

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO AMAZONAS
ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO AMBIENTAL**

**A NECESSIDADE DE SE COMPATIBILIZAR LEGITIMIDADE E LEGITIMAÇÃO
PARA EFETIVAR O DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS AO TERRITÓRIO**

JANE SILVA DA SILVEIRA

MANAUS - AM

2023

**A NECESSIDADE DE SE COMPATIBILIZAR LEGITIMIDADE E LEGITIMAÇÃO
PARA EFETIVAR O DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS AO TERRITÓRIO**

JANE SILVA DA SILVEIRA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (UEA), como requisito obrigatório para a obtenção do título de Mestre em Direito Ambiental.

Orientador: Prof. Dr. Valmir César Pozzetti
Coorientador: Prof. Dr. Daniel Pinheiro Viegas

Ficha Catalográfica

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Sistema Integrado de Bibliotecas da Universidade do Estado do Amazonas.

S587nn Silveira, Jane Silva da

A necessidade de compatibilizar legitimidade e legitimação para efetivar o Direito dos Povos Indígenas ao Território / Jane Silva da Silveira. Manaus : [s.n], 2023.

97 f.: il.; 20 cm.

Dissertação - Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental - Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2023.

Inclui bibliografia

Orientador: Pozzetti, Valmir César

Coorientador: Viegas, Daniel Pinheiro

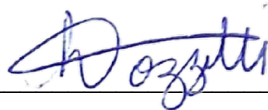
1. Direito dos Povos Indígenas ao Território. 2. Legitimidade. 3. Povos Indígenas. I. Pozzetti, Valmir César (Orient.). II. Viegas, Daniel Pinheiro (Coorient.).

III. Universidade do Estado do Amazonas. IV. A necessidade de compatibilizar legitimidade e legitimação para efetivar o Direito dos Povos Indígenas ao Território

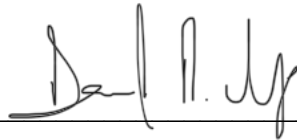
**A NECESSIDADE DE SE COMPATIBILIZAR LEGITIMIDADE E LEGITIMAÇÃO
PARA EFETIVAR O DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS AO TERRITÓRIO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (UEA), como requisito obrigatório para a obtenção do título de Mestre em Direito Ambiental.

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Valmir César Pozzetti - Orientador/Presidente
Universidade do Estado do Amazonas (UEA)



Prof. Dr. Daniel Pinheiro Viegas – Coorientador/Membro Externo
Procuradoria Geral do Estado do Amazonas (PGE/AM)



Prof. Dr. Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho – Membro Interno
Universidade do Estado do Amazonas (UEA)



Prof^a. Dr.^a Christiane Costa Assis - Membro Externo
Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG)

“Do rio que tudo arrasta se diz que é violento, mas ninguém diz violentas as margens que o comprimem”.

Bertolt Brecht

AGRADECIMENTOS

A Deus, Senhor da minha vida, que está sempre cuidando de tudo e me ajuda a ser forte em todos os momentos para alcançar as minhas vitórias. A trajetória da vida é permeada por diversos desafios, tristezas, emoções e alegrias pelo caminho, e diante de tudo isso, Deus coloca pessoas especiais em nossa vida. E na jornada do mestrado não foi diferente.

Aos meus filhos e netos, sinónimo de muito amor e união: Ana Daniela, Roberto Segundo, Ana Beatriz, e os netos Lívia e José Daniel, por acreditarem no meu sonho e sempre me motivarem a seguir em frente. É muito bom saber que posso contar com vocês em todos os momentos.

Ao Roberto Viegas, companheiro de vida que me incentivou para sempre seguir em frente, com estímulo, levantando o astral diante dos momentos difíceis que surgiram nessa jornada.

A Cláudia Pereira, pelos incentivos, presença nos momentos difíceis e vibração nos resultados.

Ao meu Orientador, Prof.º Valmir César Pozzetti, por todos os ensinamentos compartilhados de forma admirável, por me guiar nos primeiros passos da pós-graduação e por sempre acreditar em mim. Pela orientação exemplar pautada por um elevado e rigoroso nível científico, um interesse permanente e fecundo, uma visão crítica e oportuna que contribuíram para enriquecer, com grande dedicação, passo por passo, todas as etapas desse trabalho.

Ao meu Coorientador, Prof.º Daniel Pinheiro Viegas, pelas suas observações que tanto enriqueceram esse trabalho.

À banca, que teve uma participação muito especial: Prof.ª Christiane Costa Assis, Prof.ª Luziane de Figueredo Simão Leal e Prof. Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho, pelas sugestões enriquecedoras e por me estimular a seguir em frente em busca de novos desafios.

Aos professores do PPGDA/UEA, pela dedicação em transmitir seus conhecimentos em aulas, orientações, feedbacks e críticas que enriqueceram meu desenvolvimento acadêmico.

Aos meus colegas de curso, que compartilharam momentos de estudo, pesquisa e troca de conhecimentos. Convivência que me trouxe aprendizado e momentos de descontração, que me ajudaram a manter o equilíbrio emocional e a motivação para enfrentar os desafios do mestrado.

Cada um de vocês conquistou um lugar no meu coração. Minha gratidão.

RESUMO: O objetivo desta pesquisa foi discutir instrumentos que podem efetivar a legitimidade dos direitos dos povos indígenas ao território, analisando a relação desses povos com a terra e a importância da demarcação e da consulta prévia na garantia da sua autodeterminação. Para alcançar esse objetivo, a metodologia utilizada foi do método dedutivo que parte das teorias e leis gerais para atingir o particular e apresenta uma estrutura de pensamento que permite a validação das informações já existentes. A pesquisa foi bibliográfica, baseando-se em documentos já existentes sobre o tema, como livros, fontes do direito e artigos científicos publicados, além de pesquisa documental, utilizando documentos oficiais e estatísticas. Quanto aos fins a pesquisa foi qualitativa. Concluiu-se que a terra para os povos indígenas abrange toda uma esfera que transcende ao espaço físico, sendo fundamental para a sua dignidade, para a sua reprodução física e cultural, para a manutenção do seu modo de vida, manutenção de saberes e expressões culturais. A demarcação das terras indígenas e a consulta prévia são medidas cruciais para efetivar a legitimidade do direito dos povos indígenas ao território e sua autodeterminação. É necessária a participação dos povos indígenas na construção de políticas públicas que lhe sejam direcionadas, para que sejam construtores de suas prioridades e assim possam garantir legitimidade ao seu direito ao território.

Palavras-chave: Direito dos povos indígenas ao território; Legitimidade; Povos Indígenas.

ABSTRACT: The objective of this research was to discuss instruments that can enforce the legitimacy of the rights of indigenous peoples to the territory, analyzing the relationship of these peoples with the land and the importance of demarcation and prior consultation in guaranteeing their self-determination. To achieve this objective, the methodology of the deductive method was used, which starts from theories and general laws to reach the particular and presents a structure of thought that allows the validation of already existing information. The research was bibliographic, based on existing documents on the subject, such as books, legal sources and published scientific articles, as well as documentary research, using official documents and statistics. As for the purposes, the research was qualitative. It was concluded that the land for indigenous peoples covers a whole sphere that transcends the physical space, being fundamental for their dignity, for their physical and cultural reproduction, for the maintenance of their way of life, maintenance of knowledge and cultural expressions. The demarcation of indigenous lands and prior consultation are crucial measures to enforce the legitimacy of indigenous peoples' right to territory and their self-determination. The participation of indigenous peoples in the construction of public policies directed to them is necessary, so that they are builders of their priorities and thus can guarantee legitimacy to their right to the territory.

Keywords: Indigenous peoples' right to territory; Legitimacy; Indian people.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ANA – Agência Nacional de Águas
CIMI – Conselho Indigenista Missionário
CF/88 – Constituição Federal Brasileira de 1988
CLPI – Consentimento livre, prévio e informado
CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
CNPI – Conselho Nacional de política indigenista
CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente
FATMA – Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina
FEI – Fundação Estadual do Índio
FUNAI – Fundação Nacional do Índio
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ICMBio – Instituto Chico Mendes da Biodiversidade
MMA – Ministério do Meio Ambiente
MPF – Ministério Público Federal
OIT – Organização Internacional do Trabalho
ONU – Organização das Nações Unidas
SPILTN – Serviço de Proteção aos Índios e localização dos Trabalhadores Nacionais
SPI – Serviço de Proteção aos Índios
SPU – Secretaria de Patrimônio Público
STF – Supremo Tribunal Federal
TPI – Tribunal Penal Internacional
UNI – União das Nações Indígenas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPITULO 1 - MECANISMOS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS INDÍGENAS	15
1.1 Contexto histórico	15
1.2 A Constituição Federal de 1988	24
1.3 A Constituição do Estado do Amazonas	29
1.4 As Convenções internacionais e os direitos dos povos indígenas.....	31
CAPITULO 2 – LEGITIMAÇÃO E LEGITIMIDADE DE DIREITOS.....	36
2.1 A Legitimação de Direito sob a ótica de Niklas Luhmann	36
2.2 A legitimidade sob a ótica de Jurgen Habermas	39
2.3 Direito dos povos indígenas ao território	44
2.4 Paralelo entre legitimação e legitimidade do direito dos povos indígenas ao território.	53
CAPITULO 3 - O DEVER DO ESTADO EM GARANTIR A LEGITIMIDADE DO DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS AO TERRITÓRIO	66
3.1 A natureza mandamental do artigo 67 do ADCT e dever do Estado de agir.	67
3.2 A necessidade de demarcação efetiva das Terras Indígenas	71
3.3 A necessidade de garantir a consulta prévia, livre e informada	73
3.4 Sugestões para a efetivação da Legitimidade do Direito dos povos indígenas ao território.....	80
CONCLUSÃO.....	86
REFERÊNCIAS	88

INTRODUÇÃO

A formação do povo brasileiro após a colonização no ano de 1500 se deu pela composição dos colonizadores e os povos indígenas que já habitavam as terras brasileiras descobertas. Os povos indígenas serviram de matriz genética e transmitiram suas experiências milenares para adaptação dos seus colonizadores.

Ocorre que a colonização não foi pacífica, os povos originários foram submetidos a violências: a violência física, que culminou com a redução da população indígena de forma exponencial; a violência cultural em um processo de submissão violento onde o colonizador obrigava ao indígena a negação de sua cultura; e a violência patrimonial, com a perda do acesso as suas terras.

A pesquisa abordará o direito ao território, compreendendo que esse conceito engloba muito mais do que o solo. O território é fundamental para a sobrevivência dos povos indígenas, não apenas como um recurso material ou fator de produção, mas como o ambiente onde se desenrolam todas as formas de vida, abrangendo um conjunto de seres, espíritos, bens, valores, conhecimentos e tradições.

A sobrevivência dos povos indígenas perpassa pelo reconhecimento de suas terras e ao garantir seu direito ao território, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a relação desses povos com a terra como indispensável para sua sobrevivência e garantia de direitos fundamentais.

A CF/88 traz capítulo específico, Capítulo VIII, sobre os direitos dos povos indígenas, dispondo do seu direito de autodeterminação, a garantia da proteção de seus direitos, sua cidadania cultural com base em sua territorialidade, reconhecimento formal do território e proteção das áreas demarcadas para a preservação de seus costumes, línguas, crenças, tradições e com o reconhecimento do direito à diferença.

Quanto ao direito ao território, a CF/88 estabelece como direito originário dos povos indígenas, competindo à União demarcar essas terras, proteger e fazer respeitar todos os bens. O procedimento demarcatório teve o seu prazo disciplinado no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que estabeleceu para a União o dever em concluir a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos após a promulgação da CF/88, o que até o momento não aconteceu.

Os povos indígenas se veem ligados à natureza e adaptaram seu estilo de vida respeitando o meio em que vivem. Respeitando sua cultura e costumes, utilizam seus saberes

no usufruto da natureza de forma equilibrada e nessa relação harmoniosa com a natureza é que se destaca a grande importância desses povos que, com uso sustentável dos recursos naturais, preservam suas terras, preservam a biodiversidade de fauna e flora.

Devido a importância dos povos indígenas para o equilíbrio do meio ambiente mundial, na esfera internacional diversos tratados estão voltados à proteção dos direitos indígenas, principalmente aqueles referentes ao território, autodeterminação e consulta. Nesse sentido, destaca-se a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Convenção Americana sobre os direitos humanos – pacto de São José da Costa Rica, a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, o Pacto internacional dos direitos civis e políticos.

Entretanto, mesmo havendo avanços na instituição de medidas jurídicas de proteção aos direitos dos povos indígenas e no reconhecimento da luta pelos direitos originários as suas terras, observa-se uma continuidade de invasões aos territórios indígenas com o objetivo de exploração ilegal de recursos naturais, inclusive com ataques e morte desses povos em sua própria terra.

Medidas tomadas pelo Poder Executivo na gestão de 2019 a 2022 promoveram desestruturação normativa da legislação de proteção ao meio ambiente, fragilização das políticas de preservação, conservação e utilização sustentável de ecossistemas, biodiversidade e florestas, acentuando a vulnerabilidade dos povos indígenas.

A redução de fiscalização e de medidas de proteção às comunidades indígenas são, em parte, resultado do grave enfraquecimento das capacidades institucionais e orçamentárias dos órgãos de proteção ambiental. As entidades ligadas à temática como o Instituto Chico Mendes da Biodiversidade (ICMBio) e a Agência Nacional de Águas (ANA), bem como o Ministério da Saúde, perderam seus assentos no Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), conselho ligado ao Ministério do Meio Ambiente (MMA), que tem a finalidade, dentre outras, de propor políticas governamentais para o meio ambiente. E ainda ocorreu a inativação do Fundo Amazônia que representava apoio às áreas indígenas da Amazônia Legal.

Devido a omissão do Estado em concluir o processo de demarcação, a relação com a terra pelos povos indígenas está sendo impactada. Mesmo em terras já demarcadas, enfrentam lutas para garantir seu direito ao território, são alvo de exploração ilícita cometida por garimpeiros, madeireiros, agropecuaristas e grupos econômicos.

E ainda, o Estado que deveria garantir a efetivação do direito ao território se revela em sentido contrário, impondo medidas em desrespeito ao direito dos povos indígenas em serem consultados previamente. É o direito ao território garantido constitucionalmente que não se

efetiva pelo procedimento demarcatório, pois apenas o procedimento não é suficiente para legitimar esse direito.

A título exemplificativo, o direito de participarem de consultas prévias sobre as atividades que se realizarão em suas terras muitas vezes ocorre, garantindo a legitimação proposta na CF/88; entretanto, essa participação não lhes garante a participação de forma efetiva, pois eles desconhecem a verdade, a intenção real que motiva o movimento em suas terras e no tocante à suas culturas, também desconhecem e não conseguem alcançar a consequência real (se positiva ou negativa às suas terras, crenças ou cultura) sobre o que irá ocorrer e se seus direitos estão sendo respeitados ou violados, portanto, o direito não se legitima.

Destaca-se que a legitimidade é um requisito da titularidade de um Poder que está ligada à legalidade, ou seja, é a qualidade de uma norma ou de um governo ser “conforme, de acordo” a um mandato legal, à justiça, à razão; já a legitimação é o processo através do qual essa legitimidade se torna efetiva, expressando o seu valor como “bom” àquelas pessoas ou comunidade que tiveram seus direitos consagrados.

A Convenção 169 da OIT, em seu preâmbulo, reconhece a identidade dos povos indígenas, dos direitos territoriais, culturais, sociais e de autonomia e estabelece em seu art. 2º, b, a responsabilidade dos Governos em desenvolver ações para garantir esses direitos e, reconhece, especialmente, no art. 6º e 7º, o direito de participação dos povos indígenas em todos os processos institucionais que envolvam seus direitos e interesses.

Ao analisar a questão dos povos indígenas como grupos em desvantagem decorrente de sua representatividade numérica na sociedade, é decisiva sua participação para efetivo gozo dos seus direitos fundamentais, como também para o exercício de sua autonomia como povo. Afinal, em uma sociedade onde existem grupos sistematicamente excluídos da participação nas tomadas de decisão, embora tenham seus direitos consagrados, falta legitimidade.

Os povos indígenas tem direito a posse de suas terras e ao usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, e quanto ao aproveitamento dos recursos hídricos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais somente serão efetivadas com autorização do Congresso Nacional e a participação dos povos envolvidos, como preceitua a CF/88.

O direito de participar se baseia no poder e direito que os povos indígenas tem de influenciar e decidir de forma efetiva na tomada de decisões, construindo entendimento e conciliando interesses e se fundamenta pelo direito à autodeterminação desses povos.

Essa participação deve se dar através da consulta prévia, livre e informada, ou seja: deve ser prévia: pois deve ocorrer antes de qualquer implementação de decisões; dever ser livre, pois,

ao serem consultados, não deve haver pressão do governo, grupos econômicos, imprensa, devendo ser respeitado o modo da tomada de decisão de cada povo; e deve ser informada: o Estado deve fornecer toda informação necessária para que se possa entender de forma clara os impactos positivos e negativos que envolve a decisão a ser tomada.

A consulta prévia, livre e informada (CPLI) se aplica em todas as decisões que impactem aos povos indígenas: a) em projeto de lei que queira liberar a mineração em terras indígenas; b) quando uma empresa portuária quiser instalar na beira de um rio onde indígenas pescam; c) quando um pesquisador buscar acesso a informações, bens ou acesso ao território dos povos indígenas; d) quando o governo quiser criar uma unidade de conservação que se sobrepõe as terras indígenas e, em qualquer medida legislativa ou administrativa que possam afetar os povos indígenas.

Não se trata apenas de formalidade, mas, tem um caráter de mudança, pois ao final, deve o Estado incluir o resultado na decisão a ser tomada, passando as ações políticas serem válidas para esse grupo.

É com a consulta prévia, livre e informada que estarão presentes os princípios democráticos da liberdade, participação dos cidadãos e o Estado se rege pelos princípios e regras jurídicas conforme a constituição que o rege.

Esta pesquisa tem como objetivo discutir instrumentos de legitimação e de legitimidade que poderão efetivar o direito ao território que a Constituição Federal de 1988 consagrou aos povos indígenas.

Nesse sentido, a problemática que movimenta esta pesquisa é: de que forma se poderá efetivar a legitimidade do direito ao território que a Constituição Federal de 1988 consagrou aos povos indígenas?

Dentro deste contexto essa pesquisa se justifica pois o direito ao território garantido constitucionalmente não se efetiva apenas pelo procedimento demarcatório, é preciso garantir legitimidade, portanto, se faz necessário a compatibilização entre legitimação e legitimidade.

A pesquisa utilizará o método dedutivo, que parte das teorias e leis gerais para atingir o particular e apresenta uma estrutura de pensamento que permite a validação das informações já existentes.

Quanto aos meios para obtenção dos dados, a pesquisa será bibliográfica e documental. A pesquisa documental se dará em documentos oficiais e fontes estatísticas fornecidas, e também será bibliográfica, por se fundamentar em documentos já existentes sobre o tema, por meio de livros, fontes do direito e artigos científicos publicados. E, muito embora a pesquisa

bibliográfica possibilite o contato com documentos já existentes sobre o tema a ser pesquisado, propicia uma nova abordagem.

Os dados analisados, por ter caráter subjetivo e não numérico, serão organizados de forma objetiva e clara para se chegar a uma conclusão lógica, portanto será, quanto aos fins, uma pesquisa qualitativa.

Assim, o método a ser utilizado na presente pesquisa será o método dedutivo, quanto aos meios, a pesquisa será bibliográfica e documental e, quanto aos fins, a pesquisa será qualitativa.

No primeiro capítulo abordará os mecanismos de proteção aos direitos indígenas, analisando o contexto histórico e os direitos previstos na Constituição Federal de 1988, na Constituição do Estado do Amazonas e nas Convenções Internacionais.

O segundo capítulo abordará os conceitos de Legitimidade de Jurgen Habermas e de Legitimação de Niklas Luhmann, apresentando o direito dos povos indígenas ao território e um paralelo entre legitimidade e legitimação.

Abordar-se-á no terceiro capítulo o dever do Estado em garantir a legitimação compatibilizada com a legitimidade do direito dos povos indígenas ao território, analisará a atuação do Estado em relação ao art. 67 do Ato de disposições Constitucionais Transitórias, bem como a necessidade de demarcação das terras indígenas e, ao final, como contribuição dessa pesquisa, apontar-se-á sugestões para a efetivação da legitimidade dos direitos dos povos indígenas ao território.

CAPÍTULO 1 - MECANISMOS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS INDÍGENAS

Neste capítulo será apresentado um breve histórico dos mecanismos de proteção aos direitos dos povos indígenas, examinando os direitos legitimados que o legislador conferiu a esses povos. Será enfatizado o histórico na legislação que rege esses direitos.

Para melhor compreensão quantos aos mecanismos de proteção dos direitos indígenas, se faz importante uma breve incursão na história da colonização do Brasil, compreendendo entre a chegada dos colonizadores europeus no ano de 1500 até o ano de 1988, com a Promulgação da Constituição Federal Brasileira.

Abordar-se-á a evolução dos direitos dos povos indígenas até o reconhecimento desses povos como cidadãos e o seu direito quanto a sua diversidade cultural legitimada na Constituição Federal/88.

E ainda, se fará uma pequena abordagem sobre a Constituição do Estado do Amazonas e, ao final, apresentar-se-á uma breve análise quanto a evolução do reconhecimento aos direitos dos povos indígenas no âmbito do Direito Internacional, com ênfase no direito ao território.

1.1 Contexto histórico

Os portugueses ao chegarem ao Brasil se depararam com os povos indígenas que apresentavam diferentes costumes e crenças, se relacionavam entre si e se compreendiam como povos. E nessa chegada, destaca Carvalho (2022, p.p), no que foi chamado de Novo mundo, se deu um processo de colonização sem precedentes:

No ano de 1500, os primeiros portugueses chegaram ao chamado “Novo Mundo” (América), e com eles o navegador Pedro Álvares Cabral desembarcou no litoral do novo território. Logo, os primeiros europeus tomaram posse das terras e tiveram os primeiros contatos com os indígenas denominados pelos portugueses de “selvagens”. Alguns historiadores chamaram o primeiro contato entre portugueses e indígenas de “encontro de culturas”, mas percebemos com o início do processo de colonização portuguesa um “desencontro de culturas”, começando então o extermínio dos indígenas tanto por meio dos conflitos entre os portugueses quanto pelas doenças trazidas pelos europeus, como a gripe e a sífilis. (grifos nosso)

Ao chegarem em terras brasileiras, os colonizadores traziam normas básicas de colonização estabelecidas pelo Vaticano disposta na *bula Inter Coetera*, de 04/05/1493, destaca Ribeiro (1995, p.40):

[...] por nossa mera liberalidade, e de ciência certa, e em razão da plenitude do poder Apostólico, todas ilhas e **terras firmes achadas e por achar, descobertas ou por descobrir**, para o Ocidente e o Meio-Dia, fazendo e construindo uma linha desde o pólo Ártico [...] quer sejam terras firmes e ilhas encontradas e por encontrar em direção à Índia, ou em direção a qualquer outra parte, a qual linha diste de qualquer das ilhas que vulgarmente são chamadas dos Açores e Cabo Verde cem léguas para o Ocidente e o Meio-Dia [...] A Vós e a vossos herdeiros e sucessores (reis de Castela e Leão) pela autoridade do Deus onipotente a nós concedida em S. Pedro, assim como do vicariato de Jesus Cristo, a qual exercemos na terra, para sempre, no teor das presentes, **vô-las doamos, concedemos e entregamos com todos os seus domínios, cidades, fortalezas, lugares, vilas, direitos, jurisdições e todas as pertenças. E a vós e aos sobreditos herdeiros e sucessores, vos fazemos, constituímos e deputamos por senhores das mesmas, com pleno, livre e onímodo poder, autoridade e jurisdição. [...] sujeitar a vós, por favor da Divina Clemência, as terras firmes e ilhas sobreditas, e os moradores e habitantes delas, e reduzi-los à Fé Católica [...]** (grifos nosso)

Nesse documento, intitulado de *bula Inter Coetera*, as terras seriam daqueles que as achassem e os povos que nelas habitassem poderiam ser escravizados. Estavam então, os colonizadores, legitimados em possuir e subjugar os povos indígenas que aqui encontraram.

Coube aos Jesuítas, em uma ação missionária, estabelecer os povos indígenas em aldeias no litoral do Brasil, para trabalhar a adoção de costumes cristãos, adoção da língua dos colonizadores com abandono do idioma indígena. Assim eram doutrinados nos mistérios da fé, batizados com nomes cristãos e colocados à disposição da Coroa e dos colonos para prestação de serviços.

Nesse contexto de opressão e escravidão, sendo obrigados a negar suas crenças, alguns indígenas fugiam ou se deixavam morrer, assim afirma Ribeiro (1995, p.43): “Mais tarde, com a destruição das bases da vida social indígena, a negação de todos os seus valores, despojo, o cativeiro, muitíssimos índios deitavam em suas redes e se deixavam morrer, como só eles têm o poder de fazer”.

