

Universidade de Brasília
Instituto de Ciências Sociais
Centro de Pesquisa e Pós-Graduação sobre as Américas –CEPPAC
Programa de Pós- Graduação em Ciências Sociais.

Os Direitos Constitucionais dos Povos Indígenas no Judiciário. Entre o direito falado e o direito escrito. *Uma perspectiva comparada do Brasil e da Colômbia.*

Biviany Rojas Garzón

Dissertação apresentada ao da
Universidade de Brasília, em cumprimento
às exigências para a obtenção do título de
Mestre em Ciências Sociais.

Orientador: Cristhian Teófilo da Silva

Brasília DF., Março de 2008

Sumário

Introdução	10
CAPITULO I – Algumas Considerações Conceituais e Metodológicas	11
1. Sobre o objeto de pesquisa e os objetivos desta dissertação.	11
2. O <i>direito falado</i> e outras considerações conceituais	15
3. Uma <i>hierarquia</i> em disputa. Sobre a posição de poder das Supremas Cortes Constitucionais	19
4. Aparentando sentido. Sobre a função de <i>homologação</i> que têm dos juízes constitucionais	21
5. A tautologia da lógica jurídica. <i>Veredictos e precedentes</i>	23
6. Sobre as técnicas de pesquisa e a comparação nesta dissertação	28
CAPITULO II – Entre Ambigüidades Constitucionais e Delegações Legislativas. Reformas Constitucionais e Povos Indígenas no Brasil e na Colômbia	32
1. Controlando sem controlar e autorizando sem autorizar. Os dispositivos constitucionais sobre povos indígenas na Constituição Federal de 1988 no Brasil	33
2. Grandes expectativas constitucionais e poucos desenvolvimentos legislativos. Os povos indígenas e a CP de 1991 na Colômbia	38
3. Brasil e Colômbia. Entre Ambigüidades Constitucionais e Delegações Legislativas sobre povos indígenas.	44
4. Brasil e Colômbia. Entre Ambigüidades Constitucionais e Delegações Legislativas sobre povos indígenas	48
CAPITULO III. – A Hierarquia da Anarquia. Supremas Cortes Constitucionais do Brasil e da Colômbia	51
1. As Supremas Cortes Constitucionais. Um hierarquia discutida	52
2. O Supremo Tribunal Federal (STF). O Herdeiro legítimo da Casa de Suplicação do Brasil	57
3. A Corte Constitucional na Colômbia. O surgimento de uma nova Corte com pretensões de superioridade	62
4. Lutas de hierarquia. O prestígio da tradição e a força da inovação	70
CAPITULO IV. – A jurisprudência <i>indigenista</i> do Supremo Tribunal Federal no Brasil.	73
1. A reprodução permanente das antigas brigas sobre povos indígenas. Uma aproximação quantitativa da jurisprudência <i>indigenista</i> do STF	73
2. Olhando de perto. Terras e assuntos penais na jurisprudência <i>indigenista</i> do STF	80
2.1. A Suspensão de Liminar e o poder soberano do juiz sobre o processo de demarcação e homologação de terras indígenas	81

2.2. Assuntos penais. Um debate inacabado sobre a abrangência do conteúdo dos chamados direitos indígenas	90
3. A persistência do passado. Alguns comentários conclusivos	100

CAPITULO V. –

Uma troca justa. A Corte Constitucional e os Povos Indígenas na Colômbia 102

1. Uma idéia geral. Dados quantitativos de jurisprudência da Corte Constitucional sobre direitos indígenas entre 1992 e 2007	104
1.1. Muitas ações de tutela para pouco índio	109
2. Inovações conceituais sobre as dimensões coletivas e individuais dos direitos indígenas	113
2.1. Os entre atos de uma decisão da Corte Constitucional sobre povos indígenas. A SU-510 de 1998 indígenas evangélicos	116
3. Uma troca justa	125

Considerações Finais 130

Anexo 135

Referências bibliográficas 137

Agradecimientos.

Algumas palavras de honesto agradecimento para todo o apoio, carinho e pensamento instigante que acompanhou este trabalho. Palavras que como as coisas mais transparentes do coração somente podem sair da forma original que tem meu pensamento: em perfeito *Español*.

Cuando decidí alejarme de la rutina del trabajo con el objetivo de permitirme pensar sobre el día a día de quien, hacia 5 años se había formado como politóloga y abogada, pero que pasaba la mayor parte de su tiempo entre ríos e indígenas, sinceramente no creía que las horas de lectura en la biblioteca de la Universidad de Brasilia pudieran enseñarme más que largas temporadas en la selva. Tres años después estoy feliz de comprobar que quien “*trabaja, trabaja y trabaja*”, difícilmente tiene tiempo para pensar, y que el que no piensa no entiende, sin que eso quiera decir que el que piensa todo lo comprende, pero por lo menos es consciente de todo lo que no sabe ni entiende y mira con más humildad su trabajo. Por eso, francamente quiero agradecer al *Ceppac*, a la *Universidad de Brasilia* y al *CNPq* por la oportunidad de dimensionar mi ignorancia y devolverme al mundo laboral con preguntas y dudas mejor estructuradas que cualquier certeza.

Imposible desconocer que este trabajo, a pesar de ser pequeño, fue fruto del apoyo de un gran grupo de personas que me ayudaron y estimularon durante todo el tiempo que duro la maestría. Por eso quiero agradecerle especialmente a *Cristhian Teófilo da Silva*, mi paciente, incitante y exigente orientador. A mi amado e incondicional esposo, *Raul Silva Telles do Valle*, sin el cual simplemente habría sido imposible terminar este trabajo. A nuestra pequeña *Camila* por la fuerza, motivación y comprensión que sin saber (o muy concientemente) manifestó durante todo este tiempo de intenso trabajo. A *Cristiane Araujo* por la calidez de sus invaluable cuidados. A nuestras familias, pero especialmente a las orgullosas abuelas que tanto nos ayudaron entre Bogotá y São Paulo. A *Jairito* que sufrió la impresión hasta de la última página. A *Laura Ordóñez*, *Maria Camila Rivera*, *Ana Paula Sotomayor*, *Ana Carolina Querino* y *Carolina Rubio* que tan pacientemente siguieron el proceso monotemático de pensamiento oral que implicó la disertación. Finalmente quiero agradecer a la banca de sustentación, tanto del proyecto de investigación como de la disertación, por sus pertinentes comentarios y críticas que sin duda enriquecieron este trabajo. A todos ellos, mil y mil gracias.

Lista de Abreviaturas e Siglas.

AC: Assembléia Constituinte do Brasil.
ANC: Assembléia Nacional Constituinte da Colômbia.
Art.: Artigo.
Arts.: Artigos.
C-: Sentença de Constitucionalidade.
CC: Corte Constitucional da Colômbia.
CE: Consejo de Estado da Colômbia.
CEI: Circunscrição Eleitoral Especial Indígena.
CF: Constituição Federal do Brasil.
CONAGE: Coordenação Nacional dos Geólogos
CP: Constituição Política da Colômbia.
CPI: Comissão Parlamentar de Inquérito.
CSJ: Corte Suprema de Justicia da Colômbia.
D.J.: Diário da Justiça
ETIs: Entidades Territoriales Indígenas da Colômbia.
FUNAI: fundação Nacional do Índio.
ISA: Instituto Socioambiental.
HC: Hábeas Corpus.
JEI: Jurisdição Especial Indígena.
LOOT: Lei Organiza de Ordenamento Territorial.
Min. Rel.: Ministro Relator.
MP: Magistrado Ponente.
MPF: Ministério Público Federal.
MC: Medida Cautelar.
MS: Mandato de Segurança.
RE: Recurso Extraordinário.
OIT: Organização Internacional do Trabalho.
ONIC: Organización Nacional Indígena de Colômbia.
ONG: Organização não governamental
PAC: Programa de Aceleração do Crecimento.
SCC: Supremas Cortes Constitucionais
SL: Suspensão de Liminar
STF: Supremo Tribunal Federal.
STJ: Superior Tribunal de Justiça.
SU: Sentença de Unificação
T-: Sentença de Tutela
TRJ: Tribunal Regional de Justiça.
UNI: União Nacional Indígena.

Lista de Figuras.

Figura No. 1. Terras indígenas nas quatro regiões hidrográficas amazônicas com maior potencial hidrelétrico (Fonte: PNRH). Pagina: 41

Figura No. 2. Interesses de exploração mineral em terras indígenas sem Alvará. (Fonte: instituto socioambiental, 2007). Pagina: 42

Figura No. 3. Processos Autuados por Ramo do Direito pelo STF durante o ano de 2007. (Fonte: www.stf.gov.br). Pagina: 53

Figura No. 4. Sentencias Proferidas pela Corte Constitucional da Colômbia entre 1992 e 2007. (Fonte: www.ramajudicial.gov.co) Pagina: 65

Figura No. 5 Gráfico sobre jurisprudência indigenista do STF entre 1988 e 2007. (construído para esta dissertação a partir dos dados disponíveis no site www.stf.gov.br) Pagina: 75

Figura No. 6. Gráfico sobre temas discutidos na jurisprudência indigenista do STF entre 1988 e 2007. (construído para esta dissertação a partir dos dados disponíveis no site www.stf.gov.br) Pagina: 76

Figura No. 7. Gráfico sobre sujeitos ativos na jurisprudência indigenista do STF entre 1988 e 2007. (construído para esta dissertação a partir dos dados disponíveis no site www.stf.gov.br) Pagina: 78

Figura No. 8. Gráfico sobre sujeitos passivos na jurisprudência indigenista do STF entre 1988 e 2007. (construído para esta dissertação a partir dos dados disponíveis no site www.stf.gov.br) Pagina: 79

Figura No. 9. Gráfico sobre etnias presentes na jurisprudência indigenista do STF entre 1988 e 2007. (construído para esta dissertação a partir dos dados disponíveis no site www.stf.gov.br) Pagina: 80

Figura No. 10. Gráfico sobre a produção de jurisprudência relativa a direitos indígenas da CC entre 1991 e 2007. (construído para esta dissertação a partir dos dados disponíveis no site www.ramajudicial.gov.co) Pagina: 105

Figura No. 11. Gráfico sobre a distribuição de temas referentes a direitos indígenas na CC entre 1991 e 2007 (construído para esta dissertação a partir dos dados disponíveis no site www.ramajudicial.gov.co) Pagina: 105

Figura No. 12. Gráfico sobre os temas da jurisprudência relativa a direitos indígenas da CC entre 1991 e 2007. (construído para esta dissertação a partir dos dados disponíveis no site www.ramajudicial.gov.co) Pagina: 106

Figura No. 13. Gráfico sobre a distribuição de ações na jurisprudência relativa a direitos indígenas da CC entre 1991 e 2007. (construído para esta dissertação a partir dos dados disponíveis no site www.ramajudicial.gov.co) Pagina: 107

Figura No. 14. Gráfico sobre sujeitos passivos na jurisprudência relativa a direitos indígenas da CC entre 1991 e 2007. (construído para esta dissertação a partir dos dados disponíveis no site www.ramajudicial.gov.co) Pagina: 107

Figura No. 15. Gráfico sobre sujeitos ativos na jurisprudência relativa a direitos indígenas da CC entre 1991 e 2007. (construído para esta dissertação a partir dos dados disponíveis no site www.ramajudicial.gov.co) Pagina: 108

Resumo.

A presente dissertação é um trabalho exploratório a partir de uma perspectiva comparada sobre o papel do Poder Judiciário na relação Estado – povos indígenas do Brasil e da Colômbia a partir das últimas reformas constitucionais de ambos países. A dissertação focaliza sua análise no papel desenvolvido pelas Supremas Cortes Constitucionais (SCC) de ambos países, ou seja, o Supremo Tribunal Federal (STF) do Brasil e a Corte Constitucional (CC) da Colômbia, com relação a interpretação judicial dos direitos diferenciados reconhecidos a estes povos.

Nas reformas constitucionais tanto o Brasil como a Colômbia comprometeram-se a abandonar do paradigma assimilacionista no relacionamento com os povos indígenas e a construir uma relação mais respeitosa e simétrica com estes. O trabalho aqui apresentado parte dos supostos de que; por um lado, os povos indígenas em ambos países têm um importante capital simbólico, o que lhes facilitou as conquistas constitucionais, porém tem-se demonstrado insuficiente para consolidá-las, e por outro lado, que os dispositivos constitucionais e legislativos que fazem referência aos novos direitos diferenciados dos povos indígenas são ambíguos e limitados para conseguir sua adequada implementação em ambos países. Este contexto abriu um grande marco de liberdade para a interpretação judicial do conteúdo dos direitos indígenas, sendo os juízes os que vem definindo em concreto os limites e alcances dos direitos conquistados nas mudanças constitucionais pelos povos de cada país. A produção cultural da regra jurídica que define e intermedia a relação povos indígenas – Estado, no contexto acima descrito, é denominado por esta dissertação como *direito falado*, e constitui o foco empírico do processo de pesquisa baseado nos veredictos das SCC.

Entre as principais conclusões e hipóteses construídas na pesquisa merecem destaque as seguintes: as interpretações jurídicas do STF e da CC sobre direitos indígenas são diametralmente diferentes em conteúdo e método. Enquanto, aparentemente o STF não outorga muita importância a mudança constitucional referente a relação dos povos indígenas com o Estado brasileiro, reproduzindo na suas decisões o paradigma assimilacionista e usando insistentemente as categorias jurídicas deste. Na Colômbia a CC inovou sobre conceitos, métodos e instrumentos processuais relativos aos dispositivos constitucionais sobre povos indígenas, o que aparentemente lhe deu uma eficácia material a mudança constitucional de 1991 no referente a estes povos. Neste país, a produção da CC aparentemente esteve mais influenciada pela própria estrutura interna do campo jurídico, diferentemente do caso brasileiro em que o STF parece mais influenciado na suas decisões pelas relações entre o campo jurídico e os demais campos do poder. Por último, tanto na Colômbia como no Brasil não foi possível identificar, a partir do papel do Poder Judiciário representado nas SCC, um caminho para a consolidação das conquistas constitucionais dos direitos diferenciados dos povos indígenas. Na Colômbia, apesar da produção de inovações do *direito falado*, os avanços não deixam de ser efêmeros no contexto de produção cultural do campo jurídico, estando, ao igual que no Brasil, sujeitos ao exercício do *poder soberano do juiz*, que como todo poder absoluto, é imprevisível.

Palavras Chaves: *direitos indígenas, relação povos indígenas -Estado, Supremas Cortes Constitucionais, jurisprudência constitucional, campo jurídico, produção cultural do Direito, Corte Constitucional Colombiana, Supremo Tribunal Federal Brasil, estudos comparados, Colômbia, Brasil.*

Resumen.

La presente disertación es un trabajo exploratorio desde una perspectiva comparada sobre el papel del poder judicial en la relación Estado –pueblos indígenas de Brasil y Colombia, a partir de las últimas reformas constitucionales de ambos países. La disertación focaliza su análisis en el papel de las Supremas Cortes Constitucionales de cada país, es decir, el Supremo Tribunal Federal de Brasil y la Corte Constitucional de Colombia, con relación a la implementación judicial de los derechos diferenciados reconocidos a los pueblos indígenas.

En las reformas constitucionales tanto Brasil como Colombia se comprometieron a abandonar el paradigma asimilacionista de relacionamiento con los pueblos indígenas y a construir una relación más respetuosa y simétrica con estos. Esta disertación presupone que, por un lado los pueblos indígenas en ambos países tienen un capital simbólico importante, que les facilitó las conquistas constitucionales, pero que ha demostrado ser insuficiente para consolidarlas, y por otro lado, que los dispositivos constitucionales y legislativos referentes a los nuevos derechos diferenciados de los pueblos indígenas son ambiguos y limitados para conseguir su adecuada implementación en ambos países. Este contexto abre un gran marco de libertad para la interpretación judicial del contenido de los derechos indígenas, siendo los jueces las personas que vienen definiendo concretamente los límites y alcances de los derechos conquistados por los pueblos de cada país en las respectivas reformas constitucionales. La producción cultural de la regla jurídica que sirve para definir e intermediar la relación Estado-pueblos indígenas en el contexto anteriormente descrito, es definida por esta disertación como *derecho hablado (direito falado)*, y constituye el foco empírico del proceso de investigación que se basa en los veredictos de las Supremas Cortes Constitucionales (SCC).

Entre las principales conclusiones e hipótesis construidas durante la investigación, vale la pena resaltar las siguientes: las interpretaciones jurídicas del Supremo Tribunal Federal (STF) y de la Corte Constitucional (CC) sobre derechos indígenas son diametralmente diferentes tanto en contenido como en método. Mientras, aparentemente el STF no le da mucha importancia a la reforma constitucional en lo que se refiere a la relación de los pueblos indígenas con el Estado brasileiro, reproduciendo en sus decisiones el paradigma asimilacionista y usando insistentemente las categorías jurídicas de éste; en Colombia, la CC innovó sobre conceptos, métodos e instrumentos procesales relativos a los dispositivos constitucionales sobre pueblos indígenas, lo que aparentemente le dio una eficacia material a la reforma constitucional de 1991 en lo que se refiere a estos pueblos. En Colombia, la producción de la CC estuvo aparentemente más influenciada por la propia estructura interna del campo jurídico. En contraste, en el caso brasileiro el STF parece más influenciado en sus decisiones por las relaciones entre el campo jurídico y los demás campos de poder. Para terminar, tanto en Colombia como en Brasil no fue posible identificar, a partir del papel del poder judicial representado en las SCC, un camino para la consolidación de las conquistas constitucionales de los derechos diferenciados de los pueblos indígenas. En Colombia, a pesar de las innovaciones del *derecho hablado*, los avances no dejan de ser efímeros en el contexto de producción cultural del campo jurídico, estando, como en el Brasil, sujetos al ejercicio del *poder soberano del juez*, que como todo poder absoluto, es impredecible.

Palabras Claves: *derechos indígenas, relación pueblos indígenas -Estado, Supremas Cortes Constitucionales, jurisprudencia constitucional, campo jurídico, producción cultural del Derecho, Corte Constitucional Colombiana, Supremo Tribunal Federal Brasil, estudios comparados, Colombia, Brasil.*

Abstract.

The present dissertation is an exploratory work since a perspective compared on the role of the judicial power in the State –indigenous people relationships of Brazil and Colombia from the last constitutional reforms of both countries. The dissertation gets into focus its analysis in the role of the Supreme Constitutional Courts (SCC) of each country, that is to say, the Supremo Tribunal Federal (STF) of Brazil and the Constitutional Court (CC) of Colombia, with relation to the judicial implementation of the rights differentiated recognized to indigenous peoples.

In the constitutional reforms, as much Brazil as Colombia, they compromised to abandon the assimilate paradigm of relationships with the indigenous people and to build a more respectful and symmetrical relation with these. This dissertation this assuming that; on the one hand, the native towns in both countries have an important symbolic capital, that facilitated the constitutional conquests but that to shown to be insufficient to consolidate them, and on the other hand, that the constitutional devices and referring legislatures to the new rights differentiated of the indigenous peoples are ambiguous and limited to obtain their adequate implementation in both countries. This context opens a great framework of liberty for the judicial interpretation of the content of the indigenous rights, being the judges the people that come defining concretely limit them and reach of the rights conquered by the indigenous peoples of each country in the respective constitutional reforms. The cultural production of the legal rule that serves to define the relation State-indigenous peoples, in the context previously described, is defined by this dissertation as *right spoken*, and constitutes the empirical focus of the process of investigation that is based on the verdicts of the SCC.

Between the main conclusions and hypothesis built during the investigation, is worth while to stand out the following: the legal interpretations of the STF and of the CC on indigenous peoples rights are diametrically different so much in content as in method. While, apparently the STF does not give a lot of importance to the constitutional reform in which refers to the relation of the indigenous peoples with the Brazilian State, reproducing in its decisions the assimilate paradigm and using insistently the legal categories of this; in Colombia, the CC innovated on concepts, methods and legal instruments relating to the constitutional devices on indigenous peoples, what apparently a material efficacy gave him to the constitutional reform of 1991 in which refers to these peoples. In Colombia, the production of the CC was apparently more influenced by the own internal structure of the legal field, in contrast with the Brazilian case in which the STF seems more influenced in its decisions by the relations among or legal field and the other fields to the power. To finish, so much in Colombia as in Brazil was not possible identify, from the role of the judicial power represented in the SCC, a road for the consolidation of the constitutional conquests of the rights differentiated of the indigenous peoples. In Colombia, in spite of the innovations of the *right spoken*, the advances not to stop being ephemeral in the context of cultural production of the legal field, being, as in the Brazil, subject to the exercise of *the sovereign power of the judge* that as every absolute power, is unpredictable.

Keywords: *indigenous peoples rights, relation State-indigenous peoples, Supreme Constitutional Courts, constitutional jurisprudence, legal field, cultural production of the Right, Supreme Colombian Constitutional Court, Federal Court Brazil, comparative study, Colombia Brazil.*

Introdução.

No final da década de 80 e durante toda da década de 90 a grande maioria de países da América Latina reformaram suas Constituições Políticas no médio de processos de redemocratização e desarticulação de grupos insurgentes onde as reivindicações étnicas retomaram uma inusitada força. As novas Constituições retomaram, entre outras muitas reivindicações de natureza política e social, as antigas demandas relativas ao reconhecimento da pluralidade étnica destes Estados, os quais historicamente resistiam-se a identificar como uma única Nação. No contexto desta especial conjuntura política surgiram os dispositivos constitucionais que reconhecem um conjunto de novos direitos para grupos sociais diferenciados por categorias étnicas, entre os quais estão os povos indígenas. As novas normas constitucionais pretendiam esvaziar a velha luta do movimento indígena contra a política assimilacionista mas sem desarticular a estrutura burocrática que a executa, e pior ainda sem adotar nenhuma política pública destinada a sua verdadeira implementação, deixando os direitos indígenas num absoluto limbo entre o reconhecimento e a inaplicação..

Tanto Brasil como Colômbia reconheceram-se como países *pluriétnicos* e *multiculturais*, mas a definição dos dispositivos constitucionais que traduzem ditas declarações em direitos concretos são ambíguas em ambos países, onde os aspectos mais importantes sobre povos indígenas foram delegados para sua eventual regulamentação nos Congressos Nacionais de cada país. Em vista de que até hoje os dispositivos constitucionais sobre povos indígenas que deviam ser regulamentados ainda não foram formalizados em leis, o que temos chamado de ausência do *direito escrito* relativo a povos indígenas na Colômbia e no Brasil. Nessa ordem de idéias, esta dissertação centrou sua análise do que chamo de *direito falado*, como aquele produzido pelos Supremas Cortes Constitucionais (SCC) caso a caso sobre povos indígenas, como o objetivo de mapear os desenvolvimentos conceituais dos dispositivos constitucionais através da interpretação que fazem os juízes da mais alta hierarquia no campo jurídico.

Esta dissertação analisa o *direito falado* sobre os dispositivos constitucionais relativos a povos indígenas que vem produzindo as SCC do Brasil e da Colômbia a partir das mudanças constitucionais de 1988 e 1991. Para tal efeito o texto esta dividido em quatro capítulos. O primeiro capítulo apresenta algumas considerações conceituais e metodológicas que foram utilizadas para a coleta e analise dos dados sistematizados ao longo da dissertação. O segundo capítulo, *titulado Entre Ambigüidades*

Constitucionais e Delegações Legislativas. Reformas Constitucionais e Povos Indígenas no Brasil e na Colômbia, descreve brevemente o processo constituinte e a participação neste dos povos indígenas em cada país, assim como a apresentação dos dispositivos constitucionais sobre o tema que foram definitivamente incluídos em cada Carta Política. O terceiro capítulo denominado: ***A Hierarquia da Anarquia. Supremas Cortes Constitucionais do Brasil e da Colômbia*** faz uma apresentação reflexiva sobre as características e funcionamento das SCC no Brasil e na Colômbia segundo o campo jurídico de lutas concretas em cada país. No quarto capítulo, ***A jurisprudência indigenista do Supremo Tribunal Federal***, são colocados e discutidos os principais elementos do *direito falado* sobre povos indígenas produzido pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil, o qual tem sido identificado com o nome de jurisprudência *indigenista* do STF. E no quinto capítulo, titulado: ***Uma troca justa. A Corte Constitucional colombiana e os povos indígenas***, são apresentadas as análises relativas ao direito falado sobre os direitos dos povos indígenas produzido pela Corte Constitucional (CC) da Colômbia, a qual tem se caracterizado pela uma produção conceitual mais inovadora sobre o tema indígena em toda América Latina. Na parte final do texto da dissertação são incluídas as considerações conclusivas que a perspectiva comparativa gerou.

Vale a pena mencionar que a decisão de fazer um trabalho desde uma perspectiva comparada assume desde o começo a impossibilidade de aprofundamento de cada caso estudado em contraprestação das dimensões que só a comparação consegue dar de instituições totalizantes como o é o Direito cuja ideologia universalista tende a apagar suas contingências históricas. Por esta razão insisti no trabalho comparativo como uma ferramenta metodológica que facilita enxergar os dois campos jurídicos além de si mesmos, ainda consciente de que na análise e reflexão de cada caso não teria como superar o nível exploratório, que é enriquecido pela dimensão comparativa para indicar possíveis pesquisas de aprofundamento dentro de cada um dos casos estudados.

- Capítulo I -

Algumas Considerações Conceituais e Metodológicas.

“ Creación de derecho es creación de poder, y en tal medida un acto de manifestación de violencia. Justicia es el principio de toda finalidad divina; poder es el principio de todo derecho mítico. Este último principio tiene una aplicación de consecuencias extremadamente graves em el derecho publico, en el ámbito del cual la fijación de límites tal como se establece mediante “la paz” en todas las guerras de la edad mítica, es el arquetipo de la violencia creadora de derecho. En ella se ve en la forma más clara que es el poder (más que la ganancia incluso más ingente de posesión) lo que debe ser garantizado por la violencia creadora de derecho.”(grifei). (Benjamin, 1971: 192-193)

“ O juiz, ao invés de ser sempre um simples executante que deduzisse da lei as conclusões diretamente aplicáveis ao caso particular, dispõe antes de uma parte de autonomia que constitui sem dúvida a melhor medida da sua posição na estrutura da distribuição do capital específico da autoridade jurídica; os seus juízos, que se inspiram numa lógica e em valores muito próximos dos que estão nos textos submetidos à sua interpretação, têm uma verdadeira função de *invenção*.”(Bourdieu, 2007: 229)

1. Sobre o Objeto de Pesquisa e os objetivos desta dissertação.

Muito tem sido escrito sobre a relação contemporânea do Estado com os povos indígenas, vários estudos dentro das Ciências Sociais e dentro do Direito têm focalizado a atenção de suas análises sobre as formas jurídicas, materializadas nas normas escritas e nas instituições burocráticas que as executam; no entanto, ainda não foi explorado o papel específico do *Direito aplicado* na sua função de intermediário e de interlocutor dessa relação. Refiro-me ao papel dos juízes como agentes do campo jurídico que aplicam e criam direito na resolução cotidiana de casos. É na produção judicial onde o Estado, neste caso representado pelos juízes, é interpelado sobre os conteúdos e limites concretos das regras que definem a sua relação de dominação com os povos conquistados. Os juízes, como representantes do que chamo nesta dissertação de *direito falado*¹, são tanto intermediários da relação dos povos com o Poder Executivo, como interlocutores diretos desta relação, quando eles mesmos encarnam o Estado diante dos conflitos entre povos indígenas e particulares, tendo eles o poder de dizer o que é, e o que não é direito em cada caso concreto.

