisboa: Presença, 1970.

AMENDOLA, Gilberto. **Supremo sem política é ilusão**. Entrevista: Maria Tereza Sadek, cientista política. 22 agosto 2016. Estadão. Política. Disponível em:< <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,supremo-sem-politica-e-ilusao,10000071170>> Acesso em: 08 nov. 2016.

ANAYA, James. **Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya**. Consejo de Derechos Humanos 15.º período de sesiones. Tema 3 de la agenda. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo. 19 de julho de 2010. Disponível em:< <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/150/78/PDF/G1015078.pdf?OpenElement>> Acesso em: 14 fev. 2016.

ANSOLABEHERE, Karina. Legalistas, legalistas moderados y garantistas moderados: ideología legal de maestros, jueces, abogados, ministerios públicos y diputados. **Revista Mexicana de Sociología**, México, UNAM, v. 70, n. 2, pp. 331-359, abr.-jun., 2008.

_____. Suprema Corte: árbitro sin contrapesos. In: VÁZQUEZ, Rodolfo. (Coord.). **Corte, jueces y política**. 1ª Ed. México: Fontamara, 2008.

ARAGÓN ANDRADE, Orlando. Los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal en México. Una defensa del pluralismo jurídico. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, México, nueva serie, n. 118, año XL, p. 9-26, jan/abr. 2007.

_____; COLOR VARGAS, Marycarmen. Comentario al Artículo 2º Constitucional. In: **Derechos Humanos en la Constitución: Comentarios de Jurisprudencia Constitucional e Interamericana I**. FERRER MC-GREGOR POISOT, Eduardo; CABALLERO OCHOA, José Luis; STEINER, Christian. (Coords.). 1ª. Ed. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013. Tomo 1, p. 483-511.

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e política no Brasil**. São Paulo: IDESP; Sumaré; Fapesp, 1997.

_____. **Judiciário: entre a Justiça e a Política.** In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio. (Org.) **Sistema Político Brasileiro: uma introdução.** Rio de Janeiro e São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer e Unesp, 2004.

ARAÚJO, Ana Valéria, et. Al. **Povos indígenas e a Lei dos “Branços”: o direito à diferença.** Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

AYLWIN, José. **Ombudsman y derechos indígenas en América Latina: estudio comparativo sobre el marco normativo e institucional.** 2006. Disponível em:<http://www.pa.gob.mx/publica/rev_55-56/analisis/ombudsman.pdf> Acesso em: 20 jan. 2017.

BAILÓN CORRES, Moisés Jaime. **Derechos de los Pueblos Indígenas en las Entidades Federativas.** 1ª Ed. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2008.

_____; BROKMANN HARO, Carlos. **Los Pueblos Indígenas de México y sus Derechos: una Breve Mirada.** 1ª Ed. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011.

BARABAS, Alicia M. Multiculturalismo, pluralismo cultural e interculturalidad en el contexto de América Latina: la presencia de los pueblos originarios. **Configurações Revista de Sociologia**, n.14, p;11-24, 2014.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas. Vetores Constitucionais.** 1ª Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática,** 2008. Disponível em:<<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>> Acesso em: 20 sept. 2016.

BASTIAN, Jean-Pierre. **Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica 4. América Latina 1492-1992, Conquista, Resistencia y Emancipación.** 1ª. Ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

BENGOA, José. Los indígenas y el Estado nacional en América Latina. **Revista de Antropologia**, São Paulo, USP, v. 38, n. 2, p. 151-186,1995.

BERMUDEZ SÁNCHEZ, Roberto. De los vencidos y mitificados: Zapata y su eterno reclamo por la justicia agraria en el campo mexicano. In: ALVARADO GARIBALDI, Salvador (Coord). **Revolución y estado mexicano: las promesas del pasado, los retos del presente.** 1ª. Ed. México: Porrúa, 2010.

BERUMEN, Arturo. La ciencia jurídica y la interpretación administrativa de la Constitución. **Alter**, ano II, n. 6, p. set/dez.,1988.

BEZERRA, Felipe Adriano Saraiva Lustosa; VASCONCELOS, Gabriel. Teoria e caso concreto: Análise do posicionamento do STF à luz alternativa de R. Lyra Filho, L. A. Warat e A. C. Wolkmer. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 115, ago. 2013. Disponível em:

<http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13561>. Acesso em: 10 jan 2017.

BEZERRA, Helga Maria Saboia. Defensor do Povo: origens do instituto do Ombudsman e a malograda experiência brasileira. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, PUCRIO, n.36, p. 46 -73, jan/jun 2010.

BLANCHETTE, Thaddeus G. Políticas Indigenistas e cidadania no México e EUA: John Collier, Moisés Sáenz e os índios das Américas. In: SILVA, Christian Teófilo Da; LIMA, Antonio Carlos de Souza; BAINES, Stephen Grant. (Org.) **Problemáticas Sociais para Sociedades Plurais. Políticas indigenistas, sociais e de desenvolvimento em perspectiva comparada**. São Paulo: Annablume, FAP-DF, 2009.

BOEGE, Eckhart. **El patrimonio biocultural de los pueblos indígenas de México**. México: Instituto Nacional de Antropología e Historia; Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, 2008.

BONFIL BATALLA, Guillermo. El concepto de indio en américa: una categoría de la situación colonial. In: **Anales de Antropología**, México, v. 9, p. 105-124, 1972.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Lisboa: Difel, 1989.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 06 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária ACO 312 Bahia. 02/05/2012. Coordenadoria de Análise de Jurisprudência. DJe nº 54 Divulgação 20/03/2013. Publicação 21/03/2013. Ementário nº 2683. Relator. Min. Eros Grau. Redator do Acórdão. Min. Luiz Fux. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629999>> Acesso em: 10 dez. 2016.

BRESSANE, Caco. **Em terra de índio, a mineração bate à porta**. Agência Pública, 21 de Junho de 2016. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2016/06/21/em-terra-de-indio-a-mineracao-bate-a-porta/>> Acesso em: 12. Fev. 2017.

BRINKS, Daniel M. Fieles servidores del régimen. El papel de la Corte Constitucional de Brasil bajo la Constitución de 1988. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS FIGUEROA, José. (Coords.). **Tribunales Constitucionales en América Latina**. 1ª Ed. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, p. 219-258.

CALDEIRA, Jorge, *et al.* **Viagem pela História do Brasil**. 2ª. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN. **Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados**. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de marzo de 2005. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LBOGM.pdf>> Acesso: 24 out. 2016.

CÁMARA DE DIPUTADOS LX LEGISLATURA. **Poder Judicial Federal. Estudio teórico –conceptual, de Antecedentes Constitucionales, de iniciativas presentadas en la LIX y LX Legislaturas, de Derecho Comparado, de opiniones especializadas y de propuestas en las Reformas de Estado. (Tres investigaciones).** Primera Investigación. Marco Teórico y Antecedentes y Reformas Constitucionales. Noviembre, 2007. SEDIA Dirección General de Servicios de Documentación, Información y Análisis. Bibliotecas y Archivo. Disponible em: <<http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spi/SPI-ISS-23-07.pdf>> Acceso em: 10 jul. 2016.

CÁMARA DE DIPUTADOS LXIII LEGISLATURA. **Bases de Organización Política de la República Mexicana de 1843.** Las Constituciones de México. Biblioteca Virtual. Disponible em: <http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/bases-1843.pdf> Acceso em: 12 jan. 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal.** Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARBONELL, Miguel. Debatiendo sobre la Suprema Corte. **Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia**, México, III, n.12, p. 57-79, 2008. Disponible em: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8726/10758>> Acceso em: 20 sept. 2016.

_____. **La Constitución pendiente. Agenda mínima de reformas constitucionales.** 2ª ed. México: UNAM, 2004.

CÁRDENAS GUTIÉRREZ, Salvador. Pluralidad jurídica y democracia consociativa en México. Una aproximación metalegal a la cuestión de los derechos indígenas. **Revista de Investigaciones jurídicas**, México, Escuela Libre de Derecho, año 26, n.26, p. 99- 131, 2002.