Esse cenário de violência resultou em uma redução da população indígena de forma exponencial. Ribeiro (1995, p. 143 e 144) apresenta dados quantitativos quanto a esse processo desde a colonização, vejamos:

Seguindo esse raciocínio, supomos que aqueles **5 milhões de indígenas de 1500 se teriam reduzido a 4 milhões um século depois, com a dizimação pelas epidemias das populações do litoral atlântico**, que sofreram o primeiro impacto da civilização pela contaminação das tribos do interior com as pestes trazidas pelo europeu e pela guerra.

No segundo século, de 1600 a 1700, prossegue a de população provocada pelas epidemias e pelo desgaste no trabalho escravo, bem como o extermínio na guerra, **reduzindo-se a população indígena de 4 para 2 milhões.**

[...] **No terceiro século, de 1700 a 1800**, se teria gasto - conforme a bizarra expressão dos cronistas coloniais - outro milhão, principalmente no Maranhão, no Pará e no

Amazonas, **reduzindo-se o montante de índios isolados de 2 para 1 milhão.** (grifos nosso)

O extermínio ocorria com autorização da Coroa Portuguesa que considerava como guerras justas quando esses povos se mostravam resistentes ao colonizador Português. Destaca Ribeiro (1995, p. 53) que “A Coroa portuguesa apoiou nominalmente os missionários, embora jamais negasse autorização para as ‘guerras justas’, reclamadas pelo colono para aprisionar e escravizar tanto os índios bravos e hostis como os simplesmente arredios”.

Em 24 de março de 1824 foi outorgada a primeira constituição do império do Brasil pelo então imperador Dom Pedro I, documento elaborado pela nobreza e imposto aos povos originários, porém essa constituição não trouxe nenhuma disposição e ainda era omissa quanto ao tratamento que deveria ser dado aos povos indígenas.

Além das normas básicas de colonização estabelecidas pelo Vaticano disposta na *bula Inter Coetera*, e as demais que se seguiram, também foram regulamentadas as missões de catequese e civilização dos povos indígenas, através do Regulamento das Missões pelo Decreto nº 426/1845.

O Decreto nº 426/1845 mantinha o sistema de aldeamentos trazido pelo diretório dos Índios no ano de 1757, que autorizava a ocupação do território pelos colonizadores buscando garantir a mão de obra, a aculturação dos povos indígenas e estabelecia a figura de um diretor geral de índios, responsável pela administração das aldeias.

E ainda estabelecia que, por bom comportamento, os povos indígenas teriam como premiação a concessão das terras da aldeia, embora somente após 12 anos ininterruptos com manutenção da boa cultura, comprovada por relatórios, poderiam receber a carta de sesmaria, conforme disposição do Decreto nº 426/1845, art. 1º, § 15:

Informar ao Governo Imperial ácerca daquelles Indios, que, por seu bom comportamento e desenvolvimento industrial, mereção se lhes concedão terras separadas das da Aldêa para suas grangearias particulares. **Estes Indios não adquirem a propriedade dessas terras, senão depois de doze annos, não interrompidos, de boa cultura, o que se mencionará com especialidade nos relatorios annuaes; e no fim delles poderão obter Carta de Sesmaria.** Se por morte do concessionario não se acharem completos os doze annos, sua viuva, e na sua falta seus filhos, poderão alcançar a sesmaria, se, além do bom comportamento, e continuação de boa cultura, aquella preencher o tempo que faltar, e estes a grangearem pelo duplo deste tempo, com tanto que este nem passe de oito annos, e nem seja menos de quinze o das diversas posses.

Em 1850, as terras indígenas passaram a ser reguladas na Lei de Terras, Lei nº 601/1850, que teve regulamentação para sua execução através do Decreto nº. 1.318/1854. Entre seus

objetivos, tratou da regulamentação das posses de terras dispostas por particulares e o estabelecimento de uma política pública para as terras devolutas. O art. 3º, parágrafo 1º, definia:

Art. 3, § 1 - As que não se acharem applicadas a algum uso público nacional, provincial ou municipal.”, sendo os povos indígenas postos à margem da disputa sobre suas terras, estabelecida entre as oligarquias representadas nos municípios, províncias e Império.

Além de incorporar os povos indígenas à comunhão nacional por meio da exploração do trabalho, a Lei de Terras tratou de regulamentar as terras indígenas para o Estado, passando então, os indígenas a serem “intrusos” em suas próprias terras, estando o governo autorizado a vender as terras devolutas em hasta pública, ou fora dela, como e quando julgasse mais conveniente, fazendo previamente a medição, divisão, demarcação e descrição da porção das mesmas terras que fossem dispostas à venda, como se observa no artigo 14 da Lei nº 601/1850, Lei de Terras:

Art. 14 - Fica o Governo autorizado a vender as terras devolutas em hasta publica, ou fóra della, como e quando julgar mais conveniente, fazendo previamente medir, dividir, demarcar e descrever a porção das mesmas terras que houver de ser exposta à venda, guardadas as regras seguintes:

As terras compreendidas como devolutas eram reservadas para aldeamento dos povos indígenas, usadas para o processo de colonização como previsão do art. 72 do Decreto nº 1.318/1854 e, ainda, como condicionante para que os povos indígenas pudessem usar suas próprias terras de forma plena, teriam que ser considerados integrados ou aculturados, como previsão do art. 75 do Decreto nº 1.318/1854:

Art. 72 - Serão reservadas terras devolutas para colonização, e aldeamento de indígenas nos districtos, onde existirem hordas selvagens.

Art. 75 - As terras reservadas para colonização de indígenas, e por elles distribuidas, são destinadas ao seu usufructo; e não poderão ser alienadas, em quanto o Governo Imperial, por acto especial, não lhes conceder o pleno gozo dellas, por assim o permittir o seu estado de civilização.

Quanto às terras ocupadas pelos povos indígenas, a Lei de Terras estipulava que não eram consideradas terras devolutas, em virtude da garantia do direito originário sobre elas ao legitimar a posse mansa e pacífica das terras ocupadas por habitantes primários. Reconhece o direito de posse dos povos indígenas como direito congênito, trazendo a teoria do Indigenato, a partir disso Mendes Junior (1912, p. 58-59) afirma que:

O indígena, primariamente estabelecido, tem a sedum positio, que constitue o fundamento da posse, segundo conhecido texto do jurisconsulto Paulo (Dig., titul., de aq. vel. amitt. posses., L. 1), a que se referem SAVIGNY, MOLITOR, MAINZ e outros romanistas; mas, o indígena, **além desse jus possessionis, tem o jus possidendi, que já lhe é reconhecido e preliminarmente legitimado, desde o Alvará de 1º de abril de 1680, como direito congenito. Ao Indigenato, é que melhor se aplica o texto do jurisconsulto Paulo: - quia naturaliter tenetur ab eo qui insistit.** (grifo nosso)

Em 1888, após a proclamação da República, foi elaborada a primeira Constituição em virtude da mudança de forma de governo, entretanto, não mudou a realidade dos povos indígenas, pois a Constituição não trouxe qualquer referência aos povos indígenas. Essa realidade se manteve com a Constituição Republicana de 1891, que também não avançou nas questões indígenas.

Com a chegada do século XX, a população indígena se encontrava ainda mais reduzida. Ribeiro (2017, p.80) em sua obra Os índios e a civilização, aponta:

O século XX os encontraria reduzidos a meio milhar de índios dominados pelo alcoolismo, divididos em grupos espalhados pelas fazendas de criação que aos poucos invadiam seu antigo território, e fazendo um esforço dramático para se acomodarem aos modos de vida aprovados pelos seus dominadores. (grifo nosso)

E, é nesse novo século que, em 1910, através do Decreto nº 8.072/1910, é criada primeira instituição brasileira, vinculada ao governo federal, voltada para a questão indígena no Brasil, intitulada Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais (SPI/STN), com o seguinte texto destaca Ribeiro (2017, p. 126 e 127):

[...]pela primeira vez era estatuído, como princípio de lei, o respeito às tribos indígenas como povos que tinham o direito de ser eles próprios, de professor de crenças, de viver segundo o único modo que sabiam fazê-lo: aquele que aprenderam de seus antepassados e que só lentamente podia mudar. (grifo nosso)

As atividades do Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais (SPI/STN) trazia em seu escopo duas tarefas, a pacificação e proteção dos grupos indígenas e o estabelecimento de núcleos de colonização com base na mão de obra sertaneja. Entretanto, por força do Decreto Lei nº 3.454/1918, passa a tratar especificamente da pacificação e proteção dos grupos indígenas, sendo alterada sua denominação para Serviço de Proteção aos Índios (SPI).

A partir de 1910, leis e práticas são elaboradas e adotadas pelo Estado Brasileiro a fim de dar maior proteção aos índios e tinham como característica comum de serem políticas

indígenas integracionista, ou seja, objetivavam integrar os povos indígenas sem respeito aos seus costumes, crenças e cultura.

Dos povos indígenas foi retirada sua capacidade civil, o que se deu através do Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, Lei nº 3.071/16, já revogado, que à época normatizou a tutela dos povos indígenas. Essa norma constituiu o poder tutelar quando retirou a sua capacidade civil, conforme disposto na parte geral, Livro I, Título I, Capítulo I, em seu art. 6º:

art. 6º - São incapazes relativamente a certos atos (art. 147, nº I), ou à maneira de os exercer:

I - Os maiores de 16 e os menores de 21 anos (art. 154 e 156).

II - Os pródigos.

III - Os silvícolas.

Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará à medida que se forem adaptando à civilização do País. (grifo nosso)

Com a Constituição de 1934 surge a primeira referência aos povos indígenas, estabelecendo a competência da União a legislar sobre os povos indígenas em seu art. 5º e em seu art. 129, reconhecendo a posse das terras pelos povos indígenas que se encontrassem permanentemente na terra:

Art. 5º: Compete privativamente à União:

[...] XIX – Legislar sobre:

[...] m) Incorporação dos silvícolas à comunhão nacional.

Art. 129 - Será respeitada a posse da terra por indígenas que nela se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-la.

A Constituição de 1937 e de 1946 manteve a referência à posse das terras pelos povos indígenas que estivessem nelas localizados, sendo vedada a alienação. Em 1967, a Constituição/67 de forma taxativa define que as terras indígenas são bens da União, art. 4, IV e mantém os mesmos direitos de posse das terras pelos povos indígenas em seu art. 186:

Art. 4º - Incluem-se entre os bens da União:

[...] IV - as terras ocupadas pelos silvícolas;

Art. 186 - É assegurada aos silvícolas a posse permanente das terras que habitam e reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

Desde a Constituição de 1934 até a Constituição de 1967, é garantida a posse das terras habitadas pelos povos indígenas e o direito ao usufruto de todos os recursos e utilidades presente

nelas. Surge em 1969, com a Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969, uma importante mudança na relação jurídica:

Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a eles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades nelas existentes.

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas. (grifo nosso)

Foi assegurado aos povos indígenas a nulidade de qualquer ação que pudesse promover a perda das terras ocupadas.

É criada em 1952 a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), um movimento que se colocava a serviço do índio, destaca Oliveira e Freire (2006, p.146): “Por sua linha de ação nada impuseram aos índios, colocando-se à serviço da comunidade indígena, na primeira experiência espontânea de ‘inculturação’ no Brasil.”.

Quanto ao SPI, entre os anos de 1910 e 1967 teve a missão de desenvolver trabalhos de acompanhamento e amparo aos povos indígenas brasileiros, o qual visava, de maneira muito geral, civilizar os povos e territórios indígenas remanescentes, aponta Oliveira e Freire (2006, p.113-114): “Os regulamentos 114 e regimentos do SPI (1910, 1911, 1936, 1942, 1943, 1945 e outros) estavam assim voltados para o controle dos processos econômicos dirigidos aos índios, estabelecendo uma tipologia que permitisse disciplinar as atividades a serem desenvolvidas nas áreas.”.

Diante de denúncias de irregularidades, o SPI foi extinto em 1967, sendo criado um novo órgão, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) que passou a ser o órgão oficial do governo para instituir uma política indigenista com a promoção de princípios e direitos fundamentais dos povos indígenas.

A FUNAI é uma autarquia federal e funciona como órgão executor da política estatal para os povos indígenas. Pelo Estatuto aprovado pelo Decreto n.º 9.010, de 23 de março de 2017, a FUNAI tem definidas suas finalidades expressamente dispostas:

- I - Proteger e promover, os direitos dos povos indígenas, em nome da União;
- II – Formular, coordenar, articular, monitorar e garantir o cumprimento da política indigenista do Estado brasileiro, baseada nos seguintes princípios:
 - a) reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas;
 - b) respeito ao cidadão indígena, suas comunidades e organizações;
 - c) garantia ao direito originário, à inalienabilidade e à indisponibilidade das terras que

tradicionalmente ocupam e ao usufruto exclusivo das riquezas nelas existentes;

d) garantia aos povos indígenas isolados do exercício de sua liberdade e de suas atividades tradicionais sem a obrigatoriedade de contatá-los;

e) garantia da proteção e conservação do meio ambiente nas terras indígenas;

f) garantia de promoção de direitos sociais, econômicos e culturais aos povos indígenas; e

g) garantia de participação dos povos indígenas e suas organizações em instâncias do Estado que definam políticas públicas que lhes digam respeito;

III - administrar os bens do patrimônio indígena, exceto aqueles cuja gestão tenha sido atribuída aos indígenas ou às suas comunidades, conforme o disposto no art. 29, podendo também administrá-los por expressa delegação dos interessados;

IV - Promover e apoiar levantamentos, censos, análises, estudos e pesquisas científicas sobre os povos indígenas visando à valorização e à divulgação de suas culturas;

V - Monitorar as ações e serviços de atenção à saúde dos povos indígenas;

VI - Monitorar as ações e serviços de educação diferenciada para os povos indígenas;

VII - promover e apoiar o desenvolvimento sustentável nas terras indígenas, conforme a realidade de cada povo indígena;

VIII - despertar, por meio de instrumentos de divulgação, o interesse coletivo para a causa indígena; e

IX - Exercer o poder de polícia em defesa e proteção dos povos indígenas.

A criação da FUNAI em 1967 teve, dentre outras funções, garantir a posse permanente das terras habitadas pelos povos indígenas, destaca Araújo, Carvalho, Oliveira, Jófei, Guarany e Anaya (2006, p. 31) com o seguinte texto:

No final da década de 60, o SPI enfrentou uma avalanche de denúncias sobre irregularidades administrativas, corrupção, gestão fraudulenta do patrimônio indígena, em especial dos recursos naturais das terras indígenas, destaca. Em função disso, o governo federal prometeu esclarecer as denúncias, punir os culpados e criar um novo órgão que faria tudo de modo diferente. De concreto, porém, fez muito pouco. Acabou por extinguir o SPI em 1967, anunciando a criação de um novo órgão para centralizar a prestação de serviços aos povos indígenas. **É aí que surge a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), com competência para exercer o papel de tutor dos índios e, dentre outras funções, “garantir a posse permanente” das terras habitadas pelos índios e o usufruto exclusivo dos recursos naturais nelas existentes.** (grifo nosso)

Em dezembro de 1973, para regulamentar a situação jurídica dos povos indígenas e de suas comunidades, passa a vigorar o Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/73, cuja finalidade era oferecer tutela ao indígena por meio da FUNAI.

O Estatuto do Índio vem com objetivo de regular a situação jurídica dos povos indígenas, entretanto ainda de forma integracionista, como se extrai do art. 1º do Estatuto do Índio, ao afirmar que deve integra-los à comunhão nacional, como se observa pela reprodução abaixo:

Art. 1 - Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.

Parágrafo único. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei. (grifo nosso)

O Estatuto do Índio trazia a visão integracionista, mantendo a ideologia do SPI. Nesse entendimento, destaca Oliveira e Freire (2006, p.132) que:

Ao legislar sobre direitos civis e políticos, terras, bens, rendas, educação, cultura, saúde e penalidades que atingem os índios, o Estatuto manteve a ideologia civilizatória e integracionista da legislação do SPI, adotando também o arcabouço jurídico tutelar e classificatório que identificava a situação dos índios no país.

Muito embora o Estatuto do Índio esteja vigente, contraria a Constituição Federal/88. Diferentemente do Estatuto do Índio, a CF/88 resguarda e respeita os usos, costumes e tradições sem apresentar caráter integracionista.

Sobre o Estatuto do Índio, Nogueira Júnior (2018, p. 37) orienta quanto a cautela para interpretação devido algumas normas estarem revogadas mesmo parcialmente:

Esse diploma legal fora parcialmente revogado pela própria Constituição Federal de 1988. **Contudo deverá ser interpretado com ressalvas, pois muitas normas apresentam-se como inconstitucionais ou foram revogadas, embora nenhuma expressamente. Impõe-lhe uma hermenêutica pós-moderna, com tendência clara à assimilação dos direitos humanos levados em conta, de sorte que seja interpretado de forma sistemática à luz de outros instrumentos**, como a CF/88, a Convenção n.º 169 da OIT, a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 13 de setembro de 2007, e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pelo Conselho Permanente, na reunião realizada em 7 de junho de 2016. (grifo nosso)

No período de 1970 a 1980, além da FUNAI, movimentos sociais organizados, pesquisadores e intelectuais de diferentes áreas passaram a discutir de forma mais sistemática a formulação de uma política de assistência aos povos indígenas do Brasil.

Entres esses movimentos, destaca-se em 1980, a criação da primeira organização nacional dos índios, a União das Nações Indígenas (UNI). Pontes, Machado, Santos e Brito (2019, p.150):

Outro ator importante nesse debate foi a UNIND, a primeira entidade indígena criada para reunir as lideranças das comunidades indígenas e defender seus interesses no âmbito nacional. Os líderes de projeção nacional: Daniel Matenho, Álvaro Tukano, Mário Juruna, Ângelo Kretan, Marçal de Souza e ainda Domingos Veríssimo Terena, primeiro presidente da UNI; Marcos Terena, Ailton Krenak. (grifo nosso)

A perspectiva de integrar os povos indígenas em uma cultura e costumes dos colonizadores se iniciou no período colonial e se manteve com as constituições brasileiras de 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e a emenda constitucional de 1969, exceto a de 1891 que não fez nenhuma menção aos povos indígenas.

Com base na evolução histórica das legislações pertinentes ao direito ao território dos povos indígenas, se observa a manutenção da teoria do Indigenato, reconhecendo o direito ao território sobre as terras tradicionalmente ocupadas como um direito consuetudinário.

1.2 A Constituição Federal de 1988

A Constituição de 1988 traduz o esforço da Constituinte em estabelecer normas que pudessem efetivamente proteger os direitos e interesses dos povos indígenas.

Durante a Constituinte em 1988, a participação dos movimentos indígenas brasileiros, foi destaque para os avanços quanto aos direitos dos povos indígenas, aponta Machado (1994, p.6) no texto abaixo:

Os movimentos indígenas brasileiros se consideram representantes das Nações Indígenas no espaço político das negociações com o Estado brasileiro. No plano legal, quando do momento da Constituinte em 1988, entenderam como essencial para sua autonomia, o reconhecimento da plena cidadania, o reconhecimento dos direitos territoriais e do usufruto exclusivo do solo e do subsolo, a demarcação das terras e o respeito às suas organizações sociais e culturais. Trata-se, portanto, do entendimento de direitos coletivos no interior da abrangência do Estado Brasileiro, onde a ideia de nações indígenas está presente, mas não chega a conformar uma ideia forte de Estado plurinacional. (grifo nosso)

E, nesse sentido, destaca Viegas (2015, p. 56) acerca da importância dos fortalecimentos dos movimentos indígenas e das instituições durante os debates na Constituinte:

Entretanto, a consolidação da norma constitucional do art.231 da Constituição de 1988 é fruto não apenas da tradição jurídica normativa do Brasil, mas de um fortalecimento do movimento indígena e das instituições que o apoiavam, bem como das disputas ocorridas na Assembleia Nacional Constituinte de 1987, dos quais decorreram conquistas e retrocessos dada às colisões das forças políticas e interesses econômicos, além do debate internacional, capitaneado pela Organização Internacional do Trabalho – OIT.

O resultado da mobilização dos povos indígenas resultou positivamente na elaboração da Constituição de 1988. Os direitos desses povos foram consagrados na CF/88, que trouxe capítulo específico, CAPÍTULO VIII, DOS ÍNDIOS, com o seguinte teor:

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

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

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

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

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

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

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

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

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

Houve a constitucionalização de direitos e garantias relacionados às condições necessárias para uma vida digna, representando assim a grande importância da Constituição Federal de 1988 para os povos indígenas: o direito à preservação da própria cultura (artigo 231, caput, da CF/88); o direito à educação na própria língua (artigo 210, § 2º, da CF/88); o direito à posse das suas terras e ao usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (artigo 231, caput e § 2º, da CF/88); à proteção direta do Ministério Público na defesa desses direitos e interesses (artigo 232 da CF/88), e o direito à terra (art. 231 da CF/88), fundamental para a sobrevivência dos povos indígenas.

Nesse sentido, pode-se observar que esse capítulo representa uma conquista, pois além de reconhecer o direito originário às terras habitadas, estabeleceu diretrizes para a demarcação das terras indígenas, garantiu o direito a diferença conforme exposto no art. 231 caput e parágrafo 1º, e a capacidade processual dos povos indígenas em seu art. 232.

Além de capítulo próprio, encontra-se na CF/88 outros artigos que também se aplicam aos povos indígenas. Inicialmente, o art. 1º quando estabelece os fundamentos da República

Federativa do Brasil, e estabelece como objetivo em seu art. 3º a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer, outra forma de discriminação.

A autodeterminação dos povos tem previsão legal em seu art. 4º, III e p. único da CF/88, como princípio que rege nas suas relações internacionais, e no art.5º, LV da CF/88, estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Em seu art. 20, inciso XI, a CF/88 estabelece que são bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas e, ainda, conforme disposição do art. 49, inciso XI, que é competência exclusiva do Congresso Nacional autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais.

A CF/88, art. 22, XIV estabelece que é competência privativa da União legislar sobre as populações indígenas e que é competência de juízes federais processar e julgar quando se tratar de disputa sobre direitos indígenas e, quanto ao direito à educação, a CF/88 em seu art. 210, determina expressamente que:

Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.

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

No que se refere à cultura, o art. 215 da CF/88 estabelece a garantia do pleno exercício dos seus direitos culturais e em seu parágrafo 1º destaca, quanto aos povos indígenas a proteção as manifestações culturais:

Art. 215 - O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais

§1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”.

Com a Constituição de 1988 houve uma ruptura quanto à perspectiva de integração dos povos indígenas em uma cultura e costumes dos colonizadores, afirma Nogueira Junior (2018, p. 35): “Uma verdadeira ruptura paradigmática ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1988, trazendo a lume o paradigma da interação em substituição ao paradigma da integração”.

Além da proteção do Estado quanto às manifestações culturais dos povos indígenas, o seu modo de viver, fazer e criar constitui patrimônio cultural brasileiro, garantido pelo art. 216, I e II da CF/88.

Assim, ficou estabelecida a possibilidade de os povos indígenas viverem de acordo com sua forma de organização, crença e costumes sendo abandonada a ideia de integra-los a grupo culturalmente diferente.

O direito ao território dos povos indígenas foi estabelecido como direito originário pela Constituição de 1988, ou seja, nasceu antes da própria Constituição, além de as terras indígenas serem reconhecidas por serem terras habitadas, utilizadas para atividade produtiva, imprescindíveis à preservação da natureza e necessárias ao bem-estar e reprodução física e cultural do grupo, conforme disposição do art. 231 § 1º da CF/88 reproduzido abaixo:

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

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. (grifo nosso)

Nesse sentido verifica-se pelo texto acima que a CF/88 manteve o Instituto do Indigenato, reconhecendo aos povos indígenas o direito territorial sobre as terras tradicionalmente ocupadas.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, em seu art. 67 estabelece que a União deverá concluir a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.

A pesquisa permitiu constatar que a promulgação da CF/88 trouxe avanços no tratamento dado aos povos indígenas. Nesse sentido, destaca Nogueira Junior (2018, p. 37) que devido o reconhecimento das suas diferenças culturais e como habitantes originários, os povos indígenas são possuidores de direitos originários:

[...] quanto aos “direitos indígenas”, representou uma verdadeira mudança de paradigma, como dito anteriormente, assimilando a corrente antropológica do evolucionismo multilinear, em consonância com os aspectos ligados ao direito à diferença e ao multiculturalismo, espandendo de vez a ideia do etnocentrismo, que antes permeava as correntes doutrinárias prejudicando sobretudo o reconhecimento dos direitos dos povos autóctones. (grifo nosso)

Para os povos indígenas os seus direitos estão ligados à posse de suas terras, pois é com seu modo de vida que podem ter garantido a manutenção de seus costumes e tradições, e esse reconhecimento do direito ao território como direito originário dos povos indígenas foi legitimado na CF/88, art. 231, parágrafo 1º:

Art. 231 (...) *omissis*,

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as 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 à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições. (grifo nosso)

Outro ponto de destaque é a garantia da capacidade processual de ingressar em juízo em defesa aos seus direitos, estabelecendo o Ministério Público como instância de assistência em seu art. 232 da CF/88, “Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”.