¹ Mais na frente deste trabalho será discutida e apresentada

O *direito escrito* relativo aos povos indígenas, que correntemente é representado pelos dispositivos normativos referentes ao tema dentro dos próprios textos constitucionais e nas leis, têm inspirado diversos trabalhos relativos ao papel e ao significado do direito na intermediação da relação de dominação política dos povos indígenas pelo Estado como detentor do monopólio da violência simbólica do direito. São vários os estudos com este foco que já existem dentro da “*Ciência Jurídica*” (de análises internas do Direito) e das Ciências Sociais (com análises externas e *instrumentalistas* do Direito).²

Nos países de tradição jurídica romano-germânica, como o são Brasil e Colômbia, onde a lei escrita é a principal *fonte formal* do Direito, não se presta muita atenção ao papel dos juízes como fonte criadora e dinâmica deste, em contraste com os países de tradição anglo-saxônica onde o direito é principalmente produzido pelas regras

a definição do que estou entendendo por direito falado como uma metáfora e uma categoria não jurídica, ou seja externa a ciência do direito, que faz referência as regras jurídicas como produção cultural exercida pelos juízes, os quais são considerados agentes privilegiados na luta pela definição legítima do que é e não é direito em cada caso submetido a sua consideração. O *direito falado* é principalmente materializado em textos de decisões judiciais (atos, sentenças, acórdãos, etc.), que compartilham com *a fala* o sentido efêmero da existência do direito nelas produzido, e não sua forma *oral*.

2No relativo especificamente ao direito e a relação dos povos indígenas com o Estado, é possível verificar abundante literatura ao interior de diferentes disciplinas. **No direito, só para citar algumas produções jurídicas do Brasil e da Colômbia sobre o tema:** BARBOSA, Marco Antonio. 2001. *Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil.*, Dos SANTOS, Silvio Coelho, WERNER Dennis, BLOEMER, Neusa sens e NACKE Aneliese (org). 1985. *Sociedades Indígenas e o Direito. Uma questão de direitos humanos.*, GONÇALVES, Wagner.1993. *Natureza Jurídica das comunidades indígenas.* Direito Público e Direito Privado. Novo Estatuto do Índio. Implicações. In *Os Direitos Indígenas e a Constituição.* NDI Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris, VIEGA, Aurélio.1993. *Os Direitos Constitucionais dos índios nas faixas de fronteira.* In *Os Direitos Indígenas e a Constituição.*, SANTILLI Juliana.2005. *Socioambientalismo E Novos Direitos. Proteção Jurídica A Diversidade Biológica E Cultural.*, SANTILLI, Marcio.2004, “*Os Índios e a Fronteira*”, e do mesmo autor: 1991. “*Os direitos indígenas na Constituição brasileira*” In: Povos Indígenas do Brasil: 1987/88/89/90. SOUZA Filho, Carlos Frederico Marés De.1992. *Textos Clássicos Sobre O Direito E Os Povos Indígenas.*, e do mesmo autor: *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito.* SILVA, José Alfonso.2002. “*Curso de direito constitucional positivo*”, TESSLER, Marga Inge Barth. 2004. *O juiz e a tutela da cultura indígena*, FAJARDO, Raquel. Z. Y. Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial em los países Andinos. In: Justicia penal e comunidades indígenas., CLAVERO, Bartolome.1994. *Derecho Indígena y Cultura Constitucional em América.*, BONILLA, Daniel. *La Ciudadanía Multicultural y la política del Reconocimiento.* 1999. e do mesmo autor *Los Derechos Fundamentales y la Diferencia Cultural. Analisis del caso Colombiano.* In: Los Derechos Fundamentales. Universidad de Palermo, Buenos Aires., BOTERO, Catalina.2004. *Multiculturalismo y Derechos de los Pueblos indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional.* ROLDAN ORTEGA, ROQUE. 2000. “*Pueblos indígenas y leyes en Colombia: Aproximación crítica al estudio de su pasado y su presente.*”. **Nas ciências sociais, para citar tão só alguns exemplos:** STAVENHAGEN, Rodolfo.2003. *Los derechos indígenas algunos problemas conceptuales.*, GROS Christian. 1993. *Derechos indígenas y nueva constitución em Colombia.*, e do mesmo autor: 2002. *Ajuste com rosto indígena.*, CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. 1987a. *Os Direitos do Índio. Ensaio e Documentos.* e da mesma autora: 1992b. (org). *Legislação indigenista no século XIX: Uma Compilação: 1808-1889.*, OLIVEIRA F, João Pacheco. 1985. *Contexto e horizonte ideológico. Reflexões sobre o Estatuto do Índio.*, BARRETO, Henyo. 2005. *Disciplinando a diversidade cultural: uma perspectiva antropológica sobre a portaria 14* In: LIMA, Antonio & Barreto Henyo (org). *Antropologia e Identificação: os antropólogos e a definição de terras indígenas no Brasil, 1977-2002.*

jurisprudenciais. Na tradição romano-germânica se pressupõe que o juiz é um simples aplicador *neutro*³ da norma escrita, o que explica o fato de que em nossos países os esforços para compreender o papel do Direito na sociedade se concentrem nas normas escritas e não nas regras faladas pelos juízes caso a caso. Nesta dissertação proponho fazer uma primeira abordagem sobre o papel do direito na relação entre o Estado com os povos indígenas, a partir de uma perspectiva comparada entre o Brasil e a Colômbia, focalizando o estudo no *direito falado* pelos juízes caso a caso com relação aos dispositivos constitucionais de ambos os países, o que implica passar para um segundo plano os dispositivos constitucionais e legais do direito escrito sobre o tema.

A dissertação tem como objetivo explorar a dimensão judicial dos direitos indígenas incluídos nos textos constitucionais do Brasil (1988) e da Colômbia (1991), através da interpretação que destes fazem as Supremas Cortes Constitucionais(SCC)⁴ em cada país através das suas decisões sobre o tema, no lapso de tempo compreendido entres as mudanças constitucionais até o ano de 2007.

O recorte temporal escolhido se fundamenta estas mudanças constitucionais representam uma importante quebra no contexto normativo de ambos os países, redistribuindo poder e capital simbólico entre os agentes de cada campo jurídico, e introduzindo novos jogadores, novas competências, e por fim, novas lutas pela apropriação da eficácia simbólica do direito. No caso temático que analisa a dissertação, relativo à interpretação do que é ou não considerado direitos indígenas em cada país, as novas constituições do Brasil e da Colômbia introduziram textos normativos similares, através dos quais ambos os países decidiram, pelo menos formalmente, “abandonar” o paradigma assimilacionista para redefinir, sempre unilateralmente, os termos jurídicos da relação entre os povos indígenas com os novos Estado pos reformas constitucionais.

A seguir, são apresentados os principais conceitos teóricos e metodológicos que guiaram a construção dos dados empíricos e sua posterior análise nesta dissertação.

2. O *direito falado* e outras considerações conceituais.

³ O conceito de neutralidade é uma *Idea -valor* do Direito e não uma característica de seu ser reconhecida pela própria ciência jurídica.

⁴ As Supremas Cortes Constitucionais são definidas nesta dissertação como aqueles Tribunais ou Cortes com a competência, mesmo que não seja exclusiva, de interpretar o texto constitucional como última instância na hierarquia interna do ordenamento jurídico de cada país. Para os casos comparados na pesquisa se está fazendo referencia ao Supremo Tribunal Federal no Brasil (STF) e á Corte Constitucional (CC) na Colômbia, ambos os tribunais com competências constitucionais, sendo a segundo um foro especializado na matéria, em quanto o STF é também um Tribunal de cassação .

O Direito, como materialização do monopólio *legítimo* da violência exercida pelo Estado, é instrumento fundamental da manutenção da ordem social que naturaliza o poder do soberano, através do controle do aparelho repressivo do Estado. Na América Latina, a relação entre os chamados *povos nativos* e o Estado foi, desde sua origem, a relação de vencedor sobre vencido, regulada formalmente por um conjunto de normas jurídicas que definem, unilateralmente, os marcos desta dominação, produto da conquista de um inimigo não exterminado, o que constitui um elemento de extrema importância quando se fala das características desta relação em termos jurídicos.

“Donde se establece límites, el adversario no es sencillamente destruido; por el contrario, incluso si el vencedor dispone de la máxima superioridad, se reconocen al vencido ciertos derechos. Es decir, en forma demoníacamente ambigua: “iguales” derechos; es la misma línea la que no debe ser traspasada por ambas partes contratantes. Y en ello aparece en su forma más temible y originaria, la misma ambigüedad mítica de las leyes que no pueden ser “transgredidas”, y de las cuales Anatole France dice satíricamente que prohíben por igual a ricos y a pobres pernoctar bajo los puentes.” (Benjamin, 1971: 195)

O atual direito escrito que faz referência aos povos indígenas na América Latina não deixa de ser expressão do vencedor sobre o vencido, sendo ainda mais ambíguo pelo mesmo marco político dos Estados recentemente reconhecidos como “*multiculturais e pluriétnicos*”, no qual estão inscritos estes dispositivos, e onde os termos da relação são indefinidos, uma vez que nem o Estado nem os povos indígenas têm certezas sobre o limite real e violento que os textos jurídicos do novo paradigma encobrem, pelo menos no assimilacionismo os objetivos e ações eram explícitos, no *multiculturalismo* são indefinidos⁵.

⁵ Para ver uma crítica completa sobre os diferentes tipos de multiculturalismo e sua ambigüidade na América Latina ver: **ZIZEC, Slavoj** . 1998. *Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional*. Pp. 137-188. In: JAMESON, Federic y Slavoj ZIZEC (eds). Estudios Culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo. Paidós, Barcelona; **WADE, Peter**. 2004. *Los guardianes del poder: biodiversidad y multiculturalidad en Colombia*. Pp. 249-269. In: RESTREPO, Eduardo y Axel ROJAS (eds.). Conflicto e invisibilidad. Retos en los estudios de la gente negra en Colombia. Universidad del Cauca, Popayan; **FRASER, Nancy**. 1997. *La justicia social en la época de la política de la identidad. Redistribución, reconocimiento y participación*. In: Estudios Ocasionales, Centro de Estudios Sócio Jurídicos (CIJUS). Pp. 9-29. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá; **WADE, Peter**. 1997. *Gente Negra, Nación Mestiza. Dinámicas de las identidades raciales en Colombia*. Ediciones Uniandes, Siglo de Hombre Editores. Bogotá; **ZAMBRANO V. Carlos**. 2004. *La Nación em transición. Dinámicas Sociopolíticas del Reconocimiento de la Diversidad*. In: AROCHA Jaime. (Compilador). *Utopia para los Excluidos. El Multiculturalismo em Africa y América Latina*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, Colombia, 2004; **ZAMBRANO V. Carlos**. 2003. *Nación y Pueblos Indígenas en Transición. Etnopolítica radical y Fenomenos Politoculturales Emergentes en América Latina*. In: ZAMBRANO V. Carlos (Editor). *Etnopolíticas y Racismo. Conflictividad y Desafíos interculturales en América Latina*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, Colombia, 2003.

Considero que é no texto aplicado pelos agentes do Estado que se materializam os conteúdos e limites concretos dos dispositivos escritos, criado do lado destes o que chamo de *direito falado*, entendendo por este o direito aplicado pelos juízes, que são os agentes dentro do Estado que resolvem “*soberanamente*” caso a caso a ambigüidade da norma escrita, bem seja no seu papel de intermediador da relação entre os povos indígenas e o Poder Executivo, ou em qualidade de representante do próprio Estado, quando decidem sobre as regras de relacionamento entre os povos indígenas e os demais particulares.

A análise desta dissertação apóia grande parte da sua reflexão sobre a proposta de Bourdieu de compreender o Direito como forma de produção cultural, que se expressa dentro de um campo de luta entre agentes profissionais, onde a norma positiva é tão só uma das manifestações do processo de *codificação* por meio do qual o Direito manifesta seu poder simbólico, mas que está longe de ser a única ou a mais importante forma de *codificação* do campo. Para Bourdieu, as normas positivas contêm o poder simbólico do direito apenas de forma potencial. O autor considera que é na aplicação das normas que este poder simbólico se libera, o que coincide com a proposta de focalizar a análise desta dissertação no *direito falado* pelos juízes caso a caso, razão pela qual as conceitualizações de Bourdieu sobre o Direito são pertinentes para orientar a reflexão com relação à produção judicial além da literalidade dos dispositivos escritos.

As noções básicas que orientam o processo analítico desta dissertação são aquelas sugeridas por Bourdieu na sua interpretação da produção cultural do Direito e do universo jurídico que o envolvem como um microcosmo social regido por uma lógica própria, com um importante poder simbólico na manutenção e reprodução da ordem social, assim como pelos conceitos referentes à natureza do Direito como expressão de violência e poder soberanos elaborados por Agamben, a partir do conceito de direito mítico de Benjamin.

Segundo Bourdieu, o campo jurídico é um microcosmo social relativamente autônomo, constituído *por e como* um espaço de lutas entre agentes (indivíduos e instituições) com forças desiguais que dependem da sua posição na *estrutura das relações objetivas* do campo. A posição de um agente dentro do campo está condicionada pelo *capital simbólico* que este tem em um dado momento, o qual, por sua vez, está constituído tanto pelo seu *conhecimento* (competência técnica) como pelo seu *reconhecimento* (crédito ou prestígio) dentro do campo.

O capital simbólico de cada agente lhe permite definir ou redefinir as regras do jogo, com a condição de nunca sair delas. Não obstante, é precisamente no poder que têm os juízes, autorizados pela mesma lei para sair *excepcionalmente* desta, que ficará mais explícito o *poder soberano* do juiz como criador de direito, por ser nesses espaços onde mais claramente é desvelada toda sua natureza arbitrária de simples expressão de poder. Os espaços de poder soberano do juiz contradizem todos os esforços da prática jurídica, por parecer afastada de qualquer arbitrariedade, para ser identificada como uma instituição neutra e racional, valores nos quais fundamenta sua legitimidade e, portanto, sua eficácia simbólica.

É na discricionariedade, aparentemente excepcional da prática jurídica, que o direito se expressa como poder soberano. Segundo Agamben, é nesses pequenos descuidos de paradoxal autonomia regulada que se expressa toda a natureza arbitrária do poder. “*É a ambigüidade constitutiva pela qual a ordem jurídica parece estar fora e dentro de si mesma*” que se fundamenta o *poder soberano do juiz*⁶, a possibilidade de ordenar o cumprimento universal da lei sem estar obrigado a acatá-la, porque é da natureza mesma da exceção estar legalmente fora da lei, “*a norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta*”(Agamben,2004 :23-25). Mas cada aplicação cria direito, cada caso é regulado na hora do juízo, o juiz que decide sobre a aplicação de normas abstratas e ambíguas o bastante para garantir a sua flexibilidade; por isso é o juiz que, em primeira instância, exerce a violência mítica do Direito, é aquele que o *cria* e o *conserva* caso a caso. (Benjamin, 1971:199)

As possibilidades discricionárias das práticas jurídicas são fugas ou imperfeições do campo onde é possível observar sua arbitrariedade concreta e sua violência despreendida de toda retórica. É na decisão adotada discricionariamente que a prática jurídica se liberta não só dos ritos, e dos procedimentos “*destinados a atestar que a decisão exprime não só a vontade da visão do mundo do juiz mas sim a voluntas legis*” (Bourdieu,2007:225), mas também das necessárias referências a decisões judiciais anteriores que fundamentam e confirmam tautologicamente a decisão discricionária.

O que estamos chamando de *poder soberano do juiz*, não é outra coisa que a possibilidade que este tem de tomar decisões legítimas ainda que esteja por fora da

6 Fazendo uma analogia com o poder soberano do executivo ao qual faz referencia Agamben, mas que dentro do campo jurídico é exatamente o que acontece com os juiz que é legalmente autorizado de atuar discricionariamente. Parafraçando a Agamben: *O soberano* é, para Carl Schmitt, aquele que está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico, pois ele tem o poder de proclamar o estado de exceção, de suspender a validade da lei para que ela seja possível, para que se estabeleça o estado de direito: é porque ele pode suspendê-la que pode estabelecê-la. (Agamben, 2002 :23)

própria lei, sempre como uma *exceção* do princípio de legalidade ao qual em regra esta sujeito. Este poder se manifesta explicitamente em dois momentos comuns a todo campo jurídico; um, quando o juiz tem a obrigação de decidir toda controvérsia jurídica que lhe seja apresentada, ainda que na ausência de norma positiva aplicável, da forma em que reza a ideologia do corpo: “*a lei pode ter lacunas, mas o direito não as admite*”; e em um segundo momento explícito é quando a lei caracteriza situações *excepcionais* em que se justifica autorizar ao juiz que decida rapidamente sem que precise fundamentar juridicamente sua decisão, sendo legítima sua argumentação política. Ou seja, perante a caracterização de uma situação de *exceção*, é o juiz, quem avalia a situação fática, e quem em suma quem decide abrir a porta do não direito pela via da exceção.

“Segundo alguns autores, no estado de necessidade “o juiz elabora um direito positivo de crise, assim como em tempos normais, preenche as lacunas do direito”(Mathiot, 1956.p.424). Desse modo, o problema do estado de exceção é relacionado a um problema particularmente interessante na teoria jurídica, o das lacunas do direito. Pelo menos a partir do art. 4 do Código Napoleão (“O juiz que se recusa a julgar, sobre pretexto de silêncio, sentido obscuro ou insuficiência da lei, poderá ser perseguido como culpado de denegação de justiça”), na maior parte dos sistemas jurídicos modernos o juiz tem a obrigação de pronunciar um julgamento, mesmo diante de uma lacuna na lei. Em analogia ao princípio de que a lei pode ter lacunas, mas o direito não as admite, o estado de necessidade é então interpretado como uma lacuna no direito público, a qual o poder executivo é obrigado a remediar. Um princípio que diz respeito ao poder judiciário estende-se, assim, ao poder executivo.” (Agamben, 2004: 48)

Neste caso, o que diz Agamben a respeito do poder executivo em relação ao exercício da decisão soberana é em grande medida utilizado na análise sobre o poder judiciário nesta dissertação. Tanto os conceitos relativos ao direito como campo de lutas e microcosmos social, como os conceitos de Agamben sobre a expressão do poder soberano de exceção, são conceitos principais que orientam a reflexão analítica deste trabalho.

A seguir são resenhados por extenso os mais importantes conceitos propostos por Bourdieu referentes aos juízes, sendo prioritariamente colocadas as categorias pertinentes à pesquisa que se relacionam com as práticas judiciais que envolvem os *veredictos* ou decisões judiciais e o universo social dos juízes constitucionais como

agentes privilegiados do campo de luta jurídica no que é pertinente para esta dissertação.

3. Uma hierarquia em disputa. Sobre a posição de poder das Supremas Cortes Constitucionais no campo jurídico.

O trabalho desta dissertação está centrado nos juízes que conformam as Supremas Cortes Constitucionais (SCC), compreendidas como agentes independentes do jogo, na sua qualidade de instituição, assim como o conjunto de agentes que as integram e por sua vez participam individualmente do jogo, na sua qualidade de magistrados ou ministros.

No contexto de lutas pela *interpretação correta*, que permite monopolizar o direito a dizer o que é, e não é direito em cada caso concreto os juízes constitucionais, como nenhum outro agente, têm uma posição privilegiada para dirimir os *conflitos entre diferentes intérpretes e distintas interpretações*, o que formalmente lhes dá um tipo de ascendência sobre os demais agentes do campo, estando reservado ao juiz constitucional um espaço de poder significativo na produção jurídica, e por isto também na estrutura de relações objetivas do campo.

A liberdade interpretativa dos juízes está limitada através da estrutura hierárquica do campo que pretende garantir a coerência e coesão deste, o que se faz por meio do disciplinamento interpretativo exercido pelas SCC. Segundo Bourdieu, a Justiça organiza, mediante uma estrita hierarquia, três elementos fundamentais para seu funcionamento: as instâncias judiciais e seus poderes, as decisões e interpretações sobre as quais estes se apóiam, e as normas, assim como as fontes, que conferem autoridade às decisões de cada agente.

Entre os juízes que compõem o corpo hierarquizado de agentes com poder de decisão, são as SCC os agentes que formalmente retêm o maior capital simbólico dentro do campo, com a competência de dirimir conflitos sobre a interpretação do que é ou não considerado direito. Se o juiz como agente genérico tem a competência de ativar a eficácia simbólica que se encontra em estado potencial nos textos normativos, a maior expressão deste poder está nos tribunais constitucionais, os quais têm a competência de interpretar o texto supremo do campo jurídico: a Constituição, fonte superior de todas as normas positivas que existem legitimamente para o campo.

“Como no texto religioso, filosófico ou literário, no texto jurídico estão em jogo lutas, pois a leitura é uma maneira de apropriação da força simbólica que nele se encontra em estado potencial. Mas, por mais que os juristas possam opor-se a respeito de textos cujo sentido nunca se impõe de maneira absolutamente imperativa, eles permanecem inseridos em um corpo fortemente integrado de instâncias hierarquizadas que estão à altura de resolver os conflitos entre os intérpretes e as interpretações. E a concorrência entre os intérpretes está limitada pelo fato de as decisões judiciais só poderem distinguir-se de simples fatos de força política na medida em que se apresentem como resultado necessário de uma interpretação regulada de textos unanimemente reconhecidos.”(Bourdieu, 2007: 215)

A estrutura hierarquizada do campo jurídico é uma tentativa destes para dar-se coerência e coesão, mantendo o seu principal pressuposto da auto-fundamentação. Não obstante, na descrição que Bourdieu faz da hierarquia formal do campo jurídico, o autor omite que esta hierarquia, ao estar contemplada em textos jurídicos objeto de interpretação, é por sua vez objeto de luta, razão pela qual não existem hierarquias imperativas entre os agentes do campo, senão lutas permanentes pelo reconhecimento efetivo da ascendência de uns agentes sobre outros.

Somente na medida em que as hierarquias do campo operam adequadamente, é possível iludir as contradições e *lacunas*, que nele de fato existem, mas a consistência do campo depende mais da manutenção da ideologia profissional do corpo jurídico do que do funcionamento eficaz das hierarquias.

As SCC têm entre as suas funções a de manter a coerência conceitual entre a norma suprema (a Constituição) e os demais textos normativos, mas tal atribuição formal nem sempre é reconhecida na prática pelos demais agentes que questionam o fato de as SCC serem as detentoras do monopólio de dizer o que é direito nos textos constitucionais como última instância. De qualquer forma, a existência destes agentes institucionais no campo cria a ilusão da existência e do funcionamento das hierarquias que dão coerência ao Direito.

“É tanto menos difícil ao corpo de juristas convencer-se de que o direito tem o seu fundamento neles próprio, quer dizer, numa norma fundamental tal como a constituição como *norma normarum* de que se deduzem todas as normas de ordem inferior, quanto a *communis opinio doctorum*, com raízes na coesão social do corpo dos intérpretes, tenda a conferir a aparência de um fundamento transcendental às formas históricas da razão jurídica e à crença na visão ordenada da ordem social por eles produzida.” (Bourdieu, 207: 214).

O fato é que na realidade ainda que formal, a hierarquia efetiva das Supremas Cortes Constitucionais é controversa, especificamente no Brasil e na Colômbia que são nossos casos de estudo. Nas hierarquias organizativas, assim como em qualquer texto jurídico, estão em jogo lutas de poder entre os agentes concorrentes no campo. A superioridade das Cortes não é um fato pacificamente aceito nem por todos os agentes, nem em todos os casos, sendo uns dos principais objetos de luta entre as instituições do campo.

Este fenômeno próprio do campo jurídico, que vamos chamar de *indisciplina de corpo*, é facilitado pela mesma existência de regras positivas que garantem aos agentes o espaço de liberdade suficiente para manter a autonomia que cada um precisa no jogo e por tanto garantem a existência do mesmo. Para o caso da Colômbia e do Brasil, são explicitadas as regras formais que favorecem a *indisciplina de corpo* com relação à jurisprudência constitucional no Capítulo III desta dissertação.

Ainda que reconhecendo os problemas que subjazem às hierarquias jurídicas, é inegável que as SCC têm um importante papel no processo de codificação jurídica através da homologação de conceitos que criam e distribuem não só direitos como também grupos sociais. Por isso uma análise focalizada nestes agentes pode ser reveladora tanto da estrutura como do conteúdo da luta sobre temas específicos ao interior do campo jurídico.

4. Aparentando sentido. Sobre a função de homologação que têm os juízes constitucionais.

Segundo Bourdieu, um dos principais efeitos simbólicos do direito por meio de seu exercício de codificação é o feito de *homologação* de conceitos, que unifica linguagem e define conteúdos. Segundo o autor, a homologação tem como uma das suas principais funções a de modelar a procura social do Direito, na medida em que seu objetivo é introduzir nas relações sociais uma previsibilidade e racionalidade muito além das que podem garantir os *habitus*, sendo esta uma das razões pelas quais o Direito é fundamental na manutenção da ordem social.

É importante ter claro que não é qualquer agente dentro do campo que consegue o efeito de homologação, devido à importância de poder interno que este implica; somente os agentes mais poderosos entram nesta concorrência (Bourdieu, 2007: 250). Entre os agentes dentro do campo jurídico é difícil pensar em um agente melhor

localizado para o exercício do efeito da homologação que as SCC, já que são elas as encarregadas de unificar a linguagem do texto constitucional. Sendo estas Cortes as intérpretes autorizadas da constituição, elas têm o poder, como nenhum outro agente, de homologar a linguagem estruturante do campo e portanto criar o conteúdo legítimo do texto (por natureza ambíguo) que não só limita o sentido das normas já existentes como os limites da mesma produção legislativa que se deve ajustar ao entendimento que os ministros e magistrados fazem da Carta.

O principal efeito da *homologação* descrito por Bourdieu é o ajustamento que esta faz entre a oferta e a procura jurídica, na medida em que esta segunda se restringe aos espaços que a primeira abre, mas também a oferta é em alguma medida influenciada pela procura de novos conceitos jurídicos para novos problemas sociais. Bourdieu outorga à oferta jurídica o mesmo poder como à procura, mas os dados empíricos desta pesquisa revelam como a procura tem pouca capacidade de influenciar a oferta; quando o poder de refração do campo é muito alto, a oferta termina se impondo mais fortemente que a procura.