CARVALHO, José Murilo de; BETHELL, Leslie. Brasil (1822-1850). In: BETHELL, Leslie. (Ed.). **Historia de América Latina. V. 6, América latina independiente 1820-1870.** Barcelona: Editorial Crítica, 1991.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito: Geral e Brasil.** 8ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CLAVERO, Bartolomé. Teorema de O'Reilly: Incógnita Constituyente de Indoamerica. **Revista Española de Derecho Constitucional**, Madrid, año 17, n. 49, p. 35-77, jan/abr. 1997.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. **Los pueblos indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos. Síntesis.** Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2014.

_____. **Panorama Social de América Latina.** Santiago de Chile: Naciones Unidas, 2016.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.** 2010. Disponible

em:< <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>> Acceso: 10 dez. 2016.

_____. **Informe n° 48/00 Caso 11.166 Walter Humberto Vásquez Vejarano.** Perú 13 de abril de 2000. Parágrafo 69. Disponible em:< <https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Peru11166.htm>> Acceso: 01. Fev. 2017.

_____. **Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo.** Washington, D.C.: OEA, 2015.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. **CNDH Conócenos.** Disponible em:<<http://www.cndh.org.mx/>> Acceso em: 10 dez. 2016

COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. **PGR Y CDI firman Convenio de colaboración en materia de asistencia jurídica internacional.** Prensa. Disponible em: <<http://www.gob.mx/cdi/prensa/pgr-y-cdi-firman-convenio-de-colaboracion-en-materia-de-asistencia-juridica-internacional>> Acceso em> 22 set. 2016.

_____. **Programa Especial de los Pueblos Indígenas 2014-2018.** 1ª Ed. México: CDI, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Como funciona o Judiciário?** Agência CNJ de Notícias. Disponible em: <<http://www.cnj.jus.br/j55j>> Acceso em: 20 ago. 2016.

CONSULTOR JURÍDICO. **Apenas União pode legislar sobre questões indígenas, afirma Supremo.** Publicado em 18 de setembro de 2014. Previsão Constitucional. Disponible em:<<http://www.conjur.com.br/2014-set-18/apenas-uniao-legislar-questoes-indigenas-afirma-stf>> Acceso em: 17 jun. 2016.

CONSTENLA, Carlos R. El defensor del pueblo en América Latina. **Visioni LatinoAmericane, Rivista semestrale del Centro Studi per l'America Latina,** Trieste, n.12, p. 59-72, jan. 2015.

CONTRALORIA-GENERAL DA UNIÃO. **Ouvidorias.** Disponible em:<<http://www.ouvidorias.gov.br/>> Acceso em: 15 ago. 2016.

CORREAS, Óscar. **Críticas de la Ideología Jurídica. Ensayo Sociosemilógico.** 1ª Ed. México: CEIICH-UNAM, 1993.

_____. Ideología jurídica, derecho alternativo y democracia. **Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho,** México, n. 16, p. 99-111, 1995.

CORZO SOSA, Edgar. ¿Es la Suprema Corte de Justicia de la Nación un tribunal constitucional? In: NATARÉN NANDAYAPA, Carlos F;CASTAÑEDA PONCE, Diana. (Coords.) **La Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Reforma del Estado.** 1ª. Ed. México: UNAM, SCJN, 2007. P. 13-26.

COURTIS, Christian. La legitimidad del Poder Judicial ante la ciudadanía. In: VÁZQUEZ, Rodolfo. (Coord.). **Corte, jueces y política**. 1ª Ed. México: Fontamara, 2008.

CRUZ BARNEY, Óscar. El Poder Judicial en la Evolución Constitucional de México. **Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana**, México, n. 33, p. 237-270, 2004.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Política indigenista do século XIX. In: CUNHA, Manuela Carneiro da. (Org). **História dos Índios do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1998. P. 133-154.

DE LA PEÑA TOPETE, Guillermo. Nativismo, milenarismo y revolución: los indígenas en los centenarios y la forja de la Nación. In: ROJO LEYVA, Víctor Manuel; REYES UTRERA, José Luis; RANGEL AGUILAR, Adrián Fernando. (Coord.). **Participación indígena en los procesos de Independencia y Revolución Mexicana**. 1ª Ed. México: Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, 2011. P. 125-132.

DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. **El derecho como arma de liberación en América Latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho**. 3ª Ed. San Luis Potosí: CENEJUS, 2006.

DÍAZ POLANCO, Héctor. Derechos Indígenas y Autonomía. **Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho**, México, UNAM, n.11, p. 31-58, 1992.

DÍAZ SARABIA, Epifanio. ¿Sistemas Normativos, Usos y Costumbres, o Derecho Indígena? El caso de los triquis en la ciudad de México. In: **Conferencia del V Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica. Justicia y Diversidad: Retos de la Globalización. Homenaje a la Dra. Jane Collier**. 16 al 20 de Octubre, 2006, Oaxtepec, México. Disponible

em:<http://www.ciesas.edu.mx/proyectos/relaju/cd_relaju/Ponencias/Mesa%20Escalante-Igreja/DiazSarabiaEpifanio.pdf> Acceso: 10 out. 2015.

DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. **Manual de Historia del Derecho Indiano**. México: UNAM; Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994.

DUE PROCESS OF LAW FOUNDATION. **Manual para defender los derechos de los pueblos indígenas**. Washington: DPLF, 2016.

DUPRAT, Deborah. **O papel do Judiciário**. Povos Indígenas no Brasil. Instituto Socioambiental. Disponible em:< <https://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/o-papel-do-judiciario/introducao>> Acceso em: 11 jan. 2017.

EISENBERG, José. **As Missões Jesuíticas e o Pensamento Político Moderno**. Encontros Culturais, Aventuras Teóricas. Belo Horizonte: UFMG, 2000.

ETXEBERRÍA, Xabier. Estado pluricultural. In: CONILL, Jesús. (Coord.) **Glosario para una sociedad intercultural**. Valencia: Bancaja, 2002.

_____. **Derechos culturales e interculturalidad.** 2004. Disponível em: <<http://red.pucp.edu.pe/ridei/libros/derechos-culturales-e-interculturalidad/>> Acesso em: 20 out. 2016.

EL COLEGIO DE MÉXICO. **Historia del México Colonial a través de la Real Hacienda.** Comentarios por Carlos Marechal. You Tube, 10 de julho de 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/playlist?list=PLhIF5xewDHRzU677mRANMXLXFBaei5EBw>> Acesso em: 10 set. 2015.

ENLACE ZAPATISTA. **Comunicado del Comité Clandestino Revolucionario Indígena Comandancia General del Ejército Zapatista de Liberación Nacional. México. 29 de abril del 2001.** Disponível em: <<http://enlacezapatista.ezln.org.mx/2001/04/29/la-reforma-constitucional-aprobada-en-el-congreso-de-la-union-no-responde-en-absoluto-a-las-demandas-de-los-pueblos-indios-de-mexico-del-congreso-nacional-indigena-del-ezln-ni-de-la-sociedad-civil/>> Acesso em: 20 jan 2016.

ESPINOZA SAUCEDA, Guadalupe; ESCALANTE BETANCOURT, Yuri; GALLEGOS TOUSSAINT, Ximena; LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco; ZÚÑIGA BALDERAS, Abigail. **Los derechos indígenas y la reforma constitucional de México.** México: Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos Indígenas, 2002.

EUROPEAN FOOD SAFETY AUTHORITY. Disponível em: <<https://www.efsa.europa.eu/>> Acesso: 15 dez. 2016.

FARIA, José Eduardo. Os desafios do Judiciário. In: **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 46-57, 1994.

FAVRE, Henri. **El Indigenismo.** 1ª Ed. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

FERNÁNDEZ MENDIBURU, Jorge. **Sentencia de Suprema Corte sobre la soya transgénica en la península de Yucatán: Una tutela insuficiente de derechos humanos.** Disponível em: <<https://dplfblog.com/2016/02/16/sentencia-de-suprema-corte-sobre-la-soya-transgenica-en-la-peninsula-de-yucatan-una-tutela-insuficiente-de-derechos-humanos/>> Acesso em: 10 nov. 2016.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Ensayos sobre derecho procesal constitucional.** Ed. México: Editorial Porrúa, 2004.