Dessa forma, foi dada autonomia jurídica aos povos indígenas inclusive para atuarem contra o Estado, sendo atribuída a capacidade processual civil aos povos indígenas e suas organizações, aponta Souza Lima (2015, p. 440) cessando o regime tutelar:

Pôs-se assim um fim "jurídico" ao regime tutelar, o que não significa que tenhamos um outro Estatuto do Índio aprovado, nem que todos os juízes do Brasil saibam que a lei 6001/1973 colide com o prescrito constitucionalmente. Com o estabelecimento do Ministério Público Federal como instância de assistência aos povos indígenas em sua capacidade civil, inclusive contra o Estado Nacional brasileiro, e a atribuição de capacidade processual civil aos índios, suas comunidades e suas "organizações", juridicamente a Constituição pôs fim ao regime tutelar e abriu caminho para a importância do que se tem chamado de "movimento indígena organizado". (grifo nosso)

Os avanços trazidos pela CF/88, fortaleceram a autonomia dos povos indígenas e implementaram avanços significativos às questões relativas a esses povos, reconhecendo sua organização social, costume, línguas, crenças e tradições.

Estabeleceu que as terras dos povos indígenas são da União, estabelecendo o direito à posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam, estabelecendo competência para a União realizar a demarcação das terras e a garantia da participação dos povos indígenas na elaboração dos projetos a serem implementados nos seus territórios.

1.3 A Constituição do Estado do Amazonas

De acordo com o artigo 25 da Constituição Federal Brasileira de 1988, os Estados possuem autonomia para se organizar livremente, se estruturando e governando de acordo com as Constituições e leis que escolherem, desde que estejam em consonância com os princípios mantidos na CF/88. Em 1989, a Constituição do Estado do Amazonas foi promulgada com base nessa compreensão

De acordo com o Censo de 2010 realizado pelo IBGE, os povos indígenas estão presentes em todas as cinco regiões do Brasil, sendo a Região Norte a que possui a maior concentração, totalizando cerca de 37,4% da população indígena do país. O Estado do Amazonas é o estado que possui o maior número de população indígena na região, representando 55% do total.

Devido a essa representatividade populacional, a Constituição do Estado do Amazonas é de grande importância para os povos indígenas, pois reconhece e protege seus direitos territoriais, culturais e políticos.

Quanto o direito ao território, a Constituição do Estado do Amazonas reconhece e determina que sejam respeitadas as terras indígenas em obediência ao art. 231 da CF/88, disposição do art. 235 da Constituição do Estado do Amazonas, parágrafo 1º:

Art. 235. Lei disporá sobre as hipóteses de obrigatoriedade de realização, nos processos de licenciamento, do estudo de impacto ambiental. (Redação da EC 78/2013)

§ 1.º **A implantação, no território estadual, de usinas de energia nuclear, instalação de processamento e armazenamento de material radioativo e implantação de unidades de grande porte, geradoras de energia hidrelétrica, respeitadas as reservas estabelecidas em lei e áreas indígenas, de acordo com o disposto no art. 231, da Constituição da República,** além da observância das normas e exigências legais e constitucionais, estarão sujeitas ao que estabelece o art. 234, desta Constituição, ao parecer conclusivo do Conselho Estadual de Meio Ambiente e, na hipótese de indicação favorável, aprovação por dois terços dos membros da Assembleia Legislativa, após consulta plebiscitária aos habitantes da área onde se pretende implantar o projeto. (grifo nosso)

O Sistema de Educação do Estado do Amazonas assegura aos povos indígenas o uso de suas línguas maternas, em consonância com a Constituição do Estado do Amazonas em seu art.

199, I, i:

Art. 199 – O Sistema Estadual de Educação, integrado por órgãos e estabelecimentos de ensino estaduais e municipais e por escolas particulares, observará, além dos princípios e garantias previstos na Constituição da República, os seguintes preceitos:
I - De observância obrigatória por todos os integrantes do Sistema:

i) A língua portuguesa será o veículo de ensino nas escolas de educação fundamental, assegurada às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem. (grifo nosso)

Em relação à educação e à cultura, estão protegidas por meio de setores encarregados de executar as estratégias dos órgãos culturais do Estado, conforme disposição art. 205, VI:

Art. 205 - O Poder Público Estadual e Municipal garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional e estadual, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais, através de:

VI – Proteção das expressões das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, mestiças e caboclas e das de outros grupos integrantes do processo cultural amazonense e nacional, por meio de setores encarregados de executar as estratégias dos órgãos culturais do Estado. (grifo nosso)

Para concretizar ações em promoção dos direitos indígenas, a Constituição do Estado do Amazonas estabelece que o Estado e os Municípios do Amazonas devem cooperar com a União, devendo, no âmbito do Estado do Amazonas, a destinação de percentual da receita líquida para os povos indígenas:

Art. 249 - O Estado e os Municípios suplementarão, se necessário, a assistência aos grupos, comunidades e organizações indígenas, nos termos da Constituição da República e da legislação própria, e atuarão cooperativamente com a União nas ações que visem à preservação de sua cultura.

Parágrafo único. O Estado destinará o mínimo de 0,5% (cinco décimos por cento) da receita corrente líquida, exclusivamente para assistência, valorização da saúde, educação e cultural, geração de renda, organização e promoção dos direitos dos povos indígenas. (grifo nosso)

Para atender as demandas no Estado do Amazonas, em 2016, foi criada a Fundação Estadual do Índio (FEI) através do Decreto nº 36.653, de 28 de janeiro de 2016. A FEI é um órgão integrante da Administração Indireta do Poder Executivo, dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira e está vinculada à Secretaria de Estado de Justiça, Direitos Humanos e Cidadania (Sejusc).

A Fundação Estadual do Índio, em sua carta de serviços (2017, p.p) descreve que tem como finalidade formular, coordenar e executar as políticas públicas indigenistas de etnodesenvolvimento sustentável e a preservação dos valores étnicos, culturais e históricos dentro do Estado do Amazonas.

1.4 As Convenções internacionais e os direitos dos povos indígenas

Os povos indígenas, no cenário internacional, têm instrumentos legais que lhe trazem proteção. Desde 1952, há entre os tratados a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio ratificada pelo Brasil e promulgada pelo Decreto nº. 30.822/52.

A Convenção busca coibir as chacinas de grupos étnicos, racial ou religioso, se comprometendo aqueles que a ratificam em prevenir e punir nos termos do seu art.1º:

As Partes Contratantes confirmam que o genocídio, quer cometido em tempo de paz, quer em tempo de guerra, é um crime contra o Direito Internacional, que elas se comprometem a prevenir e a punir.

Um marco na proteção dos direitos dos povos indígenas se deu com a convenção de nº 107 da OIT, no ano de 1957, promulgada pelo Decreto nº 58.824/1966. Essa convenção apresentava em seu escopo a integração dos indígenas à sociedade não indígena.

A Convenção 107/OIT, quanto à terra, previa que o direito de propriedade, coletivo ou individual deveria ser reconhecido aos membros das populações interessadas em relação às terras que ocupavam tradicionalmente. E, quanto à transmissão dos direitos de propriedade, estabelecia que deveria ser respeitada a legislação nacional atendendo as necessidades das populações interessadas, e ainda, previa que seria necessário programas agrários nacionais para garantir a essas populações a concessão de terras suplementares em caso de insuficiência das tradicionalmente ocupada, disposição dos arts. 11, 13 e 14 da Convenção 107/OIT, com o seguinte teor:

Artigo 11 – O direito de propriedade, coletivo ou individual será reconhecido aos membros das populações interessadas sobre as terras que ocupem tradicionalmente.

Artigo 13

1. as modalidades de transmissão dos direitos de propriedade e de disposições das terras, consagradas pelos costumes das populações interessadas, serão respeitadas no quadro da legislação nacional, na medida em que atendam às necessidades de tais populações e não prejudiquem seu desenvolvimento econômico e social.

2. Serão tomadas medidas para evitar que pessoas estranhas a essas populações possam prevalecer-se de seus costumes ou da ignorância dos interessados em relação a lei, com o objetivo de adquirir a propriedade ou o uso de terras pertencentes a essas populações.

Artigo 14

Programas agrários nacionais deverão garantir às populações interessadas condições equivalentes às de que se beneficiam os demais setores da comunidade nacional, no que respeita:

- a) à concessão de terras suplementares quando as terras de que tais populações disponham sejam insuficientes para lhes assegurar os elementos de uma existência normal ou para fazer face a seu crescimento demográfico.
- b) **à concessão dos meios necessários ao aproveitamento das terras já possuídas por tais populações.** (grifos nosso)

Viegas (2015, p. 57) destaca que a Convenção 107/OIT, passando a sofrer críticas, teve sua substituição pela Convenção 169 da OIT, em 1989, texto que reproduzimos a seguir:

Em 1986, o Conselho de Administração da OIT convocou uma reunião de peritos, na qual se concluiu que o “ênfase integracionista da Convenção estava obsoleto e que sua aplicação era prejudicial no mundo moderno”, sendo a sua revisão o objeto das Conferências Internacionais do Trabalho de 1988 e 1989 (TOMEI & SEWPSTON, 1999:20).

Em junho de 1989 foi adotada a Convenção nº 169, com natureza jurídica de tratado internacional de direitos humanos, sendo ratificada até 1996 por dez países (Noruega, México, Bolívia, Peru, Colômbia, Costa Rica, Paraguai, Honduras, Dinamarca e Guatemala) (TOMEI & SEWPSTON, 1999:20). Pelo Brasil somente foi internalizada com a promulgação do Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, embora tenha sensivelmente influenciado os debates da Assembleia Nacional Constituinte e o texto da Constituição Federal de 1988.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) durante a 76ª Conferência Internacional do Trabalho, elaborou a Convenção nº 169 aplicável aos povos indígenas e tribais e apesar de sua importância no que diz respeito à valorização da cultura indígena e da autodeterminação dos povos, apenas no ano de 2004 é que foi ratificada pelo governo brasileiro.

A importância da Convenção 169/OIT foi destacada pelo pesquisador Eloy Terena, indígena do povo Terena, em sua fala no webinar promovido pelo Ministério Público Federal com o tema: Importância da Convenção OIT 169 para a proteção dos direitos dos Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais, como importante instrumento na construção da Constituinte de 1988, vejamos, Terena (2021, youtube):

[.....] A convenção 169, ela foi concebida em 1989, mas as suas discursões já eram muito antes dessa data, tanto é que de certa forma esse movimento internacional influenciou o constituinte de 1988, que rompendo com uma tradição jurídica de integração e assimilação reconheceu aos povos indígenas o direito a diferença, rompeu também com a tutela e afastou de vez essa dimensão de certa forma autoritária e racista que orientava a relação do estado com os povos originários, então, a constituição de 88 ela veio nessa guinada influenciada por esse movimento internacional e logo em seguida em 1989 veio a convenção 169 da OIT, substituindo a convenção 107 da década de 50 que também tinha essa percepção de integração de assimilação em relação aos povos indígenas.

Com a ratificação da Convenção 169, os direitos indígenas se tornaram mais específicos no que tange à sua cultura, defendendo o multiculturalismo, a autonomia, o direito a suas terras

e ao usufruto, e determinando a responsabilidade dos governos em desenvolver ações para proteção desses direitos, art. 2º:

Os governos terão a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática para proteger seus direitos e garantir respeito à sua integridade.

A abrangência da Convenção nº 169 se estende aos povos tribais e indígenas, considerando como indígenas aqueles habitantes que descendem de povos da mesma região geográfica que viviam no período de colonização e aqueles que apresentam uma consciência de sua identidade indígena ou tribal. Em matéria publicada pela OIT – escritório Brasil (2011, p. 7 e 8):

A Convenção aplica-se a povos em países independentes que são considerados indígenas pelo fato de seus habitantes descenderem de povos da mesma região geográfica que viviam no país na época da conquista ou no período da colonização e de conservarem suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas. Aplica-se, também, a povos tribais cujas condições sociais, culturais e econômicas os distinguem de outros segmentos da população nacional. **A autoidentidade indígena ou tribal é uma inovação do instrumento, ao instituí-la como critério subjetivo, mas fundamental, para a definição dos povos sujeito da Convenção, isto é, nenhum Estado ou grupo social tem o direito de negar a identidade a um povo indígena ou tribal que como tal ele próprio se reconheça.** (grifo nosso)

O direito ao território dos povos indígenas foi estabelecido expressamente na Convenção 169/OIT em seu art. 14 e o princípio da autodeterminação se apresenta quando afirma que os povos interessados terão o direito de definir suas prioridades também estabelecido expressamente no art. 7º, I a Convenção 169/OIT:

Art.7º

I - Os povos interessados terão o direito de definir suas próprias prioridades no processo de desenvolvimento na medida em que afete sua vida, crenças, instituições, bem-estar espiritual e as terras que ocupam ou usam para outros fins, e de controlar, na maior medida possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. (grifo nosso)

Artigo 14

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência. Nesse particular, deverá ser dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

Em 22 de novembro de 1969 foi promulgada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil através do Decreto nº 678/1992, que em seu art.1º determina:

Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Essa convenção reconheceu uma série de direitos que devem ser respeitados pelos Estados que a ratificam e devem adotar medidas que forem necessárias para efetivar os direitos e liberdades, vejamos:

Art. 2º Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, **os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.** (grifos nosso)

Em 2007, afirmando que todos os povos indígenas são livres e iguais em dignidade e direitos, de acordo com as normas internacionais, e reconhecendo o direito de todos os indivíduos e povos de serem distintos e de considerarem-se distintos, e serem respeitados como tais, foi aprovada pela Organização das Nações Unidas (ONU), a Declaração Universal dos Direitos dos Povos indígenas com 46 artigos.

A Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos indígenas, em seu preâmbulo, reconhece que os povos indígenas foram vítimas de violências históricas e, em virtude do processo de colonização, foram expropriados de suas terras e recursos. Ainda reconhece a autodeterminação dos povos indígenas para controlar os acontecimentos que os afetam, agindo sobre si mesmos e sobre suas terras, decidindo sobre suas prioridades, como disposto na Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos indígenas em seu art. 3º e 4º, transcrito abaixo:

Art. 3 - Os povos indígenas têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito determinam livremente sua condição política e buscam livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Art. 4 - Os povos indígenas, no exercício do seu direito à autodeterminação, **têm direito à autonomia ou ao autogoverno nas questões relacionadas a seus assuntos internos e locais**, assim como a dispõem dos meios para financiar suas funções autônomas. (grifos nosso)

Ainda, em seu art. 26, 1 a 3, esclarece o direito dos povos indígenas ao território e imputa ao Estado o dever de reconhecer e garantir proteção:

Art. 26 –

1. Os povos indígenas têm direito às terras, territórios e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido.
2. Os povos indígenas têm o direito de possuir, utilizar, desenvolver e controlar as terras, territórios e recursos que possuem em razão da propriedade tradicional ou de outra forma tradicional de ocupação ou de utilização, assim como aqueles que de outra forma tenham adquirido.
3. Os Estados assegurarão reconhecimento e proteção jurídicos a essas terras, territórios e recursos. Tal reconhecimento respeitará adequadamente os costumes, as tradições e os regimes de posse da terra dos povos indígenas a que se refiram.

Destaca-se o direito em determinar e elaborar prioridades e estratégias para o pleno exercício de seus direitos, bem como a utilização de suas terras e recursos, já acrescentado pelo art. 23:

Art. 23 - **Os povos indígenas têm o direito de determinar e elaborar prioridades e estratégias para o exercício do seu direito ao desenvolvimento.** Em especial, os povos indígenas têm o direito de participar ativamente da elaboração e da determinação dos programas de saúde, habitação e demais programas econômicos e sociais que lhes afetem e, na medida do possível, de administrar esses programas por meio de suas próprias instituições. (grifo nosso)

Villares (2013, p. 77) sintetiza a força das convenções e tratados internacionais, quando ratificados pelo Estado Brasileiro, ser exigido o seu cumprimento:

As regras das convenções e tratados são de cumprimento obrigatório para os estados que os praticaram. São os principais documentos do sistema geral de proteção dos direitos humanos, que foram pensados abstratamente e genericamente para serem universais, garantirem direitos básicos a todas as pessoas do mundo. **Os povos indígenas, como todos os demais cidadãos, tem, em princípio, todos os direitos consagrados nos pactos internacionais e, se ratificados pelo Estado, podem exigir seu cumprimento junto às autoridades nacionais.** (grifo nosso)

As convenções internacionais ratificadas pelo Estado Brasileiro são instrumentos de grande importância no tocante aos povos indígenas. O reconhecimento do direito ao território como direito consuetudinário e o reconhecimento da importância da consulta prévia se coadunam como mecanismos para garantir legitimidade do direito ao território aos povos

indígenas de forma plena, ou seja, a posse, o usufruto e ao auto governo de questões relacionadas a esses povos.

CAPITULO 2 – LEGITIMAÇÃO E LEGITIMIDADE DE DIREITOS

O capítulo 2 abordará legitimação e legitimidade de direitos. Será apresentada a teoria de legitimação pelo procedimento apresentada por Niklas Luhmann e a teoria de legitimidade apresentada por Jurgen Habermas.

Será realizado um paralelo entre legitimação e legitimidade dos Direitos dos povos indígenas, em destaque na presente pesquisa, o direito ao território. Será abordado o direito dos povos indígenas ao território como direito fundamental.

Será abordado o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e uma breve análise quanto ao julgamento do caso Raposa Serra do Sol com ênfase na atuação do Supremo Tribunal Federal e análise crítica quanto o papel do STF ao impor condicionantes e a tese do marco temporal acrescentando ao art. 231 da CF/88. E, ao final, uma breve análise do voto do relator Ministro Edson Fachin sobre o Marco Temporal à luz da teoria de legitimidade de Habermans.

2.1 A Legitimação de Direito sob a ótica de Niklas Luhmann

Niklas Luhmann foi um sociólogo alemão que desenvolveu uma teoria sociológica conhecida como Teoria dos Sistemas Sociais. Uma das ideias centrais dessa teoria é a de que a sociedade é composta de sistemas sociais autônomos, cada um com suas próprias regras e mecanismos de funcionamento e desenvolveu o conceito de que a legitimação ocorre pelo procedimento.

Luhmann compreende que a legitimação de um direito se dá pelo procedimento e, portanto, cumprindo as etapas para chegar a uma decisão jurídica, esse direito estará legitimado.

Neste sentido, Baptista (2003, p. 284) esclarece que: “Desde as Revoluções Liberais do fim do século XVIII e do surgimento da ideia do Estado Democrático de Direito, a lei era considerada como veículo de legitimação por excelência do Direito”.

No que se refere ao conceito de legitimidade, Luhmann (1980, p. 29) destaca que “o conceito de legitimidade na Idade Média foi usado como conceito jurídico para a defesa da usurpação e tirania” e expressa a definição de legitimidade (1980, p. 30) como: “Pode definir-

se a legitimidade como uma disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda não definido, dentro de certos limites de tolerância”.

Esses procedimentos podem ser, por exemplo, eleições, processos judiciais, entre outros. A partir do momento em que as pessoas reconhecem a admissão desses procedimentos, elas aceitam as decisões que são tomadas por meio deles, mesmo que não concordem com elas.

Com o desenvolvimento da sociedade, surgem novas situações trazendo a necessidade de buscar novas formas para solucionar os problemas. Dentro deste contexto, Luhmann (1980, p. 31) esclarece que: “Na medida que cresce a complexidade da sociedade no decurso do progresso civilizacional, aumentam os problemas carecendo de solução, e, portanto, em de se ultrapassar as formas mais antigas de acordo espontâneo e confirmação do que é exato”.

A partir disso, afirma Luhmann (1980, p. 7) que: “o desenvolvimento dos meios procedimentais de tomada de decisão no âmbito estatal (Judiciário, Legislativo e Administrativo) podem contribuir ou mesmo levar a legitimação de opções obrigatórias do ponto de vista jurídico”.

Sobre os procedimentos jurídicos, Luhmann (1980, p. 17) destaca que estão presentes na sociedade moderna: “Os procedimentos juridicamente organizados fazem parte dos atributos mais extraordinários do sistema político das sociedades modernas”.

Para o autor, quanto ao sentido do procedimento (1980, p. 19 e 20) destaca que: “O sentido do procedimento judicial juridicamente organizado será igualmente relacionado a um critério de verdade pelas doutrinas dominantes do processo a um conhecimento exato daquilo que é legalmente válido e é legal no caso específico”.

Ainda, para Luhmann (1980, p.53), “o procedimento jurídico torna-se irrelevante na medida que as decisões existem e podem ser tomadas. A certeza da decisão não depende da forma como foi alcançada”. E ainda, destaca que, quanto a legitimação pelo procedimento, deve-se observar o procedimento como um sistema social, discorre (1980, p.62):

[...] o procedimento, como sistema social, só tem um espaço de manobra de desenvolvimento por motivo da existência da incerteza em questões de direito e de verdade e só na medida do alcance dessa incerteza. A diferenciação de procedimento jurídicos refere-se ao processo de absorção desta incerteza e menciona que esse processo é dirigido por critérios internos. (grifo nosso)

Sintetiza Luhmann (1980, p. 98) que a função do procedimento é “a especificação do descontentamento e o fracionamento e absorção dos protestos” sendo sua força motriz a

incerteza quanto aos resultados, e (1980, p. 98), “essa incerteza constitui a força impulsionadora do procedimento, o fato efetivo da legitimação”.

Ou seja, em um sistema fechado onde Direito o diz o direito, não há espaço para questionamentos quanto a legitimidade daquele direito, ele é aceito e embora as partes cumpram seu papel, não trazem para dentro da decisão elementos de suas vontades.

Nesse sentido, a legitimação pelo procedimento é uma forma de estabelecer a autoridade de uma instituição ou de um sistema social de forma a garantir a sua estabilidade e a sua continuidade ao longo do tempo. Para Luhmann, essa forma de legitimação é especialmente importante em sociedades complexas, em que é impossível que todas as pessoas conheçam e concordem com todas as decisões que são tomadas.

O próprio autor se questiona, Luhmann (1980, p. 34) quanto as possíveis causas que levam a essa disposição de aceitar a decisão, mesmo se tratando de uma obediência contrária a participação democrática:

Porém, com isso fica em aberto se na base dessa disposição se encontra uma causa psicológica relativamente simples – **como que uma satisfação interior quanto a uma troca de obediência contra uma “participação” democrática – ou se essa disposição é o resultado dum elevado número de mecanismos sociais que identificam conjunturas muito heterogêneas de motivos.** (grifo nosso)

A legitimação pelo procedimento não conduz ao consenso efetivo sobre justiça e injustiça. O que se percebe que o procedimento garante e movimenta as partes até uma decisão final que será aceita obrigatoriamente, destaca Luhmann (1980, 98-99):

A envergadura do reconhecimento institucional da jurisdição pura e simples, e que sempre aconteceu – e também os resultados alegados no procedimento – criam uma situação inequivocamente estruturada, que já não deixa ao indivíduo quaisquer chances. E é exatamente esta evidência que facilita a aceitação, determina a debilidade do perdedor isolado, possibilita-lhe aceitar com maior rapidez a decisão como premissa própria de comportamento.

Para Luhmann, uma instituição é considerada legítima quando suas decisões são tomadas de acordo com os procedimentos estabelecidos previamente, assim o procedimento se torna, então, a fonte de legitimação da instituição.

Sintetiza Tércio Sampaio Ferraz Jr. na conclusão da apresentação da obra Legitimação pelo procedimento de Niklas Luhmann (1980, p.5) que a legitimidade pelo procedimento se dá pela certeza da decisão, ela ocorrendo, será aceita como legítima:

Em conclusão: para Luhmann, sendo a função de uma decisão absorver e reduzir insegurança, basta que se contorne a incerteza de qual decisão ocorrerá pela certeza de que uma decisão ocorrerá, para legitimá-la. Em certo sentido, Luhmann concebe a legitimidade como uma ilusão funcionalmente necessária, pois se baseia na ficção de que existe a possibilidade de decepção rebelde, só que esta não é, de fato, realizada. O direito se legitima na medida em que os seus procedimentos garantem esta ilusão.

A pesquisa permitiu constatar em análise a Teoria de Legitimação pelo Procedimento apresentado por Luhmann, que não traz legitimidade ao direito e não se mostra alinhada com os preceitos de um Estado Democrático de Direito, pois o procedimento apenas garante a certeza de uma decisão sem considerar qualquer participação democrática dos envolvidos e dentro de uma sociedade participativa onde as minorias devem ser respeitadas, a validade das decisões será questionada sobre a sua legitimidade, assim, não basta a simples existência de um procedimento, ele precisa ser dotado de legitimidade.

2.2 A legitimidade sob a ótica de Jurgen Habermas

Jurgen Habermas é um filósofo e sociólogo alemão que desenvolveu uma teoria política e social baseada no conceito de legitimidade.

Para Habermas, a legitimidade de um direito se dá através da comunicação e nesse sentido, apresenta a Teoria do Discurso, construindo uma teoria do agir comunicativo com base na orientação, na argumentação racional e nesse sentido, o agir comunicativo leva a participação respeitando os direitos fundamentais.

Legitimidade de um direito nada mais é do que a apropriação de um direito pela própria população; ou seja, a legitimidade surge do clamor social de um determinado grupo que se apropria desse direito, tornando-o legítimo pelas próprias convicções. E para se chegar à legitimidade de um direito, é necessário que esse grupo social discuta o processo de elaboração das leis, garantindo que esse grupo social se identifique com a norma, a fim de que se lhe atribua efetividade de cumprimento.