Nos casos que nos ocupam na presente dissertação, dentro do conjunto de decisões que lhes cabe tomar as Supremas Cortes Constitucionais (SCC): o STF e a CC, estão as chamadas *Súmulas* e *Sentenças de Unificação*, respectivamente, as quais têm como função explícita a de *homologar* o entendimento jurídico sobre normas e fatos similares aos que se deve outorgar o mesmo tratamento jurídico (segundo a regra da igualdade e imparcialidade jurídica), assegurando dessa forma um poder importante às Cortes como agentes homologadores de sentido, ainda que independente do efeito real que este tem. O que não quer dizer que o fato da existência deste tipo de funções explícitas encabeçadas pelas SCC garanta que estas consigam persuadir todos os agentes sobre o conteúdo lingüístico que estas pretendem dar a Constituição.

Nem as súmulas, nem as sentenças de unificação, assim como todas as decisões das Cortes de forma geral, têm valor vinculante, o que significa que seu desconhecimento não acarreta sanções para os agentes jurídicos que se desviam de seus conteúdos. Sempre existe para os juízes de inferior hierarquia a possibilidade de argumentar em contrário ao decidir entre interpretações concorrentes que lhe sejam apresentadas pelos profissionais do campo.

No caso colombiano, verificou-se uma oferta inovadora que estimulou o surgimento de uma procura ampla e criativa, em contraste com o caso brasileiro onde a oferta desconhece sistematicamente a procura social e termina obrigando-a a se ajustar

ao que os ministros do STF consideram a competência restrita do Tribunal Constitucional em matéria de povos indígenas, desestimulando a procura sobre o tema perante esta jurisdição. Por esta razão, os veredictos são os locais onde caso a caso se cria o *direito falado* que de fato modela a procura social perante o judiciário e homologar o entendimento social do conteúdo dos dispositivos constitucionais sobre o tema.

5. A tautologia da lógica jurídica. Veredictos e precedentes.

As decisões judiciais, chamadas por Bourdieu de *veredictos* são, ao lado das normas positivas e das produções doutrinárias, expressões diferentes do processo de *codificação* do real, que o autor define como o processo “de nomeação firmada na realidade” pelo qual é possível explicar a eficácia simbólica do Direito, representado na força de aplicação de seus veredictos e não no poder mágico do discurso como pura retórica (Bourdieu, 2007: 239-245).

Segundo Bourdieu, o processo de *codificação* consiste em três práticas fundamentais que são realizadas pelos profissionais do trabalho simbólico, obedecendo as regras do próprio universo jurídico. Em primeiro lugar a codificação consiste “*em pôr em forma e em fórmula*” enunciados da ordem social que devem ser traduzidos para o mundo jurídico em código *universal*. Em segundo lugar, a codificação se encarrega de conferir um sentido “*neutralizante*” aos enunciados jurídicos que, em teoria, estão afastados de toda idéia de arbitrariedade; e por último, a codificação sistematiza as normas, jurisprudência e doutrina de forma que todas estas sejam auto-referentes como um corpo coerente e coeso.

As decisões judiciais ou veredictos são, nesse contexto, uma das formas possíveis da codificação, que tem efeitos simbólicos na medida em que consegue colocar *em forma e em fórmula* uma confrontação de pontos de vista antagônicos, por meio de um ritual neutralizante, onde se supõe que a autoridade investida de poder para resolver é imparcial entre as partes, e fundamenta a sua decisão na lógica auto-referenciada do mundo jurídico, que se fundamenta em seus próprios precedentes. Os veredictos têm como uma de suas mais importantes funções a de contribuir para fundamentar a adesão dos profanos aos próprios fundamentos da ideologia profissional que consiste na crença sobre a neutralidade e autonomia do direito e dos juristas. (Bourdieu, 2007: 243)

Segundo Bourdieu, o que o poder judicial expressa por meio dos veredictos é “o ponto de vista transcendente às perspectivas particulares, que é a visão soberana do Estado. Estado que é o detentor do monopólio da violência simbólica legítima.” (Bourdieu, 2007: 238).

Em cada veredicto está em jogo “o monopólio do poder de impor o princípio universalmente reconhecido de conhecimento do mundo social”, como o princípio universal de visão e de divisão, ou seja, de distribuição legítima de poderes e de capital.

Para Bourdieu, os veredictos são os meios pelos quais o Estado distribui diferentes volumes e espécies de capital entre os agentes, além de colocar um limite na luta social sobre as qualidades das pessoas ou dos grupos, assim como acerca da pertença das pessoas a estes, “ou seja, a justa atribuição de nomes”. (Bourdieu, 2007: 239).

Apesar de o veredicto e a jurisprudência não serem nem a única, nem a mais importante forma de exercício do poder simbólico do direito, é nele que se atualiza seu poder de nomeação, mesmo que auto-referenciado, nunca uma decisão é idêntica a outra, todas elas produzem direito, criam regras casuísticas, que, mesmo que escritas, constituem o conteúdo do direito concreto, o que temos chamado nesta dissertação de *direito falado*. Por isto, é na decisão judicial onde é possível observar a lógica jurídica em funcionamento para a criação e conservação do *direito mítico*, dominante. É fundamental lembrar que a criação de direito é criação de poder e, nessa medida, um ato de imediata manifestação de violência (Benjamin, 1971: 192).

Mas a decisão judicial que recria e conserva o direito não pode ser entendida sem o contexto de veredictos que a antecedem, porque sua criação é ao mesmo tempo livre e auto-referenciada. É na sua capacidade de auto-referencia dentro do campo que recai parte importante da sua legitimidade positiva, por isto a importância dos precedentes judiciais como formas de justificação da decisão judicial.

O precedente, como fundamento do modo de pensamento e da ação propriamente jurídica, baseia a sua existência no valor de uma ou várias decisões exemplares, destinadas a servir como modelo das decisões ulteriores. O peso do precedente na decisão judicial é símbolo do pensamento jurídico auto-referenciado e tautológico. Ronald Dworkin, descreve a dimensão do valor do precedente na lógica jurídica de seguinte forma:

“cada juez debe verse a sí mismo, al sentenciar un nuevo caso, como un eslabón en la compleja cadena de una empresa en la

que todas aquellas innumerables sentencias, decisiones, estructuras, convenciones y prácticas son la historia. Su responsabilidad es continuar esa historia hacia el futuro gracias a su labor hoy. “Debe” interpretar lo que ha venido ocurriendo porque tiene la responsabilidad de hacer progresar esa empresa que tiene entre manos antes que tomar de golpe su propio camino. De manera que debe establecer, en acuerdo a su propio juicio, hasta donde había llegado las decisiones previas, cuál será el asunto primordial o tema de la practica hasta ese punto y todo esto tomado como un conjunto integral.” (DWORKIN, 1997:167)

O precedente, segundo Bourdieu, cumpre várias funções importantes para o Direito: por um lado vincula permanentemente o presente ao passado, e por outro, significa uma forma de garantir que o futuro será a imagem do passado e que as “*transformações e adaptações inevitáveis serão pensadas e ditas na linguagem da conformidade com o passado*”(Bourdieu, 2007: 245).

A utilização de precedentes na argumentação jurídica também serve como instrumento de autoridade para respaldar o *direito falado* pelo juiz em cada caso. Os veredictos judiciais são atos de interpretação, e por isso podem ser de vários tipos dificultando sua predição e gerando uma instabilidade própria de sistemas jurídicos de tradição *oral*, onde supostamente *a fala* que cria a regra é única e imprevisível. A interpretação judicial se diferencia de outros tipos de interpretação de textos, como os literários, na medida em que a interpretação jurídica gera efeitos para fora do mesmo campo jurídico onde se produz. Vale a pena fazer algumas esclarecimentos conceituais sobre os pressupostos relativos à interpretação jurídica que são utilizados nesta dissertação e que classificam o exercício de produção do *direito falado*.

Na liberdade que os juízes têm para interpretar os textos jurídicos, estes podem escolher entre a infinidade de interpretações possíveis, aquelas aparentemente mais *restritas à literalidade do texto* e às *interpretações amplas* ou *extensivas* para as quais a literalidade do texto é somente uma referência temática, mas não lingüística da sua decisão. O primeiro tipo de interpretação limita o entendimento do texto à exegese das palavras nele consignadas. As interpretações restritivas se apóiam na ideologia jurídica que pressupõe a neutralidade judicial, onde o juiz é um simples aplicador da norma escrita, que mediante um exercício de lógica dedutiva, “*o silogismo jurídico*”, aplica o

texto geral e universal da lei à particularidade de cada caso; este é o tipo de aplicação jurídica que Norberto Bobbio chama de *positivismo ideológico*⁷.

Na “*ciência jurídica*”⁸, este estilo de interpretação é conhecida como “*formalismo*”, devido a ser a atitude hermenêutica mais apegada à forma literal do texto (Lopez, 2005: 137). O segundo tipo de interpretação mencionada é aquela que se serve da polifonia da linguagem para permitir que o texto fale muito além das palavras explícitas nele contidas, mediante processos argumentativos que vinculam conceitos e idéias às palavras da norma objeto de interpretação, de forma que os juízes podem construir interpretações extensivas dos textos legais. Este estilo hermenêutico é conhecido na “*ciência jurídica*” como “*anti-formalismo*” (López, 2005: 328).

“Os juristas e os juízes dispõem todos, embora em graus muito diferentes, do poder de explorar a polissemia ou a anfibologia das formulas jurídicas recorrendo quer á *restrictio*, processo necessário para se não aplicar uma lei que, entendida literalmente, o deveria ser, quer á *extensio*, processo que permite que se aplique, tomada á letra, não o deveria ser, quer ainda a todas as técnicas que, como analogia, tendem a tirar o máximo partido da elasticidade da lei e mesmo das suas contradições, das suas ambigüidades ou das suas lacunas.” (Bourdieu, 2007: 224)

De qualquer forma, a interpretação jurídica, quer seja *formalista* ou *anti-formalista*, procura garantir na sua expressão ritual a neutralidade capaz de abstrair e afastar a decisão de qualquer elemento irracional ou arbitrário do julgador, que possa identificar o direito com a violência que o garante.

Num marco tão conservador como o é a decisão judicial, que cuida de aparentar continuidade como símbolo de previsibilidade e garantia de segurança e confiança na ordem social que representa, as mudanças explícitas são tímidas e nunca radicais. Estas, sempre que internas, são produto de lutas dentro do campo entre os agentes ortodoxos e os reformistas. No caso da presente dissertação, estudo comparativamente nos veredictos dos juízes constitucionais sobre povos indígenas os impactos que deveriam

7 Segundo Bobbio o positivismo jurídico como ideologia assume, com relação a decisão judicial a teoria da interpretação lógica ou mecanicista do direito, sobre a qual, o mesmo autor afirma: “a interpretação do Direito feita juiz não consiste jamais na simples aplicação da lei com base em um procedimento puramente lógico. Mesmo que disto não se dê conta, para chegar á decisão ele deve sempre introduzir avaliações pessoais, fazer escolhas que estão vinculadas ao esquema legislativo que ele deve aplicar”.(Bobbio, 1995 :237)

8 “A “ *ciência jurídica* tal como a concebem os juristas, e sobretudo, os historiadores do direito, que identificam a história do direito com a história do desenvolvimento interno do seus conceitos e dos seus métodos, apreende o direito como um sistema fechado e autônomo, cujo desenvolvimento só pode ser compreendido segundo a sua dinâmica interna””.(Bourdieu, 2007: 209).

causar as mudanças dos textos constitucionais em cada país, e por isto é importante compreender como teoricamente é entendida a mudança de conceitos e princípios no interior do direito, já que não se trata de uma revolução por meio da violência fundadora de um novo direito; no caso, trata-se de compreender a mudança que acontece dentro da mesma lógica da conservação da ordem, a traves de uma reforma constitucional lida e aplicada pelas SCC de cada país. Vale a pena apresentar alguns pontos sobre os quais a dissertação se distancia um pouco da teoria proposta por Bourdieu para ler este tipo de situações de reforma ou mudança no interior do campo jurídico.

Para começar, segundo Bourdieu, existe dentro do campo jurídico um conjunto de lutas preestabelecidas entre agentes estereotipados pelo autor. Especificamente quando se refere à divisão do trabalho jurídico entre “*teóricos*” e “*práticos*”, identificando essa divisão como equivalente a acadêmicos (professores) e juízes, partindo do suposto de que os primeiros tendem a ser mais conservadores que os segundos, devido a que sua função dentro do campo é a de garantir a coerência e coesão do mesmo, o que implica necessariamente uma referência ao passado e à continuidade do direito como corpo. Para Bourdieu, os juízes são os agentes com a função de atualizar as normas às realidades sociais, razão pela qual lhes é mais difícil guardar uma coerência com o direito teórico conservador, sendo estes agentes de mudanças por natureza (Bourdieu, 2007: 213-253).

Os dados da pesquisa empírica revelaram que essa divisão do trabalho jurídico e de posicionamento dos agentes está longe de ser do jeito sugerido por Bourdieu. Enquanto os juízes brasileiros se mostraram altamente ortodoxos e exegetas nas suas interpretações sobre assuntos indígenas, assim como pouco receptivos sobre a procura jurídica centralizada no Ministério Público, que propõe novas categorias e novos problemas para articular o tema indígena após a CF de 1988. Na CC colombiana foi possível verificar a existência de uma fértil aliança entre os Magistrados e os doutrinantes, os quais foram articulados nas decisões constitucionais como fonte de legitimidade e fundamentação para as inovações conceituais que a Corte Constitucional está introduzindo no campo sobre o tema indígena. Ou seja, nem sempre são os juízes os agentes mais favoráveis às inovações, e nem sempre são os teóricos jurídicos os mais ortodoxos agentes do campo jurídico. Mas o certo é que existe jurisprudência para referenciar qualquer decisão assim como teoria para fundamentar quaisquer interpretações, uns e outros somente podem ser lidos no contexto do seu respectivo

campo de luta e com relação a temas específicos, negando quaisquer possibilidade de generalização neste sentido.

O fato de colocar na procura jurídica novas *formas e fórmulas* para introduzir um novo corpo de direitos, como é o caso dos direitos indígenas, não garante que os juízes se pronunciem sobre isto. Apesar de os juízes serem sempre obrigados a decidir, não que dizer que sejam obrigados a levar em consideração nem os argumentos nem os conceitos colocados na ação, nem na contestação pelos profissionais que lhes interpelam. Ou seja, o texto do juiz é independente da procura dos litigantes, eles podem até decidir sobre o mérito do tema proposto, mas não discutir ou decidir sobre questões que os litigantes interpretam como principais da disputa. Existem inúmeras formas para os juízes se iludir da procura social na sua resposta jurídica, desde discussões procedimentais, até explícitos desconhecimentos de mérito. Neste caso, os direitos sobre povos indígenas é uma questão antiga que já foi colocada pelo direito em diferentes formas e fórmulas. Hoje, depois da CF de 88 e da CP de 1991, certamente existe uma exigência para os juízes dos dois países de colocar velhos problemas em novas categorias que permitam reformular o conteúdo da relação entre os povos e o Estado, o que não impede que o juiz use “*legitimamente*” velhas categorias e decida em direito sobre um tema novo sem sequer questionar a vigência e atualidade da oferta jurídica com a demanda social. Por isto o tema dos direitos indígenas como foco de análise perante uma mudança constitucional das dimensões que são as mudanças brasileira e colombiana, a aplicabilidade e interpretação das SCC representa um tema promissório para compreender os processos de mudança da relação dos povos indígenas como o Estados e o papel do direito nesta relação.

6. Sobre as técnicas de pesquisa e a comparação nesta dissertação.

A pesquisa combina ferramentas e técnicas tanto quantitativas como qualitativas do Direito e das Ciências Sociais, para conseguir uma visão o mais completa possível do campo jurídico no qual se produzem as mencionadas decisões, levando em consideração tanto a lógica interna do Direito como as relações entre o campo jurídico e o campo do poder no qual se ajusta a oferta jurídica à procura social por direito concreto ou *direito falado*.

As técnicas interdisciplinares que são aplicadas nesta dissertação consistem principalmente naquelas relativas às técnicas jurídicas de análise e sistematização de

jurisprudência, conhecida como linha jurisprudencial, combinada com técnicas mais familiares para as Ciências Sociais como a pesquisa documentária sobre fontes primárias⁹ e secundárias relativas ao tema, assim como entrevistas com pessoas que participam do campo jurídico na esfera das SCC.

Vale destacar neste ponto que a pesquisadora é advogada, com experiência em litígio de causas indígenas perante a Corte Constitucional na Colômbia, e também formada como Cientista Política, o que por um lado facilita o conhecimento sobre o campo jurídico colombiano, mas por outro lado dificulta o exercício do estranhamento das práticas judiciais para conseguir se abstrair da sua literalidade, ponto para o qual resultou determinante o exercício comparativo.

Foi a perspectiva comparativa como estratégia metodológica que permitiu a abstração do universo jurídico, já que a necessidade de objetivação das práticas para fazê-las comparáveis permitiu desvelar o que elas têm de particular em cada campo, e desta forma identificar o que é próprio da lógica jurídica em cada um dos universos estudados. Sem o referente de comparação, teria sido muito difícil superar a literalidade das normas; aliás, com tão pouco tempo de pesquisa empírica (menos de 6 meses), para conseguir identificar parte da estrutura interna do campo desde uma análise externa a ele sem cair, nos termos de Bourdieu, em uma análise *instrumentalista do Direito*, ou seja, em uma visão totalmente indiferente às particularidades da prática social que envolve a produção cultural do campo jurídico (Bourdieu, 2007:209).

As primeiras técnicas utilizadas foram as quantitativas, as quais foram aplicadas na contagem pura e simples das decisões relativas aos povos indígenas e seus direitos emitidas pelas Supremas Cortes Constitucionais de cada país. Dessa forma, foram sistematizadas 68 decisões no Brasil entre 1988 e 2007, assim como 79 decisões na Colômbia, entre 1992 e 2007, dentre as quais a informação foi classificada por anos, temas, etnias envolvidas, sujeitos ativos (ou seja, aqueles que ativam o campo mediante ações ou recursos), sujeitos passivos (correspondentes aos sujeitos que são interpelados perante a justiça pelos sujeitos ativos), os diferentes tipos processuais utilizados pelos profissionais jurídicos, e os Ministros ou Magistrados que aparecem como relatores das decisões analisadas.

9 Como fonte primária são definidas as decisões judiciais das Supremas Cortes Constitucionais de cada país. No caso do Brasil os acórdãos e decisões monocráticas dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) e no caso da Colômbia, as Sentenças e autos dos magistrados da Corte Constitucional (CC).

O objetivo desta sistematização foi mapear as decisões sobre indígenas em cada país mediante uma técnica que permitisse obter um panorama geral sobre a produção jurisprudencial relativa ao tema indígena em cada país, para daí passar a realizar análises mais detalhadas sobre os elementos interessantes que surgiram da primeira abordagem quantitativa do objeto na linha de uma pesquisa exploratória como é definida esta dissertação. O produto desta primeira parte da pesquisa é apresentado por meio de tabelas e gráficos que resumem a informação compilada.

Evidentemente este trabalho não consegue dar conta dos vários assuntos que foram aparecendo como relevantes ao trabalho de pesquisa de dados, razão pela qual foi necessário fazer uma escolha em cada país de somente um ou dois temas, que metodologicamente fossem possíveis de ser aprofundados para a dimensão de uma dissertação exploratória de mestrado. A análise aprofundada de casos temas se faz mediante a combinação de ferramentas de sistematização de casos jurídicos similares e análises de casos concretos, que em cada país são desenvolvidos de maneira diferente para o levantamento de hipóteses.

No Brasil os dados quantitativos indicaram a existência de uma discussão jurisprudencial no interior do STF relativa ao entendimento do conteúdo dos direitos indígenas, o que foi importante de sistematizar a analisar. Neste caso a sistematização foi realizada mediante a técnica jurídica de linha de precedentes, a qual parte da identificação de um problema jurídico comum, que é decidido de diferentes maneiras em um lapso de tempo. Mediante a linha jurisprudencial sobre o tema desenhada entre 1988 e 2007, foi possível fazer um seguimento do conteúdo de mérito das decisões que o STF vinha produzindo sobre povos indígenas após a CF de 1988. No capítulo sobre o Brasil, sob a visão jurisprudencial mencionada, apresentaram-se alguns casos que ilustravam amplamente os elementos a serem discutidos sobre o funcionamento do campo jurídico brasileiro com relação ao reconhecimento constitucional de direitos aos povos indígenas.

No referente à análise da jurisprudência constitucional colombiana, foi importante aprofundar na análise de um só caso para ilustrar a densidade da discussão jurisprudencial neste país sobre o tema indígena. Sobre este caso, foi possível entrevistar um ex-magistrado da Corte Constitucional que foi fundamental na construção conceitual e metodológica sobre assuntos indígenas na Colômbia. A entrevista com o Magistrado veio confirmar indícios e informações que já tinham sido levantadas nas fontes primárias e secundárias sobre o tema.

Finalmente, a produção analítica desta dissertação apóia-se sobre o marco teórico brevemente resenhado no aparte anterior a este capítulo, que me permitiu fazer a interpretação e reflexão sobre dados construídos mediante a combinação de técnicas mencionadas e a permanente comparação dos dados de cada universo jurídico, assim como o levantamento de hipóteses exploratórias a ser desenvolvidas em futuros trabalhos.

Capítulo II.

Entre Ambigüidades Constitucionais e Delegações Legislativas.

Reformas Constitucionais e Povos Indígenas no Brasil e na Colômbia.

“las reformas constitucionales que tuvieron lugar durante estas décadas se pueden interpretar en función de la búsqueda de soluciones institucionales a los imperativos del momento, todos ellos muy diferentes y contradictorios: reformar el Estado, renovar la democracia, abrir la economía, lograr un desarrollo “autosostenible”, reconocer e institucionalizar la presencia de un actor étnico, heredado de una historia bien particular, y formular un proyecto de Nación coherente con estas nuevas situaciones.” (GROS, 2004: 206)

Introdução.

Os anos 90 foram uma década de reformas constitucionais para América Latina. Começando pelo Brasil em 1988 e continuando pela Colômbia em 1991, muitos países mudaram parcial ou totalmente sua constituição política para se definir, de forma inédita, como países *pluriétnicos* e *multiculturais*. Este movimento constitucional coincidiu com o auge do neoliberalismo e o fim dos regimes autoritários no cone sul e a desmobilização de vários movimentos guerrilheiros na América Central e Colômbia. Segundo Cristhian Gross, esta transformação não poder ser compreendida sem levar em consideração a conjuntura caracterizada no âmbito econômico pela introdução do modelo neoliberal, no aspecto político, pela aceitação generalizada da democracia representativa como a única alternativa de participação política possível, e no cultural, pela afirmação de novos movimentos de identidade étnica, que aparentemente surgem em oposição ao processo de rápida homogeneização cultural que anuncia a globalização, e que questiona os fundamentos sobre os quais se tem construído a Nação no subcontinente americano.

Tanto no Brasil como na Colômbia as mudanças constitucionais simbolizam principalmente o fim do Estado autoritário, na sua forma de ditadura militar no Brasil, e de permanente *estado de sítio* na Colômbia durante quase toda a segunda metade do século XX. Em ambos os contextos os povos indígenas representam a renovação dos regimes, a abertura democrática e a justiça histórica, no qual consiste a importância

simbólica da sua participação no processo constituinte e do reconhecimento de direitos diferenciados para estes povos tradicionalmente excluídos deste tipo de acordos políticos.

O presente capítulo tem como objetivo contextualizar as normas constitucionais sobre povos indígenas que são objeto de interpretação judicial nas Supremas Cortes Constitucionais (SCC) do Brasil e da Colômbia, objeto de pesquisa empírica desta dissertação. Nele se expõe brevemente os antecedentes políticos do processo constituinte, a participação dos povos indígenas e o conteúdo das normas incluídas nas Cartas políticas sobre povos indígenas, assim como seu grau de implementação atual.

O capítulo está dividido em três partes: a primeira aborda o processo constituinte e as normas constitucionais introduzidas na Constituição Federal (CF) de 1988 sobre povos indígenas no Brasil, na segunda se apresenta uma análise similar com relação à Constituição Política (CP) de 1991 na Colômbia; e a terceira parte, sob uma perspectiva comparativa, apresenta algumas considerações finais sobre os dois países.

1. *Controlando sem controlar e autorizando sem autorizar.* Os dispositivos constitucionais sobre povos indígenas na Constituição Federal de 1988 no Brasil.

No final da década de 80, no meio de uma forte oposição política orquestrada pelos poderosos meios de comunicação, o Brasil reconheceu os povos indígenas e seus direitos relativos à identidade cultural na sua nova Constituição Federal, colocando um fim ao paradigma assimilacionista, e direitos originários sobre as terras por eles ocupadas tradicionalmente, ao mesmo tempo em que autorizou a exploração de recursos naturais por terceiros nas terras indígenas, sempre que autorizados pelo Congresso Nacional caso a caso.

Como é evidente, no Brasil a Carta de 88 tentou garantir direitos aos povos indígenas sem “comprometer o desenvolvimento econômico do país”, ou seja, sem renunciar ao controle efetivo das populações e dos territórios indígenas, através de uma fórmula que não proíbe, mas que também não permite automaticamente a exploração de recursos naturais em suas terras. A Assembléia Constituinte optou pela definição de dispositivos amplos e ambíguos, delegando a definição dos elementos concretos sobre o tema ao Congresso Nacional, para que este, mediante leis ordinárias, regulamentasse as condições específicas de exploração e participação dos povos indígenas em ditos

processos. Ainda 20 anos após as reformas constitucionais as mencionadas leis não foram expedidas.

A participação destes povos na constituinte foi muito reduzida e altamente intermediada por organizações não indígenas, conhecidas como “*entidades de apoio aos povos e seus interesses*”¹⁰. São poucas as referências que se têm sobre a participação direta de organizações indígenas nos debates e nos processos políticos. A única organização indígena que desempenhou um importante papel no processo e esteve na frente das discussões constitucionais foi a União das Nações Indígenas (UNI), fundada em 1979, mas nunca institucionalizada formalmente (RICARDO, 1991:69).

De qualquer forma, a participação dos povos indígenas e suas organizações na Assembléia Constituinte tem que levar em consideração os antecedentes históricos das relações dos povos indígenas com o Estado brasileiro, segundo as quais até 1988 os índios eram considerados como relativamente incapazes perante os direitos civis, razão pela qual o Estado tinha a função de “*protegê-los*” até que alcançassem a maioria civil e se emancipassem.

“O que representa emancipar-se de uma condição étnica é algo que a legislação brasileira nunca se preocupou em esclarecer. Até a Constituição de 1988 não se era índio, estava-se índio, como uma criança cujo destino inapelável é tornar-se adulta”(RAMOS, 1990:7).

Antes da CF de 1988, o Brasil baseava a sua relação com os povos indígenas em princípios paternalistas de “proteção” aos índios nos seus diferentes estágios de integração à comunhão nacional, ou graus de aculturação, no que se chamou de *paradigma assimilacionista ou integracionista*. Tal paradigma parte do suposto de que a miscigenação cultural das minorias étnicas ainda existentes no interior dos Estados-Nação era inevitável, e que cabia aos Estados unicamente garantir a sobrevivência física dos *selvagens* no seu trânsito pacífico à civilização.