FERRER MUÑOZ, Manuel; BONO LÓPEZ, María. **Pueblos indígenas y Estado nacional en el siglo XIX.** 1ª. Ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 1998.

FERRO, Marc. **História das Colonizações.** Das conquistas às independências. Séculos XIII a XX. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

FIX-FIERRO, Héctor. La Reforma Judicial en México: ¿De dónde viene? ¿Hacia dónde va? **Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia**, México, n.2, p. 251-324, jul/dez. 2003.

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO. **Nota sobre a questão fundiária no sul da Bahia: ocupação tradicional da terra indígena Caramuru/Paraguassu.** Publicado em 17 Abril 2012. Notícias. Disponível em:

<<http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/1067-nota-sobre-a-questao-fundiaria-no-sul-da-bahia-ocupacao-tradicional-da-terra-indigena-caramuru-paraguassu?highlight=WyJwcm90ZVx1MDBIN1x1MDBIM28iLCJ0ZXJyaXRvcmlhbCIIsInB yb3RlXHUwMGU3XHUwMGUzbyB0ZXJyaXRvcmlhbCJd>> Acesso em: 15 dez. 2015.

_____. **Serviço de Proteção aos Índios (SPI)**. Política Indigenista. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/servico-de-protecao-aos-indios-spi>> Acesso em: 21 ago. 2016.

_____. **Terras Indígenas**. Índios no Brasil. Disponível em:<<http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>> Acesso: 10 jan. 2017.

GAETE URIBE, Lucía A. El Convenio N° 169. Un análisis de sus categorías problemáticas a la luz de su historia normativa. **Revista Ius et Praxis**, Talca, ano 18, n. 2, p. 77-124, 2012.

GAMBINI, Roberto. **O Espelho Índio**. Os Jesuítas e a Destruição da Alma Indígena. Río de Janeiro: Espaço e Tempo, 1988.

GARCIADIEGO, Javier. La Revolución. In: ESCALANTE GONZALBO, et. Al. **Nueva Historia Mínima de México Ilustrada**. 1ª. Ed. México: El Colegio de México, 2008, p. 393-468.

GARCÍA HIERRO, Pedro. Territorios Indígenas: Tocando a las puertas del Derecho. **Revista de Indias**, Madri, v. 61, n. 223, p. 619-647, 2001.

GARCÍA MARTÍNEZ, Bernardo. La Época Colonial hasta 1760. In: ESCALANTE GONZALBO, et. Al. **Nueva Historia Mínima de México Ilustrada**. 1ª. Ed. México: El Colegio de México, 2008, p. 111-196.

GIRAUDO, Laura. Un campo indigenista transnacional y ‘casi profesional’: la apertura en Pátzcuaro (1940) de un espacio por y para los indigenistas. In: GIRAUDO, Laura; MARTÍN-SÁNCHEZ, Juan. (Eds.) **La ambivalente historia del indigenismo: campo interamericano y trayectorias nacionales, 1940-1970**. 1ª Ed. Lima: IEP, 2011. P. 21-98.

GONZÁLEZ DÍAZ, Fernando. **El Estado Mexicano y su Reforma: un Nuevo Debate entre Sociedad y Poder**. México: Colección Ensayo, 1995.

GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto. El Estado Pluricultural de Derecho: Los principios y los Derechos Indígenas Constitucionales. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, III, México, ano XXX, n. 88, jan-abr., p.169-190, 1997.

_____. La condición jurídica del indio. In: MELGAR ADALID, Mario; RUIZ MASSIEU, José Francisco; SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. (Coords.). **La Rebelión en Chiapas y el Derecho**. 1ª. Ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994. P. 93-114.

GRUZINSKI, Serge. Colonización y guerra de imágenes en el México colonial y moderno. **Revista Internacional de Ciencias Sociales**, Barcelona, n. 134, p. 533-547, dez. 1992.

GUERRERO ZAZUETA, Arturo. **La argumentación jurídica y la Suprema Corte de Justicia de la Nación.** Disponível em: <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/180/Becarios_178.pdf> Acesso em: 20 nov. 2016.

GUDYNAS, Eduardo. Extracciones, extractivismos y extrahecciones. Un marco conceptual sobre la apropiación de recursos naturales. **El Observatorio del Desarrollo**, CLAES, Montevideo, n.18, p.1-18, fev.2013.

_____. **Hay alternativas al extractivismo. Transiciones para salir del viejo desarrollo.** 1ª Ed. Jesús María: CEPES/REDGe, 2012.

HERNÁNDEZ, Rosalva Aída; PAZ, Sarela; SIERRA, María Teresa. (Coords.) **El Estado y los indígenas en tiempos del PAN: neoindigenismo, legalidad e identidad.** México: CIESAS-Porrúa, 2004.

HOEKEMA, André J. Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario. **Revista El Otro Derecho**, ILSA, Bogotá, n. 26-27, p. 63-98, abr. 2002.

INTERNATIONAL AGENCY FOR RESEARCH ON CANCER. **IARC Monographs Volume 112: evaluation of five organophosphate insecticides and herbicides.** <<http://www.iarc.fr/en/media-centre/iarcnews/pdf/MonographVolume112.pdf>> Acesso em: 16 dez 2016.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. **La Figura del Ombudsman: guía de acompañamiento a los pueblos indígenas como usuarios.** San José: IIDH, 2006.

INSTITUTO NACIONAL DE LENGUAS INDÍGENAS. **Padrón Nacional de Intérpretes y Traductores en Lenguas Indígenas.** Disponível em: < <http://panitli.inali.gob.mx/>> Acesso em: 10 mar. 2016.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Decisão do STF reforça ataque aos direitos territoriais indígenas.** Publicado 26 março 2015. Notícias socioambientais. Disponível em: <<https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/decisao-do-stf-reforca-ataque-aos-direitos-territoriais-indigenas>> Acesso: 10 jan. 2017.

_____. **Povos indígenas no Brasil.** Disponível em: <<https://pib.socioambiental.org/pt/>> Acesso em: 10 jan. 2016.

INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK. **Convención de Pátzcuaro.** Disponível em: <<http://www.iadb.org/Research/legislacionindigena/pdocs/CONVENCIONPATZCUARO.pdf>> Acesso em: 10 fev. 2016.

INTERNATIONAL AGENCY FOR RESEARCH ON CANCER. **IARC Monographs Volume 112: evaluation of five organophosphate insecticides and herbicides.** France, 20 March 2015. Disponível em: < <http://www.iarc.fr/en/media-centre/iarcnews/pdf/MonographVolume112.pdf>> Acesso em: 10 dez. 2016.

ITURRALDE G., Diego A. Desarrollo indígena: los retos del final del siglo. In: LARTIGUE, François; QUESNEL, André. (Coords.) **Las dinámicas de la población indígena. Cuestiones y debates actuales en México.** 1ª Ed. México: CIESAS-IRD-Porrúa, 2003.

JAURÉGUI, Luis. Las reformas borbónicas. In: ESCALANTE GONZALBO, et. Al. **Nueva Historia Mínima de México Ilustrada.** 1ª. Ed. México: El Colegio de México, 2008, p. 197-244.

KAPISZWESKI, Diana. Árbitros de conflicto, creador de políticas públicas o protector de derechos? El Supremo Tribunal Federal de Brasil en transición. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS FIGUEROA, José. (Coords.). **Tribunales Constitucionales en América Latina.** 1ª Ed. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, p. 317-363.

KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural.** Una teoría liberal de los derechos de las minorías. Barcelona: Editorial Paidós, 1996.

LARA, Roberto; MEJÍA, Raúl; POU, Francisca. ¿De verdad deseamos una Corte redentora? In: VÁZQUEZ, Rodolfo. (Coord.). **Corte, jueces y política.** 1ª Ed. México: Fontamara, 2008.

LASALLE, Fernando. **¿Qué es una constitución?** 1ª Ed. Madrid: Editorial Cenit, 1931.

LEARY, Virginia A. **La utilización del Convenio No. 169 de la OIT para proteger los derechos de los pueblos indígenas.** 1ª. Ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1999.