Para Habermas (1997 II, p.153), alcançar a legitimidade do direito pode ser explicada através da comunicação e troca de argumentos entre os responsáveis pela norma e aqueles impactados por ela, vejamos:

A teoria do discurso explica a legitimidade do direito com o auxílio de processos e pressupostos da comunicação — que são institucionalizados juridicamente — os quais permitem levantar a suposição de que os processos de criação e de aplicação do direito levam a resultados racionais. (grifo nosso)

Nesse entendimento, os grupos em minoria e suas representações tem força participativa em um processo de legitimidade, Habermas (1997 II, p. 115) destaca:

Com efeito, apesar da diminuta complexidade organizacional, da fraca capacidade de ação e das desvantagens estruturais, eles têm a chance de inverter e a direção do fluxo convencional da comunicação na esfera pública e no sistema político, transformando destarte o modo de solucionar problemas de todo o sistema político.

Compreende-se que a legitimidade é um processo de construção social que requer diálogo, deliberação, inclusão e respeito. Uma sociedade democrática só pode ser legítima se seus cidadãos a reconhecem como tal e participam ativamente do processo político.

Ou seja, aqueles que estão fora do sistema político, como grupos de representação, a sociedade civil deve se mobilizar para inclusão de suas vozes na tomada de decisão. Pois, para que a qualidade dessa norma seja válida, ela deve se fundamentar em argumentos racionais que devem ser aceitos pelos seus destinatários, aponta Habermas (1997 II, p.153):

Do ponto de vista do conteúdo, as normas emitidas pelo legislador político e os direitos reconhecidos pela justiça são racionais pelo fato de os destinatários serem tratados como membros livres e iguais de uma comunidade de sujeitos de direito, ou seja, em síntese; **sua racionalidade resulta do tratamento igual das pessoas jurídicas protegidas em sua integridade.** (grifo nosso)

O tratamento dado aos sujeitos de direito em uma sociedade está alinhando a um país democrático. O Brasil é um Estado Democrático de Direito e tem como objetivo alcançar a justiça social, como observamos no preâmbulo da CF/88:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para **instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus,** a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.(grifo nosso)

E a Constituição Federal em seu art. 1º dispõe expressamente os fundamentos dessa democracia:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - A soberania;
- II - A cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa
- V - O pluralismo político.

Na democracia brasileira a população elege seus representantes os quais, na prática, são os que têm poder decisório e voz, discorre Martins & Mituzani (2011, p.322):

A ideia de democracia não se limita ao governo da maioria, mas abrange o espaço em que se comportam as diversas visões existentes em uma comunidade política, ainda que uma delas prevaleça. Um espaço que permite a diversidade tem como pressuposto – e também como referencial comum – a igualdade de condições para participar da construção desse lugar político múltiplo. (grifo nosso)

Em um Estado, para a existência de uma democracia se faz necessário um debate e composição entre maioria e minoria, assevera Kelsen em sua obra Democracia, (2000, p. 106), vejamos:

O domínio da maioria, característico da democracia, distingue-se de qualquer outro tipo de domínio não só porque, segundo a sua essência mais íntima, pressupõe por definição uma oposição – a minoria – mas também reconhece politicamente tal oposição e a protege com os direitos e liberdades fundamentais. Mas, quanto mais forte for a minoria, mais a política da democracia se tornará uma política de compromisso. (grifo nosso)

Nesse sentido, a democracia somente se mostra presente quando todos os cidadãos tem a possibilidade de participar das tomadas de decisão, segundo Habermas (1997 II, p. 284):

Com isso, não se visa pura e simplesmente à generalidade substancial de uma vontade popular, cuja unidade resultaria de uma homogeneidade preliminar da descendência ou da forma de vida. Pois o consenso discutido e obtido numa associação de livres e iguais repousa, em última instância, na unidade de um processo consentido. **Esse processo democrático de formação da opinião e de busca de uma decisão transforma-se na constituição do Estado de direito.** (grifo nosso)

Na compreensão de Habermas (1997 I, p. 212), os princípios que norteiam um Estado Democrático de Direito são:

- (1) o princípio da soberania popular que tem como desdobramentos o princípio parlamentar e o princípio do pluralismo político;
- (2) o princípio da ampla garantia de proteção jurídica individual;
- (3) o princípio da legalidade da administração;
- (4) o princípio do controle judicial e parlamentar da administração; e
- (5) o princípio da separação entre sociedade e Estado

Destaca ainda Habermas (1997 II, p. 288), a necessidade da prática da autodeterminação para que a cidadania seja exercida:

O modelo republicano da cidadania lembra que as instituições da liberdade, asseguradas pela constituição, **só valem na medida em que a população acostumada à liberdade política exercida na perspectiva comunitária da prática da autodeterminação, utilizar-se delas.** (grifo nosso)

Ou seja, a ideia de Estado de Direito traz exigências quanto as decisões coletivamente obrigatórias, sendo imperiosa a necessidade de uma aceitação com base numa formação discursiva de opinião e da vontade para ser legitimada, ressalta Habermas (1997 I, p. 172):

A ideia do estado de direito exige que as decisões coletivamente obrigatórias do poder político organizado, que o direito precisa tomar para a realização de suas funções próprias, não revistam apenas a forma do direito, como também se legitimem pelo direito corretamente instituído. Não é a forma do direito enquanto tal, que legitima o exercício do poder político, e sim, a ligação com o direito legitimamente estatuído. E no nível pós – tradicional de justificação, só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva de opinião e da vontade.

Há uma relação entre o direito e a política considerando que o sistema político produz decisões que envolvem a coletividade e, devido o nexos interno que mantém com o direito, a política é responsável por problemas que atingem a sociedade, pontua Habermas (199 I, pg. 119): “[...]ao perseguir fins coletivos especiais, e ao regular determinados conflitos, a política gera simultaneamente problemas gerais de integração”. Destaca-se que as decisões que envolvem a coletividade buscam a concretização de direitos.

Reforçando ainda a estreita relação entre direito e política, Habermas (1997 I, p. 171) destaca que o Estado é importante no seu poder político organizador:

O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, porque os direitos tem que ser implantados, porque a comunidade de direito necessita de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que tem que ser implementados.

No texto acima extrai-se que todos acontecimentos e decisões precisam ser implementadas, cabendo ao Estado, a sua implementação.

Para Habermas (1997 II, p. 321): “[...]são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”, ou seja, todos os cidadãos devem participar da tomada de decisão para que possamos ter uma democracia, e havendo grupos excluídos dessa participação, as decisões e ações políticas não serão válidas para esses grupos.

Nesse sentido, os direitos fundamentais criam condições para sucesso na participação em processos legislativos democráticos, destaca Habermas (1997 I, p. 171): “O direito à positivação política autônoma do direito concretiza-se, finalmente, em direitos fundamentais

que criam condições para iguais pretensões à participação em processos legislativos democráticos”.

Sobre os direitos fundamentais, Habermas (1997 I, p 159-160) destaca que eles buscam garantir:

- (1) os direitos a iguais liberdades subjetivas de ação;
- (2) os direitos ao Status de membro de uma associação voluntária de parceiros do direito;
- (3) os direitos de amplo acesso à justiça e de proteção jurídica individual;
- (4) os direitos de participação em igualdade de oportunidades nos processos de formação política da opinião e da vontade através dos quais é criado o direito legítimo;**
- (5) **os direitos as condições de vida asseguradas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for imprescindível para um aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos listados de (1) a (4).** (grifos nosso)

O exercício do poder político se dá pela discussão pública entre indivíduos livres e em condições de igualdade e nesse sentido se fundamenta as ideias de Habermas.

As ações da sociedade civil se efetivam em um espaço, que Habermas denomina, como esfera pública política. A esfera pública é definida por Habermas (1997 II, p.92) “[...] como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específico”.

Destaca-se ainda que as opiniões públicas tem forte influência política, que pode ser utilizada para interferir na formação da vontade daqueles capazes de transformá-la, através de processos institucionalizados, em poder político e assim levar a decisões impositivas e direitos não legitimados.

Assim, para que o direito legitimado seja efetivo se faz necessária a liberdade comunicativa, na exposição da opinião e vontade, sendo, portanto, decisiva para o gozo dos direitos fundamentais subjetivos de cada um, destaca Habermas (1997 II, p. 323):

Como todos os direitos subjetivos, os direitos políticos das pessoas, de acordo com sua forma, abrem espaços da liberdade de arbítrio que implicam a obrigatoriedade de um comportamento legal. Entretanto, independentemente dessa estrutura, eles só conseguem abrir as fontes de legitimação para a formação discursiva da opinião e da vontade, se os cidadãos utilizarem suas liberdades comunicativas, não apenas como liberdades subjetivas de ação para a defesa de interesses próprios, mas também como liberdades comunicativas para fins do “uso público da razão”. **Para que o direito mantenha sua legitimidade, é necessário que os cidadãos troquem seu papel de sujeitos privados do direito e assumam a perspectiva de participantes em processos de entendimento que versam sobre as regras de sua convivência.** (grifo nosso)

Ou seja, a ideia de autonomia do homem no sentido de tomar decisão como sujeito pleno e consciente de seus direitos, deve estar embasada no consenso livre e explícito, para que a decisão possa de fato ser legítima.

Nesse entendimento, aponta Assis (2012, p. 115), a necessidade da participação popular para a existência da legitimidade em consonância com Habermans: “A legitimidade em Habermas decorre da constante participação popular na tomada de decisões, ou seja, decorre da formação discursiva das decisões que deverão obter aceitação racional por todos os membros da sociedade”.

A legitimidade é alcançada quando as normas e instituições são baseadas em princípios democráticos e em um processo justo e transparente de tomada de decisões. Além disso, a fim de assegurar uma participação equitativa e condições propícias para a apresentação de argumentações críticas é imperativo garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais. Somente dessa forma será possível legitimar as decisões tomadas.

A legitimidade é uma condição necessária para a democracia, e que a falta de legitimidade pode levar à desconfiança e ao descontentamento dos cidadãos com relação ao sistema político e às instituições sociais.

2.3 Direito dos povos indígenas ao território

Segundo os dados obtidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no Censo de 2010, a população brasileira tem a distribuição percentual populacional distribuída da seguinte forma: 84,4% da população residente em centros urbanos e 15,25% residentes em área rural. No tocante a população brasileira indígena, soma 896.917 pessoas, correspondendo a aproximadamente 0,47% da população total do país, e destas, 36% (324.834 mil) vivem em área urbana e 64% (572.083 mil) vivem em áreas rurais.

Ainda existem povos indígenas brasileiros que estão fora dos dados estatísticos levantados pelo IBGE no Censo de 2010. O termo “Índios isolados” é usado pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) para designar aqueles com os quais ela não estabeleceu nenhum contato. Em geral, não se sabe ao certo quem são, onde estão, quantos são e que línguas falam. Há também aqueles de recente contato que a FUNAI (2021, pp) considera como:

[...] são aqueles povos ou grupos indígenas que mantêm relações de contato permanente e/ou intermitente com segmentos da sociedade nacional e que, independentemente do tempo de contato, apresentam singularidades em sua

relação com a sociedade nacional e seletividade (autonomia) na incorporação de bens e serviços. São, portanto, grupos que mantêm fortalecidas suas formas de organização social e suas dinâmicas coletivas próprias, e que definem sua relação com o Estado e a sociedade nacional com alto grau de autonomia. (grifo nosso)

Para Luciano (2006, p. 52), a conceituação de índios isolados traz a ideia equivocada de grupos que nunca fizeram contato com outros grupos, portanto, esclarece:

É importante esclarecer o conceito de “índios isolados”, que dá a ideia de grupos que nunca estabeleceram qualquer tipo de contato com outros grupos, índios ou não-índios. Não se trata disso. **Muitas vezes esses grupos já tiveram no passado algum tipo de contato com outros índios ou mesmo com a sociedade não-indígena, e se refugiaram em lugares mais distantes e inóspitos exatamente para fugir das tragédias trazidas pela contiguidade que por algum tempo experimentaram.** (grifo nosso)

Diante da miscigenação que compõe a população brasileira, na atualidade ainda não há consenso quanto ao reconhecimento de quem seja índio. Sobre esse tema, aponta Zambrano, Pozzetti, Santos e Dias (2021, p. 599):

Não existe uma ideia universalmente aceita sobre os critérios para definição de quem seja “índio”. Existem critérios legais e critérios etnológicos (raciais). Por este último, geralmente se admite como índio numa pessoa que tem a metade do sangue indígena, embora também exista uma vertente que admite que também ainda quem possui apenas $\frac{1}{4}$ do sangue indígena. **Em termos legais, pode se admitir como tal qualquer pessoa que tem ascendência indígena.** (grifo nosso)

A população indígena apresenta diversidade entre si em relação aos seus costumes, tradições e línguas, e essa diversidade é considerada patrimônio da humanidade pela Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, Convenção de 2002, em parágrafo 1º:

A cultura adquire formas diversas através do tempo e do espaço. Essa diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade de identidades que caracterizam os grupos e as sociedades que compõem a humanidade. Fonte de intercâmbios, de inovação e de criatividade, a diversidade cultural é, para o gênero humano, tão necessária como a diversidade biológica para a natureza. **Nesse sentido, constitui o patrimônio comum da humanidade e deve ser reconhecida e consolidada em benefício das gerações presentes e futuras.** (grifo nosso)

Na necessidade de identificar os grupos como pertencente a um povo indígena, diante da diversidade de culturas e pluralidade de identidade, esclarece Loureiro, (2015, p. 123) que em estudo a OIT descreveu as características gerais, objetivas e subjetivas dos povos indígenas e ressalta que auto-identificação é característica subjetiva fundamental, vejamos:

São características objetivas: a) a continuidade histórica, ou seja, se são sociedades anteriores à conquista ou colonização; b) a conexão territorial, isto é, se seus ancestrais habitavam o país ou a região antes da conquista ou colonização, e c) as instituições políticas, culturais, econômicas e sociais distintas daqueles presentes, na sociedade em geral. **Já a consciência da auto-identificação do grupo como pertencente a um “povo indígena” é uma característica subjetiva fundamental.** (grifo nosso)

Importante observar que o uso da expressão povos indígenas, ressalta Loureiro (2015, p. 143), se dá pelo reconhecimento como categorias de coletividade humanas que diferem entre si:

Além disso, deve ser ressaltado que a Convenção n°. 169 passou a endereçar suas disposições não mais aos membros das populações tribais, semi-tribais e indígenas, mas, sim, **aos povos tribais e indígenas, reconhecidas como categorias de coletividades humanas que se distinguem entre si, tendo como principal elemento diferenciador entre ambas a conexão histórica dos povos indígenas com seus territórios ancestrais, remontando-se à época da conquista ou colonização ou a momento histórico anterior ao estabelecimento das atuais fronteiras estatais.** (grifo nosso).

E ainda, para Loureiro, a determinação de um indivíduo como pertencente a um povo indígena e para garantir a aplicação da Convenção 169 para esses povos, o critério de auto-reconhecimento é elemento fundamental, destaca Loureiro (2015, p. 143):

[...] que a Convenção n°. 169 introduziu o critério do auto-reconhecimento como outro elemento fundamental para a determinação de um indivíduo como pertencente a um povo indígena ou tribal, evitando-se, assim, que o Estado estabelecesse limites ou restrições a aplicação das normas da convenção a um determinado indivíduo ou comunidade.”

O IBGE durante o Censo de 2010, utilizou o método de autoidentificação para chegar ao número da população indígena brasileira.

Pela distribuição geográfica dos povos indígenas, observa-se que, na sua maioria, ou seja, 64% da população indígena, residem nas áreas rurais, o que se inferi sobre a relação desses povos com a terra.

Para Villares a relação dos povos indígenas com a terra é de sobrevivência física e cultural, Villares (2013, p. 162):

Para os povos indígenas, a terra é suporte para sua cultura, relações sociais, tradições e crenças. Ter a garantia da sua posse tem valor de sobrevivência física e cultural para cada povo. Contudo o contato entre povos indígenas e colonizador sempre foi acompanhada de limitação dos territórios indígenas. Alguns desses povos sequer tinham noções de território e terra, fato que se evidencia com a mobilidade de muitas comunidades indígenas.

Ainda nesse sentido, Luciano (2006, p. 100) destaca que essa relação se baseia no equilíbrio com regras de comportamento e usufruto da natureza, vejamos:

Sua mentalidade ecológico-cultural foi se desenvolvendo no processo de sua atividade vital, na relação equilibrada entre cultura tradicional e ecossistemas naturais. **Os conhecimentos empíricos espontâneos foram se constituindo em normas de comportamento para o usufruto racional da natureza, para a sua manutenção e reprodução.** (grifo nosso).

As terras indígenas se mostram como fundamental para a dignidade do povo indígena, quer para a sua reprodução física e cultural, quer para a manutenção de seu modo de vida, saberes e expressões culturais.

O conhecimento dos povos indígenas foi construído e passado de geração em geração de forma coletiva, denotando o caráter harmonioso da relação entre esses povos, pondera Dantas (2006, p.89):

Os saberes dos povos indígenas, assim como os de toda comunidade tradicional, conforme visto anteriormente, constituem fenômenos complexos construídos socialmente a partir de práticas e experiências culturais, relacionadas ao espaço social, aos usos, costumes e tradições. Por ser coletivamente construído, possuem características marcantes de relações compartilhadas, de intercâmbios, de solidariedades, o que os difere, substancialmente, do caráter individualista da propriedade privada. (grifo nosso)

A Convenção 169 da OIT traz o reconhecimento da importância espiritual que a terra tem para os povos indígenas, como se destaca em seu art.13:

1. Na aplicação das disposições desta Parte da Convenção, os governos respeitarão a importância especial para as culturas e valores espirituais dos povos interessados, sua relação com as terras ou territórios, ou ambos, conforme o caso, que ocupam ou usam para outros fins e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação.

A Constituição Federal de 1988 garantiu aos povos indígenas o direito as terras tradicionalmente ocupadas, ou seja, consagrou um direito de nascença, anterior a qualquer outro, um direito consuetudinário.

A previsão constitucional dada aos povos indígenas em relação ao seu direito protege os povos indígenas com base no multiculturalismo, com valorização e respeito a sua diversidade cultural para garantir a preservação e proteção dessas culturas, o que pode ser compreendido também como uma reparação histórica por terem sido forçados a abandonar suas culturas e tradições em favor da cultura e tradições dos colonizadores.

A proteção constitucional dos povos indígenas também se dá com base na pluriétnicidade desses povos, que se compõem de etnias que tem suas próprias línguas, tradições e costumes. Sendo reconhecido que cada etnia tem sua própria cultura e que deve ser protegida e respeitada, isso significa que políticas e programas que visam os povos indígenas precisam levar em conta essa diversidade e que a promoção de políticas deve garantir os direitos e a igualdade para esses povos.

Ao garantir a terra aos povos indígenas, a CF/88 reconheceu a relação dos povos com a terra como indispensável para sua sobrevivência, e nesse sentido destaca Silveira (2022, p. 45) “[...] a importância do reconhecimento efetivo do direito dos indígenas a terras, este decorre sobretudo da necessidade de preservar a identidade própria do referido grupo étnico, às crenças, usos, costumes, tradições e suas especificidades”.

Ou seja, os povos indígenas tem relação profunda com a terra, não apenas com aproveitamento do solo, mas em um sentido amplo de territorialidade.

Nesse entendimento, Luciano (2006, p. 101) diferencia terra e território:

Deste modo, podemos definir **terra** como o espaço geográfico que compõe o **território, onde este** é entendido como um espaço do cosmos, mais abrangente e completo. Para os povos indígenas, o território compreende a própria natureza dos seres naturais e sobrenaturais, onde o rio não é simplesmente o rio, mas inclui todos os seres, espíritos e deuses que nele habitam. (grifos nosso)

Em consonância com o texto acima, o direito ao território dos povos indígenas abrange a terra como espaço geográfico e, ao se utilizar o termo território, há uma compreensão mais abrangente para os povos indígenas. Destaca-se ainda, que a distinção entre terra e território não encontra relevância para a compreensão quanto ao direito constitucional dos povos indígenas. E nesse entendimento, Viegas (2015, p. 16) ao tratar do tema, esclarece:

Desta feita, não se optará nesta pesquisa em perpetuar a distinção entre “terra” e “território”, cuja relevância se refere muito mais a uma questão ideológica historicamente construída do que numa diferença ontológica que conduziria a alguma teoria separatista ou conspiratória contra a soberania estatal.

O art. 231 da CF/88 reconhece os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens, ou seja, norma positivada no ordenamento jurídico. Nesse entendimento, Silva (2005, p. 856) discorre sobre o termo tradicionalidade:

O tradicionalmente refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, enfim, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra, já que há comunidades mais estáveis, e as que têm espaços mais amplos em que se deslocam etc. Daí dizer-se que tudo se realize de acordo com seus usos, costumes e tradições.

Para Freitas Júnior (2010, p. 83-84), quando se fala em terra tradicionalmente ocupada, destaca-se que não se leva em consideração requisitos temporais para que se legitime a posse indígena, vejamos:

A intenção do constituinte não foi de perscrutar tão somente a quantidade de anos que a comunidade indígena habita determinada gleba. Na realidade, o fator temporal é um dado secundário na determinação e identificação de uma terra indígena. O elemento primordial na sua identificação é, sim, a ocupação tradicional, ou seja, o modo como os indígenas lidam com a terra e o que esta representa ao longo do seu desenvolvimento social.

Muito embora seja dever do Estado garantir a efetivação dos ditames constitucionais salvaguardando os direitos indígenas, os povos indígenas se deparam com um problema a ser superado, que é atuação do Estado muitas vezes sendo omissos diante de conflitos em relação a terra. Nesse sentido, destaca Heck, Loebens e Carvalho (2005, p. 244) em Amazônia indígena: conquistas e desafios:

Das terras indígenas que ainda não tiveram o procedimento demarcatório concluído na Amazônia, uma, em particular, chama a atenção pelos transtornos criados pelo governo federal e pelas autoridades locais para sua regularização. Trata-se da terra indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima, com extensão de 1.678.800 hectares, habitada por quinze mil índios dos povos Macuxi, Wapichana, Ingaricó e Taurepang. O governo estadual, para obstruir a demarcação, criou o município de Uiramutã em 1997, quatro anos depois da conclusão da identificação da terra como indígena, pela Funai. O município foi criado a partir de uma antiga corrutela ilegal de garimpo, encostada a uma maloca e fica, portanto, no interior da terra indígena. (grifo nosso)

A demarcação de terras indígenas é de competência da União, que também deve proteger os recursos ambientais necessários à reprodução física e cultural dos povos indígenas, segundo os seus usos, costumes e tradições, com previsão constitucional, art. 231, § 1º da CF/88:

Art. 231 (*omissis*)

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as 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 à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.** (grifo nosso)

As terras ocupadas pelos povos indígenas pertencem à União, sendo destinadas a posse permanente por parte dos povos indígenas. São inalienáveis e indisponíveis e o direito sobre elas é ainda protegido, sendo nulos e extintos todos os atos jurídicos que seja obstáculo para a posse, com exceção de relevante interesse da união, assim prescreve a CF/88, art. 231, §2, §4, §6:

Art. 231 (*omissis*)

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

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

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

A autorização, exploração e aproveitamento dos recursos existentes em terras indígenas é de competência da união e está declarado no art. 49 da CF/88, previsão também existente no art. 231, § 3º e ainda no § 2 da CF/88, que estabelece que o usufruto das riquezas do solo é apenas dos povos indígenas:

Art. 49 - É da competência exclusiva do Congresso Nacional
[.....]

XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais”

Art. 231 (*omissis*)

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

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

Importante ainda o destaque que é vedada a remoção dos povos indígenas de suas terras, conforme estabelecido pela CF/88 em seu art. 231, disposição do art. 231, § 5:

Art. 231 (*omissis*)

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

As terras indígenas se mostram como fundamental para a dignidade do seu povo e na compreensão de Freitas Junior (2010, p. 117): “[...]para a serra indígena, verifica-se que a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios facilita aos seus membros a efetiva realização dos demais direitos”.

Portanto, a demarcação das terras indígenas é materializar o dever de proteção e respeito por parte da União aos direitos dos povos indígenas.

A demarcação das terras indígenas é um ato declaratório e vinculado, em disposição ao art. 231 e seus §§ 1º e 2º, da CF/88, e deve ser realizada sob pena de violação a Constituição, sendo atribuída a competência para demarcação da União.

As terras indígenas registradas junto a FUNAI (2021) totalizam 764 áreas, dentre as quais 483 áreas se tratam de locais cujos processos de demarcação se encontram homologados/regularizados e 281 locais se encontram sob análise. As terras regularizadas se apresentam geograficamente por região do País da seguinte forma: 54% na região norte, 11% na região nordeste, 6% na região sudeste, 10% na região sul e 19% na região centro oeste.

A regulamentação quanto ao procedimento administrativo para a demarcação das terras indígenas se dá pelo Decreto nº 1775/96, art. 1º e 2º, a seguir reproduzido:

Art. 1º As terras indígenas, de que tratam o art. §17, I, da Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973, e o art. 231 da Constituição, serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto.

Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

O processo de demarcação, disciplinado pelo Decreto nº 1.775/96, é composto pelas seguintes etapas: Etapa 1: Onde se formam os grupos técnicos de identificação e delimitação, finalizando com a elaboração de um relatório que conta com a participação de um antropólogo e do grupo indígena, art. 2º do Decreto nº 1.775/96:

A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

§ 1º O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.

§ 2º O levantamento fundiário de que trata o parágrafo anterior, será realizado, quando necessário, conjuntamente com o órgão federal ou estadual específico, cujos técnicos serão designados no prazo de vinte dias contados da data do recebimento da solicitação do órgão federal de assistência ao índio.

§ 3º O grupo indígena envolvido, representado segundo suas formas próprias, participará do procedimento em todas as suas fases.

§ 4º O grupo técnico solicitará, quando for o caso, a colaboração de membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos para embasar os estudos de que trata este artigo.

§ 5º No prazo de trinta dias contados da data da publicação do ato que constituir o grupo técnico, os órgãos públicos devem, no âmbito de suas competências, e às entidades civis é facultado, prestar-lhe informações sobre a área objeto da identificação.

§ 6º Concluídos os trabalhos de identificação e delimitação, o grupo técnico apresentará relatório circunstanciado ao órgão federal de assistência ao índio, caracterizando a terra indígena a ser demarcada.

§ 7º Aprovado o relatório pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, este fará publicar, no prazo de quinze dias contados da data que o receber, resumo do mesmo no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, devendo a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel.

§ 8º Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.

Etapa 2: Nessa etapa o Ministro da Justiça analisa a proposta aprovada pela FUNAI, juntamente com eventuais contestações existentes, vejamos: art. 2º do Decreto nº 1.775/96:

Art. 2º (...) *omissis*,

§ 9º Nos sessenta dias subsequentes ao encerramento do prazo de que trata o parágrafo anterior, o órgão federal de assistência ao índio encaminhará o respectivo procedimento ao Ministro de Estado da Justiça, juntamente com pareceres relativos às razões e provas apresentadas.

Etapa 3: Etapa declaratória através de portaria declaratória de terra indígena expedida pelo Ministro da Justiça. A demarcação é executada então pela FUNAI, através de marcos e placas georreferenciadas:

§ 10. Em até trinta dias após o recebimento do procedimento, o Ministro de Estado da Justiça decidirá:

I - Declarando, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação;

II - Prescrevendo todas as diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias;

III - desaprovando a identificação e retornando os autos ao órgão federal de assistência ao índio, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no § 1º do art. 231 da Constituição e demais disposições pertinentes.

Etapa 4: Passa-se a fase de homologação através de decreto nos termos do Decreto nº 1.775/96, Art. 5º: “A demarcação das terras indígenas, obedecido o procedimento administrativo deste Decreto, será homologada mediante decreto”. E por fim:

E por fim, a etapa final: Etapa 5 - Fase de registro tanto no Cartório de Registro de Imóveis quanto na Secretaria de Patrimônio Público da União (SPU), Decreto nº 1.775/96, Art. 6º:

Art. 6º Em até trinta dias após a publicação do decreto de homologação, o órgão federal de assistência ao índio promoverá o respectivo registro em cartório imobiliário da comarca correspondente e na Secretaria do Patrimônio da União do Ministério da Fazenda.

Infere-se que com a atribuição à União de demarcar as terras dos povos indígenas, afasta a interferência de governo local em relação aos territórios a serem demarcados, livrando assim da pressão de interesses de grupos econômicos nas riquezas naturais das terras indígenas.

No entanto, meramente demarcar como terras indígenas não é suficiente para assegurar a legitimidade do direito ao território. É fundamental que sejam adotadas medidas e ações que respeitem a consulta prévia e esclarecida, ou seja, garantir ao povo indígena a posse e gestão de suas terras.

2.4 Paralelo entre legitimação e legitimidade do direito dos povos indígenas ao território

A legitimação de um direito é um dilema jurídico de ordem interna de um país que deve ser resolvido através de um processo legislativo democrático, um processo transparente, participativo e representativo. Isso significa que os cidadãos devem ter acesso às informações sobre a proposta de lei, devem ser capazes de participar do processo de discussão e debate, e suas opiniões devem ser consideradas.

Os conceitos de legitimação e a legitimidade são discutidos em diversas áreas do conhecimento, como na política, na sociologia e na filosofia. A legitimação pelo procedimento de Luhmann não se apresenta suficiente para garantir a legitimidade do direito, apenas com o cumprimento de etapas. Em contraponto, a legitimidade pelo discurso de Habermas, exige que se vá além do procedimento, garantindo a participação de todos os envolvidos em condições propícias para a apresentação de argumentos, e assim, alcançar a legitimidade das decisões tomadas.

As terras dos povos indígenas, não foram completamente demarcadas, o que impede o exercício efetivo de seu direito ao território. Além disso, as áreas habitadas por esses povos são frequentemente invadidas, e ainda o Estado impõe medidas que impactam seu modo de vida sem sua participação. Os povos indígenas são excluídos do processo decisório, e seus direitos à consulta prévia não são respeitados e quando ocorrem, essas consultas são meramente informativas e muitas vezes fornecem informações incompletas.

A União tem o dever constitucional de garantir proteção aos direitos dos povos indígenas, mas o que ocorre é que a efetivação dos direitos fica condicionada ao representante maior da União e que pode se posicionar desalinhado com os ditames constitucionais.

A título exemplificativo, em um processo eleitoral escolhe-se os representantes na expectativa de ter uma representação legítima, porém pode não corresponder, sendo uma gestão de governo de forma antidemocrática, ficando então as minorias à mercê da boa vontade do Chefe do Executivo.

Nesse sentido, destacam Assis e Batista (2020, p. 466) que no sistema de governo presidencialista, o Chefe do Executivo dita ao tom, vejamos:

No sistema de governo presidencialista o Presidente acumula as funções de Chefe de Governo e Chefe de Estado e, assim sendo, **na posição de Chefe do Poder Executivo no âmbito federal o ocupante do cargo “dita o tom” das políticas públicas do ente federativo com o maior acúmulo de competências: a União.** (grifo nosso)

E ainda, aqueles que estão constitucionalmente incumbidos de proteger os povos indígenas tem se mostrado na determinação de prejudica-los e muito embora mudanças legislativas e administrativas ocorram, devem ser resguardados os direitos previstos constitucionalmente, destacam, Assis e Batista (2020, p. 466):

Mudanças legislativas e administrativas a princípio são expedientes regulares e democráticos em face das mudanças na Chefia do Poder Executivo Federal, **porém é necessário considerar que a questão indígena foi elevada ao patamar federal pela Constituição de 1988 no intuito de resguardar referida minoria em face dos interesses locais.** (grifo nosso)

A Constituição Federal/88 instituiu em seu preâmbulo um Estado Democrático de Direito para assegurar o bem-estar como valor supremo de uma sociedade pluralista, inferindo-se que a democracia é mola propulsora para estabelecer e gozar de fato dos direitos fundamentais. Cabendo ao Estado proteger:

- A vida, disposição da CF/88 em seu art. 5º, que determina que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade;

- Os modos ancestrais de criar, fazer e viver, CF/88, art. 215, devendo o Estado garantir o pleno exercício dos direitos culturais apoiando e incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais e devendo o Estado proteger as manifestações das culturas populares, indígenas.

Nesse entendimento, Freitas Júnior (2010, p.117) destaca ainda que: “[...] entende-se que inexistirá dignidade sem o gozo das mínimas condições de liberdade de ir e vir, pensar ou tomar as decisões de seu destino, bem como quando não se tem uma alimentação adequada, o acesso à educação básica, à saúde, ao transporte”.

O modo de viver, criar e fazer dos grupos que formam a sociedade e, portanto, também os povos indígenas, foram reconhecidos como patrimônio cultural, como se observa na CF/88 em seu art. 216, II e IV:

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

II - Os modos de criar, fazer e viver;

IV - As obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

Mesmo com os direitos constitucionais estabelecidos e as legislações tanto nacionais e internacionais garantindo o direito ao território, observa-se que ainda é insuficiente. Falta o agir do Poder Público em demarcar todas as terras indígenas e também garantir a legitimidade desse direito.

É relevante mencionar o caso Raposa Serra do Sol, em que a União não protegeu os povos indígenas dos interesses econômicos, nesse sentido, destacam Assis e Batista (2020, p. 463):

O caso Raposa Serra do Sol demonstra que a atribuição à União da competência para a demarcação das terras indígenas não é suficiente para conceder a proteção adequada aos direitos constitucionalmente estabelecidos. Nem mesmo a mais alta Corte do país conseguiu blindar as terras indígenas dos interesses econômicos que muitas vezes subvertem a lógica constitucional. Nesse sentido, mesmo a intenção de proteção no nível federal evidenciada no texto constitucional de 1988 se encontra sujeita às vontades cambiantes do poder.

O caso Raposa Serra do Sol trata de um conflito agrário no Estado de Roraima, Petição 3.388/RR (PET 3.388/RR) que teve um longo processo demarcatório. O Supremo Tribunal Federal ao final reconheceu o direito originário a terra dos povos indígenas, entretanto, embora o art. 231 da CF/88 não necessite de interpretação, foram criadas 19 condicionantes, além da criação da tese do marco temporal que restringe o direito ao território dos povos indígenas.

Para Assis e Batista (2020, p. 459) sobre a tema destacam:

Na temática da demarcação de terras indígenas o principal caso brasileiro consiste no julgamento da Ação Popular 3388-4 pelo Supremo Tribunal Federal (STF). A ação foi proposta contra a União em 20 de maio de 2005 impugnando o modelo contínuo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol situada no Estado de Roraima. Na ocasião a Suprema Corte assentou uma série de entendimentos sobre a questão indígena e com uma sentença de natureza manipulativa aditiva apontou dezenove condicionantes a serem observadas na demarcação de terras indígenas.

Pontuam Melo e Burckhart (2020, p. 124) que a intenção de tornar o caso Raposa Serra do Sol como paradigma nos futuros casos de demarcação de terras indígenas se consolidou nos termos do voto de Menezes Direito, STF (2009, p. 415-416):

A partir da apreciação deste caso pode perceber que os argumentos deduzidos pelas partes são também extensíveis e aplicáveis a outros conflitos que envolvam terras indígenas. **A decisão adotada neste caso certamente vai consolidar o entendimento da Suprema Corte sobre o procedimento demarcatório com repercussão também para o futuro.** Daí a necessidade de o dispositivo explicitar a natureza do usufruto constitucional e seu alcance. (grifo nosso)

Com paradigma estabelecido a ser utilizada para decisões em casos similares que envolvem as terras indígenas, perpetua-se as restrições ao direito ao território.

Destacam ainda Melo e Burckhart (2020, p. 124) a atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador ativo na decisão do caso Raposa Serra do Sol:

Em efeito, a resolução das questões jurídicas envolvendo direitos territoriais de povos indígenas pela Corte Suprema não teve na decisão do caso Raposa Serra do Sol uma efetiva solução – **muito embora o acórdão tenha solucionado os conflitos indígenas relativos àquela terra especificamente –**, **mas foi o estopim de um novo debate político e jurídico, sobretudo em razão da atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador ativo no caso em questão, com a introdução da tese do marco temporal e das 19 salvaguardas.** (grifo nosso)

Cabe registrar que a divisão de poderes é um dos princípios do Estado de Direito, previsto na CF/88 em seu art. 2º:

São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Muito embora o Supremo Tribunal Federal seja legítimo para exercer sua função política, instituído pela Constituição, o STF se sujeita a limites de sua atuação, inclusive quando atua como legislador.

Nesse sentido, ao se manifestar nos autos da petição 3.388/RR (BRASIL. STF., 2009, p; 864), o Min. Joaquim Barbosa reconheceu que estavam exercendo atividade *judge-made-law*, ou seja, lei feita por juiz:

Ministro Menezes Direito, creio que nós estamos aqui embrenhando numa seara na qual o Supremo Tribunal Federal não tem nenhuma experiência. Nós estamos adentrando o campo do que se chama *judge-made law*. É o tipo de atividade típica de países em que o Poder Judiciário faz o direito.

Descabe ao judiciário fazer o direito, ou seja, editar normas. Assis (2012, p. 67) assinala preocupação quanto a atuação do Supremo Tribunal Federal: “A preocupação da transformação do Supremo Tribunal Federal em Poder Moderador extrapola a questão da separação de Poderes, pois compromete a própria preservação do Direito, uma vez que mistura o discurso de aplicação com o discurso de justificação”.

Explica Assis (2012, p. 67) que o discurso de justificação se refere a legislação e o discurso de aplicação tem a presunção da norma como legítima:

O discurso de justificação se refere à legislação, ou seja, se refere aos argumentos que justificam a edição de determinada norma. Esse discurso deve ser aberto a todos os argumentos (morais, éticos, religiosos), pois posteriormente **na aplicação existirá a presunção de que a norma é legítima**

Essa distinção entre os discursos é tratada por Habermas no intuito de preservar a Ciência do Direito, não permitindo que esta seja influenciada por argumentos cabíveis apenas na arena legislativa. A necessidade de separação dos discursos decorre do simples fato de que a função legislativa é diferente da função judiciária.

No caso Raposa Serra do Sol, o STF, ao julgar firmando as 19 condicionantes e estabelecendo tese de marco temporal, agiu como legislador, violando a separação de poderes, e afrontou o art. 231 da CF/88 ao fazer interpretação em sentido divergente ao que prevê ao CF/88.

As condicionantes trazem impacto negativo na efetivação da legitimidade do direito ao território dos povos indígenas. Vejamos as condicionantes:

1 - O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, §2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, §6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar;

2 - O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;

3 - O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei;

4 - O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira;

5 - o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados e independentemente de consultas às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;

6 - A atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;

7 - O usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação;

8 - O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

9 - O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo, para tanto, contar com a consultoria da FUNAI;

10 - O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

11 - Devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI;

12 - o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;

13 - A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não;

14 - As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, §2º, Constituição Federal, c/c art. 18, caput, Lei nº6.001/1973);

15 - é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativista (art. 231, §2º, Constituição Federal, c/c art. 18, §1º, Lei nº 6.001/1973);

16 - As terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo da riqueza naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, §3º, da CF/88, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros;

17 - é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

18 - Os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, §4º, CF/88);

19 - é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observadas a fase que se encontrar o procedimento. (grifos nosso)

Muito embora algumas condicionantes tragam a previsão constitucional quanto ao direito ao território dos povos indígenas, destaca-se as condicionantes nº 6, 10, 11, 12, e 19 que trazem a compreensão de que as terras indígenas são áreas de livre acesso, excluindo inclusive sua autonomia dentro de suas terras.

São condicionantes que contrariam dispositivos constitucionais e embora a decisão tenha determinado a demarcação das terras, esse direito não encontra legitimidade. Os povos indígenas não participaram na sua elaboração, não lhes foi garantido o direito de consulta e não foi respeitado o direito a autodeterminação. A autodeterminação dos povos indígenas é um princípio que reconhece o direito de se autogovernarem de acordo com suas tradições e culturas, devendo ter a liberdade de tomar suas próprias decisões sobre questões que envolvem seu território, seus recursos naturais, sem interferência externa.

Garzón, Yamada e Oliveira (2016, p. 14) enfatiza a relativização dos direitos dos povos indígenas diante das condicionantes:

No entanto, a decisão também **relativizou o direito dos índios ao usufruto exclusivo dos recursos naturais disponíveis em seus territórios**. Estabeleceu um conjunto de “salvaguardas” ou “condicionantes” da decisão que não se compatibiliza com o direito constitucional ao usufruto exclusivo dos povos indígenas sobre seus territórios, **nem com o direito supralegal à CCPLI**. (grifos nosso)

Ainda sobre a relativização dos direitos dos povos indígenas em virtude das condicionantes impostas, Silveira (2009, p. 231-232) discorre: “No entanto, retrocessos evidentes ocorreram com a fixação daquelas dezenove condicionantes, quase todas relativizando direitos indígenas em face do relevante interesse público da União e da política de defesa nacional”.

O caso Raposa Serra do Sol, atendeu ao procedimento demarcatório, mas este, não se mostrou suficiente para garantir legitimidade ao direito ao território dos povos indígenas. As condicionantes foram impostas, sem a consulta aos povos impactados por elas ao impor restrições, como ao usufruto exclusivo dos povos indígenas. Nesse sentido, destaca Silveira (2009, p. 231-232):

Dizendo de outro modo, resolveram a contento o impasse localizado sobre a Terra Indígena Raposa Serra do Sol, mas comprometeram toda a vindoura política indígena no Brasil. Insistimos que lendo as dezenove diretrizes fixadas, não encontramos uma sequer que tenha avançado na proteção futura dos indígenas brasileiros. Inversamente, a maioria delas veio para impor restrições ao usufruto exclusivo e constitucional da terra indígena, gravando severamente o peculiar bem jurídico de sustentação a todos os outros valores inerentes ao modo de vida daqueles povos.

Destaca-se que em decisões impositivas, onde não há participação das partes envolvidas com discursões públicas, essas decisões não se revestem de legitimidade, nesse sentido Habermas (1997 II, p. 41) reconhece:

Somente após uma “luta por reconhecimento”, desencadeada publicamente, os interesses questionados podem ser tomados pelas instâncias políticas responsáveis, introduzidas nas agendas parlamentares, discutidos e, eventualmente, elaborados na forma de propostas e decisões impositivas.

A consulta não é exclusiva as questões que se refere aos povos indígenas, como destaca Peruzzo (2017, p. 2.719) apontando documentos legais em que se encontra a participação popular, vejamos:

Vale registrar que a participação popular de maneira ampla foi prevista em diversos documentos legais elaborados após a Constituição de 1988. Em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069) assegurou o direito da criança e do adolescente a participar da vida política (artigo 16, inciso VI). Em 1992, foram promulgados o Pacto de Direitos Civis e Políticos (Decreto n. 592/92) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (Decreto 678/1992) que garantiram o direito à participação de todo cidadão na condução dos assuntos públicos de seu país. Em 1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.394) assegurou a gestão democrática do ensino público com a participação das comunidades escolar e local em conselhos escolares ou equivalentes (artigo 14, inciso II).

Para Peruzzo, a consulta prévia é instrumento de inclusão, Peruzzo (2016, p. 2712):

[...] como uma forma de promover diálogos interculturais não violentos, a tese que sustentamos aqui considera a consulta como instrumento de fortalecimento da democracia participativa e de inclusão de grupos culturalmente diferenciados, exprimindo a ideia de cidadania ativa, inclusão nas deliberações públicas e protagonismo da soberania popular.

O caso Raposa Serra do Sol foi objeto de Embargos de Declaração que apontou pontos em que o julgado teria violado diversos dispositivos da Convenção nº 169/OIT ao afastar a consulta aos povos indígenas e quando ocorreu a consulta, esta teve um caráter meramente opinativo.

O Embargos de declaração apontou: 1 - a exigência de prévia consulta às comunidades indígenas quanto à condicionante e 2 - a necessidade de prévia consulta ou autorização, por

parte dos índios quanto ao ingresso, trânsito e permanência de não-índios que não sejam autoridades públicas no exercício de suas funções. Em decisão quantos aos Embargos, o STF declarou que o direito a consulta dos povos indígenas não é absoluto:

VI.4. A participação das comunidades indígenas nas deliberações que afetem os seus interesses e direitos

67. A consulta aos indígenas é um elemento central da Convenção nº 169, da Organização Internacional do Trabalho. Essa convenção integra o Direito brasileiro, tendo sido internalizada pelo Decreto Legislativo nº 143/2002 e pelo Decreto Presidencial nº 5.051/2004, e foi considerada em diversas passagens do acórdão embargado. **Mas esse direito de participação não é absoluto – como, de resto, nenhum outro.** Sendo assim, certos interesses também protegidos pela Constituição podem excepcionar ou limitar, sob certas condições, o procedimento de consulta prévia. A defesa nacional é um exemplo acadêmico do que se acaba de dizer. Se questões estratégicas justificam até a aplicação de sigilo a informações de interesse público (CF/88, art. 5º, XXXIII), é natural que possam prescindir de prévia comunicação a quem quer que seja – aqui incluídas as comunidades indígenas. (grifo nosso)

A tese do marco temporal definido no caso Raposa Serra do Sol é objeto de discussão através do Recurso Extraordinário – 1017365 que teve reconhecida a existência de repercussão geral pelo Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, (BRASIL, STF. 2019, p. 1):

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de recurso extraordinário, submetido por unanimidade à sistemática da repercussão geral, sob o Tema 1031, com a seguinte ementa: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. POSSE INDÍGENA. TERRA OCUPADA TRADICIONALMENTE POR COMUNIDADE INDÍGENA. POSSIBILIDADES HERMENÊNTICAS DO ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. TUTELA CONSTITUCIONAL DO DIREITO FUNDAMENTAL INDÍGENA ÀS TERRAS DE OCUPAÇÃO TRADICIONAL. 1. **É dotada de repercussão geral a questão constitucional referente à definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena à luz das regras dispostas no artigo 231 do texto constitucional.** 2. **Repercussão geral da questão constitucional reconhecida.**” (RE 1017365 RG, Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe075 DIVULG 10-04-2019 PUBLIC 11-04-2019). (grifo nosso)

O recurso foi interposto pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) contra acórdão que confirmou sentença de primeira instância de reintegração de posse requerida pela Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (FATMA) de uma área localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás (SC), declarada administrativamente pela FUNAI como de ocupação tradicional dos indígenas Xokleng, localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, no Estado de Santa Catarina.

O Tribunal Regional da 4ª Região (TRF-4) entendeu que não há elementos que demonstrem que as terras seriam tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, como previsto na Constituição Federal em seu art. 231, e confirmou em sentença a reintegração de posse a Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (FATMA).

Quanto ao marco temporal criado pelo Supremo Tribunal Federal, foi desconsiderado que o esbulho era regra na invasão das terras dos povos indígenas, como se destaca no relatório da Comissão da Verdade, Texto 5 – Violações dos Direitos Humanos dos Povos indígenas (2014, p. 204-205):

Os povos indígenas no Brasil sofreram graves violações de seus direitos humanos no período entre 1946 e 1988. O que se apresenta neste capítulo é o resultado de casos documentados, uma pequena parcela do que se perpetrou contra os índios. Por eles, é possível apenas entrever a extensão real desses crimes, avaliar o quanto ainda não se sabe e a necessidade de se continuar as investigações.

Não são esporádicas nem acidentais essas violações: elas são sistêmicas, na medida em que resultam diretamente de políticas estruturais de Estado, que respondem por elas, tanto por suas ações diretas quanto pelas suas omissões. Omissão e violência direta do Estado sempre conviveram na política indigenista, mas seus pesos respectivos sofreram variações. **Poder-se-ia assim distinguir dois períodos entre 1946 e 1988, o primeiro em que a União estabeleceu condições propícias ao esbulho de terras indígenas e se caracterizou majoritariamente (mas não exclusivamente) pela omissão, acobertando o poder local, interesses privados e deixando de fiscalizar a corrupção em seus quadros;** no segundo período, o protagonismo da União nas graves violações de direitos dos índios fica patente, sem que omissões letais, particularmente na área de saúde e no controle da corrupção, deixem de existir. Na esteira do Plano de Integração Nacional, grandes interesses privados são favorecidos diretamente pela União atropelando direitos dos índios. A transição entre os dois períodos pode ser datada: é aquela que se inicia em dezembro de 1968, com o AI-5. (grifo nosso)

Ou seja, se tratava de plano de governo a exploração e ocupação por colonos que desencadeou o esbulho sofrido pelos povos indígenas. Dados do relatório da Comissão da Verdade (2014, p. 204) evidenciam: “Na década de 1940, Getúlio Vargas inicia uma política federal de exploração e ocupação do Centro-Oeste por colonos – a chamada “Marcha para o Oeste” – contatando populações indígenas isoladas e favorecendo a invasão e titulação de terras indígenas a terceiros.”

A violência e a perseguição infligidas aos povos indígenas evidenciavam uma tentativa de aniquilar esses povos com o objetivo de tomar posse de suas terras, o que se extrai do trecho abaixo transcrito do relatório da Comissão da Verdade (2014, p. 237-238):

No noroeste do Mato Grosso e sudeste de Rondônia, outros graves massacres ocorreram. A partir da década de 1950, os conflitos entre o povo Cinta Larga e seringalistas, empresas de mineração e de colonização na região do noroeste do Mato Grosso e sudeste de Rondônia, se intensificaram. Estima-se que uma população de 5 mil Cinta Larga morreu por diversos motivos: envenenamento por alimentos

misturados com arsênico; aviões que atiravam brinquedos contaminados com vírus da gripe, sarampo e varíola, e assassinatos em emboscadas, nas quais suas aldeias eram dinamitadas ou por pistoleiros.

Ao buscar estabelecer um marco temporal, o STF ignora que os povos indígenas sofreram violências e sofreram esbulhos de suas terras que originalmente habitavam.