Tal paradigma teve tanto consenso internacional que chegou a ser positivado mediante a Convenção 107 da OIT, em 1957, onde se definiam de maneira explícita as

10 Entre elas se encontravam: A Associação Brasileira de Antropologia -ABA, a Coordenação Nacional dos Geólogos - CONAGE, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC, a Associação Nacional de Apoio ao índio Bahia, a Comissão pela criação do Parque Yanomami, o Centro de documentação e Pesquisa do Alto Solimões, o Centro ecumênico de Documentação e Informação - CEDI, a Federação Israelita o Brasil, a Comissão Pro índio do Acre, a Comissão Pro índio de São Paulo, o Centro de Trabalho Indigenista, Igreja Evangélica de Confissão Luterana do Brasil, a Igreja Metodista, o Instituto de Estudos Sócio- econômicos -INESC, Igreja Presbiteriana Unida, o Projeto Kaiowá -Nandeva e o Sindicato dos engenheiros no Estado de São Paulo.

regras para garantir a *integração e assimilação dos povos indígenas e tribais*. Esta Convenção foi ratificada pelo Brasil e pela Colômbia, e serviu de base conceitual para a formulação das legislações indigenistas de ambos os países na segunda metade do século XX. No Brasil, a Lei Federal n. 6001 de 1973, conhecida como o Estatuto do Índio, é a norma infraconstitucional que integra e sistematiza todas as categorias jurídicas relativas ao paradigma assimilacionista e constitui a base legislativa da Fundação Nacional do Índio (FUNAI)¹¹, que já tinha sido criada em 1964 para substituir o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), instituição anterior à primeira, encarregada de exercer a tutela oficial sobre os povos indígenas, fortemente questionada por explorar territórios e povos indígenas indiscriminadamente, sendo mais um agente de ameaça que de suposta “proteção” para as populações indígenas em vias de assimilação (RAMOS, 1998:3).

A força da política assimilacionista e sobre tudo da burocracia a seu serviço marcou radicalmente as relações dos povos indígenas com o Estado brasileiro, as quais têm sido definidas historicamente por mecanismos ambíguos de confrontação, proteção-tutela, e por isto mesmo, de estreito controle.

Mesmo com essa forte carga histórica, em 1987 oito (8) lideranças indígenas se candidataram como deputados para a Assembléia Constituinte em 7 unidades distintas da Federação, mas infelizmente nenhum deles obteve os votos necessários para participar diretamente da redação da Carta¹², o que fez com que sua participação fosse mais mediática e simbólica que direta, concentrando-se em uma aliança com as auto-denominadas “entidades de apoio aos índios”, do lado das quais criaram a campanha “*os povos indígenas na Constituinte*” (SANTILLI, 1991: 12) onde foram apresentadas as supostas demandas dos índios perante a Assembléia.

Vários autores atribuem às entidades de apoio parte importante das conquistas constitucionais no campo dos direitos indígenas (OLIVEIRA FILHO 1990; CARNEIRO 1988; RAMOS 1990). Elas tiveram um papel fundamental, especialmente no referente à discussão da exploração de recursos naturais em terras indígenas, na qual

11 O Estatuto do Índio é um dos textos legais onde melhor está exemplificado o paradigma assimilacionista. Nele estão cuidadosamente discriminadas as categorias que identificam os diferentes estágios de aculturação previstos na antropologia de meados do século XX, a qual imaginava que todos os povos e indivíduos indígenas transitassem de igual forma do estado silvícola até a integração ou total aculturação.

12 Os candidatos eram: DAVI YANOMAMI (PT-RR), GILBERTO PEDROSO LIMA MACUXI (PT -RR), ÁLVARO TUKANO (PT -AM), BIRACI BRASIL IAUANAUÁ (PT -AC), NICOLAU TSEEREROWE XAVANTE (PDY-MT) IDJAHÚRI KARAJA (PMDB-GO), MARCOS TERENA (PDT-DF), e MARIO JURUNA XAVANTE (PDT-RJ).

a colaboração técnica do CEDI e da CONAGE foi determinante para demonstrar a existência real de interesses de empresas mineradoras sobre territórios indígenas.

Foi tão determinante a participação das entidades de apoio, que os opositores das reivindicações indígenas, chamados por Marcio Santilli de “*polo assimilacionista*”¹³, ativaram uma gigantesca campanha na mídia nacional de descrença sobre estas entidades, ao ponto que chegou a se abrir uma Comissão Parlamentar de Inquérito (uma CPI das ONGs), para se investigar as denúncias feitas contras as entidades de apoio aos índios, ao mesmo tempo em que estava acontecendo a Assembléia Constituinte.

“A partir do dia 9 de agosto de 1987, o jornal **O Estado de S. Paulo** passou a publicar diariamente, durante uma semana, a série de matérias intitulada “os índios na nova constituição”, veiculando denúncias sobre uma suposta “conspiração internacional” contra o Brasil, a pretexto de interesses indígenas na Constituinte.(...)Segundo o jornal **O Estado de S. Paulo**, a suposta “conspiração contra o Brasil” consistiria na apropriação por religiosos (e outros) da luta pelos direitos indígenas, “visando construir à custa do atual território brasileiro e venezuelano – um Estado Yanomami”, ou “subtrair 14% da Amazônia Legal do controle estrito do Estado brasileiro, mediante a imposição do conceito de soberania restrita do Brasil sobre as áreas indígenas”. Por trás da referida “conspiração” estariam os interesses das grandes empresas mineradoras internacionais (estanho), que pretenderiam impedir o ingresso de minérios brasileiros no mercado internacional, atualmente monopolizado por essas empresas. Esses interesses estariam ainda contemplados no texto do Anteprojeto de Constituição da Comissão de Sistematização da Assembléia Nacional Constituinte.” (RICARDO, 1991: 48)

Na campanha promovida pelo *polo assimilacionista*, ficaram evidentes os interesses antagônicos explicitados na discussão sobre a exploração de recursos naturais em terras indígenas. Os argumentos alegados contra o reconhecimento de direitos diferenciados para os povos indígenas foram principalmente nacionalistas e desenvolvimentistas. Os opositoristas queriam conseguir identificar os povos indígenas com interesses internacionais que buscavam expropriar as riquezas brasileiras com uma estratégia de flexibilização da soberania sobre esses territórios, e como representantes de um passado de atraso, sendo sua simples existência como indígenas um obstáculo para o crescimento econômico do país. Nos dois argumentos fica evidenciado o poder do paradigma assimilacionista, que em vez de pregar a eliminação física dos povos

13 Segundo o Santilli integrado pela FUNAI, o Departamento Nacional de produção Mineral (DNPM), empresas mineradoras, órgãos da grande imprensa e parlamentarios reaccionarios. (SANTILLI, 1991: 12)

indígenas, propõe sua eliminação nominal através da declaratória de emancipação geral que trairia consigo a entrada destes indivíduos e de seus territórios ao mercado capitalista. Neste ponto vale a pena fazer uma breve anotação da fala dos empresários sobre o tema no momento da Constituinte.

“Reforçando o ponto de vista do presidente do Sindicato Nacional da Indústria de Extração de Estanho, o presidente da Biblioteca do Desenvolvimento Econômico do Brasil, Mauro Nogueira, lembrou que a tendência verificada em todo o mundo é a de que os índios passem a buscar sua integração à sociedade, eliminando progressivamente a necessidade de grandes áreas reservadas para a vida em separado das nações e das tribos indígenas. “Esse é um luxo que um país em desenvolvimento não pode se dar”, arrematou Mauro Nogueira.” (JB, 24.02.1987). (RICARDO, 1991: 16)

É necessário ter presente na leitura do processo constituinte brasileiro o profundo arraigo do paradigma assimilacionista, assim como a presença da FUNAI, que condicionou as demandas e a participação indígena na constituinte. Nesse contexto e levando em consideração os antecedentes históricos mencionados, tem que ser compreendida a participação dos povos indígenas na Assembléia Constituinte, já que não foi em 1988 o momento em que se quebrou a longa relação ambígua de confrontação-tutela que têm os povos indígenas com o Estado brasileiro¹⁴.

Resulta difícil acreditar no fato de que continuem operando os conceitos assimilacionistas, mas como se verá com os dados jurisprudenciais, estas categorias são rotineiramente utilizadas pelos juízes constitucionais nas suas decisões sobre povos e indivíduos indígenas. A verdade é que o Brasil tem manifestado desde a Assembléia Nacional Constituinte dificuldades para se desprender do paradigma integracionista, pouco faltou para que fosse incluída no texto constitucional uma diferenciação entre indígenas aculturados e não aculturados (RICARDO, 1990:27). Apesar de que nada referente ao antigo paradigma assimilacionista tenha ficado na Constituição, também é verdade que pouco dele foi de fato revogado na prática jurídica do STF sobre o tema.

14 Para uma introdução sobre a instituição da tutela dos povos indígenas no Brasil ver entre outros: OLIVEIRA Fº, João Pacheco de. 1987 (org) *Sociedades Indígenas e Indigenismo no Brasil*. UFRJ. Editora Marco Zero. Rio de Janeiro.

2. O conteúdo dos dispositivos constitucionais sobre povos indígenas incluídos na Constituição Federal de 1988.

O texto promulgado em 1988 inclui quatro elementos relativamente inovadores na legislação brasileira sobre povos indígenas. Em primeira instância o **abandono formal da política de integração e assimilação cultural**, com o reconhecimento do direito à identidade indígena. Em segundo lugar, a declaração dos **direitos de usufruto exclusivo dos povos indígenas sobre suas terras**, em terceiro lugar, a definição de competência do Congresso Nacional para regulamentar a **exploração de recursos hídricos e minerais em territórios indígenas**, bem como o seu poder e dever de autorizar, caso a caso os projetos de exploração após ouvir as comunidades afetadas; e em quarto lugar, a definição de mecanismos de **proteção judicial** específica dos direitos mencionados, assim como o reconhecimento da legitimidade dos povos, as comunidades e as organizações indígenas para defender judicialmente seus interesses e direitos.

A Constituição de 1988 significou para os povos indígenas o fim, ao menos no âmbito formal, da política de assimilação cultural, ao retirar do texto constitucional a competência da União para legislar sobre a incorporação dos índios à comunhão nacional e incluir disposições que reconhecem e protegem a identidade indígena.

Ao reconhecer aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e direitos originários sobre as terras que ocupam tradicionalmente (artigo 231), a CF de 1988 se compromete com um novo paradigma de reconhecimento e promoção da diversidade cultural na construção de um Estado *pluriétnico*, que até 1988 não tinha precedentes na América Latina.

O novo paradigma implica a transformação total do Estado paternalista e de suas políticas para com os povos indígenas requer a definição de novas estruturas normativas e burocráticas que ainda não foram criadas. Apesar da Carta ter quase 20 anos de expedição, pouco ou quase nada mudou na relação entre o Estado e os povos indígenas. A FUNAI, continua cumprindo mais o menos as mesmas funções que desempenhava antes do 88 e a legislação infra-constitucional ainda não foi harmonizada com a Carta. O que evidencia a falta de determinação política, tanto por parte do Estado como por parte dos povos indígenas, para pôr fim ao paradigma de Estado tutelar, assim

como a falta de um projeto de ambas as partes que substitua esta relação por novas estruturas normativas e burocráticas.

A legislação infra-constitucional que estruturou e regulamentou a tutela sobre os povos indígenas, o Estatuto do índio, continua atualmente vigente. Alguns juristas a consideram tacitamente revogada, mas é a única legislação integral sobre povos indígenas que existe no Brasil, e muitas vezes é inevitável recorrer a ela na falta de outra mais específica ou integral sobre a matéria. Adicionalmente, a FUNAI, entidade federal encarregada de administrar a tutela dos povos, ainda hoje é na prática interlocutora e intermediária entre os povos indígenas e as demais entidades do Estado¹⁵.

É manifesta a ambigüidade desejada pelas partes que oscilam na sua relação entre a confrontação e tutela, dependendo das necessidades conjunturais de cada uma. A tutela, para algumas lideranças indígenas, continua sendo sinônima da totalidade das responsabilidades que o Estado tem para com eles, e nesse sentido a emancipação é percebida como abandono ou desprendimento de toda obrigação para com os povos indígenas, do qual estes não querem abrir mão neste momento. Assim compreendidas as coisas, não é surpresa ouvir categóricas vozes indígenas contra o fim da tutela e da FUNAI no Abril Indígena de 2007¹⁶, e claramente para o governo a manutenção da tutela e da FUNAI é a principal garantia de controle dos territórios e dos mesmos indivíduos indígenas, tudo isto quase 20 anos depois de ter eliminado formalmente a figura jurídica da assimilação cultural da CF. Neste ponto é obvio perguntar pelo grão de realidade que estes dispositivos constitucionais recolheram no seu momento.

No que se refere aos **direitos sobre as terras indígenas**, a Constituição Federal Brasileira não reconhece a propriedade indígena sobre elas, mas sim sua posse permanente e usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ficando o domínio com a União (arts. 20, XI e 231,§1o). Como propriedades da União, são inalienáveis, indisponíveis e, os direitos sobre elas são imprescritíveis, cabendo ao Estado demarcá-las e protegê-las. Segundo a Constituição, são terras destinadas ao usufruto exclusivo dos povos indígenas, aquelas áreas por eles tradicionalmente ocupadas ou habitadas em caráter permanente; as utilizadas para suas

15 Prova do papel central que ainda tem a FUNAI na relação dos povos indígenas com o Estado é sua posição de intermediário entre uns e outros na recentemente criada Comissão Nacional de Política Indigenista (CNPI). Para ver o regulamento da CNPI ingressar a: www.funai.gov.br

16 Manifestação organizada pelo Fórum em Defesa dos Direitos Indígenas – FDDI, em Brasília, na qual se reuniram mais de 600 indígenas de várias etnias e partes do país para apresentar ao Governo Federal suas principais demandas. Ver: www.cimi.org.br/?system=news

atividades produtivas; as imprescindíveis para a preservação dos recursos ambientais necessários ao seu bem-estar; e as necessárias à preservação física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

A fórmula constitucional brasileira é paradoxal. Ao mesmo tempo em que reconhece os direitos territoriais indígenas como direitos anteriores à existência do Estado brasileiro, nega a propriedade destes aos povos indígenas, limitando-se a garantir a posse e usufruto exclusivo, fundamentado na necessidade de proteção que têm os povos indígenas e suas terras, as quais não poderiam ser defendidas por eles mesmos, sendo estas um tipo de propriedade inédita, cuja responsabilidade de defesa é titulada pelo Estado.

A regulamentação infra-constitucional para a identificação e demarcação de terras indígenas é especialmente dispendiosa e complexa no Brasil. Segundo o Decreto 1775 de 1997, durante o processo deve-se contar com o concurso das mais altas autoridades administrativas, incluindo o Ministro da Justiça, e o próprio Presidente da República, que deve homologar todo o processo administrativo, para dar por terminado o reconhecimento territorial. É difícil imaginar um caminho mais dispendioso que o brasileiro para a titulação de terras indígenas. Surpreende é o fato de as demarcações existirem, quando tudo está disposto para evitar a sua culminação, incluindo as inumeráveis intervenções judiciais através do deferimento de medidas liminares que suspendem a executoriedade dos atos administrativos de demarcação por tempo indefinido, como se verá no aparte jurisprudencial do STF nesta dissertação.

Passando ao tema central do articulado constitucional que sem sombra de dúvida é **a exploração de recursos naturais em terras indígenas**, no articulado final ficou evidente a importância política da possibilidade de terceiros explorarem recursos naturais em terras indígenas. A CF garante que a pesquisa e lavra de recursos minerais, assim como o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica, possam ser aproveitados independentemente da posse indígena. Não obstante, também definiu a necessidade de expedir uma lei ordinária que regulamente as condições específicas para estes casos, e adicionalmente obriga que cada projeto seja autorizado pelo Congresso Nacional, somando um obstáculo institucional à execução deste tipo de projetos, mas sem negar totalmente a possibilidade da sua realização.

Na atualidade não existe nenhuma lei específica sobre mineração ou aproveitamento hidrelétrico em terras indígenas, mas existem projetos de lei no

Congresso que se movimentam rapidamente para conseguir sua aprovação. Aparentemente, no governo Lula existe o interesse de se regulamentar a matéria para cumprir as metas com as quais se comprometeu no seu segundo mandato presidencial através de seu projeto de desenvolvimento para o desenvolvimento econômico do país chamado: Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), no qual o Presidente afirma que vai fazer do país “um verdadeiro canteiro de obras”. Obras estas que aparentemente vão afetar territórios indígenas¹⁷.

Os compromissos relativos às taxas de crescimento econômico que prometeu o governo Lula precisam principalmente da produção de nova energia, a qual hoje somente pode ser gerada nos rios da região amazônica, que têm o maior potencial hidráulico ainda não explorado do país, fato que necessariamente vai afetar as principais bacias da região como evidencia o mapa abaixo.

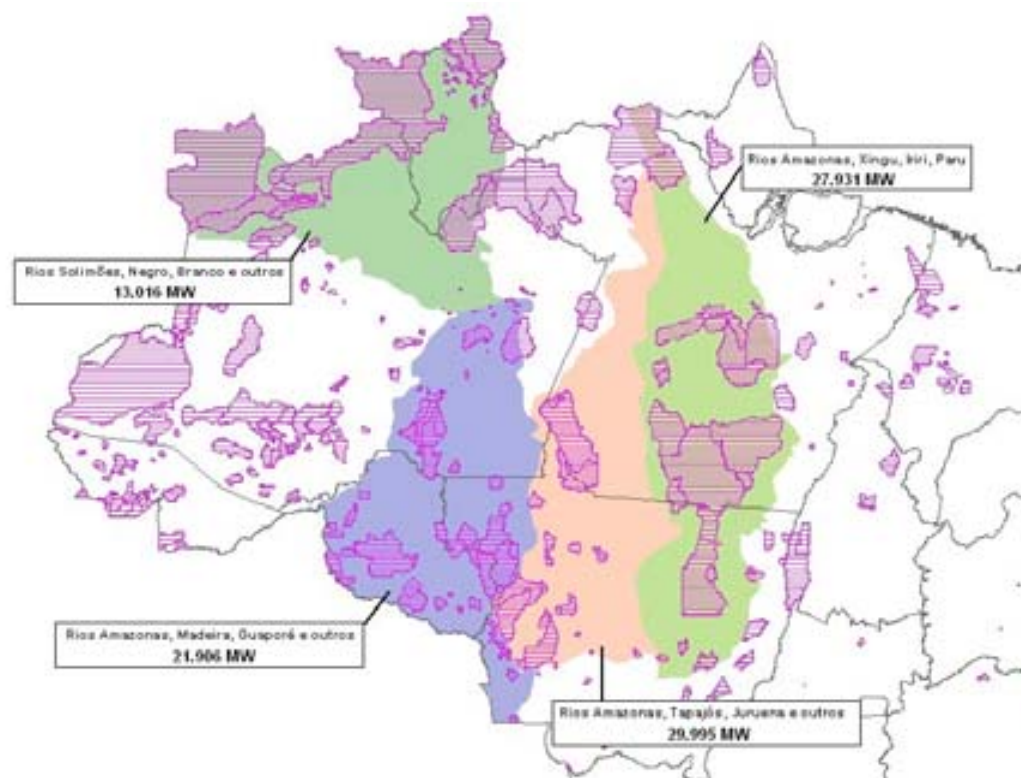


Figura 1: Terras indígenas nas quatro regiões hidrográficas amazônicas com maior potencial hidrelétrico (Fonte: PNRH)”

“ dentre todos os grupos sociais que podem vir a ser afetados pela expansão hidrelétrica na Amazônia, há um que é especialmente vulnerável: o formado pelos povos indígenas. Eles indubitavelmente serão dos primeiros afetados pela radical transformação que ocorrerá nos rios da região se todos os

17 Para ver informação sobre a afetação do PAC às terras indígenas consultar www.cimi.org.br

projetos de barragens saírem do papel, não só porque dependem da pesca para a subsistência – o pescado é a principal fonte de proteína para a grande maioria dos povos indígenas amazônicos – como porque as bacias com maior potencial hidrelétrico são também território de várias dezenas de povos indígenas.” (DO VALLE, 2007: 66)

Assim como esta nova ameaça sobre a integralidade dos territórios indígenas que representam os projetos de hidrelétricos, os velhos interesses de exploração mineral continuam firmes esperando a decisão política do Congresso Nacional sobre as regras que lhes permitirá operar nesses territórios, especialmente na Amazônia legal, como aparece no mapa do Instituto Socioambiental –ISA (antigo CEDI).

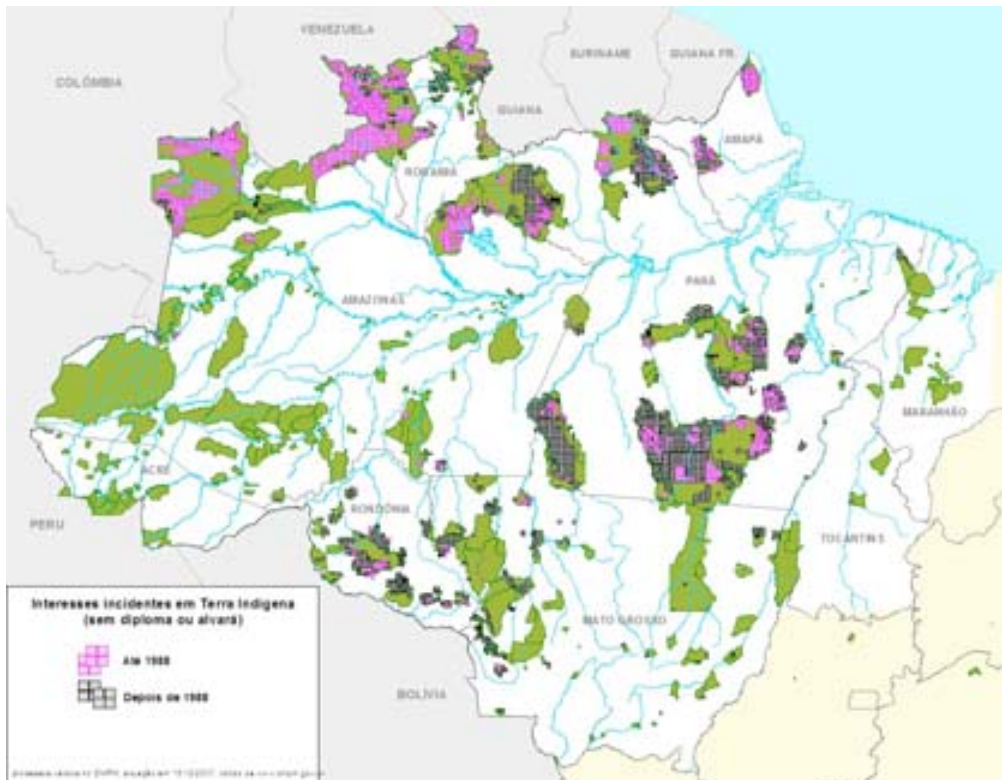


Figura No. 2. Interesses de exploração mineral em Terras Indígenas sem Diploma ou Alvará.

Neste mapa não só se evidencia como os antigos interesses mineradores estão inalterados, mas também como têm aumentado após 1988, mantendo a expectativa da exploração mineral em terras indígenas como uma realidade concreta.

Os mapas sobre potencial hidrelétrico dos rios da Amazônia legal e dos interesses mineradores superpostos com as várias terras indígenas evidenciam a dimensão do tema e sua atual relevância política e econômica.

Um elemento que foi timidamente incluindo no texto constitucional, mas que é pertinente no processo de exploração de recursos naturais e que simboliza a mudança de paradigma, é a obrigação do Estado de realizar consultas prévias para obter autorização do Congresso Nacional para cada empreendimento mineral ou hidrelétrico. Este elemento vai tomar cada vez mais força no processo de defesa dos territórios indígenas, já que esta pequena menção constitucional veio a ser complementada com a ratificação pelo Brasil da Convenção 169 da OIT no ano de 2003, abandonando definitivamente a Convenção 107 da mesma organização, e com ele, pelo menos formalmente, o paradigma assimilacionista de relação de Estado e povos indígenas.

A ratificação significa para o Brasil o compromisso definitivo com o reconhecimento da legitimidade dos povos indígenas como únicos interlocutores de seus próprios interesses e direitos. O tema da consulta prévia tanto para assuntos legislativos como administrativos, é, sem sombra de dúvida, um dos assuntos que vai articular a mobilização indígena num futuro próximo, mais ainda diante de projetos de desenvolvimento econômico como o PAC para o Brasil e o IIRSA para a América do Sul.

Acerca da **proteção judicial** que prevê a CF de 1988 para os povos indígenas, é fundamental mencionar a possibilidade que esta cria para que os povos, as comunidades ou suas organizações possam ser partes legítimas na defesa de seus direitos e interesses no judiciário. O artigo 232, onde se consigna essa possibilidade, revogou a necessária assistência do órgão de proteção do índio (FUNAI) e do Ministério Público para entrar na justiça criando a possibilidade de que sejam as próprias comunidades indígenas as que litigem no seu interesse.

Concluindo, o processo constituinte no Brasil, no que diz respeito aos direitos indígenas nele reconhecidos foi determinado pelo contexto de redemocratização, os antecedentes históricos de ordem tutelar, e o discurso de ameaça latente que identifica os povos indígenas e seus territórios com a vulnerabilidade da soberania e integridade territorial brasileira, assim como um obstáculo para o desenvolvimento econômico do país.

Igualmente importante de se destacar é a existência de interesses antagônicos e explícitos com relação ao reconhecimento dos direitos indígenas sobre suas terras e recursos naturais, especialmente no que diz respeito às possibilidades de exploração de recursos em terras indígenas, assunto que a CF de 1988 não resolveu, delegando a matéria ao Congresso Nacional para ser regulamentada de fato mediante lei ordinária,

sem que até hoje, quase 20 anos depois, exista qualquer tipo de legislação nesse sentido nem tenha sido aprovado o novo Estatuto dos Povos Indígenas.

3. Grandes expectativas constitucionais e poucos desenvolvimentos legislativos. Os povos indígenas e a CP de 1991 na Colômbia.

A mobilização política dos povos indígenas na Colômbia tem sido uma das mais organizadas e com certo grão de sucesso político da América Latina. Articulada nacionalmente desde 1982, tendo como principais lideranças indivíduos oriundos do movimento camponês andino, ela chega com clareza conceitual e fortalecimento organizacional como nenhum outro movimento social à Assembléia Nacional Constituinte de 1991 (Gross, 1993, 1994).