LEMOINE, Ernesto. Morelos y la generación de la Independencia. In: GONZÁLEZ, María del Refugio. (Coord.). **La Formación del Estado Mexicano.** 1ª Ed. México: Porrúa: Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1983. P. 33-41.

LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio. Tribunales, seguridad jurídica y globalización. In: CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, *et.al.* (Coords.). **Sociología del derecho. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Volumen I: Globalización y derecho, justicia y profesión jurídica.** México: UNAM, 2010, p. 125-161.

LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco. **Las autonomías indígenas en América Latina.** Disponible em:< <http://www.lopezbarcenas.org/escrito/las-autonom%C3%ADas-ind%C3%ADgenas-en-america-latina>> Acceso: 03 sept. 2016.

_____. **Las tierras y los territorios de los pueblos indígenas en México.** Disponible em:< http://www.lopezbarcenas.org/files/escritos/LAS_TIERRAS_Y_LOS_TERRITORIOS_DE_LOS_PUEBLOS_INDIGENAS_EN_MEXICO_CORTO.pdf> Acceso em: 05 jan. 2016.

_____. **Legislación y derechos indígenas en México.** 3ª. Ed. México: CEDRSSA, H. Cámara de Diputados, 2010.

_____. Pueblos indígenas y megaproyectos en México. Las nuevas rutas del despojo. In: WILHELM (Coord.). **Los derechos de los pueblos indígenas a los recursos**

naturales y al territorio. Conflictos y desafíos en América Latina. Barcelona: Editorial Icaria, 2011, p.181-202.

_____. **Rostros y caminos de los movimientos indígenas en México.** México: MC Editores, 2005.

_____; ZÚÑIGA BALDERAS, Abigail; ESPINOZA SAUCEDA, Guadalupe. **Los Pueblos Indígenas ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.** México: COAPI, 2002.

LÓPEZ Y RIVAS, Gilberto. **Los pueblos de México juzgan al Estado.** 01 fev. 2014. Disponible em: <<http://www.rebellion.org/noticia.php?id=180229>> Acceso: 06 jan. 2017.

LOVATÓN PALACIOS, David. **Experiencias de acceso a la justicia en América Latina.** Palestra Acceso a la justicia: llave para la gobernabilidad democrática, reporte final do projeto Lineamientos y buenas prácticas para un adecuado acceso a la justicia en las Américas. Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 2007. Disponible em:<<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25536.pdf>> Acceso em> 15 out. 2016.

LYRA FILHO, Roberto. **Para um direito sem dogmas.** Porto Alegre: Fabris, 1980.

MADRAZO, Jorge. **El Ombudsman Criollo. Discurso de ingreso a la Academia Mexicana de Derechos Humanos.** México: Academia Mexicana de Derechos Humanos; Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1996.

MAGAÑA, Gildardo. **Emiliano Zapata y el agrarismo en México. (Selección).** 1ª Ed. México: Cámara de Diputados LXII Legislatura; Pámpano Servicios Editoriales, 2014.

MARTÍNEZ HARO, Ramón; HARO ENCINAS, Jesús Armando. Derechos territoriales y pueblos indígenas en México: una lucha por la soberanía y la nación. **Revista Pueblos y Fronteras Digital**, UNAM, México, v.10, n. 19, p. 228-256, jun.-nov. 2015.

MENDOZA, Elva. **PGR, Sagarpa y Monsanto litigan a favor de soya transgénica.** Contralínea. México, 27 outubro de 2015. Disponible em:<<http://www.contralinea.com.mx/archivo-revista/index.php/2015/10/27/pgr-sagarpa-monsanto-litigan-favor-de-soya-transgenica/>> Acceso: 18 dez. 2016.

MERCADANTE, Paulo. **Militares & Civis: A ética e o compromisso.** Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

MÉXICO. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.** Cámara de Diputados LXIII Legislatura. Disponible em:<<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>> Acceso: 03 ago. 2015.

MÉXICO. Amparo en revisión AR 270/2015. Segunda Sala. Sesionado 04/11/2015a. Ponente: Min. José Fernando Franco González Salas.

Disponible em:<<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=177594>> Acceso em: 10 dez. 2016.

MÉXICO. Amparo en revisión AR 499/2015. Segunda Sala. Sesionado 04/11/2015b. Ponente: Min. Eduardo Medina Mora.

Disponível em:<
<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=18042>>
 Acesso em: 10 dez. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **6ª Câmara de Coordenação e Revisão**. Atuação Temática. Disponível em:<<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6>> Acesso em: 10 jan. 2017.

MISIÓN DE OBSERVACIÓN DE LA CONSULTA AL PUEBLO MAYA. Disponível em:<<http://consultaindigenamaya.org/>> Acesso: 21 ago 2016.

MUSEU DO ÍNDIO. Disponível em:< <http://www.museudoindio.gov.br/>> Acesso em: 12 jan. 2017.

NAÇÕES UNIDAS. **Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas**. Assembleia Geral. Conselho de Direitos Humanos. A/HRC/33/42/Add.1 8 de agosto de 2016. Disponível em:<
<http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/es/documentos/country-reports/154-report-brazil-2016>> Acesso em: 10 jan. 2017.

Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2008. Disponível em:
 <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf> Acesso em> 15 dez. 2015.

NAVARRETE LINARES, Federico. ¿Qué significaba ser indio en el siglo XIX? In: LEÓN-PORTILLA, Miguel; MAYER, Alicia. (Coords.) **Los indígenas en la Independencia y en la Revolución mexicana**. 1ª Ed. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Históricas, 2010. P. 171-190.

O ESTADÃO DE SÃO PAULO. **6 Anos de Demarcação**. Disponível em:<
<http://infograficos.estadao.com.br/politica/roraima-raposa-serra-do-sol/index.html>> Acesso em: 20 mar. 2016.

OBSERVATORIO CIUDADANO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. **Respuesta del Gobierno de México al Informe del Relator Especial de Naciones Unidas para los derechos humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, en marzo del 2004**. Disponível em:< http://catedraunescodh.unam.mx/catedra/ocpi_/pueblos/docs/Cap1.pdf> Acesso em: 10 mar. 2016.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. **Relatora especial sobre los derechos de los pueblos indígenas**. Pueblos indígenas. Disponível em:<<http://www.ohchr.org/SP/Issues/IPeoples/SRIndigenousPeoples/Pages/SRIPeoplesIndex.aspx>> Acesso em: 20 dez. 2016.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS GUATEMALA. **Exposición Dr. Rodolfo Stavenhagen**. You tube, 02 fev. 2010. Disponível em:

<<https://www.youtube.com/watch?v=dozG2O01wfA&list=PLB2A7A1C3E951B972> >
Acesso em: 15 dez. 2015.

OLEA, Héctor R. **Sinaloa a través de sus Constituciones** 1ª. Ed. México: UNAM, 1985.

OLIVEIRA, João Pacheco De; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. **A Presença Indígena na Formação do Brasil**. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

OLVERA JIMÉNEZ, Isidro. Constituciones estatales y derechos indígenas. In: GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto (Coord.). **Constitución y derechos indígenas**. 1ª Ed. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002. P. 165-182.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Fin a 17 años de espera de los pueblos indígenas**. Departamento de Prensa. Centro de Noticias. Comunicados de Prensa. Disponível em: < http://www.oas.org/es/centro_noticias/comunicado_prensa.asp?sCodigo=C-075/16> Acesso em: 15 jun. 2016

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **Convenio No. 107**. Pueblos Indígenas y Tribales. Disponível em: <<http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no107/lang--es/index.htm>> Acesso em: 15 dez. 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n° 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT**. Brasília: OIT, 2011.

ORTÍZ ELIZONDO, Héctor. **La diversidad cultural ante la Suprema Corte de Justicia**. Fevereiro 2005. Disponível em:<https://www.academia.edu/3701856/La_Suprema_Corte_de_Justicia_ante_la_diversidad_cultural> Acesso: 05 jan. 2017.