Durante o julgamento, o Ministro Fachin iniciou seu voto destacando a importância do tema para devida compreensão do direito ao território dos povos indígenas, Fachin (2019, p. 1):

É, portanto, questão constitucional de relevância ímpar à adequada compreensão dos direitos possessórios das comunidades indígenas, a reclamar desta Corte que desvele as potencialidades hermenêuticas contidas no artigo 231 do texto constitucional, de modo a tutelar o direito fundamental dos índios ao exercício de seu modo de vida, cultura e existência, intimamente ligados à posse tradicional de suas terras

E reconhece o sentido da terra como vital para os povos indígenas, Fachin (2019, p. 3):

E, mais importante que o equacionamento jurídico da questão, está em julgamento a tutela do direito à posse de terras pelas comunidades indígenas, **substrato inafastável do reconhecimento ao próprio direito de existir dos povos indígenas, como notoriamente se observa da história dos índios em nosso País.**

O entendimento dos direitos dos povos indígenas como direito fundamental é confirmado pelo Ministro Fachin em seu voto e, portanto, devem ser garantidos pelo poder público, Fachin (2019, p. 33):

De início, cumpre afirmar que os direitos das comunidades indígenas consistem em direitos fundamentais, que garantem a manutenção das condições de existência e vida digna aos índios. Ao reconhecer “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, o artigo 231 tutela aos indígenas brasileiros direitos individuais e coletivos a ser garantidos pelos Poderes Públicos por meio de políticas que preservem a identidade de grupo e seu modo de vida, cultura e tradições.

Segundo o voto do Ministro Fachin, o art. 231 da CF/88 não deve sofrer modificação, compreendendo que incide sobre este a disposição do art. 60 § 4 da CF/88, portanto deve ser considerado como cláusula pétrea, Fachin (2019, p. 34):

Em primeiro lugar, incide sobre o disposto no artigo 231 do texto constitucional a previsão do artigo 60, §4º da Carta Magna, consistindo, pois, cláusula pétrea à atuação do constituinte reformador, que resta impedido de promover modificações tendentes a abolir ou dificultar o exercício dos direitos individuais e coletivos emanados do comando constitucional.

O Ministro Fachin ainda em seu voto, afirma que, sendo o art. 231 da CF/88 um direito fundamental, decisões legislativas não podem afetar esses direitos, Fachin (2019, p. 35):

Em segundo lugar, os direitos emanados do artigo 231 da CF/88, enquanto direitos fundamentais, estão imunes às decisões das maiorias legislativas eventuais com potencial de coartar o exercício desses direitos, uma vez consistirem em compromissos firmados pelo constituinte originário, além de terem sido assumidos pelo Estado Brasileiro perante diversas instâncias internacionais (como, por exemplo, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho e a Declaração das nações Unidas sobre os Povos Indígenas). Portanto, consistem em obrigações exigíveis perante a Administração Pública, consistindo em dever estrutural a ser desempenhado pelo Estado, e não meramente conjuntural

A inadmissibilidade do retrocesso aos direitos dos povos indígenas ocorre por se tratar de direito fundamental, destaca o Ministro Fachin em seu voto, Fachin (2019, p. 35): “[...] por se tratar de direito fundamental, aplica-se aos direitos indígenas a vedação ao retrocesso e a proibição da proteção deficiente de seus direitos, uma vez que atrelados à própria condição de existência e sobrevivência das comunidades e de seu modo de viver.” E ainda que: “[...]por se tratar de direito fundamental, deve-se observar o princípio da máxima eficácia das normas constitucionais, fazendo necessário manter coerência com uma hermenêutica que cumpra os objetivos da Constituição”.

Quanto ao procedimento demarcatório, o Ministro Fachin afirma que tem natureza jurídica declaratória, Fachin (2019, p. 42): “A natureza jurídica do procedimento demarcatório é meramente declaratória, consiste na exteriorização da propriedade da União, vinculada e afetada à específica função de servir de *habitat* para a etnia que a ocupe tradicionalmente”.

O Ministro conclui com voto pelo provimento do recurso extraordinário, com a anulação da decisão recorrida, propondo a fixação de tese referente à resolução do Tema 1031 da repercussão geral de que, Fachin (2019, p. 108): “Os direitos territoriais indígenas consistem em direito fundamental dos povos indígenas e se concretizam no direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, com os seguintes pressupostos:

I - A demarcação consiste em procedimento declaratório do direito originário territorial à posse das terras ocupadas tradicionalmente por comunidade indígena;

II - A posse tradicional indígena é distinta da posse civil, consistindo na ocupação das terras habitadas em caráter permanente pelos índios, das utilizadas para suas atividades produtivas, das imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e das necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições, nos termos do §1º do artigo 231 do texto constitucional;

III - a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da existência de um marco temporal em 05

de outubro de 1988, porquanto não há fundamento no estabelecimento de qualquer marco temporal; IV - a proteção constitucional aos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam independe da configuração do renitente esbulho como conflito físico ou controvérsia judicial persistente à data da promulgação da Constituição.

V - O laudo antropológico realizado nos termos do Decreto nº 1.776/1996 é elemento fundamental para a demonstração da tradicionalidade da ocupação de comunidade indígena determinada, de acordo com seus usos, costumes e tradições;

VI - O redimensionamento de terra indígena não é vedado em caso de descumprimento dos elementos contidos no artigo 231 da Constituição da República, por meio de procedimento demarcatório nos termos nas normas de regência;

VII - as terras de ocupação tradicional indígena são de posse permanente da comunidade, cabendo aos índios o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e lagos nelas existentes;

VIII - as terras de ocupação tradicional indígena, na qualidade de terras públicas, **são inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis;**

IX - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a posse, o domínio ou a ocupação das terras de ocupação tradicional indígena, ou a exploração das riquezas do solo, rios e lagos nelas existentes, não assistindo ao particular direito à indenização ou ação em face da União pela circunstância da caracterização da área como indígena, ressalvado o direito à indenização das benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé;

X - Há compatibilidade entre a ocupação tradicional das terras indígenas e a tutela constitucional ao meio ambiente.”

Em análise ao voto do Ministro Fachin, extrai-se o reconhecimento do direito ao território dos povos indígenas nos termos da CF/88 e que a demarcação é a formalização desse direito e compreende-se também que os povos indígenas devem consultados sobre as medidas que impactam em suas terras, o que se extrai do texto transcrito abaixo quando trata da compatibilidade entre a posse e o usufruto das terras indígenas, Fachin (2019, p. 98):

Dessa feita, e em se considerando que incumbe à União a proteção dos bens indígenas, e também incumbe-se da manutenção das Unidades de Conservação Federais, não compreendo existir incompatibilidade na chamada dupla afetação da área, **assegurado o direito das comunidades de participarem das decisões acerca da administração das unidades, nos termos do artigo 15 da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, em consonância com o exercício da posse permanente e usufruto da terra indígena.** (grifo nosso)

O voto traz a compreensão do reconhecimento de que o Estado Brasileiro é composto de sociedade plural onde todos devem participar das decisões que impactam em suas vidas, o que na compreensão de Habermas é determinante para um direito ser legitimado.

Após o voto do relator nos autos do Recurso Especial nº 1017365, foi dado início ao voto do Ministro Nunes Marques, que divergiu do Ministro Edson Fachin, relator, para negar provimento ao recurso extraordinário. Com abertura de divergências e pedido de vistas dos autos pelo Ministro Alexandre de Moraes, o julgamento foi suspenso.

Embora o dever da União para a demarcação das terras esteja previsto constitucionalmente, no caso Raposa Serra do Sol, a União não atuou buscando garantir a legitimidade do direito ao território dos povos indígenas. É importante ressaltar que a demarcação de terras indígenas deve ser feita de forma participativa e respeitando o direito dos povos indígenas à consulta prévia, livre e informada.

De acordo com Luhmann, seguir o procedimento é suficiente para legitimação do direito. No entanto, Habermans acredita que simplesmente seguir o procedimento não é suficiente, uma vez que isso não garante a legitimidade. Habermans defende a ideia de que é necessário restabelecer a conexão entre democracia e direito, e que a democracia só pode ser alcançada se todos tiverem a oportunidade de participação na construção de seus direitos.

CAPITULO 3 - O DEVER DO ESTADO EM GARANTIR A LEGITIMIDADE DO DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS AO TERRITÓRIO

É importante destacar então que a legitimação apresentada por Niklas Luhmann difere da legitimidade de Jürgen Habermas, uma vez que a primeira significa que através do procedimento, se alcança a legitimação, ou seja, o procedimento em si é o que garante a legitimação das decisões, ele é baseado em uma série de regras e procedimentos que são alcançados por uma sociedade, enquanto a segunda diz respeito a legitimidade do direito alcançada por procedimentos estabelecidos através da comunicação livre e racional entre os indivíduos envolvidos no processo de tomada de decisão. Ou seja, quando todos os envolvidos tiveram a oportunidade de expressar seus pontos de vista, de forma livre e igualitária, e quando as decisões são tomadas com base em argumentos racionais e justificáveis.

Nesse sentido, o capítulo 3 abordará papel constitucionalmente imputado ao Estado em garantir a legitimidade do direito dos povos indígenas ao território.

Na compreensão da importância ao direito ao território ser legitimado para garantia de demais direitos, far-se-á uma abordagem analítica do art. 67 do ADCT, abordando a necessidade de demarcação efetiva das terras indígenas e a importância da consulta prévia.

Considerando ainda a fundamentalidade do direito ao território, apontar-se-á sugestões como forma de contribuição para que os povos indígenas possam ter seus direitos fundamentais já consagrados e que estão à margem do seu acesso.

3.1 A natureza mandamental do artigo 67 do ADCT e dever do Estado de agir.

O Ato de Disposições Transitórias Constitucionais tem natureza jurídica de norma constitucional e representa um conjunto normativo de adequação entre uma ordem constitucional antiga e a nova ordem constitucional.

A demarcação das terras indígenas prevista no art. 231 da CF/88 já se apresentava regulamentada no Estatuto do Índio, em seu art. 19, e o prazo para demarcar as terras indígenas foi estabelecido no Estatuto do Índio em seu art. 65:

Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

Art. 65: O Poder Executivo fará, no prazo de cinco anos, a demarcação das terras indígenas, ainda não demarcadas.

Em 1988, foi determinado no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que as terras indígenas deveriam ser demarcadas no prazo de cinco anos após a promulgação da CF/88, disposição do art. 67 do ADCT:

A União concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.

O dispositivo apresenta uma ordem ao Estado estabelecendo prazo para conclusão, mas a União não cumpriu esse prazo e as demarcações não avançam.

Ao analisar a atuação do Estado em face das demarcações, alguns critérios devem ser considerados, entre eles o cumprimento do prazo estabelecido, a agilidade no processo de demarcação, a participação dos povos indígenas no processo de demarcação. A participação é um aspecto importante para garantir que suas necessidades e interesses sejam considerados, e o Estado deve garantir a participação dos povos indígenas em todas as etapas do processo de demarcação, através da realização de consultas prévias e informadas, conforme estabelecido na Convenção 169 da OIT.

Durante toda a gestão de 2019 a 2022 do ex-presidente Jair Bolsonaro, houve omissão ao processo de demarcação de terras, confirmando seu discurso durante a campanha política para eleição no cargo de Presidente da República, onde anunciou que seria demarcação zero

das terras indígenas. Ganhou eleição e cumpriu a promessa de demarcação zero. Vejamos quadro demonstrativo abaixo (Quadro 1):

Quadro 1 – Homologações de terras indígenas por gestão presidencial

Governo	Período	Nº de homologações	Média anual
José Sarney	1985 – 1990	67	13
Fernando Collor de Melo	Jan. 1991 – Set 1992	112	56
Itamar Franco	Out. 1992 – Dez 1994	18	9
Fernando Henrique Cardoso	1995 - 2002	145	18
Luiz Inácio Lula da Silva	2003 – 2010	79	10
Dilma Rousseff	Jan. 2011 – Ago 2016	21	5,25
Michel Temer *	Ago. 2016 – Dez 2018	1	0,5
Jair Bolsonaro	Jan. 2019	0	0

*A única homologação assinada pelo governo de Michel Temer foi suspensa por decisão judicial.

Fonte: RELATÓRIO – Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2019. Conselho Indigenista Missionário – CIMI, p.53

Trata-se de competência da União a demarcação das terras e contrariar o preceito constitucional em concluir a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos traz insegurança jurídica.

Assis e Batista (2020, p.465 - 466) destacam que o representante do Poder Executivo na gestão de 2019 a 2022 promoveu diversas ações no sentido de enfraquecimentos dos direitos dos povos indígenas:

Por meio de Medidas Provisórias e Decretos o Presidente da República tem promovido tentativas de enfraquecer outros direitos indígenas.

Em algumas delas sofreu interferências do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal, em outras decidiu editar nova espécie normativa alterando seu posicionamento anterior. **Entre “idas e vindas” observou-se o trânsito da responsabilidade pela demarcação de terras indígenas entre o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e a FUNAI (Medida Provisória 886/2019 e Medida Provisória 870/2019) e também alterações no funcionamento da Secretaria Especial de Saúde Indígena (Sesai) que enfraquecem o respeito à medicina tradicional indígena (Decreto 9795/2019).** (grifo nosso)

Se evidencia atuação do Estado em dissonância às conquistas dos povos indígenas. Scalco e Louvison (2020, p.1) apontam projetos de lei que visam alterar e retroceder essas conquistas:

Projeto de Lei nº 692/1991, que trata da mineração em terras indígenas, e a Proposta de Emenda à Constituição nº 215/2000, que tenta estabelecer que somente o Congresso Nacional possa demarcar e ratificar terras indígenas já demarcadas. “Estes projetos denotam a fragilidade das conquistas constitucionais dos povos

indígenas, e estão ameaçadas pelo crescente conservadorismo no governo brasileiro e pela expansão das fronteiras do agronegócio”. (grifo nosso)

No entendimento de que há movimento de descontinuidade das políticas direcionadas aos povos indígenas, Dantas (2020, p.64) destaca a omissão do Estado quanto a demarcação:

:

Entretanto, ao contrário das determinações constitucionais, referentes à demarcação e proteção dos territórios indígenas e sua consequente proteção, estão em curso no atual governo de Jair Messias Bolsonaro, movimentos de descontinuidade da política indigenista fundada no reconhecimento de direitos diferenciados. (grifo nosso)

E ainda, assevera que são os direitos positivados na constituição que não encontram eficácia plena, Dantas (2020, p. 65-66):

Compreender o contexto paradoxal no qual direitos positivados em escala constitucional não encontram plena eficácia social e institucional, no caso, por parte do poder executivo federal com influências regionais e locais, implica em análise empírica quanti/qualitativa de dados, políticas sociais e ações em relação indissociável com o escopo normativo interno em perspectiva com o direito internacional dos direitos humanos. (grifo nosso)

Nessa linha de entendimento, observa-se a existência de um paradoxo diante da atuação contrária do Estado, que deveria proteger os direitos dos povos indígenas e faz o inverso. Pereira e Aguiar (2017, p. 344) destacam:

Por vezes, as eventuais insatisfações de grupos de minorias são levadas para resolução junto ao Judiciário, justamente por não possuir espaço de debate nas esferas do Poder Executivo e Legislativo. Temos então um paradoxo: **um sistema que deveria representar a sociedade e promover a participação política, acaba por excluir a voz de diversos grupos de minorias que quase sempre, são sujeitos de direitos e reivindicações dispostas no próprio texto Constitucional.** (grifo nosso)

Os conflitos fundiários tem uma íntima ligação com a omissão do Estado em demarcar as terras indígenas. No relatório de violência contra os povos indígenas - Brasil 2019 (2019, p. 72) é evidenciado o crescimento no ano de 2019 em relação ao ano anterior de conflitos por causa das terras indígenas. Vejamos:

No ano de 2019 foram registrados 35 casos de conflitos relativos a direitos territoriais, sendo eles nos estados do Acre (3), Alagoas (1), Amazonas (5), Espírito Santo (1), Maranhão (2), Mato Grosso (1), Mato Grosso do Sul (10), Pará (2), Paraná (1), Pernambuco (1), Rio Grande do Sul (2), Roraima (3), Santa Catarina (2) e São Paulo (1). É bastante explícito que a paralização de todos os processos de demarcação das terras reivindicadas pelos povos indígenas e a revisão de procedimentos

demarcatórios, de terras já demarcadas realizada pela própria Presidência da Funai, incentivou a ocorrência de conflitos em todas as regiões do país. Em 2018, haviam sido registrados 11 casos de conflitos, três vezes a menos que o total de 2019. Ou, seja, a postura mais agressiva do governo teve consequências perversas para as populações indígenas em seus territórios.

O Conselho Indigenista Missionário – CIMI – (2019, p.6), em seu relatório produzido anualmente intitulado Violência Contra os Povos Indígenas do Brasil, destaca que: “A intensificação das expropriações de terras indígenas, forjadas na invasão, na grilagem e no loteamento, consolida-se de forma rápida e agressiva em todo o território nacional, causando uma destruição inestimável.”.

A legitimidade da União em cumprir o processo de demarcação das terras indígenas é questionada, a União não se revela representando os povos indígenas, pela ausência de demarcações e quando essas ocorrem não ganha legitimidade por não haver participação desses povos.

No governo atual, gestão do Presidente Luís Inácio Lula da Silva, medidas foram implementadas no primeiro dia de governo quanto aos povos indígenas. Foi criado o Ministério dos Povos Indígenas através do Decreto nº 11.355 de 1º de janeiro de 2023, e que tem como atribuição:

Art. 1º O Ministério dos Povos Indígenas, órgão da administração pública federal direta, tem como área de competência os seguintes assuntos:
I - Política indigenista;
II - Reconhecimento, garantia e promoção dos direitos dos povos indígenas;
III - reconhecimento, demarcação, defesa, usufruto exclusivo e gestão das terras e dos territórios indígenas;
IV - Bem viver dos povos indígenas;
V - Proteção dos povos indígenas isolados e de recente contato; e
VI - Acordos e tratados internacionais, em especial a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, quando relacionados aos povos indígenas.
(grifo nosso)

A Fundação Nacional dos Povos Indígenas (FUNAI) e o Conselho Nacional de Política Indigenista (CNPI), criado em 2015 pela ex-presidente Dilma Rousseff para garantir a participação de representantes dos povos indígenas na formulação de políticas públicas, deixam de estar vinculados ao Ministério da Justiça e Segurança Social e passam a integrar o Ministério dos Povos Indígenas.

O Ministério será comandado pela Ministra Sônia Guajajara, pertence ao Povo Guajajara/Tentehar que habita as matas da Terra Indígena Araribóia no Estado do Maranhão, sendo a primeira indígena a ocupar um cargo no primeiro escalão. Tem formação acadêmica em Letras e Enfermagem, fez pós-graduação em Educação Especial e defende os direitos dos

povos originários e o meio ambiente. A ministra é ativa no Conselho de Direitos Humanos da ONU e, desde 2009, leva denúncias às Conferências Mundiais do Clima ao Parlamento Europeu, entre outros órgãos e instâncias internacionais.

O Ministério será composto por três secretarias:

1 - Secretaria de Direitos Ambientais e Territoriais Indígenas, formada pelos departamentos de Demarcação Territorial e de Proteção Territorial e de Povos Indígenas Isolados e de Recente Contato; 2 - Secretaria de Gestão Ambiental e Territorial Indígena, formada pelos departamentos de Justiça Climática e o de Gestão Ambiental, Territorial e Promoção ao Bem Viver Indígena; 3 - Secretaria de Articulação e Promoção de Direitos Indígenas, formada pelos departamentos de Promoção da Política Indigenista e de Línguas e Memórias Indígenas e destacamos o Departamento de Mediação e Conciliação de Conflitos Fundiários Indígenas, que não está vinculado a nenhuma secretaria.

Entre as medidas imediatas, há mudança quanto a expedição das portarias demarcatórias que saem da responsabilidade do Ministério da Justiça e passa para ser de responsabilidade do Ministério dos Povos Indígenas.

O atual governo federal, o Presidente Lula, durante a 52ª Assembleia Geral do Povos Indígenas afirmou: "Vocês são a origem da criação do nosso país, da nossa cultura e da nossa raça. Daqui para frente, vocês serão tratados com o valor que merecem".

Com esse posicionamento da União propagado através do representante do Poder Executivo, espera-se o cumprimento do processo demarcatório das terras indígenas e, assim, o art. 67 do ADCT possa perder definitivamente sua aplicabilidade prática.

3.2 A necessidade de demarcação efetiva das Terras Indígenas

O reconhecimento do direito dos povos indígenas ao território tem implicações importantes em diversas áreas, como a preservação do meio ambiente e a garantia dos direitos culturais desses povos.

Compreende-se que é preciso olhar a palavra terra de forma mais ampla, não apenas uma área com limites espaciais e de posse dos povos indígenas, de onde apenas se trabalha, obtém recursos para sobrevivência como se extrai do ordenamento jurídico.

A terra para os povos indígenas está atrelada ao seu modo de vida, englobando sua sobrevivência física, sociocultural e espiritual, a condição de viver em conformidade com a sua cultura, tradições, saberes, e de forma de organização. Precisa-se pensar como território quando

se refere às terras indígenas, ou seja, como um recurso sociocultural, de reprodução social, cultural e espiritual de um povo.

Para os povos indígenas pode-se destacar ponto em comum, que é a relação com a terra, de vínculo primordial para sua sobrevivência, destaca Begotti (2020, p.p):

Uma característica comum a todos os povos indígenas é o vínculo com suas terras ancestrais. **A terra é parte fundamental na concepção da identidade coletiva desses povos e da própria identificação individual pela qual as pessoas se definem como índios.** Dessa forma, o acesso à terra é imprescindível para a manutenção da coesão social, para a plena manifestação cultural e dos modos de vida tradicionais.

Segundo o relatório Violência Contra Povos Indígenas do Brasil (2019, p. 53), produzido pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI) de 2019, extrai-se que apenas 408 terras indígenas foram demarcadas, 536 terras indígenas reivindicadas e 63 aguardam homologação da Presidência da República.

A falta da demarcação das terras ameaça a sobrevivência física, continuidade étnica por impedir a realização das práticas tradicionais, as cerimônias e tradições que são fundamentais para propagação da cultura ancestral, sendo então fundamental a efetividade do direito ao território para sobrevivências desses povos.

Do processo de demarcação ainda deriva políticas de garantia de segurança alimentar, saúde, educação e ainda a preservação da diversidade cultural desses povos.

Nesse entendimento, destacamos o voto do Ministro Edson Fachin em voto contrário a tese do marco temporal, Fachin (2019, p. 17) onde expressa: “Terra Indígena, no imaginário coletivo aborígene, não é um simples objeto de direito, mas ganha dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia”.

Há intensa luta desses povos em garantir seu território. São interesses econômicos e políticos que negligenciam os direitos dos povos indígenas, colocando milhares de vidas em desvantagem, até mesmo direitos básicos como moradia, saúde e segurança. A demarcação é importante para garantir a segurança e a integridade física devido aos conflitos com invasores que tentam se apropriar de suas terras.

A necessidade em demarcar as Terras Indígenas é de materializar o direito ao território que é fundamental para a preservação de suas culturas, tradições e modos de vida e, portanto, para sua própria sobrevivência. E ainda, destaca-se que as terras dos povos indígenas são importantes para a proteção do meio ambiente e da biodiversidade, pois muitas vezes elas estão

localizadas em regiões de florestas e áreas naturais preservadas, contribuindo positivamente quanto as questões climáticas, sendo então de relevância global.

Outro motivo para a demarcação das Terras Indígenas é que ela é uma forma de reparação histórica, já que os povos indígenas foram expulsos de suas terras e tiveram seus direitos violados ao longo da história do Brasil. A demarcação é uma forma de reconhecer formalmente o direito desses povos sobre suas terras tradicionalmente ocupadas.

Entretanto, compreende-se que o direito ao território não se limita apenas a delimitação da área e, sim, que os povos indígenas devem poder exercer sua autodeterminação e governo, participando ativamente das decisões que envolvem seu território. Assim, o direito ao território será legitimado.

3.3 A necessidade de garantir a consulta prévia, livre e informada

O direito à consulta prévia, livre e informada tem proteção nacional após a ratificação da Convenção n.º 169/OIT. Ademais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas englobam o direito a consulta prévia livre e informada no rol dos direitos para esses povos.

Acerca do princípio da consulta prévia aos povos indígenas, o art.6º e art. 7º da Convenção n.º 169/OIT determina:

Art. 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) **consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;**

b) **estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente**, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. **As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé** e de maneira apropriada às circunstâncias, **com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.** (grifos nosso)

Art. 7º I. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. **Além disso, esses povos**

deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.
(grifo nosso)

Ainda, quando se tratar do uso de recursos naturais em área dos povos indígenas, nos termos do art. 231, parágrafo 3º da CF/88, devem ser ouvidos:

Art. 231 (...) *omissis*,

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

Várias são as decisões nos Tribunais que reconhecem o direito à consulta prévia em casos que envolvem os povos indígenas, relata Garzón, Yamada e Oliveira (2016, p. 9). A título exemplificativo transcreve-se:

1 - Usina Hidrelétrica Belo Monte: em fase final de construção no médio curso do rio Xingu, Estado do Pará. O Tribunal Regional Federal da 1ª Região desqualificou as reuniões informativas realizadas pelo governo enquanto consulta prévia e ordenou a suspensão das obras para a consulta aos povos indígenas afetados (Arara, Juruna, Araweté, Parakanã, Xikrin, Xipaya e Kuruaya). Ação Civil Pública nº. 2006.39.03.000711-8.