A pesar de os povos indígenas não superarem 2% da população colombiana, o movimento indígena conseguiu eleger dois dos 70 constituintes que escreveram a nova Carta Política: O indígena da etnia *emberá* Francisco Rojas Birry e o indígena da etnia *Paez* Lorenzo Muelas. O primeiro como representante da Organização indígena de Antioquia (OIA) e o segundo como representante do Conselho Regional Indígena de Cauca (CRIC), este último centro do movimento indígena da região Andina e do país. A participação destas duas lideranças indígenas influenciou inegavelmente o espírito do texto constitucional, como se evidencia na declaração que este faz da Colômbia como um Estado *multicultural e pluriétnico*, assim como na nova concepção do ordenamento territorial do país que incluiu as Entidades Territoriais Indígenas (ETIs) como divisões político-administrativas equivalentes aos municípios de governo indígenas (Londoño, 2002). Tudo isto sem falar das inúmeras e importantes conquistas que o movimento indígena conseguiu para si no texto da nova Carta. A participação dos povos indígenas na ANC foi desde seu começo símbolo de abertura democrática do sistema político colombiano, o que fazia do tema indígena um assunto de interesse nacional e não só de uma minoria:

“La participación de los constituyentes indígenas en unos debates que deben decidir el futuro institucional del país es, en gran medida, el resultado de un voto de opinión de las poblaciones urbanas en favor del movimiento indígena (y un voto de castigo para la clase política), y contribuye a legitimar fuertemente la nueva Asamblea frente al público. Puesto que ellos simbolizan la apertura democrática y la insurgencia de la sociedad civil en contra de una clase política aborrecida, serán objeto de una gran publicidad. Si los constituyentes pueden ser indígenas es porque los indígenas ya no son lo que eran antes y porque el país se ha convertido en un país multiétnico y

pluricultural ..., que es lo que la nueva constitución se afana en declarar (ART. 7.)". (GROS, 2002).

As conquistas constitucionais dos povos indígenas na Colômbia foram tão amplas, que necessariamente levantam suspeitas sobre sua aparente “generosidade” política para com os povos indígenas. Autores como Cristhian Gross consideram que a atitude do Estado colombiano se explica na necessidade de afirmar a sua intervenção nos territórios indígenas e seu desejo de cooptar e desarmar as lideranças indígenas (Gross, 1993), razão pela qual, para este autor, é necessário estar atento às armadilhas que os dispositivos constitucionais implicam para a luta dos povos contra o Estado. Para outros especialistas, as conquistas de 1991 foram efeito de uma situação excepcional que vai desde a coincidência das comemorações (muito polemicas) dos 500 anos do descobrimento de América, até a Assembléia Constituinte com participação direta de dois indígenas (Dugas, 1993). Outros ativistas e acadêmicos como Garcia e Uprimy, pensam que foi por conta da baixa porcentagem da população indígena na Colômbia que foi possível a aprovação de direitos diferenciados para estes grupos sem assumir mudanças estruturais ao mesmo tempo em que o Estado se aproveitava da legitimidade que eles transferiram à nova Constituição como símbolo de mudança histórica:

“Quizá sea justamente eso: el hecho de que el porcentaje de la población indígena en Colombia sea muy bajo y que las coneciones hechas por el gobierno no representen un precio inaceptable frente a la legitimación política lograda. Esto explicaría la falta de oposición entre las elites dominantes al proceso de reconocimiento y protección de las culturas indígenas iniciado con la constitución de 1991.”(Garcia, Uprimy, 2005)

De qualquer forma, os fatos de 1991 relacionados aos povos indígenas na ANC devem ser compreendidos no contexto da relação histórica de confrontação entre estes e o Estado Colombiano, ao ponto de ter existido no começo do século XX movimentos guerrilheiros propriamente indígenas que contestaram o monopólio legítimo da violência do Estado colombiano. Por outro lado, para 1991 os povos indígenas do país inteiro já tinham consolidado uma organização nacional, que na época já tinha pronto o roteiro de mudança constitucional que os povos reivindicavam. Mas as conquistas constitucionais não podem ser atribuídas totalmente à organização indígena; também é importante levar em consideração a conjuntura política que elegeu dois constituintes indígenas com votos urbanos e o valor simbólico dos mesmos para a sociedade colombiana dentro do processo de pacificação política que foi a Carta de 1991. Foi sem

dúvida uma combinação de fatores afortunados para os povos indígenas, pelos quais estes conseguiram importantes conquistas de nível constitucional.

Os dispositivos na Constituição colombiana sobre povos indígenas podem ser resumidos em três pontos: 1) a *consolidação da propriedade e a gestão dos territórios indígenas*, 2) o *reconhecimento da autonomia interna das autoridades indígenas*, e 3) a *dimensão da participação política dos povos indígenas nas decisões que lhes afetam diretamente e também naquelas de caráter nacional*.

A *consolidação da propriedade e gestão dos territórios indígenas* se materializou nos artigos 63, 286, 329 e 330 da CP onde se reconhece constitucionalmente a figura do *resguardo*, como terra de propriedade coletiva dos povos indígenas, inalienável, indisponível e imprescritível e onde se cria a figura político-administrativa das *Entidades Territoriais Indígenas (ETIs)*. Estas entidades são comumente equiparadas ao conceito de municípios indígenas, por serem unidades básicas da divisão político-administrativa do Estado colombiano, constitucionalmente definido como República Unitária, com descentralização administrativa, dividido em Departamentos, municípios e Entidades Territoriais indígenas, segundo os artigos 2^o e 286 da CP de 1991.

Apesar de serem a principal inovação política da Carta de 1991 com relação aos povos indígenas e ao ordenamento territorial do país, as ETIs até hoje não foram implementadas, pois seu funcionamento efetivo ficou condicionado à existência de uma Lei Orgânica de Ordenamento Territorial (a LOOT), que ainda não foi aprovada. Nesses anos todos, os congressistas indígenas viram passar mais de 17 projetos de lei sobre o tema, sem que tenham conseguido os acordos políticos necessários para sua aprovação (GROS, 2004: 212); uma situação muito parecida à do Estatuto do Índio no Brasil, embora a LOOT não deva tratar unicamente de territórios indígenas estes seriam sua única inovação, que modifica os limites atuais das unidades administrativa e eleitoral da Colômbia, dificultando em grande medida a consecução do apoio dos Congressistas pouco interessados em redefinir o mapa eleitoral do país. Sem a expedição da LOOT, muito pouco tem sido modificado em termos de autonomia política para o governo indígena após a CP de 1991 (Rojas, 2001).

O reconhecimento da autonomia interna dos povos indígenas tem sua principal expressão no artigo 246, que criou a *Jurisdição Especial Indígena (JEI)*, pela qual se permite às autoridades indígenas a administração de justiça no âmbito de seu território, segundo seus usos e costumes, sempre que estas não sejam contrárias à Constituição e à

lei. A JEI representa uma importante conquista simbólica para os povos indígenas, na medida em que reconhece a existência e legitimidade das autoridades próprias dos povos. Infelizmente, da mesma maneira que as ETIs, a JEI ficou condicionada à existência de uma lei especial sobre administração de justiça que devia definir os limites de sua competência e sua forma de coordenação com a Jurisdição ordinária, que até o momento não foi aprovada. Mas, diferentemente das ETIs, a jurisdição indígena vem sendo implementada com respaldo da Corte Constitucional, por meio da interpretação direta do texto de 1991. A jurisdição especial indígena é, talvez, o melhor exemplo da aliança da Corte Constitucional com os povos indígenas no processo de suprir o vazio político que a debilidade da participação política indígena demonstra no Congresso Nacional.

Sobre a *dimensão e importância da participação política dos povos indígenas*, é importante destacar dois pontos da nova Constituição sobre a garantia de participação política permanente destes povos, tanto no Congresso da República como na participação destes nas decisões sobre exploração de recursos naturais nos seus territórios. Com relação ao primeiro ponto, a CP de 1991 criou duas vagas exclusivas para povos indígenas no Senado como na Câmara dos Deputados, denominadas ***Circunscrição Especial Indígena (CEI)***. Este dispositivo constitucional procura facilitar a articulação política do movimento indígena no cenário pós-constitucional, com o objetivo de que estes consigam alcançar os arranjos políticos necessários para a implementação das normas constitucionais. Infelizmente, os indígenas nunca conseguiram uma vaga além das garantidas na CEI e não é muito o que podem fazer quatro (4) Congressistas indígenas. De qualquer forma, a instituição de CEI é importante pela dimensão nacional que esta lhe confere ao tema indígena, e porque a sua vez a CEI introduz os representantes indígenas nas discussões de interesse nacional, redefinindo o seu papel de meros representantes de minorias étnicas, para o nível de Congressistas Nacionais com a responsabilidade de pensar e decidir também sobre o Estado e a sociedade colombiana de maneira integral.

Com relação ao segundo ponto da participação dos povos indígenas garantida pela CP, merece destaque o artigo 330 da Carta onde aparece a obrigação do Estado colombiano de consultar os povos indígenas sobre a exploração de recursos naturais em territórios de sua propriedade, mesmo nos casos em que os tais recursos sejam propriedade do Estado, como os recursos do subsolo. Este tipo de participação tem demonstrado relevante importância para os povos indígenas na redefinição da sua

relação com o Poder Executivo, o que em parte foi responsável pela prolífera aliança entre os povos e a Corte Constitucional, como será discutido no capítulo IV desta dissertação.

Ao mesmo tempo em que surpreende a dimensão das conquistas constitucionais dos povos indígenas na Colômbia, é decepcionante o baixo grau de implementação das mesmas e a perda de poder político destes na articulação de suas demandas depois da Constituição de 1991, como se expressa no precário desempenho legislativo dos projetos de seu interesse.(Rojas, 2001).

Os triunfos da ANC para os povos indígenas na Colômbia ficaram suspensos no limbo legislativo que, mesmo com a Circunscrição Eleitoral Indígena, não consegue articular as maiorias políticas necessárias para regulamentar e implementar o conteúdo mais grosso das reivindicações por autonomia e governo próprio. Enquanto no Brasil é a eterna ambigüidade da relação entre povos e Estado que ficou marcada no texto constitucional, na Colômbia é a velha tensão de confrontação que tampouco foi resolvida em 1991, e terminou sendo passada para a frente mediante uma conveniente delegação legislativa dos temas mais importantes em ambos os países. Nenhum dos dois esquemas propõe satisfatoriamente condições idôneas para uma relação simétrica entre Estado e povos indígenas, somente somam mais ambigüidade e insegurança à antiga relação de dominação, agora retoricamente reelaborada nos discursos do Estados “*multicultural e plurienico*”.

4. Brasil e Colômbia. Entre Ambigüidades Constitucionais e Delegações Legislativas sobre povos indígenas.

Os processos constituintes dos dois países compartilham características similares em termos gerais, já que em síntese ambos são processos de abertura democrática que pretendem criar espaços de participação política legais e legítimos para novas forças sociais e políticas que não se sentiam representadas no antigo regime. Enquanto na Colômbia a Assembléia Nacional Constituinte de 1991 reincorporou movimentos guerrilheiros ao processo democrático eleitoral, no Brasil reinaugurou-se a democracia formal abrindo o espectro político da participação eleitoral. Guardadas as proporções e os contextos particulares, os objetivos de inclusão social e política dos dois textos constitucionais são muito similares.

As sociedades brasileira e colombiana perceberam as novas constituições como uma ruptura radical com o passado de violência e exclusão. Neste cenário, os povos indígenas foram símbolo de renovação para ambos os países, embora sua participação direta tenha sido muito diferente, assim como os resultados finais das cartas políticas do Brasil e da Colômbia.

Diferenças estas que devem ser compreendidas desde as particularidades históricas da relação dos povos indígenas com os conquistadores espanhóis e portugueses respectivamente, assim como com os posteriores estados-nação da Colômbia e do Brasil. É definitivamente um erro tentar explicar as diferenças nos processos de articulação política dos povos indígenas nos processos constituintes de Brasil e Colômbia pela diferença de porcentagem da população indígena, mesmo porque esta não é tão diametral como se imagina (na Colômbia somente 2% da população é indígena, enquanto no Brasil os indígenas representam 0,4% da população).

A diferença de protagonismo político pode ser melhor explicada pelos elementos históricos relativos aos projetos de conquista e colonização, pelos diferentes processos e ritmos de contato, das relações interétnicas em cada Estado e as políticas e instituições indigenistas que determinaram o tom atual das relações entre os povos indígenas e o Estado em cada país. Cada um destes elementos pode ser suficiente para ser objeto de futuras pesquisas comparativas que ajudem a compreender as diferentes dinâmicas políticas não só dos povos indígenas, como dos atuais projetos de Estado que se constroem no subcontinente.

No resultado final do texto constitucional concernente aos povos indígenas no Brasil e na Colômbia há ênfases e tons substancialmente diferentes, mas, na prática, os dois estão estagnados. O projeto da Colômbia é mais profundo na medida em que, além do respeito dos direitos sobre a terra e os recursos naturais dos povos, o Estado colombiano se compromete com o reconhecimento, respeito e promoção da autonomia política dos indígenas no marco político-administrativo da nação colombiana. Até hoje o projeto constitucional na Colômbia tem conseguido tímidos avanços, na sua maioria produto da aliança ou troca simbólica dos povos com a recentemente criada Corte Constitucional colombiana, mas politicamente os povos indígenas estão debilitados e o que se refere à regulamentação legislativa e administrativa para a implementação das conquistas constitucionais se encontra no meio de um impasse político para o qual não se vislumbra uma rápida solução.

Independente das diferenças nas articulações políticas e nos resultados normativos das Cartas constitucionais a respeito dos povos indígenas, Brasil e Colômbia se comprometeram em 1988 e 1991, respectivamente, a procurar um projeto de nações *pluriétnicas e multiculturais*, o que representa uma ruptura radical com o antigo projeto de Estado Nação com o qual estavam comprometidos ambos os países desde o século XIX. Mas ninguém sabe em que consiste essa nova relação. Os limites da suas possibilidades estão ainda no contexto político da conquista, de um grupo social vencido e reduzido pelo invasor, onde a luta de controle subjaz aos mesmos termos ambíguos do Estado “*multicultural e pluriétnico*”. Cabe perguntar: quais os limites dos reconhecimentos políticos aos povos indígenas como atores legítimos do campo social, econômico e político dos países? E quais as possibilidades reais dos povos indígenas de definir suas próprias prioridades de desenvolvimento econômico a partir dos recursos naturais existentes no seus territórios?. Infelizmente, não parece ser a retórica multiculturalista a que atende este tipo de questionamentos. O discurso multiculturalista não inclui entre a suas categorias os desdobramentos econômicos e de distribuição de renda que deveria acompanhar os reconhecimentos políticos¹⁸.

Na Constituição Política da Colômbia como na Constituição Federal do Brasil, os temas sobre assuntos indígenas mais polêmicos foram delegados ao Parlamento, que mediante leis regulamentares deve definir sobre a autonomia territorial dos povos indígenas na Colômbia como sobre as condições da exploração de recursos naturais em terras indígenas do Brasil. Até hoje, nenhum dos dois países tem produzido a legislação infra-constitucional sobre esses temas, ficando as Cortes Constitucionais como as responsáveis por preencher dito espaço político mediante a interpretação do texto constitucional, perante um amplo espaço de liberdade aberto pela intencional ambigüidade dos dispositivos constitucionais existentes nos dois países.

¹⁸ Para ver uma crítica completa ao discurso *multiculturalista* e sua aplicação na Colômbia ver: ZAMBRANO V. Carlos. 2004. *La Nación em transición. Dinámicas Sociopolíticas del Reconocimiento de la Diversidad*. In: AROCHA Jaime. (Compilador). *Utopia para los Excluidos. El Multiculturalismo em Africa y América Latina*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, Colombia

Capítulo III

A Hierarquia da Anarquia.

Supremas Cortes Constitucionais do Brasil e da Colômbia.

“não há dúvida também de que as condutas dos agentes jurídicos podem referir-se e sujeitar-se mais ou menos estritamente às exigências da lei, ficando sempre uma parte de arbitrário, imputável a variáveis organizacionais como a composição do grupo de decisão ou os atributos dos que estão sujeitos à jurisdição, nas decisões judiciais – há também uma parte de arbitrário no conjunto dos atos que os precedem e os predeterminam.” (Bourdieu, 2007: 223)

“... uma constituição é de fato uma lei fundamenta, e, como tal, deve ser vista pelos juízes. Cabe a eles, portanto, definir seu significado tanto quanto o significado de qualquer ato particular procedente do legislativo. Caso ocorra uma divergência irreconciliável entre ambos, aquele que tem maior obrigatoriedade e validade deve, evidentemente, ser preferido. Em outras palavras, a Constituição deve ser preferida à lei, a intenção do povo à intenção de seus agentes”. Alexander Hamilton no LXXVIII dos Artigos Federalistas, publicados em 1787 (CANOTILHO, 1998: 791).

Introdução.

O estudo das Supremas Cortes Constitucionais (SCC) resulta um proveitoso campo de análise do próprio Estado por elas representado e simbolizado, na medida em que sua posição privilegiada dentro do campo jurídico as constitui como agentes poderosas tanto internamente como na sua interlocução com os demais campos do poder. No referente à relação do Estado com os povos indígenas, as Supremas Cortes Constitucionais cumprem a dupla função de intermediárias entre o Poder Executivo e os povos indígenas, assim como de interlocutores diretos que representam o Estado na intervenção que este faz das relações entre particulares e indígenas através do Direito. Apesar de que as SCC não se pronunciam sobre a maioria das normas que regulamentam as relações com os povos indígenas, estas produzem o *direito falado* relativo aos dispositivos constitucionais, que em teoria são fundamento e origem de todo o direito escrito vigente no campo. Por estas razões de hierarquia formal é que as SCC são o recorte selecionado nesta dissertação para falar da produção cultural do *direito falado* na relação contemporânea do Estado com os povos indígenas no Brasil e na Colômbia.

O objetivo do presente capítulo é fazer uma apresentação geral do que significam formalmente as SCC em ambos os países, levando em consideração a

posição destes Tribunais dentro das relações objetivas do campo jurídico de cada país e as limitações próprias da sua natureza institucional, assim como suas relações com os demais campos do poder.

O capítulo está dividido em três partes. A primeira apresenta brevemente os principais dilemas de hierarquia que as SCC sofrem em ambos os países na luta por consolidar sua hierarquia real; na segunda e terceira parte do capítulo são apresentados a composição, funcionamento, competências e contexto institucional tanto do Supremo Tribunal Federal (STF) no Brasil como da Corte Constitucional (CC) na Colômbia, para compreender a posição das SCC como agentes com interesses e lutas corporativas no interior de cada campo jurídico, onde as regras de composição e competência delimitam as práticas sociais de cada instituição, assim como a oferta jurídica por elas produzidas sobre povos indígenas, como será discutido amplamente nos próximos capítulos.

1. As Supremas Cortes Constitucionais. Um hierarquia em disputa.

"o Visconde de Mauá, em sua Exposição aos Credores e ao público, editada em 1878, relata com aguda crítica uma das tantas querelas judiciais em que se viu envolvido.

Falindo os devedores, diz ele, cobrou a casa os títulos de que estava de posse até a importância dos seus adiantamentos, entregou o saldo aos administradores da massa. No entanto, sentença do Tribunal do Comércio veio a confiscar parte desses adiantamentos. Encaminhado recurso, retoma o Visconde, o Supremo Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, fulminou essa sentença, por injustiça notória e nulidade manifesta. Porém, uma vez anulada a sentença, em novo julgamento, um Tribunal inferior reexaminou a causa e, por um único voto desempate, o do presidente do tribunal, fez tábula rasa do voto unânime do Supremo Tribunal de Justiça e o Banco Mauá perdeu a causa! Será sensato este regime judiciário? indaga o estupefato Mauá.

De fato, não pode ser operante um sistema judiciário em que a mesma questão de direito receba, indefinidamente, diversa e variada interpretação, ao sabor das filiações doutrinárias dos julgadores." (Grifos meus)

Mensagem da Presidente do STF ao Congresso Nacional em abertura da sessão legislativa em 02.02.2007.

As Supremas Cortes Constitucionais (SCC) surgem com a necessidade de implementar, dentro do campo jurídico, um controle da hierarquia normativa do texto constitucional, representada no poder da última palavra que tem a Corte Constitucional sobre as discussões interpretativas do texto supremo. A missão formal das SCC é manter a coerência da produção judicial articulada pela "*norma de normas*", a Constituição. A fé em que o campo jurídico consegue alcançar a mencionada coerência é a garantia da mesma, faz parte do que Bourdieu chama de ideologia do corpo

jurídico.

O direito positivo descarrega parte importante da sua lógica, e portanto, da sua legitimidade, no pressuposto de estar fundamentado em um corpo de normas coesas pela hierarquia conceitual que lhes dá a Constituição Política da qual, em teoria, toda lei deve ter um desenvolvimento coerente. Assim, na tradição do direito ocidental, todas as pessoas que passam por um processo de socialização profissional na formação de advogado conhecem a imagem da "*pirâmide de Kelsen*", que se fez popular pela didática metáfora que descreve a hierarquia da "Norma Fundamental" (a Constituição) e a coerência das demais normas a ela relacionadas.



Figura No. 3. Pirâmide de Kelsen.

Segundo Kelsen, ou melhor, segundo a popularização que dele se fez¹⁹, os dispositivos normativos diferentes à Constituição estão subordinados conceitualmente a esta, razão pela qual aqueles que lhe sejam contrários têm que ser imediatamente excluídos, sob pena de quebrar a lógica fundamental do sistema ao permitir a existência de contradições internas. Cuidar da coesão e coerência conceitual entre a norma fundamental e os dispositivos legais de inferior hierarquia é precisamente a pouca modesta função das SCC. O fato de elas estarem no centro da manutenção ideológica do campo é o que constitui sua importância para esta dissertação, onde é pertinente diferenciar entre o poder teórico que estas têm e o capital real que conseguem acumular e exercer na posição que ocupam dentro das relações objetivas do campo para cada caso.

No Brasil e na Colômbia, mais que uma férrea hierarquia institucional e normativa alinhada ao lado de suas respectivas Supremas Cortes Constitucionais, o que existe poderia ser descrito como uma real *indisciplina de corpo*, a qual é permitida e

¹⁹ Para uma crítica completa sobre a influência da obra de Hans Kelsen na América Latina ver: a Teoria Pura do Direito. Ver LOPEZ, Diego, 2005. Teoría Impura del Derecho. La Transformación de la cultura jurídica latinoamericana. Legis. Bogotá, Colômbia.

estimulada tanto pela mesma natureza do campo de luta, como por elementos procedimentais e formais da própria estrutura organizativa do campo que facilitam a ilusão da hierarquia.

Por um lado, em ambos os países existe uma mistura entre dois tipos diferentes de controle de constitucionalidade: o primeiro é um controle *concentrado*, que é competência exclusiva das SCC, o qual consiste na avaliação que esta faz da discussão sobre a conformidade conceitual entre dispositivos infra-constitucionais; o segundo, é um outro tipo de controle chamado de controle *difuso*, que é aquele exercido por todos os juízes com relação à constitucionalidade na aplicação de uma norma de inferior hierarquia a casos concretos, o qual tem efeito estritamente para as partes envolvidas no litígio. Neste último tipo, os juízes não estão obrigados a se sujeitar à interpretação que a Suprema Corte Constitucional fez sobre a norma constitucional em questão o que garante uma grande margem de autonomia para a interpretação do texto constitucional. (Rozo, 2006:255).

Todos os juízes, independentemente da sua hierarquia formal, são por definição autônomos na suas decisões. Tanto no Brasil como na Colômbia, a jurisprudência é somente fonte auxiliar de direito, e em ambos países o *controle concentrado* de constitucionalidade deve concorrer pela interpretação mais legítima da constituição a través do *controle difuso* que exerce qualquer juiz. Diante desse panorama, é claro que apesar de as SCC serem formalmente de maior hierarquia que os demais juízes participantes do campo, o exercício dessa superioridade está evidentemente comprometido em razão das próprias regras estruturas dentro do campo. São as mencionadas estruturas as que garantem a possibilidade de redistribuir o capital simbólico que significa a interpretação “oficial” do texto constitucional.

Além da combinação de tipos *concentrados* e *difusos* de controle de constitucionalidade, em ambos os países, os juízes decidem segundo um consolidado princípio de autonomia, o qual é garantido pelo mesmo texto constitucional, outorgando ao juiz liberdade para contrariar as hierarquias do corpo na suas decisões, o que provoca situações como a descrita pela Ministra Gracie sobre o Visconde de Mauá.

Nessa ordem de idéias, a função de "*homologação*" da linguagem constitucional, que é a principal tarefa de poder simbólico que exercem as SCC, sempre vai depender do capital que elas consigam acumular em cada momento histórico, o que indica que a estrutura hierárquica do corpo, mais que um pressuposto de seu funcionamento, é um objeto de luta. No Brasil, como na Colômbia, o mencionado problema de hierarquia é

abordado diferentemente por cada SCC segundo as particularidades históricas de cada campo jurídico.

No caso do Brasil, com a Emenda Constitucional n. 45/2004, foi introduzida a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal aprovar súmulas com efeito vinculante²⁰ em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da administração pública (art. 103-A da CF/88). A *súmula vinculante*, consiste exatamente em uma ferramenta de poder hierárquico que dá a possibilidade formal ao STF de conseguir exercer sua função e poder de "*homologação*" mais eficazmente dentro do campo. De qualquer forma, a súmula por si só não garante a absoluta disciplina do corpo, nem a eficácia do efeito de homologação da linguagem constitucional nos veredictos do STF, além da competência formal (ou técnica); o Supremo Tribunal Federal requerê do reconhecimento dos demais agentes do campo, para acumular o prestígio suficiente que lhe permita exercer uma hierarquia real dentro do Poder Judiciário.

O discurso pronunciado pela Presidente do STF, Ellem Gracie, no começo do ano legislativo de 2007 diante do Congresso Nacional, ilustra muito bem o conteúdo da luta e as expectativas do que significa a súmula vinculante para o STF:

"Outras das providências aprovadas por vossas Excelências, a lei n. 11.417 de 2006, que estabeleceu a súmula vinculante, também terá reflexos de profunda repercussão no modo como a sociedade, os poderes de Estado e o próprio judiciário se relacionam com o ordenamento jurídico em sua interpretação última (...) A partir de agora, quando o Supremo Tribunal Federal houver definido formalmente uma questão de direito, aplicando-lhe o efeito vinculante e fazendo-a inserir no enunciado de sua súmula pacifica-se a discussão nos juízos inferiores e, sobretudo, todos os agentes públicos deverão respeitar a interpretação fixada, evitando-se o surgimento de novas ações". Mensagem da Presidente do STF ao Congresso Nacional em abertura da sessão legislativa em 02.02.2007.

Neste ponto é importante lembrar que o juiz inferior sempre tem a possibilidade de argumentar a necessidade de se afastar do parecer do Supremo devido à particularidade dos fatos de cada caso, levando em consideração que na resolução judicial de casos, não só os direitos são objetos de interpretação, senão também os fatos, por isso a identidade destes últimos, como fundamento para aplicação da súmula, torna-se tão controvertido como o conteúdo jurídico dos direitos em disputa.

Na Colômbia, a luta pelo exercício real da hierarquia que legitima a interpretação que a CC faz da Carta é mais complexa que para o STF. A CC, que até

²⁰ Segundo o glossário jurídico da página na internet do STF, súmula é uma síntese de todos os casos, parecidos, decididos da mesma maneira, colocada por meio de uma proposição direta e clara.

hoje só tem tentado criar vínculos de obrigatoriedade das suas decisões pela mesma via jurisprudencial, não conta com o elemento da tradição que tem o STF. A CC é um agente novo no campo jurídico, obrigado a construir seu prestígio sem antecedentes históricos, o qual pesa muito em um campo tão tradicionalista e ligado ao passado como é o campo jurídico.