PÁSARA, Luis. **Una reforma imposible. La justicia latinoamericana en el banquillo**. 1ª ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

PÉREZ RUIZ, Maya Lorena. **¡Todos somos zapatistas! Alianzas y rupturas entre el EZLN y las organizaciones indígenas de México**. México: INAH, 2005.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, Manuela Carneiro da. (Org). **História dos Índios do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras: Secretaria Municipal de Cultura: FAPESP, 1998. P. 115-132.

PISKE, Oriana. **Atuação criativa do juiz e a efetividade da jurisdição nos juizados especiais do Distrito Federal**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Publicado em 21/11/2006. Disponível em: < <http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos/2006>> Acesso em> 10 dez. 2016.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. **Unidad Especializada para la Atención de Asuntos Indígenas**. Disponible em <<http://www.pgr.gob.mx/Unidades-Especializadas/ueaai/Paginas/default.aspx>> Acceso. 15 dez. 2016.

PROGRAMA MÉXICO NACIÓN MULTICULTURAL. Universidad Nacional Autónoma de México. **Los pueblos indígenas de México. 100 Preguntas**. Pregunta 1. Disponible em: <http://www.nacionmulticultural.unam.mx/100preguntas/pregunta.php?c_pre=1&tema=16> Acceso em: 12 ago. 2015.

_____. Universidad Nacional Autónoma de México. **Los pueblos indígenas de México. 100 Preguntas**. Pregunta 77. Disponible em: <http://www.nacionmulticultural.unam.mx/100preguntas/pregunta.php?c_pre=77&tema=7> Acceso: 10 dez. 2015^a.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina. In: LANDER, Edgardo. (Compilador). **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas**. 1^a Ed. Buenos Aires: CLACSO, 2000, p. 201-246.

RANGEL HERNÁNDEZ, Laura. Sentencias condenatorias al Estado mexicano dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus implicaciones en el orden jurídico nacional. **Ius Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla**, México, año V, n. 28, p. 160-186, jul-diez 2011.

REINA AOYAMA, Leticia. Las luchas de los pueblos indios en la conformación del Estado Nacional Mexicano. Siglo XIX. In: ROJO LEYVA, Víctor Manuel; REYES UTRERA, José Luis; RANGEL AGUILAR, Adrián Fernando. (Coord.). **Participación indígena en los procesos de Independencia y Revolución Mexicana**. 1^a Ed. México: Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, 2011. P. 17-21.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 2^a Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Ensino Jurídico e Direito Alternativo**. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993.

ROSA DE ANDRADE, Ledio. **O que é direito alternativo?** Florianópolis: Obra Jurídica, 1998.

ROULAND, Norbert ;PIERRE-CAPS, Stéphane ; POUMAREDE, Jacques. **Derechos de las minorías y de los pueblos autóctonos**. 1^a. Ed. Madrid: Siglo Veintiuno Editores, 1999.

SADEK, Maria Tereza. A crise do Judiciário vista pelos juízes: resultados de uma pesquisa quantitativa. In: SADEK, Maria Teresa (Org.). **Uma introdução ao estudo da justiça**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010, p. 17-31.

SÁMANO R, Miguel Ángel; DURAND ALCÁNTARA, Carlos; GÓMEZ GONZÁLEZ, Gerardo. Los Acuerdos de San Andrés Larraízar en el contexto de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Americanos. In: ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando (Coord.). **Análisis Interdisciplinario de la Declaración Americana de los Derechos de los**

Pueblos Indígenas. X Jornadas Lascasianas. 1ª. Ed. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2001, p. 103-120.

SÁNCHEZ, Arianna; MAGALONI, Beatriz; MAGAR, Eric. Legalistas vs. Interpretativistas: La Suprema Corte y la Transición Democrática. In: HELMKE, Gretchen; RÍOS FIGUEROA, José. (Coords.). **Tribunales Constitucionales en América Latina.** 1ª Ed. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, p. 317-363.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. **Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur.** Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad. Programa Democracia y Transformación Global, 2010.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o Direito Indigenista.** 1ª Ed. Curitiba: Juruá, 2005.

SIEDER, Rachel. Pueblos indígenas y derecho (s) en América Latina. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César. (Coord.). **El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI.** 1ª. Ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. P. 303-322.

SIERRA, María Teresa. Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad. **Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, San José, v. 41, p. 287-314, jan-jun. 2005.

SILVA, Carlos Bruno Ferreira da. Defensor do Povo: contribuições do modelo peruano e do instituto romano do Tribunado da Plebe. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VIII, n. 20, fev. 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=909>. Acesso em: ago. 2016.

SILVA, Rafael Damasceno Ferreira e. Cultura Oficial, Contracultura e Signos de Poder no Judiciário. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 51, mar. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4856>. Acesso em: 05 jan 2017.

SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis. El Primer Congreso Constituyente Mexicano. **Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, México, n. 27, p. 311-381, jul/diz 2012.

SODRÉ, Nelson Werneck. **Formação Histórica do Brasil.** 14ª Ed. Rio de Janeiro: Graphia, 2002.

SOUSA, Mariana. Breve panorama de la reforma judicial en América Latina: objetivos, desafíos y resultados. In: LORA, Eduardo (Edit). **El estado de las reformas al Estado en América Latina.** 1ª Ed. Bogotá: Banco Mundial, Mayol Ediciones S.A., 2007. P. 99-138.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito.** Curitiba: Juruá, 2010.

STAVENHAGEN, Rodolfo. **Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen**. Consejo de Derechos Humanos. Cuarto período de sesiones. A/HRC/4/32. Tema 2 del programa provisional. 27 de febrero de 2007. Disponible em:<<http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/annual/2007-annual-hrc-a-hrc-4-32-sp.pdf>> Acceso: 10 dez. 2016.

_____. La política indigenista del Estado Mexicano y los pueblos indígenas en el siglo XX. In: BARONNET, Bruno; TAPIA URIBE, Medardo (Coord.). **Educación e interculturalidad: política y políticas**. 1ª ed. México: CRIM; UNAM, 2013. P.23-48.

_____. Siete tesis equivocadas sobre América Latina. In: STAVENHAGEN, Rodolfo. **Sociología y Subdesarrollo**. México: Editorial Nuestro Tiempo, 1981. P. 15-84.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. **¿Qué es el Poder Judicial de la Federación?** 4ª Ed. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005.

_____. **El Poder Judicial en el Nuevo Milenio: De 1994 a nuestros días**. Sala de Prensa. Suprema Corte de Justicia una la Historia de México. Disponible em:<https://www.scjn.gob.mx/saladeprensa/Paginas/cs_com_scnlahistoria.aspx> Acceso em> 10 jul. 2016.

_____. **Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas**. 2ª Ed. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014. Disponible em:<<https://www.sitios.scjn.gob.mx/codhap/ProtocoloIndigena/inicio.html>> Acceso em: 05. Abr. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Conheça o Supremo Tribunal Federal**. Disponible em:<<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>> Acceso em: 10 jan. 2016.

TÁCITO, Caio. O *Ombudsman*. O Defensor do Povo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 17, p. 15-26, jan./mar. 1988.

TALAVERA, Pedro. El desafío pluricultural en el estado nacional. **Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.**, n. 22, p. 134-158, 2008.

TAULI-CORPUZ, Victoria. **Relatório da missão ao Brasil da Relatora Especial sobre os direitos dos povos indígenas**. Conselho de Direitos Humanos. Trigésima terceira sessão da Agenda. A/HRC/33/42/Add. 8 de agosto de 2016. Disponible em:<<http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/index.php/es/documentos/country-reports/154-report-brazil-2016>> Acceso em: 12 dez. 2016.

TAYLOR, Charles. **El Multiculturalismo y “La Política del Reconocimiento”**. 1ª Ed. México: FCE, Colección Popular, 1993.

TENA RAMÍREZ, Felipe. **Derecho Constitucional Mexicano**. 16ª Ed. México: Porrúa, 1978.

TOLEDO LLANCAQUEO, Víctor. Políticas indígenas y derechos territoriales en América Latina: 1990-2004 ¿Las fronteras indígenas de la globalización? In: DÁVALOS, Pablo. (Coord.) **Pueblos indígenas, estado y democracia**. Buenos Aires: CLACSO, 2005. P. 67-102.