2- Usina Hidrelétrica São Manoel: em início de construção no rio Teles Pires, fronteira dos Estados do Pará e Mato Grosso. A Justiça Federal ordenou ao governo brasileiro consultar os povos indígenas Munduruku, Kayabi e Apiaká. Ação Civil Pública nº. 14123-48.2013.4.01.3600.

3 - Linhão Manaus-Boa Vista: linhão de energia elétrica que corta os Estados do Amazonas e Roraima. A Justiça Federal reconheceu a obrigação de o governo consultar o povo indígena Waimiri Atroari, afetado pelo projeto. Ações Cíveis Públicas nº 18408-23.2013.4.01.3200 e 18032-66.2015.4.01.3200.

Em contrapartida, também há julgados que ignoram a consulta prévia. Garzón, Yamada e Oliveira (2016, p. 27) elencam principais medidas legislativas em tramitação sem consulta prévia, apesar de afetarem diretamente os povos indígenas:

1 - Projeto de Lei sobre reconhecimento e demarcação de terras indígenas – Projeto de Lei nº. 1.216/2015: revoga o Decreto nº1.775/1996 - que regulamenta o artigo 231 da Constituição Federal e estabelece procedimento administrativo para demarcação de terras indígenas –propõe nova regulamentação de acordo com o que dispõe a Portaria nº 303 da AGU, restringindo de sobremaneira direitos territoriais indígenas. Fixa o marco temporal de 5 de outubro de 1998 (data da promulgação da Constituição Federal) como referência para definir a ocupação tradicional dos povos indígenas. Não teriam direito ao território os povos indígenas que, por razão de expulsão ou esbulho, não ocupassem suas terras à época do marco temporal.

2 - Projeto de Emenda Constitucional que altera regras de demarcação de terras Indígenas – Proposta de Emenda Constitucional nº. 71/2011: altera o parágrafo 6º do artigo 231 da Constituição Federal. Prevê o pagamento de indenizações aos proprietários rurais de “boa fé” que tenham títulos de propriedades incidentes sobre terras indígenas. Atualmente, como os povos indígenas possuem direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, os títulos são nulos e apenas as benfeitorias são indenizadas. Segundo a proposta aprovada recentemente pelo Senado, o pagamento das indenizações será feito em dinheiro ou em Títulos de Dívida Agrária, a critério do proprietário. Existe o temor de que a alteração paralise novas demarcações, em razão do alto valor das indenizações.

Quando o Estado valida a imposição de uma lei, uma obra ou política pública que não foi discutida e até mesmo não foi compreendida pelos povos indígenas, viola seu direito de auto determinação, perpetuando ciclo de violências que esses povos enfrentam secularmente.

Habermas (1997 II, 308) indaga “Onde se fundamenta a legitimidade de regras que podem ser modificadas a qualquer momento pelo legislador político?”:

Ora, **o processo democrático da criação do direito constitui a única fonte pós-metafísica da legitimidade.** No entanto, é preciso saber de onde ele tira sua força legitimadora. **A teoria do discurso fornece uma resposta simples, porém inverossímil à primeira vista: o processo democrático, que possibilita a livre flutuação de temas e de contribuições, de informações e de argumentos, assegura um caráter discursivo à formação política da vontade,** fundamentando, deste modo, a suposição falibilista de que os resultados obtidos de acordo com esse procedimento são mais ou menos racionais. Prima facie há duas considerações que falam a favor do princípio da teoria do discurso. (grifos nosso)

E esclarece apresentando posicionamentos que corroboram com o princípio da teoria do discurso, Habermans (1997ii, 308 - 309):

Do ponto de vista de uma teoria da sociedade, o direito preenche funções de integração social; com efeito, associado ao sistema político configurado através de constituições, o direito assume a garantia pelas perdas que se instalam na área da integração social

Do ponto de vista da teoria do direito, as ordens jurídicas modernas extraem sua legitimação da ideia de autodeterminação, pois as pessoas devem poder se entender a qualquer momento como autoras do direito, ao qual estão submetidas como destinatários. (grifo nosso)

Nesse sentido, a legitimidade do direito depende de um processo de legislação democrático e somente um povo cujos direitos fundamentais são respeitados e que goza de soberania pode participar como cidadão livre, igual e com direito de participação política em tal processo.

Quando se observa as condicionantes e marco temporal estabelecido no julgamento Raposa Serra do Sol, estamos diante de um processo de legitimação pelo procedimento, que em

uma sociedade plural não se admite, pois os interessados não participam das decisões, não fazem parte do processo de legitimação.

O STF relativizou o direito à consulta prévia no julgado do Embargos de Declaração no caso Raposa Serra do Sol, com entendimento de que não se tratava de um direito absoluto, Garzón, Yamada e Oliveira (2016, p. 11),

No que diz respeito à consulta, no caso Raposa Serra do Sol, o STF entendeu que não se trata de um direito absoluto, podendo ser excepcionado quando estiverem em jogo outros bens constitucionais relevantes, como a defesa nacional. Significa que a corte constitucional brasileira compreendeu que operações militares não gerariam a obrigação de consulta aos povos afetados da região.

Destaca-se, em alinhamento com a teoria de legitimidade de Habermas, que as decisões são ilegítimas quando não há diálogo com participação das minorias, e havendo participação, essa deve se dar através de uma argumentação efetiva e não apenas informativa.

A ausência de interação entre a ordem jurídica tradicional e a ordem jurídica emanada de minorias, no caso, populações indígenas, pode gerar a falta de legitimidade e justiça de decisões administrativas tomadas de maneira legalmente correta, porém politicamente instáveis. É apresentado por Pereira e Aguiar (2017, p. 356 - 357) o caso da duplicação da Estrada de Ferro Carajás:

Verifica-se nesse caso que, a decisão administrativa tomada pelo Estado, representado pela FUNAI, **em face dos indígenas careceria de legitimidade em razão da ausência de diálogo efetivo entre os protagonistas dessa relação: Estado, empresa e comunidades indígenas.**

Os elementos do diálogo, entendidos como interlocutores efetivos, mensagem clara e efetiva oitiva de ambos os lados não foram cumpridos, seja em razão da ausência de alguns grupos que compõe a RI de Mãe Maria, seja pela alegação dos indígenas de que não houve explicação clara e suficiente da situação que envolve a duplicação da estrada de ferro, seja pela ausência de disposição das partes em efetivamente dialogar. (grifo nosso)

A ausência de diálogo e de fluxo comunicacional entre os sujeitos envolvidos no caso, gera uma decisão sem validade e sem legitimidade. A importância dos estudos de Habermans nessa construção é apresentado por Pereira e Aguiar (2017, p. 356 – 357):

Há uma necessidade de repensar a democracia dentro da ciência política, tanto na busca da interação e representatividade das minorias nacionais que compõe o Estado moderno, quanto pela busca de instrumentos que façam esse papel de preenchimento de lacunas de legitimidade e **é nesse ponto que os estudos de Habermas auxiliam na construção de uma base política sólida que justifique o uso de meios alternativos de diálogo, como a consulta prévia por exemplo.** (grifo nosso)

E ainda, Pereira e Aguiar (2017, p. 356 – 357) destacam a necessidade de fluxos comunicativos como fundamental em respeito à autodeterminação dos povos indígenas:

Os fluxos comunicativos e os próprios elementos necessários para o diálogo, tal qual construídos nas teorias de Habermas, são as bases necessárias para a escolha de formas de representatividade bem como de validação de ações políticas assumidas em face das comunidades indígenas. A ausência de tais instrumentos acaba segregando e calando as diferenças e necessidades dos índios, que constitucionalmente e internacionalmente possuem o direito de serem ouvidos, o direito de poderem interferir e dialogar sobre as ações que afetem seus modos de vida.

A Convenção 169 da OIT ao dispor sobre a consulta prévia, determina que devem utilizar procedimentos próprios para assegurar “um ponto de participação de um mínimo de equivalência entre as partes envolvidas”, assevera Peruzzo (2017, p. 2.727).

Sobre o tema Nogueira Júnior (2021, p. 73) discorre: O princípio da consulta prévia não significa simples informação, de sorte que a OIT tem reiterado que o simples ato de informar os povos afetados sobre decisões administrativas e legislativas que lhes afetam não é o bastante para lhes garantir o direito à consulta prévia”.

E ainda, observa Nogueira Júnior (2021, p. 74) que:

Ademais, é oportuno enfatizar, no que concerne ao princípio de consulta aos povos indígenas/autóctones, que o Estado, assumindo a função, seja como Poder Legislativo, seja como função de Executivo, tem a obrigação de comunicar eficazmente a informação referente a decisões em processo de adoção, nunca após sua definição.

Embora haja a previsão do direito à consulta prévia, a dificuldade reside na forma que esse direito será exercido, ou seja, legitimado. Compreende-se que deve passar por uma participação ativa com consciência plena de cidadania.

Peruzzo (2017, p. 2.720) sustenta a consulta prévia como forma de fortalecer a democracia, em um processo de cidadania que chama de baixo para cima, ou seja, através da iniciativa do cidadão:

Quando sustentamos aqui a consulta prévia como uma forma de enraizamento da democracia participativa, estamos dialogando com essa proposta de uma cidadania de baixo para cima. **Em outros termos, o que estamos entendendo aqui por democracia participativa não significa a anulação das funções do Congresso Nacional ou dos gestores públicos, mas o fortalecimento de processos em que grupos minoritários tenham a oportunidade de apresentar os seus pontos de vista e, se for o caso, de dizerem “não” às propostas de leis e às políticas públicas de cima pra baixo** e que, por isso mesmo, repetem a lógica colonial e violam direitos humanos reconhecidos na Constituição, nos tratados e convenções internacionais e na legislação infraconstitucional.(grifo nosso)

Em virtude da omissão do Estado em promover a consulta prévia, sendo sistematicamente negado em práticas políticas, administrativas e até judiciais do Estado Brasileiro, assinala Garzón, Yamada e Oliveira (2016, p. 57), que, as comunidades ou povos de forma autônoma elaboram os seus protocolos de consulta:

Os protocolos de consulta elaborados, discutidos e pactuados de forma autônoma por comunidades ou povos são instrumentos que **explicitam sua governança interna, materializando e traduzindo em regras concretas os princípios orientadores do direito de consulta, que estabelecem a obrigatoriedade da adoção de procedimentos apropriados às circunstâncias e do respeito às instituições representativas de cada povo e/ou comunidade.** (grifo nosso)

Os protocolos de consulta ao materializar e definir as regras quanto a consulta prévia, estabelecem orientação para o exercício do direito. Concluem Garzón, Yamada e Oliveira (2016, p. 57): “Ao governo cabe, não apenas observá-los e respondê-los, como também promover concretamente seu entendimento e sua elaboração autônoma por parte dos povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais de todo o Brasil”

Quanto a elaboração dos protocolos autônomos de consulta, Souza Filho, Silva, Oliveira e Motoki (2019, p.13) relatam que “Quem partiu na frente foi o povo indígena Wajãpi (pronuncia-se “uaiãpi”), do Amapá, cujo território está inserido na famosa Reserva do Cobre e Associados (RENCA)” e que sobre a consulta o Povo Wajãpi afirma: “[...] que se trata de um “diálogo intercultural” que deve ser marcado pela “boa-fé””

Outros povos indígenas seguiram buscando sua própria maneira de ter a consulta prévia respeitando sua cultura. Os povos Munduruku, por exemplo, foram impulsionados a elaboraram seus protocolos quando entre os anos de 2011 e 2016, a União tentou construir a Usina Hidrelétrica São Luiz do Tapajós, prevista para ser implantada no médio rio Tapajós, sem garantir o direito à consulta prévia, livre e informada aos Povos Munduruku e às diversas comunidades tradicionais que seriam diretamente afetadas, relata Souza Filho, Silva, Oliveira e Motoki (2019, p.111-112):

Após idas e vindas de uma intrincada disputa judicial em ação movida pelo Ministério Público Federal (MPF), e anos de reivindicação dos indígenas e ribeirinhos, o Superior Tribunal de Justiça determinou que o governo federal não poderia avançar no licenciamento ambiental do empreendimento (emissão de Licença Prévia) sem que os indígenas e as comunidades tradicionais fossem consultadas de maneira prévia, livre e informada. Embora determinado por decisão judicial, o processo de consulta prévia se via constantemente ameaçado; o governo federal o conduzia de maneira enviesada e sem garantir às comunidades qualquer poder de decisão, evidenciando que o governo visava tão somente referendar sua decisão, previamente tomada e aparentemente irreduzível.

Entre os anos de 2012 e 2014 o Estado e os Povos Munduruku não conseguiam realizar uma consulta que lhe permitissem uma participação legítima. Diante disso, os povos Munduruku, exigiram, então, a suspensão das tratativas por alguns meses, para que pudessem realizar oficinas e discussões internas sobre a Convenção n. 169 e o direito à consulta, antes de voltarem a dialogar com o governo. Souza Filho, Silva, Oliveira e Motoki (2019, p.115), explica:

O objetivo era se familiarizar com os direitos previstos na Constituição e na Convenção n. 169, para que pudessem exercer o controle social do processo de consulta prévia do qual participariam. Solicitaram ao MPF a realização de oficinas sobre o tema. No entanto, o órgão não detinha condições financeiras e de recursos humanos para atender ao pedido. Os indígenas fizeram o contato com diversas organizações não governamentais e movimentos sociais, que, em rede, criaram o Projeto Convenção n. 169, com a colaboração do MPF e com participação ativa dos Munduruku em sua concepção.

Foram realizadas oficinas, e após a primeira rodada, os Povos Munduruku seguiram discutindo internamente o direito à consulta e o esboço do Protocolo. Destaca Souza Filho, Silva, Oliveira e Motoki (2019, p.120-121) que: “Em 13 e 14 de dezembro de 2014, foi realizada assembleia geral ordinária do povo Munduruku, na aldeia Sai Cinza, na qual fora aprovado o Protocolo de Consulta Munduruku, com a participação de mais de 800 indígenas, com representantes de todas as aldeias”.

A respeito de como deve ocorrer o processo de consulta, constam as seguintes regras no Protocolo elaborado pelos Povos Munduruku, com atenção à garantia de participação efetiva e à necessidade de o “outro lado” conhecer a realidade dos Povos Munduruku, destaca Peruzzo (2017, p. 2.727):

O governo não pode nos consultar apenas quando já tiver tomado uma decisão. (...) Quando o governo federal vier fazer consulta na nossa aldeia, eles não devem chegar à pista de pouso, passar um dia e voltar. Eles têm que passar com paciência com a gente. Eles têm que viver com a gente, comer o que a gente come. Eles têm que ouvir a nossa conversa. O governo não precisa ter medo de nós. Se ele quer propor algo que vai afetar nossas vidas, que ele venha até a nossa casa. Não aceitaremos dialogar com assessores, queremos ser consultados por quem tem o poder de decisão. (...) Nessas reuniões, nossos saberes devem ser levados em consideração, no mesmo nível que o conhecimento dos pariwat (não índios). (Id.)

Souza Filho, Silva, Oliveira e Motoki (2019, p.111-112) expressam:

É desta maneira, fazendo-se protagonista e assumindo uma atitude proativa no diálogo com o Estado, que o povo indígena Munduruku introduz seu Protocolo de Consulta. Entre os anos de 2011 e 2016, o governo federal tentou construir a Usina Hidrelétrica São Luiz do Tapajós — prevista para ser implantada no médio rio Tapajós — sem garantir o direito à consulta prévia, livre e informada aos Munduruku e às diversas comunidades tradicionais que seriam diretamente afetadas.

A consulta deve levar em consideração as prioridades e necessidades dos povos indígenas. Deve ser prévia, antes de qualquer medida, seja legislativa em todos os âmbitos, municipal, estadual ou federal, ou seja, alteração ou regulamentação de normas que afetem direitos dos povos indígenas, ou medida administrativa, a ser implantada que lhe tragam impacto. A consulta deve ser livre, sem pressão do Estado ou de qualquer terceiro interessado, e sendo livre para que os povos indígenas possam dizer não as medidas apresentadas, e também a consulta deve ser informada.

Quanto as informações, estas devem ser fornecidas pelo Estado contemplando toda informação necessária para que se possa entender de forma clara os impactos positivos e negativos que envolve a decisão a ser tomada. Devem atender o princípio da informação, com a informação correta e fundamentada para que o processo decisório possa ter legitimidade.

A efetividade completa do direito dos povos indígenas ao território ultrapassa a existência de norma jurídicas que o garanta, e sim, necessita de envolvimento maior da sociedade, do Estado e dos povos indígenas na defesa e garantia da legitimidade de seus direitos e essa participação envolve a garantia ao direito de consulta.

3.4 Sugestões para a efetivação da Legitimidade do Direito dos povos indígenas ao território

Os povos indígenas enfrentam grandes desafios em relação a efetividade de seu direito ao território. A terra é fundamental para a sobrevivência e preservação de suas culturas, tradições e modos de vida.

Após conclusão da pesquisa, a título de contribuição, destaca-se sugestões de medidas que podem contribuir para efetivação dos direitos ao território dos povos indígenas, com a compreensão da importância do respeito ao direito de participação e consulta e ter sua opinião considerada sobre todas as medidas que impactem em suas vidas.

Garantir a consulta prévia, livre e informada é dever da União e dos Estados cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas que possam impactar os povos indígenas. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional quando forem potencialmente impactados, como prevê a Convenção 169/OIT, art. 6º e 7º, ratificada pelo Estado Brasileiro.

Os protocolos autônomos de consulta prévia elaborados pelos povos indígenas, disponíveis no Observatório de Protocolos Autônomos, buscam estabelecer regras de conduta

para uma consulta efetiva e reiteram a necessidade da boa-fé daquele que busca a consulta, e de informações completas sobre as medidas ou projetos e os impactos aos povos consultados. Nesse cenário, a presença de um mediador com formação técnica em mediação se apresenta como ferramenta para, de forma imparcial, conduzir a consulta.

A Mediação é uma técnica na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o conflito.

Azevedo (2015, p. 20) define a mediação como:

Trata-se de um método de resolução de disputas no qual se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre as pessoas em conflito, **habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades.** (grifo nosso)

A formação do mediador é regulamentada pela Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e regida pelos princípios dispostos no art. 2º da Lei nº 13.140/2015:

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

- I - Imparcialidade do mediador;
- II - Isonomia entre as partes;
- III - oralidade;
- IV - Informalidade;
- V - Autonomia da vontade das partes;
- VI - Busca do consenso;
- VII - confidencialidade;
- VIII - boa-fé.

Com base na formação do mediador judicial capacitado pelo CNJ e com o uso das técnicas de mediação, caberá ao mediador conduzir as sessões, trazendo todas as informações para a consulta, buscando esclarecimento e identificação das necessidades das partes envolvidas. Após reflexão quanto as ideias propostas e a análise das soluções levantadas, serão submetidas a filtros objetivos e subjetivos do que é ou não viável, além de testes de realidade para que as partes vejam a viabilidade das alternativas encontradas. Ao final, as partes constroem as propostas, sendo elas as protagonistas da decisão.

Não se trata de representação das partes, mas sim um terceiro na condução dos pontos de litígio, buscando esclarecimentos sobre às medidas ou projetos a serem adotados, apresentando tanto os efeitos positivos quanto os negativos, ouvindo as partes e estabelecendo quando necessário novas reuniões. Por meio desse processo, é possível dar igualdade técnica na participação dos povos indígenas na consulta.

Como trabalho final da mediação, as decisões acordadas serão formalizadas que servirá como relatório final da consulta prévia e será utilizado no encaminhamento dos projetos ou políticas que serão, ou não, implementadas nas áreas dos povos indígenas.

Outro ponto que se apresenta como uma medida para garantir a efetivação da legitimidade de direitos para povos indígenas, é fortalecer e ampliar sua participação política.

Para Habermas, a legitimidade se dá através dos debates e discursões para composição, ou seja, se dá pela comunicação, tornando os atores mais envolvidos, e nesse sentido, a consulta prévia é o instrumento que garante a participação dos povos indígenas. As decisões a serem tomadas podem ocorrer de três maneiras, explica Habermas (1997 II, p. 113):

No primeiro caso, a iniciativa é dos dirigentes políticos ou detentores do poder: antes de ser discutido formalmente, o tema segue o seu percurso no âmbito do sistema político, **sem a influência perceptível da esfera pública política ou até mesmo com sua exclusão.**

No segundo caso, a iniciativa também é do sistema político; **porém seus agentes são obrigados a mobilizar a esfera pública**, uma vez que necessitam do apoio das partes relevantes do público **para atingir um tratamento formal ou para conseguir a implementação de um programa já votado. Somente no terceiro caso** a iniciativa pertence **às forças que se encontram fora do sistema político, as quais impõem o tratamento formal utilizando-se da esfera pública mobilizada...** (grifo nosso)

Nesse raciocínio, com voz ativa nas discussões sobre políticas públicas, se percebem autores do seu próprio direito, destaca Habermas (2020, p. 242):

Uma ordem jurídica é legítima quando assegura por igual a autonomia de todos os cidadãos. E os cidadãos só são autônomos quando os destinatários do direito podem ao mesmo tempo entender se a si mesmos como autores do direito. **E tais autores só são livres enquanto participantes de processos legislativos regrados de tal maneira e cumpridos sob tais formas de comunicação que todos possam supor que regras firmadas desse modo mereçam concordância geral e motivada pela razão.** (grifo nosso)

A participação na vida pública é evidenciada por Zambrano, Pozzetti, Santos e Dias (2021, p. 615) quando destacam a década de 2000 ter sido marco importante da participação dos povos indígenas na vida pública:

O importante marco no exercício democrático indígena veio na década de 2000, quando se observa uma maior participação de indígenas na vida pública, inclusive por meio do processo eleitoral, na condição de prefeitos e vereadores eleitos, além de ocupar em cargos de gestão na Administração Pública.

O crescimento da participação dos povos indígenas é evidenciado através dos dados apresentados por Brandão (2020, p.p) no portal da Agência de notícias da Câmara:

O número de indígenas eleitos prefeitos e vereadores cresceu nestas eleições. Os prefeitos indígenas passaram de seis para oito, na comparação com as eleições de 2016. Já os vereadores aumentaram de 168 para 179. Contando com os vice-prefeitos, 197 indígenas saíram vitoriosos nas eleições do último domingo, contra 184 em 2016.

Houve um número recorde de candidaturas indígenas, que saltaram de 134 no ano de 2018, para 178 no ano de 2020. Como resultado, cinco indígenas foram eleitos para a Câmara dos Deputados, sendo quatro mulheres. Além destes, outros dois deputados estaduais e dois senadores também foram eleitos.

Considerando a participação política como ferramenta importante no processo de legitimidade dos direitos dos povos indígenas, devem os povos indígenas estarem atentos aos critérios de elegibilidade, destaca Villares (2013, p. 158):

Em relação ao direito de elegibilidade, ou seja, para pleitear mandatos políticos, em cargos representativos, mediante eleição (ser votado), é necessário que, além dos requisitos necessários ao alistamento eleitoral, o índio preencha as condições de elegibilidade e não incida em alguma das inelegibilidades previstas constitucionalmente. São condições de elegibilidade: ter nacionalidade brasileira ou condição de português equiparado; estar em pleno exercício dos direitos políticos; alistar-se eleitoralmente; filiar-se a um partido político; ter a idade mínima requerida a cada cargo pleiteado.

Embora os dados estatísticos revelem uma evolução gradual dentro da área política, inclusive com destaque a criação do Ministério dos povos indígenas, é preciso garantir a representação política na Câmara dos Deputados e no Senado para não haver dependência dos povos indígenas quanto as ações de governo pelo Poder Executivo, que atualmente se encontra favorável a temática indígena, mas que em outro processo eleitoral possa trazer novo retrocesso.

A ampliação da bancada de representação política inicia com análise dos requisitos para garantir elegibilidade indígena, critérios estabelecidos pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Também deve ser garantido o acesso à educação formal, capacitação técnica e política.

É importante promover a inclusão dos povos indígenas em programas de educação política. Isso pode ser feito por meio de programas de educação não formal, como oficinas, seminários e cursos sobre direitos humanos, políticas públicas e cidadania.

Nesse sentido, cabe ao Estado promover as atividades para fomentar a participação política dos povos indígenas capacitando as lideranças, estabelecendo assim capacitação de um multiplicador para que possa disseminar o desenvolvimento dos demais.

Nesse entendimento Luciano (2006, p. 84 - 85) menciona o desafio dos povos indígenas em superar as deficiências técnicas e políticas em defesa de seus direitos:

O último desafio é como garantir a capacitação dos membros do movimento, das organizações e das comunidades indígenas para superar as deficiências técnicas e políticas na condução das lutas em defesa dos direitos indígenas, diante de uma sociedade cada vez mais complexa, tecnocrática e cientificista. Para além disso, como garantir uma educação ou formação política e técnica para os índios de uma maneira geral, necessária para que eles ampliem suas capacidades de compreensão e de interação com o complexo mundo branco.