Apesar de não existir nenhum dispositivo que obrigue os juízes de menor hierarquia a seguir a jurisprudência da CC, esta goza de muita credibilidade entre importantes setores da sociedade colombiana. Seria necessária uma pesquisa completa para indagar a eficácia do capital simbólico da Corte no interior do campo jurídico com relação ao exercício real da sua hierarquia formal mas de qualquer forma, em matéria de direitos fundamentais, é necessário reconhecer que a Corte Constitucional colombiana construiu um conjunto de conceitos que hoje operam amplamente no litígio referente a estas causas, o que pode ser interpretado como uma demonstração de hierarquia, e eficácia em conseguir o efeito de homologação da linguagem referente pelo menos aos direitos fundamentais introduzidos na Carta de 1991 (CEPEDA, 2000, :145).

Com relação à luta pela hierarquia constitucional na Colômbia, vale a pena citar a resenha que Diego López faz sobre as tentativas jurisprudenciais da CC de conseguir alguma vantagem neste sentido.

"Ya que una transformación cultural es lenta, los jueces inferiores podrían alinearse con los resultados sustantivos de la Corte mediante una doctrina formal de precedentes. Las decisiones distributivas y libertarias de la Corte, frente a la sustancia liberal del derecho clásico, podían de alguna manera ser impuestas a los jueces de instancias por medio de alguna versión local del principio judicial de *stare decisis*. Los jueces inferiores mostraban con mucha frecuencia desacuerdo político, teórico y metodológico con la Corte. Por esto la Corte emprendió el proyecto político de ampliar la fuerza de sus decisiones. Su visión política estaba conectada a un asunto eminentemente práctico de disciplina jurisprudencial: el reforzamiento de una idea de *doctrina constitucional vinculante por vía del principio de igualdad* aseguraba, hasta cierto punto, un impacto mucho más amplio de la comprensión redistributiva y libertaria que la Constitución de 1991 había adoptado frente a la de 1986."(grifos meus)

Em conclusão, tanto o STF como a CC lutam permanentemente pelo reconhecimento material de sua hierarquia formal, o qual, do lado do capital simbólico da tradição de cada Corte Suprema, é um elemento fundamental para compreender a produção cultural do direito falado pelos tribunais constitucionais. A continuação será descrita a composição e funcionamento do STF e da CC no seus contextos políticos e históricos.

2. O Supremo Tribunal Federal (STF). O herdeiro legítimo da Casa de Suplicação do Brasil

O Supremo Tribunal Federal, definido formalmente como órgão de cúpula do Poder Judiciário no Brasil, é caracterizado principalmente pelo seu tradicionalismo e antigüidade como instituição representativa da independência do Poder Judiciário no país, mesmo antes de se constituir como República. Exemplo dessa auto- imagem que identifica o STF com o passado são as comemorações que durante o ano de 2008 vêm sendo promovidas por este Tribunal para a comemoração dos 200 anos de "história independente do poder Judiciário no Brasil", uma vez que os atuais Ministros se identificam como herdeiros indiscutíveis da Casa de Suplicação de Portugal, a qual chegou no ano de 1808 com o príncipe regente don João VI. (Ellem Gracie, discurso de abertura do Ano-Judiciário de 2007,2007: 5).

O Ministro Celso de Mello, em uma publicação do ano 2007, chamada: *Notas sobre o Supremo Tribunal Federal*, faz a genealogia do STF, identificando suas origens em 1808:

"Os órgãos de cúpula da Justiça no Brasil, em ordem sucessiva, considerada a sua presidência histórica, foram 1) a Casa da Suplicação do Brasil (instituída pelo Príncipe Regente D. João, mediante Alvará Régio de 10.05.1808, 2) o Supremo Tribunal de Justiça (Império) e 3) o Supremo Tribunal Federal (Republica). Esses órgãos de cúpula, ao longo de nosso processo histórico, desde a fase colonial (Casa da Suplicação do Brasil), passando pelo regime monárquico (Supremo Tribunal de Justiça) e chegando à República (Supremo Tribunal Federal), abrangem um período de 199 anos (10.05.1808 até o presente ano de 2007). (...) O Supremo Tribunal Federal, organizado com fundamento no Decreto n. 848, de 11.10.1890, editado pelo governo provisório da República, teve a sua instituição prevista na Constituição republicana de 1891, quando realizou a sua primeira sessão plenária, sob a presidência interina do Ministro SAYÃO LOBATO (Visconde de Sabará), que até então presidira ao Supremo Tribunal de Justiça (Império)." (de Mello, 2007 :7-8).

O tradicionalismo do STF se reflete no fato de ele se identificar como uma instituição anterior à mesma República. Este elemento é trazido aqui porque de fato, ao comparar as duas SCC, um dos elementos que mais diferencia a CC colombiana do STF é o tradicionalismo deste segundo. Enquanto uma é um agente totalmente novo no campo, o outro é o próprio símbolo do peso da história e da tradição. Acreditamos que estes elementos são fundamentais para compreender o desempenho e a diferença de posições de ambas as Cortes na estrutura das relações objetivas do campo, e em última

análise, na produção jurídica de cada uma delas sobre um tema tão inovador como os direitos indígenas propostos nas recentes mudanças constitucionais.

Uma vez destacado o ponto relativo ao vínculo histórico do STF, faz-se necessário descrever suas regras de composição, funções e contexto institucional atual. O Supremo Tribunal Federal é composto por onze Ministros, brasileiros natos (art. 12, § 3º, IV, da CF/88), escolhidos dentre cidadãos com mais de 35 e menos de 65 anos de idade, e nomeados pelo Presidente da República, após aprovação da escolha feita pela maioria absoluta do Senado Federal. Para ser Ministro do STF não se precisa ser advogado, somente ter notável saber jurídico e "*reputação ilibada*" (Artigo 101 da CF). Recentemente, o Presidente Luis Ignacio Lula da Silva nomeou sete (7) dos onze (11) Ministros, do Supremo Tribunal Federal

No STF os Ministros gozam de vitaliciedade nos respectivos cargos. Esse aspecto temporal pretende gerar por si mesmo um elemento legitimador do órgão, na medida em que se considera que esta previsão pode garantir a "*neutralidade*" do órgão diante dos vários governos e as várias maiorias parlamentarias que podem passar durante os mandatos dos Ministros.

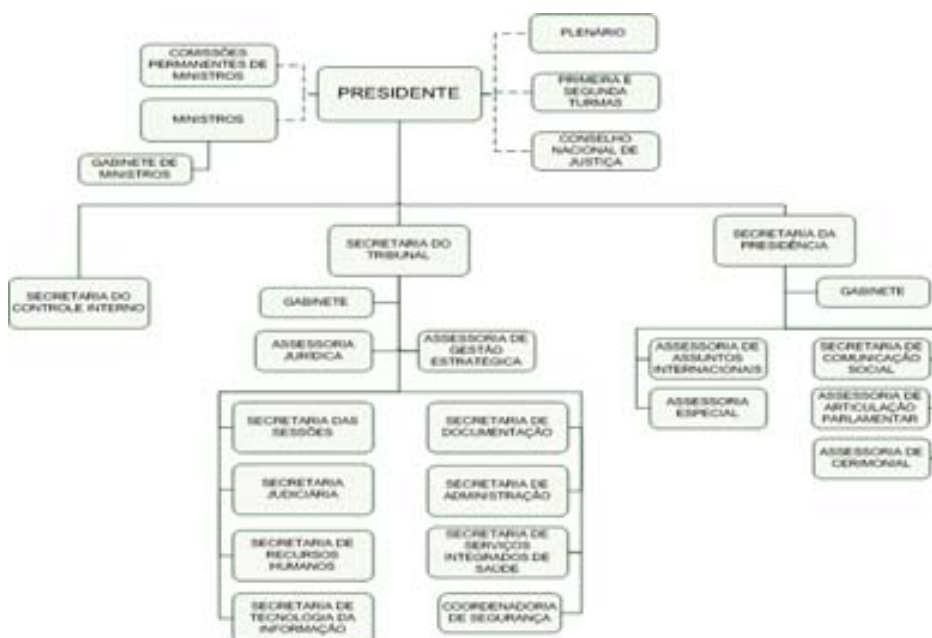
Cabe destacar que a regra de eleição de Ministros foi definida em 1988, dentro de um desenho institucional do qual não fazia parte a reeleição para Presidente da República, de tal maneira que fosse difícil para um Presidente nomear a maioria dos Ministros durante seu mandato, sendo evidente o vínculo entre a independência dos juízes e seu sistema de designação. O mais complexo desta situação é que vários dos projetos sobre desenvolvimento econômico previstos no PAC já começaram a ser questionados judicialmente perante este Tribunal.

A relação política dos Ministros do STF com o executivo é claramente estreita em razão das regras de eleição e conformação do órgão, o que permite pensar que desde o começo o STF não foi pensado como uma instância estritamente técnica, aliás, pelo conteúdo de suas funções é difícil insistir na neutralidade política de suas decisões. Por outro lado, os Ministros do STF não têm nenhum tipo de inabilidade ou incompatibilidade no fato de ter uma vida política ativa como senadores e Ministros de governo imediatamente antes ou depois de terem sido nomeados parte do Tribunal Constitucional. Para mencionar tão somente um exemplo das possibilidades de trânsito político dos Ministros do STF, o atual Ministro da Defesa Nelson Jobim, já foi Ministro do STF por 3 anos, e imediatamente antes tinha sido Ministro da Justiça no governo do

presidente Fernando Henrique Cardoso (FHC)²¹.

No que se refere ao funcionamento do STF, este está conformado pelo Plenário, as duas Turmas de 5 Ministros cada uma e o Presidente (art. 3º do RISTF/80). Este último, assim como o Vice-Presidente são eleitos pelo Plenário dentre os Ministros, e têm mandato de dois anos. No organograma do STF abaixo apresentado é evidente a importância e poder que tem o Presidente do Tribunal, na medida em que pode decidir tanto sobre assuntos administrativos como sobre os espaços de deliberação e decisão do Tribunal em Pleno. É tal o poder da Presidência que para garantir a rotatividade do cargo este é designado segundo um critério de antiguidade, sendo Presidente o Ministro mais antigo na corporação entre os presentes durante um período de dois anos.

Organograma do STF



Cada uma das duas Turmas é constituída por cinco Ministros e presidida pelo mais antigo em sua composição (art. 4º, § 1º, do RISTF/80); a antigüidade no exercício do cargo é muito importante no STF e tem efeitos sobre regras de protocolo e participação como a ordem de fala dos ministros durante os julgamentos, sendo os mais novos os primeiros a se pronunciar.

²¹ O relacionamento dos Ministros com o executivo não é interpretado como um necessário conflito de interesses, na mesma jurisprudência: “Ministro que participou, como membro do Poder Executivo, da discussão de questões, que levaram à elaboração do ato impugnado na ADIN, não está, só por isso, impedido de participar do julgamento.” ([ADI 4](#), Rel. Min. Sydney Sanches, DJ de 25-6-93)

Dentro das regras de funcionamento do STF, vale a pena destacar a forma que prioriza sua pauta de decisão com o objetivo de definir, com certa discricionariedade, os temas a serem discutidos, e aqueles que podem esperar ainda mais para ser julgados.

“Existe um momento fundamental na vida dos brasileiros, empresas e governos, cuja própria existência raramente é reconhecida. Dificilmente é valorizado. Em geral, passa em brancas nuvens. Trata-se do momento em que o Supremo Tribunal Federal decide quais casos vai julgar e quais não vai julgar. Quando decide o que vai decidir. É um momento crucial. É quando o Judiciário deixa de ser um órgão passivo, que não pode tomar iniciativas a não ser quando provocado. Deixa de apenas reagir. E age. Diante de milhares de processos aguardando vez, o Supremo seleciona, escolhe e valoriza o que é importante decidir. Revela aí suas prioridades e urgências. Decide sua pauta, que pode, então, encontrar ou desencontrar a pauta do povo.

Com maior ou menor conscientização, o Supremo decide em que aspecto de nossa vida econômica, cultural ou política vai interferir. A decisão sobre a pauta não é um processo mecanizado, aleatório ou desprovido de significados. É escolha política.”(FALÇAO, 2008)

As principais atribuições do STF são formalmente julgar a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a argüição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da própria Constituição e a extradição solicitada por Estado estrangeiro. Mas adicionais a estas, o Tribunal tem atribuições relacionadas com recursos, divididos entre ordinários e extraordinários. Em recurso ordinário, o STF tem competência sobre o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data* e o mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, e, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da Constituição. Na área penal, tem competência para julgar as infrações penais comuns referentes ao Presidente da República, ao Vice-Presidente, aos membros do Congresso Nacional, a seus próprios Ministros e ao Procurador-Geral da República, entre outros.

Na prática, entre todas as competências do STF, este ocupa a menor parte do seu tempo atendendo às competências relativas às funções exclusivamente constitucionais, como o revelam os dados publicados pelo Tribunal na sua página de internet sobre processos autuados por Ramo do Direito durante o ano de 2007.

Fica claro no gráfico abaixo e nos dados anexos, o peso baixo e relativo dos assuntos exclusivamente constitucionais que atende o STF, e a sua grande desproporção

com matérias civis, administrativas e penais, todas elas detalhadamente regulamentadas em códigos especializados de normas infra-constitucionais. Esta verificação tem relevância quando se aceita que o direito constitucional, à diferença dos outros ramos do direito, tem uma lógica interpretativa mais ampla e autônoma pelo grau de abstração dos dispositivos que deve discutir, o que outorga ao juiz constitucional um maior nível de liberdade política na suas decisões, em comparação com os demais juízes do campo. O fato de o STF atender principalmente assuntos infra-constitucionais, que estão altamente regulamentados, pode marcar uma tendência hermenêutica do Tribunal orientada a exegética própria de interpretação infra-constitucional.

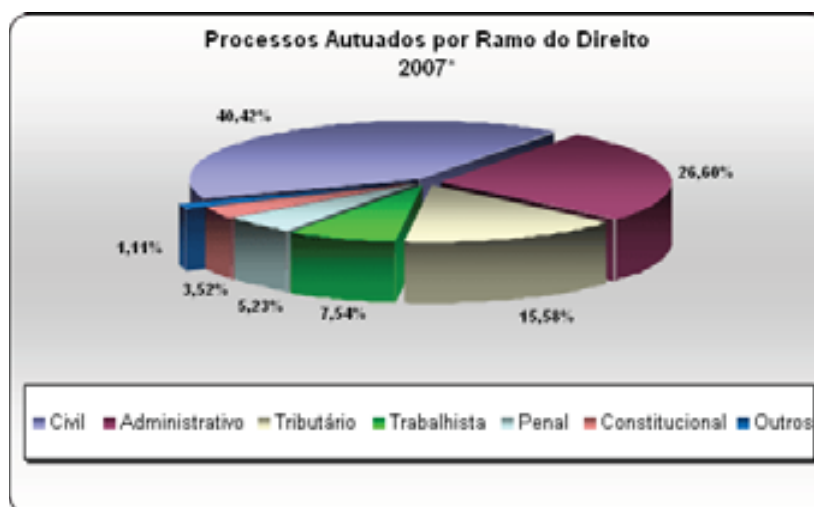


Figura No. 3 Processos Atuados por Ramo do Direito pelo STF durante o ano de 2007. Fonte: www.stf.gov.br

No caso colombiano, Diego López, ao comparar a tradição hermenêutica da CC com a Cortes Suprema de Justiça, vinculo o peso da matéria jurídica com o tipo de interpretação de cada Corte, verificando que o conteúdo constitucional estimula a interpretação extensiva dos textos legais, em contraste com a interpretação de textos infra-constitucionais que estão minuciosamente regulamentados em normas de inferior hierarquia e estimula a interpretação exegética.

"Dentro de este diseño (el norteamericano) la jurisdicción constitucional decide sólo aquellos casos reclamos que se filtren a través de las grietas del universo legal codificado y legislado. Por esta estructura institucional parece que el derecho se bifurca iustéoricamente: las tareas de adjudicación burocrática estandarizada son confiadas a los jueces que aplican códigos y leyes; las tareas de corrección equitativa y justiciera de los códigos y leyes son confiadas a la jurisdicción constitucional. Para los primeros, por lo tanto, una comprensión formalista del derecho resulta natural y adecuada; para el ejercicio de la segunda función, en cambio, el derecho se desformaliza y permite la aplicación de metodologías de análisis distintas a las utilizadas en la aplicación clásica de la ley."

Voltando para o Brasil, o STF é uma Suprema Corte Constitucional que se identifica com uma antiga tradição judicial reconhecendo-se como herdeiro direto da Suprema Corte do Regime Monárquico, caracterizado por um desenho institucional que garante estabilidade aos Ministros, fortemente vinculados ao Poder Executivo. Adicionalmente, é igualmente importante destacar que o STF não é uma Corte exclusivamente constitucional, entre a suas competências ele deve estar informado sobre outros assuntos que aparentemente ocupam a maior parte de sua atenção, o que é relevante para compreender a tendência exegética da interpretação constitucional do Tribunal.

3. A Corte Constitucional na Colômbia. O surgimento de uma nova Corte com pretensões de superioridade.

Em 1991 a Colômbia, assim como o Brasil, seguindo o modelo norte-americano, adotou um sistema misto de controle de constitucionalidade que combina o controle concentrado e difuso, mas com a característica diferencial de que a Corte Constitucional (CC) é um Tribunal novo, que surge em 1991, ao lado de um conjunto de outras instituições destinadas a fortalecer o Poder Judiciário após a reforma constitucional, e com a missão de guardar, de forma exclusiva, a integridade do novo texto constitucional. A Corte materializa em uma instituição o pacto político de 1991, o que lhe outorga um importante valor simbólico para a sociedade colombiana, que se traduz em capital político para adotar decisões polêmicas, ainda que seja contra a vontade política dos demais poderes e do mesmo Judiciário.

A CC está composta por nove (9) magistrados, que precisam ser advogados de diferentes especialidades jurídicas, escolhidos pelo Senado da República a partir de listas tríplexes enviadas pelo Presidente da República, a Corte Suprema de Justiça (CSJ) e o Conselho de Estado(CE), para um mandato individual de oito (8) anos, sem possibilidade de reeleição.

Para ser magistrado da CC é preciso ter trabalhado, pelo menos durante dez (10) anos dentro do Poder Judiciário, ou no Ministério Público, ou ter exercido durante igual tempo a profissão de advogado, ou a cátedra universitária em disciplinas jurídicas (artigo 232 da CP).

Diferentemente do que ocorre no Brasil, na CC colombiana não podem ser escolhidos magistrados que durante o ano anterior à eleição tenham trabalhado como

Ministros de governo ou magistrados das outras Cortes Supremas (o CSJ ou o CE). O governo não poderá conferir emprego aos Magistrados da CC durante o período de exercício da suas funções, nem durante o ano seguinte a sua saída (artigo 245 da C.P). Estas regras de composição do Tribunal procuram aparentar a independência do juiz constitucional perante os demais Poderes da República²².

O esquema de nomeação de magistrados da CC inclui a participação do Legislativo e do Executivo com o objetivo de garantir a distribuição do poder de decisão sobre a nomeação dos magistrados. Em teoria, o que esta previsão de engenharia Constitucional pretende é atribuir legitimidade democrática aos membros da Corte para adotar decisões que podem implicar na revogação de atos com força de lei de origem legislativa e executiva.

É importante destacar que a CC (como no STF) é o único Tribunal Superior da Colômbia no qual se pode ser magistrado sem fazer carreira dentro do Poder Judiciário. Em comparação com os outros dois Tribunais Supremos, cujos membros devem trabalhar durante vários anos, enquanto vão ajustando-se à disciplina interna de cada jurisdição para ser promovidos. Este sistema de eleição entre seus membros garante a socialização do agente dentro das práticas do campo antes de ocupar posições de poder, o que não acontece com os magistrados da CC, a qual está conformada, na sua maioria, por um grupo de acadêmicos, muitos deles formados no exterior, que não prestaram nem um dia de serviço ao Poder Judiciário e que tampouco litigaram, razão pela qual desconhecem totalmente a doutrina e jurisprudência das outras altas Cortes (quase sempre Cortes de cassação), e também por isto não prestam nenhum tipo de reverência pela hierarquia formal destas ²³.

As competências da C.C estão divididas entre as relativas ao controle de constitucionalidade de normas com força de lei de origem legislativa ou administrativa, que implica no conhecimento exclusivo da *ação direta de inconstitucionalidade*, e as

²² Este tipo de proibições com relação ao trânsito dos magistrados entre o poder executivo e judicial tem conseqüências imediatas para os Magistrados com aspirações políticas. Por exemplo, vários dos Magistrados da primeira Corte depois de seu retiro, se candidataram para cargos de eleição popular. Diferente do que acontece no Brasil, onde os Ministros do STF são freqüentemente chamados a participar do governo antes e depois de seu mandato como juizes sem nenhum tipo de restrição, o que determina outro tipo de relação entre os dois poderes.

²³ *Kim Lane* mostra como o fato dos magistrados ter estudado fora do país e ter contato com outras culturas jurídicas influencia em grande medida a jurisprudência da corte na qual participam. Ver. *Kim Lane. 2004. Constitutional Ethography: An Introduction.* University of Pennsylvania Law School. Paper 56

competências relativas à *revisão da ação de tutela*²⁴, que diz respeito à proteção judicial de direitos fundamentais. Da mesma forma a CC conhece da *ação direta de constitucionalidade* sobre a qual este Tribunal tem competência exclusiva, como a ação de tutela, sendo estas duas ações públicas com as quais qualquer cidadão pode entrar na justiça sem requerer de um advogado titulado.

O desenho processual das duas principais ações que chegam ao conhecimento da CC, faz com que a jurisdição Constitucional colombiana seja de fácil acesso, especialmente barata e muito ágil, diferentemente do que ocorre no Brasil, onde a ação direta de constitucionalidade é restrita e formal.

Apesar de todas as funções atribuídas à CC serem evidentemente políticas, merece especial destaque nesta pesquisa a função que diz respeito à revisão das decisões nas ações de tutela de juízes de todas as jurisdições e hierarquias. A CC tem a função de unificar jurisprudência sobre os direitos fundamentais definindo o alcance e conteúdo dos mesmos.

Dentro do Poder Judiciário, a possibilidade de desautorizar a decisão de outro juiz é o maior poder de hierarquia que existe, levando em consideração que o juiz é autônomo nas suas decisões: por essa razão, a possibilidade de revisão das ações de tutela proferidas por outros juízes é o maior instrumento político da Corte no interior do Poder Judiciário.

De fato, ao verificar os dados sobre decisões proferidas pela Corte Constitucional entre 1992 e 2007, é evidente que a ação de tutela é a que ocupa a principal atenção e tempo do Tribunal Constitucional.

24 Segundo Cepeda, atual Magistrado da Corte Constitucional, a Tutela é um tipo de ação que existe unicamente no sistema jurídico colombiano. A *ação de tutela* foi criada na CP de 1991 como uma ferramenta jurídica em virtude da qual *qualquer pessoa* pode, sem necessidade de advogado ou de formalidade especial, solicitar a *qualquer juiz* a proteção imediata de seus direitos fundamentais. Com esta ação é relativamente fácil para todo cidadão fazer uma queixa virar uma discussão jurídica.

SENTENCIAS PROFERIDAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL 1992 A 2007

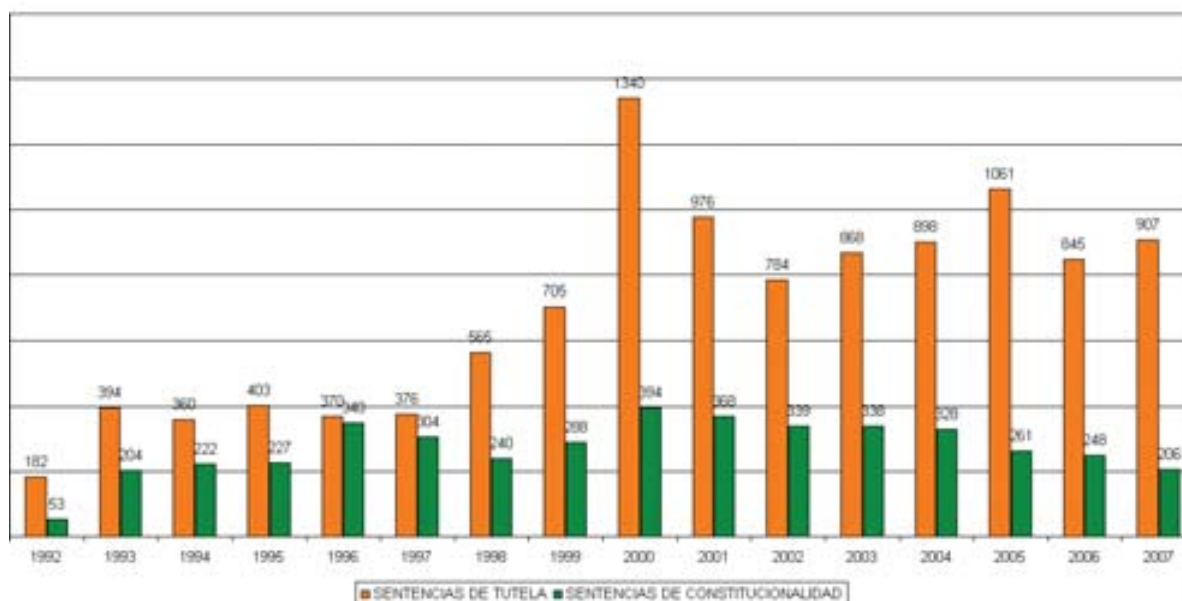


Figura No. 4.

Além do poder político que a revisão de tutela traz consigo para o interior do campo, a escolha das decisões de tutela a serem revisados é totalmente discricionária por parte dos Magistrados da corporação. A Corte Constitucional tem total autonomia e liberdade para escolher, sem que precise fazer nenhum tipo de motivação das ações de tutela que considera convenientes de revisar. Esta escolha é parte das aparentes fugas do campo jurídico que na realidade são fundamentais para ele conseguir ajustar-se às diferentes conjunturas aparentando continuidade e segurança. Neste caso os magistrados têm a opção de escolher o assunto e os sujeitos sobre os quais vão decidir. Não é possível esquecer que a escolha de uns é a exclusão de outros e por isso chama a atenção o fato de que a Corte seja recorrente na revisão de alguns temas mais que de outros, como é o caso dos assuntos indígenas que é reiteradamente selecionado pelos diferentes magistrados para reiterar jurisprudência.

É importante destacar o sentido simbólico-hierárquico do poder de revisão de sentenças de tutela, já que os juízes não estão obrigados juridicamente a seguir o critério da Corte; por essa razão merece especial destaque para este trabalho a autonomia e total liberdade da CC para exercer a função relativa à revisão da ação de tutela.