TORRE VILLAR, Ernesto de la. La génesis del poder judicial en el México independiente. **Revista Historia Mexicana**, México, v. 35, n. 1, p. 131-172, jul/sept. 1985.

UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA. **Ius Lusitaniae. Fontes históricas de Direito Português**. Departamento de História. Fundação para a Ciência e a Tecnologia (MCTES), Programa Operacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (POCTI), Fundo Comunitário Europeu (FEDER). Disponível em: <http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=105&id_obra=73&pagina=503> Acesso em: 20 out. 2015.

URIBE ARZATE, Enrique. El Tribunal Constitucional en México: Perspectiva y Posibilidad. In: VEGA GÓMEZ, Juan; CORZO SOSA, Edgar (Coords.) **Tribunales y Justicia Constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**. 1ª Ed. México: UNAM, 2002. P. 537-548.

VAINFAS, Ronaldo. Soldados de Cristo. Em defesa de uma Igreja Católica acuada pela Reforma Protestante, os jesuítas ganharam o mundo. **Revista de História da Biblioteca Nacional**, n. 81, jun. 2012.

VERDUM, Ricardo. Breve Esboço do Indigenismo à Brasileira e o Desafio da Interculturalidade. In: ARAÚJO, André; VERDUM, Ricardo (Org.) **Experiências de Assistência Técnica e Extensão Rural junto aos Povos Indígenas: O Desafio da Interculturalidade**. 1ª Ed. Brasília: MDA-SAF, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n.2, p. 441-464, jul/dez 2008.

VILLORO, Luis. **Estado Plural, Pluralidad de Culturas**. 1ª. Ed. México: El Colegio Nacional, 2012.

VITA, Álvaro de. **Sociologia da Sociedade Brasileira**. 9ª Ed. São Paulo: Ática, 2001.

VON WOBESER, Gisela. Los indígenas y el movimiento de Independencia. **Revista Estudios de cultura Náhuatl**, México, n. 42, p. 299-312, 2011.

WALSH, Catherine. Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico. **Publicación mensual del Instituto Científico de Culturas Indígenas**, ano 4, n. 36, marzo 2002.

WARMAN, Arturo. **Los indios mexicanos en el umbral del milenio**. México: Fondo de Cultura Económica, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina. In: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio; RODRÍGUEZ, César A. (Eds.) **Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos**. Bogotá: ILSA, 2003 a.

_____; ALMEIDA, Marina Corrêa de. Elementos para a descolonização do constitucionalismo na América Latina: o pluralismo jurídico comunitário participativo na Constituição boliviana de 2009. **Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho Crítica Jurídica**, México, UNAM, n.35, p. 23-44, jan/jun 2013.

_____; LIXA, Ivone Fernandes M. (Orgs.). **Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina**. Aguascalientes: CENEJUS /Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César. (Coord.). **El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. 1ª. Ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. P. 139-160.

ZARCO, Francisco. **Historia del Congreso Constituyente de 1856 y 1857; Extracto de todas sus sesiones y documentos parlamentarios de la época. T. I**. 1ª. Ed. México: Ignacio Cumplido, 1857.

ZORAIDA VÁZQUEZ, Josefina. De la Independencia a la Consolidación Republicana. In: ESCALANTE GONZALBO, et. Al. **Nueva Historia Mínima de México Ilustrada**. 1ª. Ed. México: El Colegio de México, 2008, p. 245-336.

GLOSSÁRIO

ESPANHOL	PORTUGUÊS
<p>Acción de Inconstitucionalidad</p> <p>A Acción de Inconstitucionalidad é um meio de controle da constitucionalidade que se tramita exclusivamente ante a SCJN, denuncia a possível contradição entre a Constituição e alguma norma ou disposição de caráter geral de menor hierarquia como uma lei, tratado internacional, regulamento ou decreto, para preservar a supremacia da Constituição e deixar sem efeito as normas declaradas inconstitucionais.</p>	<p>Ação Declaratória de Constitucionalidade</p> <p>Ação de competência originária do STF que tem como objetivo a declaração de conformidade de uma lei ou ato normativo federal autônomo (não regulamentar) com a Constituição Federal. Nesse tipo de ação é feita a análise em abstrato da norma impugnada, sem avaliar sua aplicação a um caso concreto. No Supremo Tribunal Federal, essa ação é representada pela sigla ADC.</p>
<p>Circuitos Judiciales</p> <p>Os circuitos judiciales são as regiões geográficas onde os Tribunales Federales exercem sua jurisdição. Atualmente existem 32 circuitos judiciales no território nacional. Na maioria dos casos, um circuito judicial coincide com o território de uma entidade federativa. Em outros, o circuito judicial abrange só parte do território de uma entidade ou um Estado completo e uma parte de outro.</p>	<p>Regiões Judiciárias</p> <p>As regiões judiciárias serão integradas por grupos de comarcas ou varas. A organização política e administrativa do município é a parcela mais importante da divisão do Estado; ocorre, porém, que para efeito de organização judiciária, os critérios são diferentes, obedecendo às necessidades decorrentes da prestação do serviço judiciário. Atualmente, existem 5 regiões judiciárias.</p>
<p>Contradicción de tesis</p> <p>Uma contradicción de tesis existe quando as Salas da SCJN ou os Tribunales Colegiados de Circuito adotam nas suas sentenças critérios jurídicos discrepantes sobre um mesmo ponto de direito, independentemente se as questões fáticas não sejam exatamente iguais.</p>	
<p>Controversias Constitucionales</p> <p>São processos que resolvem os conflitos entre dois dos Poderes Federais, entre os Poderes dos Estados, entre os níveis de governo por invasão de competências ou quaisquer outras violações à Constituição Federal pelos órgãos assinalados. A SCJN tem a competência exclusiva para resolver esses processos.</p>	<p>Ação Direta de Inconstitucionalidade</p> <p>Ação de competência originária do STF que tem por objetivo a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal ou estadual. Nesse tipo de ação, é feita a análise em abstrato da norma impugnada, sem avaliar sua aplicação a um caso concreto. No Supremo Tribunal Federal, essa ação é representada pela sigla ADI.</p>
<p>Corregidor de indios</p> <p>O corregidor de indios era um cargo criado na Nova Espanha depois da abolição da primeira audiência quando se tinha pensado em extinguir a encomenda e que os índios tributaram diretamente à Coroa espanhola. Eram juízes que</p>	

<p>administravam justiça aos índios e resolviam conflitos entre índios e espanhóis. Mas os abusos cometidos aos índios foram muito grandes.</p>	
<p>Leyes de Desamortización</p> <p>A desamortización foi o processo da segunda metade do século XVIII e que continuou no século XIX e transformou a posse de terra comunal em propriedade privada. Por meio de legislação da desamortização, colocaram à venda os bens de <i>manos muertas</i>, ou seja, as terras pertencentes à Igreja, prefeituras ou de comunidades e de povos indígenas que não podiam ser compradas nem vendidas. De início foi uma política aplicada para integrar aos povos indígenas à sociedade novo-hispânica e levá-los ao progresso fragmentando as terras comunais e deixando somente os ejidos para usufruto comum. Para retirar os indígenas da pobreza, eles deviam ter acesso à propriedade individual, privada, única, livre e circulante. Posteriormente, as elites liberais retomaram essa ideia sob o nome de Leyes de Reforma.</p>	
<p>Ejido</p> <p>Del lat. *exītus, por exītus 'saída'. Antes da reforma agrária, o ejido se referia às terras comunais que se encontravam na saída dos povos e que serviam para o usufruto coletivo (para gado e captação de madeira). Desde 1917, o ejido refere-se à comunidade de camponeses que têm recebido terras (ejidatrios) e o conjunto de terras que lhes correspondem. Seu patrimônio está formado por terras de cultivo (área parcelada), outras para satisfazer necessidades coletivas (uso comum) e outra mais para urbanizar e povoar (fundo legal), principalmente. Os ejidos têm personalidade jurídica e patrimônio próprio, e são proprietários dessas terras por dotação ou por qualquer outro título.</p>	
<p>Interés Jurídico</p> <p>O interés jurídico é a capacidade processual para ascender ao sistema de administração de justiça. O interés jurídico é o direito subjetivo derivado da norma jurídica para comparecer ante a autoridade e exigir a efetivação de um direito. Esse direito deve estar tutelado por uma norma e afetado por uma autoridade.</p>	<p>Legitimação ativa</p> <p>O sujeito ativo (impetrante ou paciente) é a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, titular do direito líquido e certo. Qualquer pessoa pode lançar mão do mandado de segurança para corrigir o ato abusivo de agente do Poder Público, que lhe tenha ofendido o direito líquido e certo. Não importa se pessoa física ou jurídica, de direito privado ou de direito público, se brasileiro ou estrangeiro.</p>