O fortalecimento da participação indígena nas decisões políticas através da ampliação da bancada de representação política, é essencial para garantir a proteção de seus direitos. É importante que eles tenham voz ativa nas discussões sobre políticas públicas e questões que envolvem os povos indígenas, através de uma participação com base na igualdade de capacitação técnica.

E somente com a participação na elaboração, interpretação e aplicação do Direito é que o direito dos povos indígenas será legitimado, inclusive o direito ao território. Para isso, se faz importante a presença de representante dos povos indígenas nas esferas políticas.

Na compreensão que é dever da União e dos Estados garantir a participação dos povos indígenas nas medidas que impactam seu povo, propõe-se que os Estados estabeleçam políticas públicas através de ações e programas para viabilizar a mediação e a participação política como instrumentos que podem contribuir para a efetivação da legitimidade do direito ao território dos povos indígenas. Assim, para garantir o direito a consulta prévia, livre e informada, e a educação política dos povos indígenas, caberá ao Estado:

- Designar um agente que deve ser capacitado em mediação judicial como proposto acima, para atuar na condução das consultas prévias;
- Estabelecer a obrigatoriedade da participação do mediador na consulta desde a formulação dos planos e programas de desenvolvimento quando os povos indígenas forem potencialmente impactados;
- Manter monitoramento estatístico e estabelecer critérios avaliativos de implementação da consulta prévia e os resultados;

- Capacitar os servidores do Estado sobre o direito à consulta prévia e a importância da participação efetiva dos povos indígenas no processo decisório para estabelecer cultura dentro do Estado de respeito aos direitos dos povos indígenas;

- Garantir recursos financeiros para a capacitação dos povos indígenas, para o desenvolvimento de projetos e programas que contemplem as necessidades e interesses dos povos indígenas, entre eles, a educação não formal envolvendo as comunidades indígenas, podendo criar órgão estadual para esse fim.

CONCLUSÃO

Essa pesquisa foi motivada pela problemática de como garantir a efetivação da legitimidade do direito ao território consagrado aos povos indígenas pela Constituição Federal de 1988. Os objetivos foram cumpridos à medida que, no primeiro capítulo da pesquisa, foram analisadas as medidas de proteção dos direitos dos povos indígenas. No segundo capítulo, a legitimação e a legitimidade dos direitos foram discutidas sob a ótica de Niklas Luhmann e Jurgen Habermas, estabelecendo um paralelo entre a legitimação e a legitimidade do direito ao território dos povos indígenas. Por fim, no terceiro e último capítulo, concluiu-se que a falta de demarcação de suas terras impacta nos demais direitos, sendo necessário estabelecer políticas públicas que sejam construídas com a participação desses povos, com respeito ao direito de consulta prévia e autodeterminação.

A pesquisa possibilitou uma melhor compreensão do processo de colonização e da apropriação das terras indígenas pelos colonizadores, bem como das sucessivas legislações que legitimaram os tratamentos cruéis destinados aos povos indígenas e a expropriação de suas terras.

Foi criado o SPI, a primeira instituição brasileira vinculada ao Governo Federal dedicada à questão indígena no Brasil. Posteriormente, diversas constituições garantiram aos povos indígenas à posse das terras que habitam, assim como o direito ao usufruto de todos os recursos e utilidades presentes nelas, sendo proibida sua alienação. Em 1988, a Constituição estabeleceu um prazo de 5 anos para a União concluir o processo de demarcação das terras indígenas.

No âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas reconheceu que esses povos sofreram violências históricas e foram expropriados de suas terras durante o processo de colonização. A Declaração também reconhece o direito à sua autodeterminação, permitindo que eles controlem os acontecimentos que envolvem seu povo.

Além disso, a pesquisa revelou que, para os povos indígenas, a terra não se limita apenas a um espaço físico, abrangendo uma esfera mais ampla e vital para a reprodução física e cultural, bem como para a manutenção de seu modo de vida, saberes e expressões culturais. Por essa razão, o direito ao território é tratado como um direito mais amplo e essencial.

A pesquisa levou a conclusão que a demarcação das terras indígenas não está sendo efetivada, além disso, mesmo nas áreas que já foram demarcadas, os povos indígenas são excluídos das medidas e decisões implantadas pela União. A consulta prévia é uma medida de

extrema importância para garantir o direito dos povos indígenas ao território e para assegurar o seu direito à autodeterminação.

A pesquisa levou a compreensão que a legitimação, de acordo com Luhmann, baseada apenas no procedimento, não é suficiente para assegurar a legitimidade dos direitos dos povos indígenas, e que esta não está em consonância com um Estado Democrático de Direito. Habermas demonstrou que, além disso, é crucial que os povos indígenas participem das medidas e decisões que impactam em suas vidas para garantir assim a legitimidade do seu direito, e que, para que a participação ocorra, deve ser garantida as condições mínimas que perpassa pela garantia de direitos fundamentais.

Constatou-se que é necessário compatibilizar a teoria de legitimação de Luhmann com a teoria de legitimidade de Habermas, para que o direito ao território dos povos indígenas se legitime através de um procedimento adequado que leve em conta a participação, através de uma comunicação livre e racional.

Como contribuição da pesquisa sugere-se a utilização do instrumento de mediação, conduzida por um mediador judicial para a realização da consulta prévia. Ainda, sugere-se a educação política através de uma educação indígena não formal para fomentar a participação política dos povos indígenas, considerando a importância na elaboração das leis e das políticas públicas voltadas para as suas prioridades.

Essas ferramentas são importantes para garantir a legitimidade dos direitos dos povos indígenas, cabendo ao Estado ser o agente a garantir, através de políticas públicas, a utilização dessas ferramentas.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. **Constituição do Estado do. 1989.** Câmara dos Deputados do Estado do Amazonas; Manaus: 1989. Disponível em https://legisla.imprensaoficial.am.gov.br/diario_am/12/1989/10/746. Acesso em 21 nov. 2022.

AMAZONAS. **Decreto nº 36.653 de 28 de janeiro de 2016. Dispõe sobre a criação da Fundação Estadual do índio – FEI.** Disponível em <https://diarios/478329/DOEAM/executivo/2016-01-28>. Acesso em 13 jan. 2023.

ARAÚJO, Ana Valeria; CARVALHO, Joênia Batista de; OLIVEIRA, Paulo Celso de; JÓFEI, Lúcia Fernanda; GUARANY, Vilmar Martins Moura; ANAYA, James. - **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”: o direito à diferença. Coleção educação para todos.** Série Via dos saberes nº 3. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível em <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000154567>. Acesso em 19 nov. 2022.

ASSIS, Christiane Costa. **O Supremo Tribunal Federal Como Poder Moderador: uma Análise Discursiva.** Revista Direito Público, 2012. v. 9 n. 47 (2012): Sociedade Civil e o Poder Judiciário. Disponível em <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2122/>. Acesso em 22 mar. 2023.

ASSIS, Christiane Costa; BATISTA, Luísa Florêncio Nunes. **Demarcação de terras indígenas: uma releitura contemporânea da competência da união.** Dimensões dos Direitos Humanos e fundamentais. Vol. I. organizadores: Cândida Carvalho, Isabelle Dias Carneiro Santos, Mayra Thais Andrade Ribeiro e Michelle Asato Junqueira. – Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2020. Disponível em https://www.academia.edu/43806374/Demarca%C3%A7%C3%A3o_de_Terras_Ind%C3%A9genas_uma_releitura_contempor%C3%A2nea_da_compet%C3%Aancia_da_Uni%C3%A3o. Acesso em 15 mar. 2023.

AZEVEDO, André Gomma de. (Org.). **Manual de Mediação Judicial.** Conselho Nacional de Justiça, 5ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2015.

BAPTISTA, Patrícia F. **A crise da legalidade formal e as novas formas de legitimação no Estado de Direito Contemporâneo.** Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. 2003. Disponível em <https://pge.rj.gov.br/revista-de-direito/2003-volume-57>. Acesso em 12 mar. 2023.

BEGOTTI, Rodrigo Anzonlin. **Assegurar o direito à terra é essencial para proteger a rica diversidade cultural e biológica dentro das terras indígenas.** ComCiência - Revista eletrônica de Jornalismo científico. Artigo_dossiê 218, 2020. Disponível em <https://www.comciencia.br/assegurar-o-direito-a-terra-e-essencial-para-proteger-a-rica-diversidade-cultural-e-biologica-dentro-das-terras-indigenas>. Acesso em 20 mar. 2023.

BRANDÃO, Francisco. **Cresce número de Prefeitos e Vereadores indígenas.** Agência Câmara de Notícias. **Cresce número de prefeitos e vereadores indígenas.** Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/709156-cresce-numero-de-prefeitos-e-vereadores-indigenas>. Acesso em 23 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 426 de 24/07/1845 – Regulamento acerca das missões de catequese e civilização dos índios.** Senado Federal. 1845. Disponível em <https://legis.senado.leg.br/norma/387574>. Acesso em 19 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. 1850.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0601-1850.htm. Acesso em 19 nov. 2022

BRASIL. **Decreto nº 1.318 de 30/01/1854 – Manda executar a Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d1318.htm. Acesso em 15 mar. 2023.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do. 1891.** Brasília, Senado Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em 16 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 3.071/16. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. 1916.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm Acesso em 19 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do. 1934.** Brasília, Senado Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm Acesso em 16 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do. 1937.** Brasília, Senado Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm Acesso em 16 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do. 1946.** Brasília, Senado Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm Acesso em 16 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 30.822/1952 – Promulga a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio**, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/atos/decretos/1952/d30822.html. Acesso em 19 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do. 1967**. Brasília, Senado Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm Acesso em 16 nov. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do. **Emenda Constitucional de 1969**. Brasília, Senado Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm Acesso em 16 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.001/1973. Estatuto do Índio. 1973**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm Acesso em 19 nov. 2022.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do. 1988**. Congresso Nacional. Brasília, 1988. Brasília Senado Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 16 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 1.775 de 8/01/1996 – Dispõe sobre procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1775.htm#:~:text=DECRETO%20No%201.775%2C%20DE,da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%2C%20e%20no%20art. Acesso em 15 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 6.861/2009. Dispõe sobre a Educação Escolar Indígena, define sua organização em territórios etnoeducacionais, e dá outras providências**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6861.htm. Acesso em 06 abr. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 3.388/RR, julgamento 19/03/2009**. Relator: Min. Carlos Britto, Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em 10 mar.2023.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em

https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/03/resolucao_125_29112010_11032016150808. Acesso em 23 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Embargos de Declaração em Embargos de Declaração na Petição 3.388/RR. 23/10/2013.** Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5214423#:~:text=Embargos%20de%20declara%C3%A7%C3%A3o%20opostos%20pelo,mero%20esclarecimento%2C%20sem%20efeitos%20modificativos>. Acesso em 12 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.123/2015. Dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético, sobre a proteção e o acesso ao conhecimento tradicional associado e sobre a repartição de benefícios para conservação e uso sustentável da biodiversidade.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113123.htm. Acesso em 19 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.140/2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm. Acesso em 23 mar. 2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário - RE 1017365.** Relator(a): EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe075. 2019. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5109720>. Acesso em 16 mar. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 11.355 de 1º de janeiro de 2023. Aprova a estrutura e o Quadro demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de confiança do Ministério dos Povos Indígenas e remaneja cargos em comissão e funções de confiança.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/decreto/D11355.htm Acesso em 20 mar. 2023.

CARVALHO, Leandro. **Colonização do Brasil;** Site Brasil Escola. 2022. Disponível em: <https://brasilestela.uol.com.br/historiab/colonizacao-brasil.htm> Acesso em 22 de jun. 2022.

CIMI. Conselho Indigenista Missionário. **Relatório: Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil – Dados de 2019.** Disponível em <https://cimi.org.br/wp-content/uploads/2020/10/relatorio-violencia-contra-os-povos-indigenas-brasil-2019-cimi>. Acesso em 19 nov. 2022

CNV – Comissão Nacional da Verdade - Relatório - Volume ii - textos temáticos - dezembro de 2014 - **Texto 5 Violações de direitos humanos dos povos indígenas.** Disponível em

<http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/images/pdf/relatorio/Volume%202%20-%20Texto%205>. Acesso em 20 mar. 2023.

DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. **Base jurídica para a proteção dos conhecimentos tradicionais**. Revista CPC, São Paulo, v.1, n.2, p.80-95, maio/out. 2006
80. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/cpc/article/view/15590/17164>. Acesso em 11 jan.2023.

FACHIN, Edson. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **Recurso Extraordinário - RE 1017365. PROCESSO ELETRÔNICO DJe075**. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/fachin-indios1.pdf>. Acesso em 16 mar. 2023.

FEI. Fundação Estadual do Índio. Governo do Estado do Amazonas. **CARTA DE SERVIÇOS**. Disponível em <http://www.transparencia.am.gov.br/wp-content/uploads/2020/03/Carta-de-Servi%C3%A7os-FEI>. Acesso em 14 jan. 2023.

FREITAS JÚNIOR, Luís de. **A posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios como um instituto diverso da posse civil e sua qualificação como um direito constitucional fundamental**. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2010. Disponível em <http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp127773>. Acesso em 14 mar. 2023.

FUNAI. Fundação Nacional dos Povos Indígenas. **Povos de Recente Contato Indígena**. Publicado em 12/02/2021 11h48 Atualizado em 12/02/2021 11h57. Disponível em <https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/povos-indigenas/povos-indigenas-isolados-e-de-recente-contato-2>. Acesso em 12 de jan. 2023.

FUNAI. Fundação Nacional dos Povos Indígenas. **Demarcação - demarcação-de-terras-indígenas**. Atualizado em 10/03/2021 17h50. Publicado em 10/03/2021. Disponível em <https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/terras-indigenas/demarcacao-de-terras-indigenas>. Acesso em 08 mar. 2023.

GARZÓN, Biviany Rojas; YAMADA, Erika M. Yamada; OLIVEIRA, Rodrigo. **Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais**. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica – RCA; Washington, DC: Due Process of Law Foundation, 2016. Disponível em <https://rca.org.br/wp-content/uploads/2016/08/2016-Livro-RCA-DPLf-Direito-a-Consulta-digital.pdf>. Acesso em 23 mar. 2023.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia – Entre facticidade e validade. Vol I**. tradução: Flávio Beno Siebeneichler. — Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 I. Disponível em https://gestaoeducacaoespecial.ufes.br/sites/gestaoeducacaoespecial.ufes.br/files/field/anexo/haberma_jurgen._direito_e_democracia_vol._i. Acesso em 07 nov. 2022

HABERMAS, Jurgem. **Direito e democracia – Entre facticidade e validade. Vol II.** tradução: Flávio Beno Siebeneichler. — Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 II. Disponível em <https://marcosfabionuva.files.wordpress.com/2011/08/direito-e-democracia-entre-facticidade-e-validade-ii>. Acesso em 07 nov. 2022.

HABERMAS, Jurgem. **A Inclusão do outro - Estudos de teoria política** Tradução: George Sperber Paulo Astor Soethe. Edições Loyola São Paulo, SP. 2002. Disponível em Habermas. A Inclusão Do Outro - Estudos De Teoria Política [546ge8rjdxn8] (idoc.pub). Acesso em 23 mar. 2023

HECK, Egon; LOEBENS, Francisco; CARVALHO, Priscila D. **Amazônia indígena: conquistas e desafios.** Estudos Avançados. 2005, v. 19, n. 53, pp. 237-255. Disponível em <https://doi.org/10.1590/S0103-40142005000100015>. Acesso em 17 nov. 2022.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Indígenas – Estudos Especiais.** Disponível em: <https://indigenas.ibge.gov.br>. Acesso em 19 nov. 2022.

KELSEN, Hans. **A Democracia.** 2ª Ed. Martins Fontes 2000. Disponível em <http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/12/A-Democracia>. Acesso em 19 nov. 2022.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica** - 5. ed. - São Paulo: Atlas 2003.

LOUREIRO, Silvia Maria da Silveira. **A Reconstrução da Subjetividade Coletiva dos Povos Indígenas no Direito Internacional dos Direitos Humanos: O Resgate do Pensamento da Escola Ibérica da Paz (Séculos XVI e XVII) em Prol de um novo Jus Gentium para o século XXI.** 325 f. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Departamento de Direito. 2015. Disponível em https://www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/1121439_2015_completo. Acesso em 14 jan. 2023

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O Índio Brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje** /– Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível em http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/pdf/indio_brasileiro.pdf. Acesso em 11 jan. 2023.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento.** Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1980. Disponível em <https://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2015/02/Legitima%C3%A7%C3%A3o-pelo-procedimento>. Acesso em 19 nov. 2022.

LUIS INÁCIO LULA DA SILVA. **Povos Indígenas: “Vocês são a origem do nosso país e serão tratados com o valor que merecem”**. Assembleia Geral do Povos Indígenas 2023. Planalto, 13/03/2023. Disponível em <https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2023/03/201cvoces-sao-a-origem-da-criacao-do-nosso-pais-e-serao-tratados-com-o-valor-que-merecem201d-diz-lula-na-assembleia-geral-do-povos-indigenas>. Acesso em 23 mar. 2023.

MACHADO, Lia Zanotta. **Comunitarismo indígena e modernidade: contrastes entre o pensamento brasileiro e andino**. Série Antropologia n° 169. Brasília: UnB, 1994; p.6. Disponível em https://www.academia.edu/8077671/comunitarismo_ind%c3%8dgena_e_modernidade_contra_stes_entre_o_pensamento_brasileiro_e_andino. Acesso em 19 nov. 2022.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; MITUZANI, Larissa. **Direito das Minorias Interpretado: o compromisso democrático do direito brasileiro**. 2011. Sequência: estudos jurídicos e políticos. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/315068674_Direito_das_Minorias_Interpretado_o_compromisso_democratico_do_direito_brasileiro. Acesso em 19 nov. 2022

MELO, Milena Petters; BURCKHART, Thiago. **O Caso Raposa Serra do Sol no Supremo Tribunal Federal: Uma análise a partir do procedimentalismo democrático de Habermas e Nino**. 2020. Disponível em <http://doi.org/10.5585/prismaj.v19n1.12350> Prisma Jurídico. Acesso em 13 mar. 2023.

MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brazil, seus direitos políticos individuais e políticos**. São Paulo: Typ. Hennies Irmão, 1912. Disponível em <https://cpisp.org.br/publicacao/os-indigenas-do-brazil-seus-direitos-individuaes-e-politicos/>. Acesso em 02 fev. 2023

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Básica. **Parecer sobre as Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Escolar Indígena, Processo n°: 23001.000111/2010-91**. Parecer CNE/CEB n°: 13/2012 Colegiado: CEB APROVADO EM: 10/5/2012. Relatora Rita Gomes do Nascimento. Disponível em http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=10806-pceb013-12-pdf&category_slug=maio-2012-pdf&Itemid=30192. Acesso em 03 abr. 2023

MPF. Ministério Público Federal. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Protocolo de Consulta Prévia - Protocolo Munduruku**. Disponível em <https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/cnr6/documentos-e-publicacoes/protocolos-de-Consulta/docs/ProtocolodeConsultaMunduruku>. Acesso em 23 mar. 2023

NOGUEIRA JUNIOR, Bianor Saraiva. **A Efetivação do Direito Indígena, um desafio para a pós modernidade: Amazonas e Brasil**. 2018. 117 f. Tese (Doutorado em Sociedade e

Cultura na Amazônia) - Universidade Federal do Amazonas – UFAM, Manaus, 2018. Disponível em: <https://tede.ufam.edu.br/handle/tede/6742>. Acesso em: 11 jan. 2023.

OIT. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO; Escritório no Brasil. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT / Organização Internacional do Trabalho.** - Brasília: OIT, 2011. Disponível em http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf Acesso em 19 nov. 2022.

OLIVEIRA, João Pacheco; FREIRE, Carlos Augusto. **A Presença Indígena na Formação do Brasil** – Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/me004372>. Acesso em 13 jan. 2023.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.** Rio de Janeiro, 2008 UNIC/ Rio/ 023 - Mar. 2008. Disponível em https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf Acesso em 19 nov. 2022.

PEREIRA, Nathalia Mariel Ferreira de Souza; AGUIAR, Júlio Cesar de. **A legitimidade democrática das políticas envolvendo comunidades tradicionais: os desafios do sistema político tradicional em uma sociedade multicultural.** Revista de Antropologia Amazônica (online) 9: 338 – 361, 2017. Disponível em <https://periodicos.ufpa.br/index.php/amazonica/article/view/5494>. Acesso em 22 fev. 2023.

PERUZZO, Pedro Pulzatto. **Direito à consulta prévia aos povos indígenas no Brasil.** Revista Direito & Práxis, Rio de Janeiro, Vol. 08, N. 04, 2017, p. 2708-2740. Disponível em <https://www.scielo.br/j/rdp/a/z7p585nbnbQJdph36HKTTjm/?lang=pt>. Acesso em 20 mar.2023.

PONTES, Ana Lúcia de Moura; MACHADO, Felipe Rangel; SANTOS, Ricardo Ventura; BRITO, Carolina Arouca Gomes de. **Diálogos entre indigenismo e reforma sanitária: bases discursivas da criação do subsistema de saúde indígena.** Revista Saúde em Debate. Rio de Janeiro, v. 43, n. especial 8, p. 146-159, dez 2019. Disponível em <https://saudeemdebate.org.br/sed/issue/download/36/v.%2043%2C%20n.%20ESPECIAL%208> Acesso em 09 ago. 2021.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro: A formação e o sentido do Brasil.** Ed. Global, 1995. 3ª ed. São Paulo. Disponível em http://www.educadores.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/2010/sugestao_leitura/sociologia/povo_brasileiro.pdf. Acesso em 19 jun. 2022.

RIBEIRO, Darcy. **Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno**. 2017. 1. ed. – São Paulo: Ed. Global. Disponível em <https://docero.com.br/doc/c585081>. Acesso em 19 jun. 2022.

SCALCO, Nayara; LOUVISON, Marília. **Saúde indígena: lutas e resistências na construção de saberes**. Saúde e Sociedade. São Paulo, v.29, n.3, e000003, 2020. Disponível em <https://doi.org/10.1590/S0104-12902020000003>. Acesso em 17 ago. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. Disponível em https://www.academia.edu/10316007/Livro_completo_Jose_Afonso_da_Silva_Curso_de_direito_constitucional_positivo_1. Acesso em 14 mar. 2023.

SILVEIRA, Edson Damas da. **Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia Brasileira**. Tese (doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp120953.pdf>. Acesso em 18 abr. 2023.

SILVEIRA, Érica Melícia da Silva. **Desafios do planejamento urbano: a questão da ocupação em áreas de risco**. Revista de Direito Magis, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 39-56, jan./jun. 2022. Disponível em: <https://periodico.agej.com.br/index.php/revistamagis/article/view/7>. Acesso em 12 jan. 2023.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; SILVA, Liana Amim Lima da; OLIVEIRA, Rodrigo; MOTOKI, Carolina. **Protocolos de consulta prévia e o direito à livre**. Organização -Verena Glass – São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo; CEPEDIS, 2019. Disponível em <https://rosalux.org.br/wp-content/uploads/2019/08/protocolos-de-consulta-web.pdf>. Acesso em 07 abr. 2023

SOUZA LIMA, Antônio Carlos de. **Sobre tutela e participação: povos indígenas e formas de governo no Brasil, séculos XX/XXI**. Revista Mana do PPGAS, 21, p. 425-457, 2015. Disponível em <https://www.scielo.br/j/mana/a/Hq63jTNN9yHhPTQ4PjXjBdw/?lang=pt> Acesso em 19 nov. 2022.

TERENA, Eloy. **Importância da Convenção 169 para proteção dos direitos dos povos indígenas e das comunidades tradicionais**. Canal Ministério Público Federal. 2021.(1 vídeo (2hr., 21 min e 40seg)) Webinar: Comunidades Tradicionais e Indígenas. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=FEQx0JJSn9k>. Acesso em 19 ago. 2022.
UNESCO. **Declaração Universal sobre a diversidade cultural. 2002**. Disponível em <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000127160>. Acesso em 19 ago. 2022.

VIEGAS, Daniel Pinheiro. **A tradicionalidade da ocupação indígena e a Constituição de 1988**. Dissertação (Mestrado) – Universidade do Estado do Amazonas - Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas – UEA.2015. Disponível em <http://repositorioinstitucional.uea.edu.br/handle/riuea/1970>. Acesso em 01 fev. 2023.

VILLARES, Luís Fernando. **Estado Pluralista? O reconhecimento da organização social e jurídica dos povos indígenas no Brasil**. Tese (Doutorado) Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-10012014-163451/publico/Villares_Luiz_Tese_Estado_Pluralista. Acesso em 20 mar. 2023.

ZAMBRANO, Virginia; POZZETTI, Valmir César; SANTOS, James Oliveira; DIAS, Marialice Antão de Oliveira. **Cidadania versus o direito ao exercício de voto dos povos originários da América Latina: um estudo de caso das aldeias indígenas do vale do Javari, em Atalaia do Norte/AM durante a pandemia da COVID-19**. Revista Jurídica, v. 4, n. 66, p. 593 - 636, jul. 2021. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/5574>. Acesso em 12 jan. 2023.