O procedimento para a seleção de tutelas a serem revisadas pela CC está regulamentado no Decreto 2591 de 1991, reza o seguinte acerca do procedimento de revisão:

Artículo 33. Revisión por la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional designará dos de sus Magistrados para que seleccionen, sin motivación expresa y según su criterio, las sentencias de tutela que habrán de ser revisadas. Cualquier Magistrado de la Corte o el Defensor del Pueblo, podrá solicitar que se revise algún fallo de tutela excluido por éstos cuando considere que la revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Los casos de tutela que no sean excluidos de revisión dentro de los 30 días siguientes a su recepción, deberán ser decididos en el término de tres meses. (grifos meus)

O processo de seleção de ações de tutela implica tão altos graus de liberdade para os juízes, que uma das primeiras ações de inconstitucionalidade sobre a qual a Corte teve que pronunciar-se foi exatamente acerca da constitucionalidade desta liberalidade, já que foi questionada como uma excessiva autonomia para o juiz constitucional no marco de um Estado de Direito, onde estes devem ser os primeiros a justificar todos os seus atos. A Corte, juiz e parte neste caso, negou a demanda na sentença C-027 de 1993, com a argumentação citada abaixo:

Es más importante, en razón de su contenido y alcances, la revisión eventual que la obligatoria, porque justamente la labor de la Corte en materia de tutela es de orientación, consolidación de la jurisprudencia y pedagogía constitucional, todo lo cual se logra más eficientemente con unos fallos preseleccionados por su importancia y su carácter paradigmático, que con toda una suerte de sentencias obligatorias y numerosas, la mayoría de las cuales terminarían siendo una repetición de casos idénticos, que convertirían a la Corte Constitucional en una tercera instancia ahogada en un mar de confirmaciones de sentencias” A Corte decide: Declarar EXEQUIBLE los artículos ...33 ...del Decreto 2591 de 1991, en los apartes en que fueron atacados, por los motivos expresados en su oportunidad” (Sentença C-018 de 1993).(grifo meu)

Em contraste com liberalidade, chama a atenção como o regulamento interno da CC definiu cuidadosa e detalhadamente o mecanismo para decidir quais são os magistrados que devem selecionar as tutelas mês a mês. O regulamento garante que todos tenham a mesma oportunidade de selecionar tutelas para evitar disputas de poder internas²⁵.

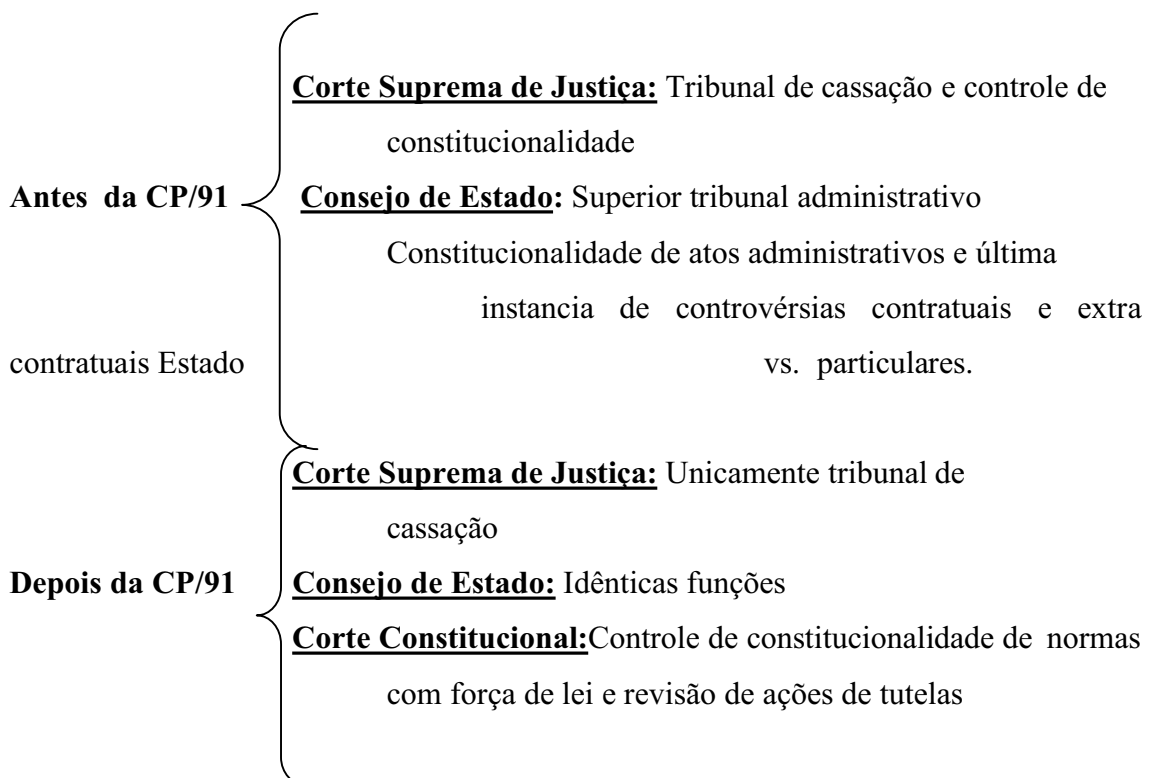
Compreender a relevância política para a Corte Constitucional da autonomia plena para a seleção das decisões a serem revistas permite analisar as matérias selecionadas a partir de um critério mais amplo que a literalidade dos casos. Assim, o fato de a CC selecionar recorrentemente ações de tutela sobre temas indígenas pode estar indicando um interesse da mesma corporação em discutir este tipo de casos. Por

25 Ver regulamento interno da Corte Constitucional: Acuerdo No. 1 de 29 de abril de 2004. CAPITULO DE LA REVISIÓN DE LAS SENTENCIAS DE TUTELA, artigos 49 e seguintes. www.corteconstitucional.gov.co

quê o interesse da CC em falar sobre direitos indígenas em um país cuja população indígena não supera o 2% do censo nacional?. Uma das hipóteses construídas nesta dissertação é que o assunto dos direitos indígenas tem a vantagem para a CC de ser um tema com importante capital simbólico e pouco custo político, o que o faz do tema indígena um atraente objeto de troca de capital simbólico.

Para compreender a atuação da CC é fundamental descrever o contexto das relações objetivas nas quais se encontra envolvida. A CC surge como tribunal supremo introduzido em um campo jurídico onde existiam e continuaram existindo, após a CP de 1991, outros agentes institucionais da mesma hierarquia formal que esta, o que a obrigou a concorrer por prestígio e credibilidade com as demais cortes supremas, em uma luta pelo monopólio do capital simbólico que já estava distribuído antes da mudança constitucional.

As Cortes Supremas na Colômbia estão organizadas segundo suas jurisdições, antes e depois da Constituição de 91, da seguinte forma:



A Corte Suprema de Justiça (CSJ), a qual antigamente acumulava a jurisdição constitucional com a tarefa de corte de cassação²⁶, depois da C.P de 1991 ficou unicamente como tribunal de cassação, perdendo importante poder político com a exclusão das competências sobre assuntos constitucionais.

²⁶ Cassação é o conceito utilizado no direito para fazer referencia a função dos tribunais supremos de rever as decisões das instâncias inferiores nos casos de suspeita de erro na aplicação do direito

Este vazio de poder da CSJ explica em parte os conflitos suscitados entre ambas as Cortes, cada vez que estas se enfrentam publicamente, pelo fato de não coincidir em pareceres jurídicos sobre os mesmos assuntos, o que é conhecido na Colômbia como: “*choque de trenes*”. Em várias oportunidades os magistrados da CSJ têm se manifestado com relação ao que consideram extra-limitações da Corte Constitucional quando interfere e desautoriza suas decisões em última instância.

A confrontação política das Cortes é tão forte que a CSJ tem chegado ao ponto de acompanhar projetos de reforma constitucional orientados a limitar as competências da Corte Constitucional. Exemplo disto foi o projeto de Emenda Constitucional apresentado no ano 2002 pelo atual presidente da República Alvaro Uribe Vélez, no mesmo dia da sua posse, com apoio explícito da CSJ para limitar as competências da CC. O projeto foi negado pouco tempo depois, mas sua simples existência evidenciou a postura política tanto do novo Presidente da República como da própria CSJ com relação ao poder da Corte Constitucional. Com o Conselho de Estado, a Corte Constitucional tem suscitado brigas sobre a interpretação da constitucionalidade de atos administrativos, ao ponto de desautorizar decretos presidenciais declarados conforme a lei vigente pelo Conselho de Estado, mas considerados inconstitucionais pela Corte Constitucional, ainda sem esta ter competência legal para este tipo de declarações 27.

O fato é que apesar de a CC procurar inimigos dentro e fora do Poder Judiciário 28, até hoje nenhuma das tentativas de reforma tem conseguido sucesso, em parte pela aparente popularidade que a CC tem entre as pessoas comuns onde tem um especial prestígio ao ser identificada com a Carta de 1991, a qual ainda goza de muita credibilidade.

27 Na jurisprudência constitucional sobre povos indígenas é famoso internacionalmente o caso sobre legalidade e constitucionalidade do decreto presidencial que regulamentou o direito de consulta previa dos povos indígenas consignado na Convenção 169 da OIT. Em quanto o Conselho de Estado decidiu sobre a legalidade e plena vigência do mencionado decreto. A Corte Constitucional tem chamado ao desacato do mesmo por considerar-lo inconstitucional, desautorizando e desconhecendo o parecer do CE quem é o órgão competente para decidir sobre a legalidade ou não do mesmo. A CC adota pareceres da mesma OIT sobre a falta de concordâncias do ato administrativo e a Convenção citada. Ver sentença de unificação que retoma os antecedentes sobre o caso: SU 383 de 2003. M.P. Alvaro Tafur.

28 Importante ressaltar que a CC tem suscitado importantes conflitos com a Presidência da República quando decidiu pela via da interpretação jurisprudencial, que a sua competência para conhecer sobre constitucionalidade ou não dos decretos com força de lei expedidos pelo executivo em estados de Exceção se estendia ao decreto declaratório do Estado de Exceção, obrigando ao Presidente a motivar constitucionalmente as razões da declaratória de exceção. Competência que até então o Presidente da República exercia sem nenhum tipo de controle, e que antes da CP de 1991 foi o argumento jurídico preferido dos Presidentes colombianos para manter o país em Estado de Sitio.

“La labor de la Corte ha sido entonces no sólo enorme, por el número de sentencias y la variedad de temas que ha abordado, sino que en cierta forma ha sorprendido a la sociedad colombiana, por su orientación progresista. Esto explica que el tribunal haya ganado un cierto aprecio y prestigio en sectores y grupos sociales que son muy críticos frente a los otros aparatos del Estado, pero que ven en las decisiones de la Corte una de las pocas posibilidades reales de encontrar protección a sus derechos”²⁹

Parte do prestígio da CC deriva-se da confrontação explícita com a CSJ, que é considerada por muitos como sendo um símbolo do passado, de um Judiciário conservador e tradicionalista, que tentou evitar a convocatória da Assembléia Nacional Constituinte em 1990 com argumentos formalistas³⁰. A Corte Constitucional não deixa de mostrar sua discordância com as decisões da CSJ e insiste em marcar diferença na interpretação jurídica sobre as mesmas normas e fatos analisados em ambas as Cortes. Não têm sido poucos os casos oriundos da CSJ que a CC já selecionou para revisão de tutela, com o objetivo de mudar totalmente o sentido da decisão. Com relação aos direitos dos povos indígenas, a CC já chegou a chamar a CSJ de etnocêntrica e preconceituosa por tentar “*imponer en su providencia la cosmovisión occidental individualista liberal*”, no próprio corpo da sentença (T-009/2007)³¹

A Corte Constitucional como uma nova instituição, com pretensões de máxima hierarquia no campo jurídico colombiano, entra a disputar e concorrer por espaço e capital simbólico, tanto no interior do Poder Judiciário, como com relação aos outros poderes e à sociedade colombiana. Nesse processo de consolidação corporativa, a CC tem aproveitado bem as disposições relativas a sua composição e funcionamento, na medida em que estas lhe garantem autonomia e liberdade para a orientação dos temas e sujeitos sobre os quais lhe é conveniente, ou não, se pronunciar. Aparentemente o tema indígena é um dos mais privilegiados do Tribunal no momento histórico de seu surgimento e consolidação institucional.

A liberdade e autonomia na seleção de ações de tutela sobre direitos dos povos indígenas na CC consolidou uma oferta jurídica que estimulou explicitamente o movimento indígena e fez com que procurasse a implementação dos dispositivos

29 Op cit. Uprimy e Garcia. Pp 463.

30 Ninguém esquece que o principal opositor de Assembléia Constituinte foi a CSJ que insistia em declarar inconstitucional a convocatória das eleições de constituintes. Essa oposição ainda lhe está sendo cobrada politicamente. Ver: BUENA HORA, Jaime.1992. *El proceso Constituyente*. Bogotá, Terceiro mundo editores. p.143.

31 Sobre “choque de trenes” ver as seguintes decisões: T -030/2000 sobre adoção de crianças indígenas rejeitadas pela comunidade, T-079/2001, SU-039/1997, T-492/1999 sobre assuntos fundiários .

constitucionais através desta instância judicial, e não mediante o processo legislativo, no qual o movimento está debilitado.

No tema específico sobre povos indígenas, a Corte Constitucional ocupou o espaço político relativo à implementação dos direitos constitucionais, também como parte da sua estratégia de agente institucional para se posicionar dentro de um campo jurídico altamente conservador, onde era necessário quebrar a lógica tradicional para criar a necessidade de estruturar as relações objetivas do campo. No trabalho de reformulação e adaptação da lógica jurídica, o tema relativo a direitos dos povos indígenas foi especialmente fecundo, como será apresentado e discutido no capítulo que analisa a produção jurisprudencial sobre a matéria na Colômbia.

4. Lutas de hierarquia. O prestígio da tradição e a força de inovação.

Apesar de a SCC ter uma hierarquia formal, seu exercício real está sujeito a lutas permanentes entre os agentes do campo, que são estimuladas por regras formais do próprio jogo, as quais consistem em garantir a autonomia dos juízes na suas decisões, e em combinar mecanismos de controle de constitucionalidade *concentrado* e *difuso*. A situação real de luta pela hierarquia das SCC, obriga-as a procurar mecanismos formais como as súmulas, para ajustar a disciplina do corpo e conseguir o efeito de *homologação* de conceitos que lhe correspondem como Corte Suprema que este tipo de instrumentos (sumulas e sentenças de unificação) garantam a disciplina e coerência do campo.

A interferência direta do campo de poder no campo jurídico é observável nas regras de composição das SCC, as quais pretendem, através de rituais, investir as nomeações de Ministros de garantias necessárias para o exercício autônomo de seus cargos, mas na prática não são mais que sutis formas de definir vínculos permanentes de poder que são verdadeiras portas de interferência no campo jurídico.

As regras sobre inabilidades e incompatibilidades, são um indicador do tipo de perfil que é desejável aos membros que conformam o tribunal e em última instância de sua natureza política ou técnica. Uma das grandes diferenças institucionais entre o STF e a CC, é precisamente o regime de inabilidades e incompatibilidades dos magistrados, os quais devem guardar independência, especialmente diante do poder executivo. Na CC não é permitido, nem antes nem imediatamente depois, exercer um cargo no Poder

Executivo, procurando perfis muito técnicos para seus membros, o que não impede que os magistrados constitucionais tenham aspirações eleitorais³².

O fato de que a SCC seja um tribunal exclusivamente constitucional, ou não, é determinante sobre a sua tendência interpretativa, devido ao fato de que as matérias infra-constitucionais terminam cooptando a maior parte de atenção do Tribunal e vinculando a sua lógica de funcionamento à lógica jurídica de minuciosas regras legislativas, o que no final termina refletido em uma interpretação constitucional restritiva e muito conservadora. Adicionalmente, o fato de uma SCC ter várias competências além da constitucional, faz com que esta última vire marginal, como é o caso do STF, no qual somente 3,47% dos assuntos são de natureza exclusivamente constitucional, em contraste com a CC da Colômbia, que é um tribunal especializado em assuntos constitucionais onde a interpretação não está sujeita a regras infra-constitucionais e sua atenção não está dispersa em outros ramos do direito.

Dentro dos procedimentos internos de cada SCC foi possível verificar que tanto no Brasil como na Colômbia existem espaços discricionários "*autorizados*" no regulamento interno de ambas as instituições, onde cada uma pode ajustar sua agenda de decisão, ou seja, a definição das matérias e os sujeitos objeto de discussão e decisão judicial, que são escolhidas sem regras nem procedimentos que lhes permite ajustar a oferta jurídica a seus interesses corporativos, ou a demanda social de sua afinidade. Nada de imparcial e objetivo tem a definição da pauta de decisão, mas que, uma vez escolhida, fica investida de intransigentes ritos e procedimentos que lhe pretendem dar a *neutralidade* necessária à legitimação da decisão final.

A definição da pauta de julgamento é um dos atos não regulados do procedimento de decisão judicial, no qual se expressam livremente as preferências políticas dos Ministros, na escolha que estes fazem segundo as "*necessidades*" da oferta jurídica que consideram importantes. Como este, existem vários espaços que são aparentes fugas da lógica jurídica e que de fato, são os locais onde ela se ajusta, porque

32 Carlos Gaviria Díaz, magistrado entre os anos de 1992 e 2001, foi eleito Senador da República em 2002 e candidato a presidência da república pelo partido Polo Democrático nas seleções presidenciais de 2006, concorrendo contra a campanha de reeleição do atual presidente da República Alvaro Uribe Velez. Gaviria teve a segunda maior votação no país e atualmente é Presidente do Polo Democrático, partido de centro esquerda que se consolida como a segunda força eleitoral do país depois de ter ganhado a prefeitura da Capital Bogotá em novembro de 2007. O ex magistrado José Gregório Hernandez foi candidato a Vicepresidente com Horacio Serpa, candidato do partido liberal nas seleções presidenciais do ano 2002 contra o atual Presidente da República. Nessa oportunidade Serpa e José Gregório Hernandez ficaram em segundo lugar. Aparentemente, tem sido da ex-Corte Constitucional que vem surgindo a oposição ao governo de Uribe, o que explica vários dos projetos de governo orientados a mudança constitucional para limitar o poder político da Corte.

é neles que os agentes adaptam as instituições históricas. Por último, como o afirma Agamben, são nas exceções onde o Direito melhor exerce sua função de manutenção da ordem social. (Agamben, 2007: 41). É no exercício autônomo de plena liberalidade dos juízes que a função judicial é debelada na sua natureza primeira.

O peso da história e da tradição da SCC como agente do campo jurídico é precisamente um dos pontos de análise que foram sugeridos pelo trabalho comparativo, já que é difícil identificar a importância destas sem um parâmetro de referência; se não fosse pela existência recente da CC e do que isto significa no campo jurídico colombiano, dificilmente teria reparado nos vínculos do STF com a tradição jurídica do século XIX e na importância da CC de se legitimar diante de um campo tradicionalista como o jurídico.

- Capítulo IV -

A jurisprudência *indigenista* do Supremo Tribunal Federal do Brasil.

“Agora a luta decisiva dos **ÍNDIO** na Constituinte”

Slogan da campanha “Povos Indígenas na Constituinte” lançada pela aliança entre a UNI e várias entidades de apoio aos povos indígenas para atuar no processo da Assembléia Nacional Constituinte em 1987.

Introdução.

O presente capítulo descreve e analisa a jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal (STF) com relação aos dispositivos constitucionais sobre povos indígenas incluídos na Constituição Federal (CF) de 1988. O capítulo está dividido em duas grandes partes, uma primeira que apresenta os dados quantitativos sobre a totalidade dos veredictos referentes a povos indígenas entre 1988 e 2007 neste Tribunal, e uma segunda parte que analisa detalhadamente alguns elementos desta jurisprudência, que merecem destaque para obter uma visão integral da oferta jurisprudencial que vem produzindo o STF com relação aos povos indígenas no contexto institucional da CF de 1988, o que temos chamado nesta dissertação de *direito falado* sobre os dispositivos constitucionais relativos a povos indígenas.

1. A produção e reprodução permanente das antigas brigas sobre povos indígenas. Uma aproximação quantitativa da jurisprudência *indigenista*³³ do STF.

Com o objetivo de ter uma idéia geral sobre o universo de veredictos relativos a povos indígenas no STF, a seguir é apresentada uma sistematização quantitativa da totalidade das decisões (68) emitidas pelo STF de dezembro de 1988 a dezembro de 2007 sobre o tema em questão.

A pesquisa e coleta de dados foi realizada através da página na internet do STF (www.stf.gov.br) na qual aparece publicado eletronicamente o Diário da Justiça, atualizado diariamente pela coordenação de jurisprudência deste Tribunal. Por meio

33 A jurisprudência do STF tem sido qualificada como *indigenista* por ter como objeto de debate judicial os povos indígenas, seus territórios e recursos e não os direitos sobre eles, o que é parte dos indicadores da persistência do paradigma assimilacionista e tutelar do Estado brasileiro na sua relação com os povos indígenas.

desta página é possível ter acesso eletrônico à totalidade das atas dos veredictos que inclui as votações, o informe do relator e as principais intervenções dos Ministros para justificar seus votos³⁴. O problema desta fonte de informação primária é que unicamente inclui o resultado final do veredicto, o que impede ter uma noção completa dos fatos e argumentos jurídicos que o antecederam, limitando a interpretação destes ao entendimento do relator, quem escolhe os fatos e argumentos que considera pertinentes de colocar no seu informe. Nessa ordem de idéias é importante ter claro que as análises apresentadas a seguir estão estritamente fundamentadas nas atas dos veredictos publicadas no Diário da Justiça e não nos expedientes completos de cada caso, limitando a fonte principal da pesquisa ao produto do que chamamos *direito falado* e não ao processo de produção do mesmo.

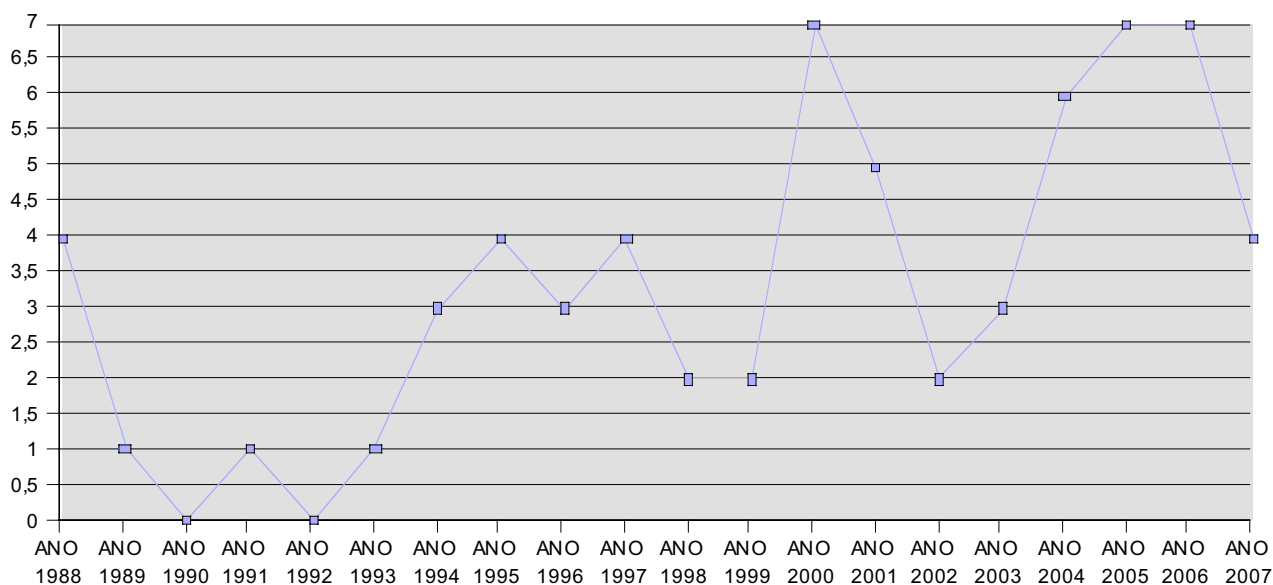
Antes de expor os resultados da pesquisa quantitativa, é importante advertir que as conclusões referem-se à jurisprudência constitucional do STF, e por isto não é possível, a partir destes dados, extrapolar conclusões sobre a Justiça Federal ou sobre o Poder Judiciário brasileiro em geral. Por estas razões, os objetivos da apresentação dos dados quantitativos é dar um panorama geral, que permita se ter uma idéia do universo de decisões sobre povos indígenas no qual estão inseridas as discussões que serão melhor analisadas na segunda parte deste capítulo.

Para a análise quantitativa, os dados foram organizados segundo os seguintes critérios: 1) a quantidade por ano de decisões referentes a povos indígenas, 2) os temas objeto das decisões selecionadas, 3) os sujeitos ativos e passivos dos casos identificados, 4) as etnias envolvidas, e 5) as unidades da Federação que aparecem nos litígios. A seguir são apresentados os gráficos que sistematizam os dados compilados.

34 A busca eletrônica de veredictos orientou-se pelas seguintes palavras e conceitos: silvícola, índio, índios, aculturados, indígena, indígenas, direitos indígenas, artigo 231 da CF e laudo antropológico. Da totalidade das decisões obtidas com estas palavras, foi realizada uma seleção posterior com as emendas (resumos) de cada decisão, levando em consideração o critério de identificar disputas relativas à interpretação dos dispositivos constitucionais sobre povos indígenas.

Figura No. 5.

Jurisprudencia Indigenista do STF 1988-2007



No gráfico acima é possível observar que durante o período de tempo pesquisado, há aparentemente uma tendência de aumento dos casos sobre povos indígenas no STF. Tendência esta que é contrária à vontade dos próprios Ministros, os quais manifestam explicitamente preferir uma competência mínima sobre o tema indígena³⁵. A insistência do aumento no número de casos pode ser interpretada como um indicador da existência de uma demanda permanente sobre o tema, que como veremos mais para a frente é liderado pelo Ministério Público, principal agente litigante em favor dos direitos indígenas no campo jurídico brasileiro.