<p>Interés Legítimo</p> <p>O interés legítimo é a presunção de afetação da esfera jurídica de uma pessoa por um ato de autoridade que possa afetar indiretamente um direito tutelado por uma norma.</p>	
<p>Juicio de Amparo</p> <p>O juicio de amparo é um meio jurisdiccional protetor dos direitos humanos estabelecidos na Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos e nos tratados internacionais ratificados pelo México. Procede contra atos das autoridades que violem os direitos humanos, contra leis ou atos das autoridades federais que vulnerem ou limitem a soberania dos Estados e contra leis ou atos dos Estados que invadam a esfera da autoridade federal. Nos últimos dois casos, a perturbação contra a soberania ou a invasão de competência deve ter como consequência as violações aos direitos humanos de uma ou mais pessoas.</p> <p>O amparo está catalogado conforme ao tipo de violação: amparo directo e amparo indirecto.</p> <p>O juicio de amparo indirecto tramita-se ante os Juzgados de Distrito em geral contra as leis, tratados, decretos ou vícios durante os processos que causem prejuízo ao quejoso. Contra atos de autoridades que não sejam tribunais judiciais, trabalhistas ou administrativos que violentem direitos humanos; contra atos de tribunais judiciais, trabalhistas ou administrativos realizados fora do processo ou depois de concluído; contra atos pronunciados durante o processo que no caso sejam executados não possam ser reparados; contra atos executados dentro ou fora do processo quando afetem pessoas que não têm intervindo nele; contra leis ou atos da autoridade federal que afetem a soberania dos Estados ou por leis ou atos que afetem a competência federal; contra resoluções do Ministério Público sobre o não exercício ou a desistência da ação penal, ou seja, quando se determina não proceder penalmente em contra de alguém, ou contra atos relacionados com a reparação do dano ou a responsabilidade civil, derivados da comissão de um delito.</p> <p>O juicio de amparo directo tramita-se ante os Tribunales Colegiados de Circuito contra sentencias definitivas, laudos e outras resoluções que finalizem um processo, ditados por tribunais judiciais, administrativos ou do trabalho que afetem a defesa do quejoso e contra os quais não exista outro mecanismo de defesa para que possam ser modificados ou deixados sem efeito.</p>	<p>Mandato de Segurança</p> <p>O mandato de segurança é o processo para garantir direito líquido e certo, individual ou coletivo, que esteja sendo violado ou ameaçado por ato de uma autoridade, em ato ilegal ou inconstitucional.</p> <p>O recurso ordinário em mandato de segurança para o Supremo Tribunal Federal pode ser ajuizado somente quando o pedido é negado por outros tribunais, em última ou única instância.</p> <p>O Mandato de segurança recebe um número assim que protocolado e é sorteado para um ministro relator. Como o direito deve ser líquido e certo, não há fase probatória e se houver controvérsias sobre documentos e alegações sobre matérias que dependam de prova, o pedido não é concedido.</p> <p>O Mandato de segurança é proposto contra a autoridade que agiu contrariamente ao direito do interessado. Compete ao STF quando a autoridade que praticou o ato for:</p> <p>Presidente da República; Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal; Tribunal de Contas da União; Procurador-geral da República; Supremo Tribunal Federal.</p> <p>Quando a decisão é favorável, anula o ato ilegal ou impede que ele seja executado.</p>

<p>O juicio de amparo poderá promover-se conjuntamente por 2 ou mais quejosos quando percebam una afetação em comum em seus direitos ou interesses, mesmo que a afetação se derive de atos distintos, se lhes causam um prejuízo análogo e provem das mesmas autoridades. Em matéria de amparo, unicamente são admissíveis três recursos: de revisión, de queja e de reclamación. A SCJN pode atender os recursos conforme o marca a lei</p>	
<p>Juzgado de Distrito</p> <p>Os Juzgados de Distrito são os órgãos jurisdicionais de primeira instância do Poder Judicial de la Federación.</p> <p>Os Juzgados de Distrito atuam nas controvérsias causadas pelo cumprimento ou aplicação de leis federais nas matérias civil, penal e administrativa; resolvem juicios de amparo indireto em matéria civil, penal, administrativa e laboral.</p> <p>Em algumas cidades, os Juzgados de Distrito são especializados por matérias (penal, civil, administrativa, de trabalho etc.), mas em outras cidades, os Juzgados de Distrito atuam em qualquer matéria.</p>	<p>Seções Judiciárias</p> <p>O primeiro grau compõe-se de juízes federais em exercício nas seções judiciárias sediadas nas capitais de cada estado do Brasil e nas principais cidades do interior, nas subseções judiciárias.</p> <p>As Seções Judiciárias são formadas por um conjunto de varas federais onde atuam os juízes federais e estão localizadas nas capitais dos estados e do Distrito Federal.</p> <p>As Seções Judiciárias são competentes para conhecer do julgamento inicial, da quase totalidade das questões submetidas à Justiça Federal. Também existem varas federais, as Varas Únicas ou Subseções Judiciárias, nas principais cidades do interior desses estados.</p>
<p>Quejoso</p> <p>O quejoso é quem promove o juicio de amparo; é o titular de um direito subjetivo ou de um interés legítimo individual ou coletivo.</p>	<p>Impetrante</p> <p>O impetrante ou paciente, é o autor do Mandado de Segurança; é a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, titular do direito líquido e certo.</p>
<p>Recurso de Revisión del Juicio de Amparo</p> <p>Um recurso é um meio de impugnação que procede contra atos processuais que pode ser promovido pela parte que se considera agravada para que os atos sejam revisados e, por consequência, sejam revogados, modificados ou anulados. Existem 2 tipos de recursos de revisión:</p> <p>Recursos de revisión en amparos indirectos, en casos especiales. Contra as sentenças que pronunciem em amparo os Jueces de Distrito ou os Tribunales Unitarios de Circuito. A SCJN conhece deste recurso quando impugnadas leis federais ou locais, tratados internacionais ou regulamentos, subsista no recurso o problema de constitucionalidade, ou quando se trate de leis ou atos das autoridades federais que vulnerem ou restrinjam a soberania dos Estados, ou nos casos de leis ou atos dos Estados que invadam a esfera da autoridade federal.</p> <p>Recursos de revisión en amparos directos. A SCJN poderá conhecer do recurso de revisión</p>	<p>Recursos em Mandado de Segurança</p> <p>Previsão do cabimento do agravo de instrumento contra a decisão do juiz de 1º grau que conceder ou negar a medida liminar.</p> <p>Previsão do agravo interno contra o indeferimento da inicial de mandado de segurança de competência originária de tribunal.</p> <p>Previsão do agravo interno contra a denegação ou concessão de liminar em mandado de segurança de competência originária de tribunal.</p> <p>Possibilidade de utilização do Recurso Extraordinário, para o STF e do Recurso Especial, para o STJ, quando cabível, sobre os Embargos infringentes.</p> <p>Cabimento do recurso ordinário.</p> <p>Recurso de ofício, duplo grau obrigatório, se deferida a segurança.</p>

<p>contra sentenças que em amparo direto pronunciem os Tribunales Colegiados de Circuito, quando impugnada a inconstitucionalidade de uma lei federal, local, ou de um tratado internacional, ou quando nos conceitos de violação a interpretação direta de um preceito da Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tinha sido feita, devendo limitar-se em esses casos o recurso à decisão das questões propriamente constitucionais.</p>	
<p>Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN)</p> <p>A Suprema Corte de Justicia de la Nación é o Máximo Tribunal Constitucional do país e a cabeça do Poder Judicial de la Federación. A SCJN administra justiça no mais alto nível, o constitucional, não existe autoridade acima dela ou recurso legal que possa exercer-se em contra de suas resoluções. Entre suas responsabilidades destaca-se defender a ordem estabelecida pela Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; manter o equilíbrio entre os Poderes e âmbitos de governo, por meio das resoluções judiciais que emite; solucionar de maneira definitiva assuntos que são de grande importância para a sociedade.</p> <p>O Pleno conhece de controvérsias constitucionais; acciones de inconstitucionalidad; de recursos de revisão contra sentenças ditadas durante a audiência constitucional pelos Jueces de Distrito ou Tribunales Unitarios de Circuito; no caso que autoridades responsáveis tentem evitar o cumprimento de uma sentença de autoridade federal; de contradições de tesis sustentadas pelas Salas da SCJN; ou pelos Tribunales Colegiados de Circuito em matéria comum e as aquelas entre a SCJN e as Salas do Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, entre outros. Também conhece da averiguação <i>ex officio</i> de algum acontecimento que viole o voto que coloque em dúvida a legalidade do processo de eleição de algum Poder da União. A SCJN depois de uma análise, emite uma opinião aos órgãos competentes (o Executivo Federal, as Cámaras do Congreso de la Unión ou o Ministério Público) para que se processe em caso de alguma responsabilidade.</p> <p>A Sala 1 se ocupa dos assuntos em matéria penal e civil, e a Sala 2 resolve assuntos em matéria administrativa e de trabalho. Cada Sala está ocupada por 5 ministros, mas é necessária a presença de pelo menos quatro ministros para</p>	<p>Supremo Tribunal Federal (STF)</p> <p>O Supremo Tribunal é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, e a ele compete, precipuamente, a guarda da Constituição. O Supremo Tribunal Federal facultado para a guarda da Constituição por meio das ações diretas de inconstitucionalidade; apreciar pedidos de extradição requerida por Estado estrangeiro.</p> <p>Na área penal, destaca-se a competência para julgar, nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República, entre outros.</p> <p>Em grau de recurso, sobressaem-se as atribuições de julgar, em recurso ordinário, o <i>habeas corpus</i>, o mandado de segurança, o <i>habeas data</i> e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, e, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição.</p> <p>A partir da Emenda Constitucional nº. 45/2004, foi introduzida a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal aprovar, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, súmula com efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.</p> <p>O Plenário, as Turmas e o Presidente são os órgãos do Tribunal. O Presidente e o Vice-Presidente são eleitos pelo Plenário do Tribunal, dentre os Ministros, e têm mandato de dois anos. Cada uma das duas Turmas é constituída por cinco Ministros e presidida pelo mais antigo dentre seus membros, por um período de um ano, vedada a recondução, até que todos os seus integrantes hajam exercido a Presidência, observada a ordem decrescente de antiguidade.</p>

<p>validar as decisões, o Presidente da SCJN não participa em nenhuma delas. As Salas conhecem dos recursos de apelação contra sentenças ditadas em controvérsias ordinárias em que a Federação seja parte; em alguns casos dos recursos de revisão em amparo contra sentenças pronunciadas em audiência constitucional pelos Jueces de Distrito ou pelos Tribunales Unitarios de Circuito; em alguns casos do recurso de revisão contra sentenças que em amparo direto pronunciem os Tribunales Colegiados de Circuito; das denúncias de contradição de tesis que sustentem dois ou mais Tribunales Colegiados de Circuito; e dos assuntos delegados pelo Pleno da Suprema Corte.</p>	
<p>Tesis</p> <p>As Tesis são aqueles critérios que não implicam o caráter de obrigatórios para outros órgãos, por não cumprir com os requisitos estabelecidos para serem. São "tesis aisladas" aquelas da Suprema Corte de Justicia de la Nación ou dos Tribunales Colegiados, e "tesis relevantes en materia electoral" aqueles do Tribunal Electoral.</p>	<p>Súmula</p> <p>A súmula é uma síntese de todos os casos, parecidos, decididos da mesma maneira, colocada por meio de uma proposição direta e clara. A súmula não possui caráter cogente, servindo apenas de orientação para futuras decisões.</p>
<p>Tiendas de Raya</p> <p>As tiendas de raya eram os estabelecimentos de crédito que se usavam na época do Porfiriato para pagar aos trabalhadores em espécie. Os donos das tiendas de raya eram os patrões dos trabalhadores, quem só podiam comprar com eles. Ante o baixo salário recebido, os trabalhadores estavam obrigados a solicitar empréstimos que se traduziam em dívidas, convertendo-se em devedores eternos retidos nas fábricas ou nas fazendas para pagar o crédito. As dívidas eram hereditárias e não podiam trocar de centro de trabalho.</p> <p>As tiendas de raya ganharam seu nome porque os trabalhadores eram analfabetos e, para assinar no caderno da folha de pagamento, colocavam uma raya (linha).</p>	
<p>Tribunales de Circuito</p> <p>Os Tribunales de Circuito são os tribunais federais que conhecem dos assuntos de seu circuito judicial, podendo abranger uma ou duas entidades federativas. Podem ser Colegiados quando seus integrantes são três magistrados; ou Unitários quando o titular é somente um magistrado.</p> <p>Os Tribunales Colegiados de Circuito são competentes para conhecer de juicios de amparo</p>	<p>Tribunais Regionais Federais</p> <p>Quanto ao segundo grau, há cinco tribunais regionais federais (TRFs) distribuídos em regiões judiciárias no território nacional, com sede em Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo, Porto Alegre e Recife. Tais seções são vinculadas às regiões judiciárias assim organizadas:</p> <p>1.ª Região: abrange os seguintes estados: Acre, Amazonas, Amapá, Minas Gerais, Pará,</p>

<p>direto contra sentenças definitivas, laudos ou resoluções que finalizem o processo ditado por tribunais judiciais, administrativos ou do trabalho que afetem a defesa do quejoso, e contra os quais não exista outro meio de defesa para ser modificados ou deixados sem efeito; dos recursos contra resoluções que pronunciem os Jueces de Distrito, Tribunales Unitarios de Circuito ou o superior do tribunal responsável, quando desestime uma demanda de amparo ou concedam ou neguem a suspensão definitiva; dos recursos de reclamação, entre outros. O presidente do Tribunal distribui os assuntos entre os magistrados e dirige os debates durante a resolução dos processos, assina as resoluções com o Magistrado ponente e o secretario de acuerdos. As resoluções se ditam por unanimidade ou maioria de votos de seus membros, sem abstenção de voto a exceção de um impedimento jurídico. Os tribunais podem ser especializados em alguma matéria ou conhecer várias (civil, penal, administrativa e de trabalho).</p> <p>Os Tribunales Unitarios de Circuito conhecem da matéria civil, penal ou administrativa e devem resolver os juicios de amparo contra atos de outros Tribunales Unitarios de Circuito que não constituíam sentenças definitivas; apelações de julgamentos – com exceção de amparo que deve promover-se a revisão ante Tribunales Colegiados – que foram tramitados em primeira instância ante os Juzgados de Distrito. Isto significa que são tribunais de segunda instância em matéria de processos federais; o recurso de denegada apelación (quando um Juez de Distrito não admite uma apelação); conflitos de competência entre Jueces de Distrito e a qualificação de impedimentos e escusas, exceto em juicios de amparo.</p>	<p>Roraima, Rondônia, Tocantins, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Piauí e o Distrito Federal;</p> <p>2.^a Região: abrange os estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo;</p> <p>3.^a Região: abrange os estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul;</p> <p>4.^a Região: abrange os estados que se seguem: Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina;</p> <p>5.^a Região: abrange os estados a seguir: Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Ceará e Paraíba.</p> <p>Os TRFs julgam, em grau de recurso, as ações provenientes da primeira instância (seções judiciárias), possuindo, ainda, competência originária, ou seja, o processo se inicia no próprio TRF, para o exame de algumas matérias (recursos, tipos de processo), tais como: conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao tribunal, <i>habeas corpus</i>, quando juiz federal for um dos agentes do delito (crime) etc.</p>
--	--