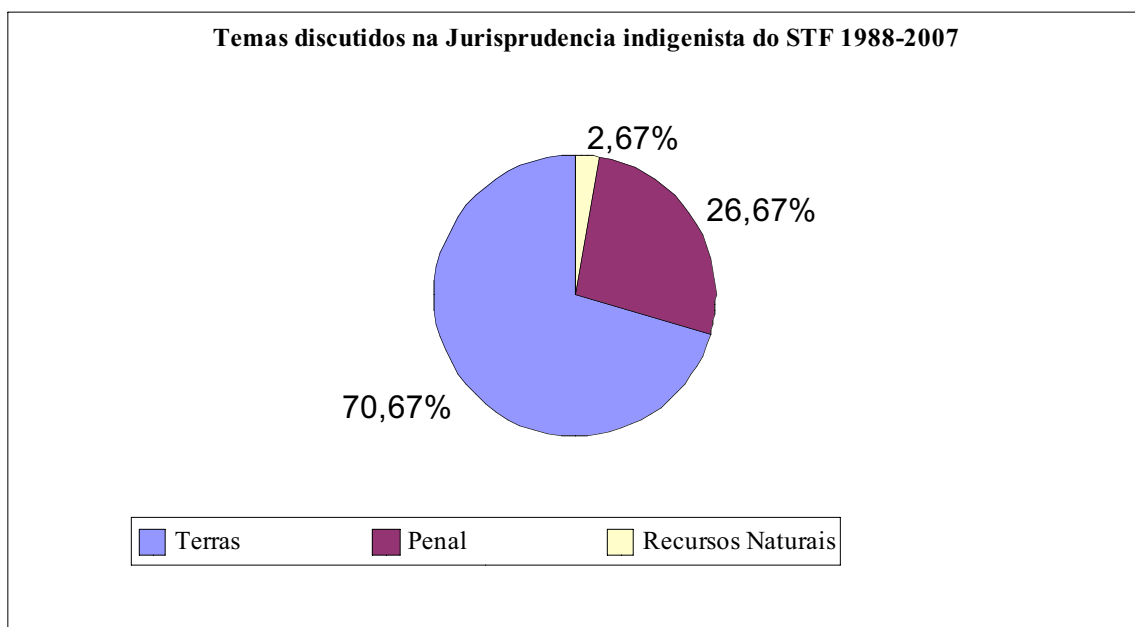
O gráfico acima apresentado também mostra como, logo depois da Constituição de 1988, decaíram um pouco as decisões sobre o tema, e só a partir do ano 1994 começaram a aumentar de novo, especialmente a partir de 2002, quando se evidencia um aumento gradual da jurisprudência indigenista que coincide com um aumento generalizado da produção jurisprudencial do Tribunal.

Dentre os temas mais abordados pelo STF merece destaque o relativo a demarcação de terras indígenas, presente em 70% das decisões. A questão é geralmente deslocada ao Supremo Tribunal Federal com base em: 1) alegação de inconstitucionalidade dos atos administrativos decorrentes da demarcação e homologação de terras indígenas; 2) por causa de conflitos entre um Estado da

35 Na segunda parte deste capítulo será apresentada uma análise completa sobre a discussão de competência da Justiça Federal e do STF com referência ao tema indígena, na qual fica clara a tendência deste Tribunal de limitar a mencionada competência para os casos de direitos coletivos como terra, recursos naturais e cultura exclusivamente.

Federação e a União; 3) por demandas de inconstitucionalidade direta das normas regulamentadoras do procedimento administrativo de demarcação e 4) pela alegação da expiração do prazo constitucional de 5 anos para a demarcação das terras indígenas faltantes após 1988.

Figura No. 6.



Depois dos casos relativos a terras, vem os referentes a assuntos penais, com cerca de 27%, e o resto dos temas ocupa menos de 3% da pauta do tribunal, o que significa dizer que este trata basicamente de dois temas dentro do campo dos direitos indígenas.

Nas decisões relativas a direito penal é interessante notar a classificação dos casos adotada pelos magistrados: delitos cometidos entre índios ou entre índios e não índios. Em todos os casos é dada especial atenção ao local onde ocorreu o delito, vale dizer, si é dentro ou fora da terra indígena. Assim, as categorias jurídicas para a análise dos casos penais indicam como os juizes, em representação do Estado, concebem os índios como um grupo genérico, radicalmente diferenciado dos não indígenas e claramente territorializado. Todos estes elementos são interessantes de ser explorados em uma pesquisa específica sobre tratamento penal dos indivíduos indígenas pelo Estado brasileiro.

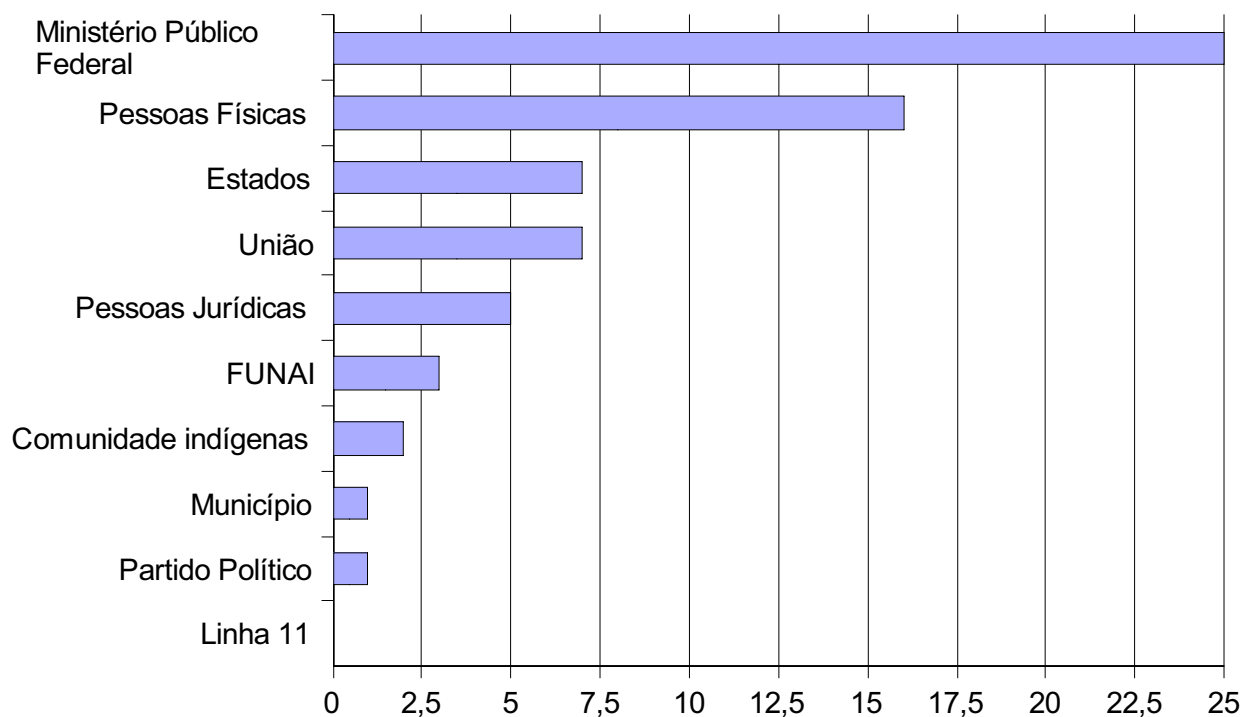
Sem que seja o objeto desta dissertação, vale a pena chamar a atenção para advertir que existe abundante material para uma pesquisa orientada a aprofundar o tratamento judicial que se faz dos assuntos penais na jurisprudência indigenista do Poder Judiciário brasileiro, para identificar e observar em funcionamento as categorias

que expressam a relação do Estado com os povos indígenas através do exercício punitivo do aparelho estatal.

Voltando ao gráfico geral é surpreendente a baixa porcentagem dos casos relativos à exploração de recursos naturais em terras indígenas, devido à alta importância do tema na CF de 1988, razão pela qual se esperava que a presença deste fosse maior na jurisprudência, mas sua participação é totalmente minoritária. Não obstante, sobre este ponto se deve lembrar que até hoje (2008) não existe regulamentação infra constitucional sobre o tema. É provável que uma vez que o Congresso consiga expedir as respectivas leis, surjam discussões sobre a sua constitucionalidade das mesmas. Nesse momento, o STF deverá exercer sua função de intérprete supremo da Carta Constitucional para definir a interpretação “legítima” dos dispositivos referentes à forma e condições da exploração de recursos naturais por terceiros nas terras indígenas.

Figura No. 7.

Sujeitos Ativos STF 1988-2007



Com relação às pessoas que interpelam os juízes, denominadas no léxico jurídico de: *sujeitos ativos*, por serem os que literalmente ativam o aparelho judicial, ganha destaque o Ministério Público, presente em aproximadamente 30% dos casos.

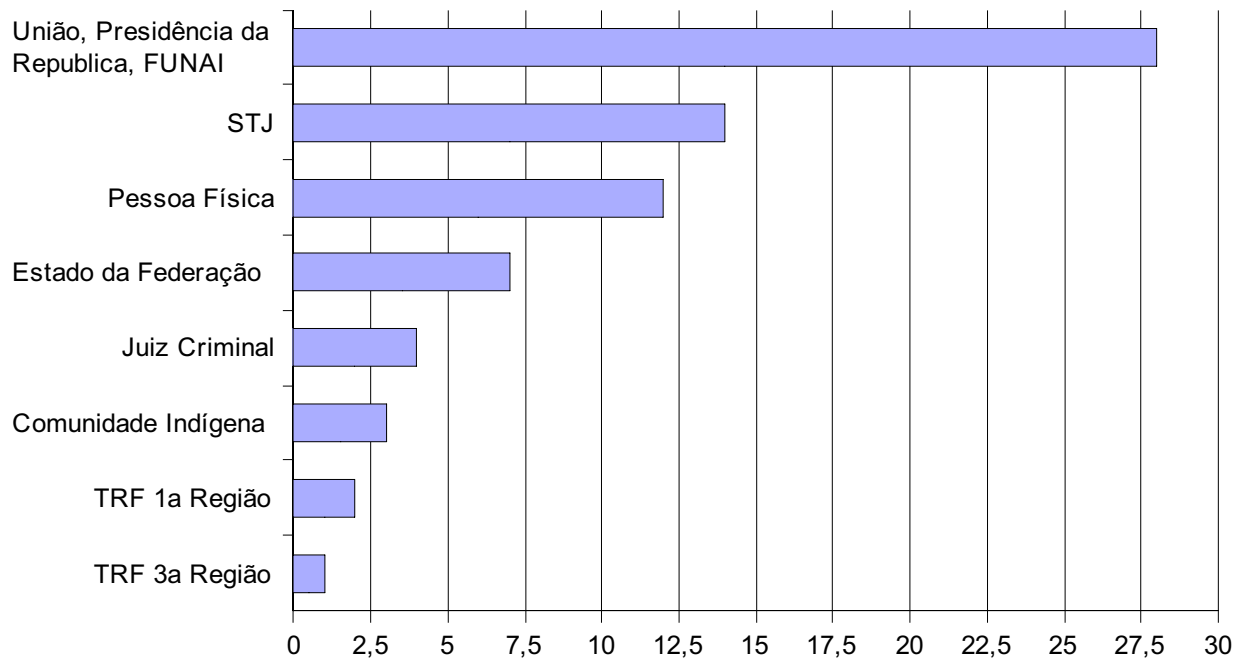
Em segundo lugar se encontram as pessoas físicas, que em sua maioria são proprietários de terra que ingressam na justiça para questionar o processo administrativo de demarcação de terras indígenas, ou o valor da indenização pelas melhoras reconhecidas aos posseiros de boa fé. Em terceiro lugar estão os Estado da Federação, que freqüentemente questionam os critérios de definição de terras devolutas, uma vez que as terras demarcadas como indígenas em muitos casos estão ocupadas por particulares com títulos de transferência de propriedade outorgados diretamente pelos Estados, os quais consideram parte das terras indígenas como devolutas.

No que diz respeito aos sujeitos ativos dos casos sistematizados, chama a atenção o fato de as comunidades indígenas não aparecerem como litigantes, ainda mais se levarmos em consideração que uma das mudanças incluídas na CF de 1988 foi, precisamente permitir que os índios, suas comunidades e organizações pudessem entrar como direta e parte legítima na defesa judicial de seus direitos e interesses (art.232). A baixa participação dos índios no pólo ativo das ações é a principal razão para se considerar a temática indígena no STF como uma temática *indigenista*, sem uma participação direta dos povos indígenas e si com uma produção judicial sobre os povos indígenas e seus territórios.

Já dentre os *sujeitos passivos*, ou seja, aqueles contra os quais se ativa o Poder Judiciário, a diversidade é menor. Em primeiro lugar aparece o conjunto de entidades do Poder Executivo responsáveis pela política de demarcação de terras indígenas, o que era fácil de imaginar pela importância do tema no conjunto da jurisprudência. Chama a atenção o fato de que o Poder Judiciário ocupa o segundo lugar entre os sujeitos passivos, o que indica a existência de uma alta instabilidade nas decisões judiciais de primeira e segunda instância sobre o tema dos direitos indígenas. Por último, vale a pena frisar o fato de que as comunidades indígenas não aparecem como um sujeito passivo importante, pois as disputas estão concentradas contra as entidades encarregadas da política indigenista, o que indica a existência de um questionamento social e político da mesma por parte de significativos setores não indígenas da sociedade brasileira.

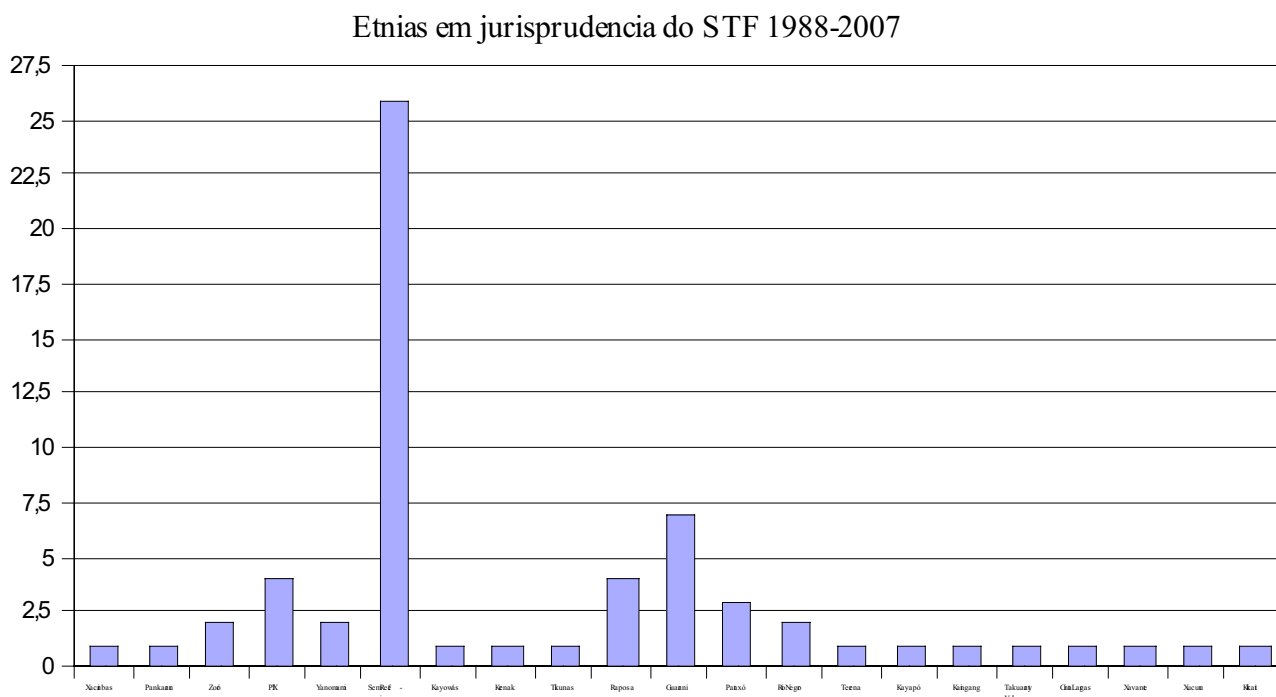
Figura No. 8.

Sujeito Passivo STF 1988-2007



Uma constatação surpreendente foi o fato de que em boa parte dos casos sistematizados não aparece referência à etnia objeto de decisão, pelo menos no Diário da Justiça, que foi a fonte da pesquisa. Na maioria dos casos, o que aparece é a referência aos índios de forma genérica, sem especificar nem o povo, nem a etnia, ou a comunidade a que se refere.

Figura No. 9.



2. Olhando de perto. Terras e assuntos penais na jurisprudência *indigenista* do STF.

No processo de compilação e sistematização da jurisprudência sobre povos indígenas, três elementos mereceram destaque na apresentação dos dados pesquisados. O primeiro deles foi a comprovação da centralidade do tema relativo a terras indígenas na jurisprudência constitucional. O segundo, a importância da discussão interna que suscitam os assuntos penais referentes a povos indígenas com relação à abrangência do conteúdo dos chamados direitos indígenas que aparecem nos dispositivos constitucionais. E o terceiro foi a pequena produção jurisprudencial sobre a exploração de recursos naturais em terras indígenas. Comum aos três elementos mencionados na leitura da jurisprudência foi a identificação da teimosa continuidade das categorias referentes ao paradigma assimilacionista aplicados à lógica jurisprudencial para a colocação e resolução de casos relativos a indivíduos ou povos indígenas.

A seguir serão discutidos em detalhe cada dos elementos mencionados, começando pelos veredictos relativos à demarcação e homologação de terras indígenas a qual é analisada através da observação detalhada da operação do instrumento processual do recurso de Suspensão de Liminar, que a partir do ano 2000 começou a ser utilizado pelo Ministério Público e pela FUNAI para combater a paralisação de processos de demarcação de terras no Poder Judiciário por causa de decisões

antecipadas de juízes e Tribunais federais em primeira e segunda instância, o que tem um forte impacto na implementação da política de demarcação de terras.

“Os efeitos das concessões de liminares no âmbito judicial têm impacto desproporcional no procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas e, conseqüentemente, nas condições de vida a que se submetem os povos indígenas, se comparadas aos efeitos gerados para o particular interessado na ocupação da terra. Parece-nos evidente o desbalanceamento e desproporcionalidade de tais decisões liminares, que protegem a propriedade privada, o direito individual e a dita produtividade das propriedades com muito mais afinco que o interesse público, e a despeito de vidas humanas”. (Estudo da Procuradoria da FUNAI, YAMADA, 2006: 57)

A escolha metodológica deste elemento sobre a jurisprudência relativa a terras indígenas foi orientada pela natureza excepcional do recurso de suspensão de liminar, sendo este o tipo de espaço privilegiado onde é possível observar o *poder soberano de juiz* em plena ação. Ao ser a Suspensão de Liminar uma discussão principalmente política, esta favorece a transparência das percepções dos Ministros sobre o tema relativo ao direito dos povos indígenas à terra e os demais direitos que a ele são contrapostos como a propriedade privada.

2.1. A Suspensão de Liminar e o *poder soberano do juiz*. Sobre o processo de demarcação e homologação de terras indígenas.

Sendo o tema da demarcação de terras indígenas o principal, ou pelo menos o mais numeroso dentro da jurisprudência *indigenista* do STF, vale a pena aprofundar-se nele através do acompanhamento de alguns casos relativos à discussão sobre a constitucionalidade dos atos administrativos expedidos pelo executivo em decorrência do processo de demarcação e homologação de terras indígenas³⁶. Para esta análise foram escolhidas as decisões referentes à *Suspensão de Liminar (SL)*, relativas a decisões judiciais de primeira e segunda instância sobre procedimentos e atos administrativos decorrentes de processos de identificação e demarcação de terras indígenas.

No que interessa para nossa análise, é pertinente compreender que a Suspensão de Liminar (SL) consiste numa revisão de caráter *excepcional*, que um juiz de maior hierarquia faz sobre um veredicto judicial que decidiu, temporariamente, suspender a

36 Para ver as fases do processo administrativo de demarcação e homologação de terras indígenas no Brasil remittir-se ao anexo No 2. Para uma introdução da análise antropológica sobre o processo de demarcação de terras indígenas no Brasil ver OLIVERA João Pacheco (Organizador) 1999. *A Viagem da volta: etnicidade, política e reelaboração cultural no nordeste indígena*. Rio de Janeiro: Contra Capa. P p: 13-42.

força executiva de um ato administrativo, que em princípio se pressupõe legítimo³⁷, antes do término do processo judicial. Em outras palavras, a SL tem o poder de devolver ao ato administrativo sua força de execução pela existência *objetiva* de uma *crises* produto da intervenção judicial que deve ser retirada imediatamente, sem esperar a execução de todas as fases ordinárias ou normais de um processo judicial. Por isto a SL outorga poderes *excepcionais* ao juiz, permitindo-lhe atuar rapidamente diante da *crise*.

Segundo a lei que regulamenta a matéria, a Suspensão de Liminar é decidida pelos Presidentes dos Tribunais, a pedido exclusivo ou do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, sempre que se comprove a existência de: “*interesse público, ou flagrante ilegitimidade,*” com o objetivo explícito de “*evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e às economias públicas*” segundo o Artigo 4º da Lei 8437 de 1992. Ao respeito a doutrina define a Suspensão de Liminar como uma “*(...) providência drástica e excepcional, que só se justifica quando a decisão possa afetar de tal modo a ordem pública, a economia, a saúde ou qualquer outro interesse da coletividade, que justifique sua suspensão até o julgamento final do mandado*” (grifos meus)³⁸.

A SL se fundamenta na existência *inevitável e imprevisível* de uma *crise*, que, por sua própria natureza, não pode ser regulamentada, e portanto requerer instrumentos *excepcionais* para ser atendida de maneira ágil, onde os juízes não estejam sujeitos ao protocolo dos ritos e dos procedimentos ordinários. Em resumo, a SL não é outra coisa que um tipo de autorização para a criação do direito desde fora do direito, sempre e quando se argumente e justifique a existência inquestionável de uma *crise* que justifique tratamento excepcional do campo jurídico. “*O juiz elabora um direito positivo de crise, assim como, em tempos normais, preenche as lacunas do direito*” (Agamben, 2004:48). As decisões de Suspensão de Liminar são o tipo de exceção que se fundamenta na existência de uma suposta *necessidade objetiva* que é retoricamente construída na decisão judicial. “*A teoria da necessidade não é aqui outra coisa que uma teoria da exceção em virtude da qual um caso particular escapa à obrigação da observância da lei, a necessidade subtrai um caso particular aplicação da norma*” (Agamben, 2004: 41)

37“ainda que eivados de vícios prejudiciais à sua validade, até a decretação judicial ou administrativa de sua invalidade, os atos administrativos produzirão efeitos como se válidos fossem”.(Zanella, 2004:101)

38LOPES Mairrelles, Hely. Mandato de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandato de Injunção de Habeas Data. 14A edição, 1992, Malheiros P. 61-62. Citado em SL 38. Ministro Relator Ellen Gracie. D.J. 17.09.2004

Os dados sistematizados revelam como as subjetividades dos juízes são explícitas neste tipo de veredictos, nos quais estes têm a oportunidade de fundamentar sua decisão nas razões políticas que considera legítimas e que revelam a própria natureza arbitrária do Direito, na sua versão primitiva de *Direito falado*.

Entre os múltiplos processos relativos à demarcação de terra indígena no STF, foram escolhidos só alguns casos relativos a discussões de SL onde os respectivos Presidentes do STF manifestaram-se descontraidamente sobre o que eles opinam com relação à demarcação de terras indígenas.

Entre as decisões analisadas, foi possível verificar a existência de uma tendência do STF a ser mais favorável a manter a suspensão dos efeitos administrativos dos atos de demarcação de terras indígenas do que a respaldar a presunção de legalidade que se predica dos atos administrativos como regra geral do direito público. O STF, na pessoa de seu Presidente, tem mantido liminares que deixam sem força executiva o próprio ato administrativo de homologação presidencial, o qual é expressão do nível de insegurança jurídica gerada pelo direito falado pelo STF sobre a matéria.

Adiante é apresentada uma pequena linha jurisprudencial sobre o deferimento ou indeferimento de solicitações de suspensão de liminares que paralisaram processos administrativos de demarcação de terras, sendo o ônus da prova e a presunção de legitimidade dos atos administrativos invertida pela força da *exceção*. O deferimento de uma SL pelo STF, nesses casos, significa um posicionamento favorável à continuidade do processo administrativo de demarcação de terras.

Linha de jurisprudência a suspensão de atos administrativos relativos ao processo de demarcação de terras indígenas.

Solicitação de Suspensão Liminar de decisões judiciais sobre a executoriedade de atos administrativos em decorrência de processos de identificação e demarcação de terras indígenas.

Indeferido

△

AG. REG. Suspensão Liminar SL 38-1.
Roraima Min. Rel. Ellen Gracie.
D.J. 17.09.2004.
MPF VS. Juiz Federal da 1a Vara de Roraima.

△

Suspensão liminar SL 77.
Ministro Presidente: Nelson Jobim.
D.J. 04.08.2005.
MPF e União VS. TRF da 3a Região

△

Suspensão Liminar SL 94.
Ministros Presidente: Nelson Jobim.
DJ. 19.12.2005.
FUNAI VS. Presidente do TRF da 3a Região.

Deferido

△

Suspensão de segurança SS 1881.
Ministro Presidente: Carlos Velloso.
D.J. 27.03.2001
União VS. STJ.

Das quatro (4) decisões de SL que chegaram à Presidência do STF no lapso de tempo pesquisado , três (3) solicitudes de suspensão foram indeferidas, o que pode ser interpretado como uma sinal de apoio político do Presidente do STF aos juizes inferiores contra os quais são colocadas as SL, mas também pode ser interpretado como a expressão política do posicionamento dos ministros Presidentes do STF com relação ao processo de demarcação de terras indígenas. Sem duvida uma parte relativa ao sentimento corporativo deve pesar na decisão do Presidente, mas não deve ser depreciada a possibilidade de explorar as SL como espaços nos quais manifesta-se os posicionamentos políticos dos ministros com relação aos direitos dos povos indígenas e sua interpretação no campo jurídico brasileiro.

É claro que a SL é fonte de comprometedoras construções judiciais que merecem ser analisadas em profundidade. Com o objetivo de observar o funcionamento deste tipo de instrumento processual no debate judicial sobre terras indígenas, vale a pena resenhar na íntegra um dos casos apresentados na linha de jurisprudência. Para tal efeito foi escolhido o caso sobre a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, objeto da Suspensão de Liminar No 381, requerida pelo Ministério Público Federal (MPF) 39.

A origem da liminar é uma ação popular contra a União, proposta por pessoa física requerendo a suspensão dos efeitos da portaria do Ministério da Justiça que declarou de posse permanente dos índios a terra indígena Raposa Serra do Sol. Em março de 2004 a liminar foi deferida em primeira instância, nesse momento o MPF e a Comunidade Indígena Maturuca solicitaram ante o Tribunal Regional Federal (TRF) a Suspensão desta decisão, solicitação que foi deferida somente em parte, mantendo o pronunciamento do juiz de primeira instancia com relação a necessidade de excluir da terra indígena: “*os municípios, as vilas e as respectivas zonas de expansão; as rodovias estaduais e federais e faixa de domínio, os móveis com propriedade ou posse anterior ao ano de 1934, e as plantações de arroz irrigadas no extremo sul da área indígena identificada*”. Diante destas decisões da primeira e segunda instancia, a Presidente do STF no momento, Ministra Ellen Gracie pronuncia-se apoiando as suspensões dos atos administrativos de demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, colocando os argumentos citados embaixo:

“Fixada a competência deste Tribunal, examino os demais requisitos do pedido de Suspensão, quais sejam, grave lesão à ordem, à segurança e à economia públicas. É necessário verificar as conseqüências da manutenção da liminar. Ressalto que a causa além da ofensa ao direito de ir e vir, trata de outras questões relevantes. A demarcação pretendida, via Portaria 820 de 1998, alcança região de divisa do Brasil com Venezuela e com a República Cooperativa da Guiana (fls.128 e 231). Conforme resultou a Desembargadora Selene, é de interesse nacional a área a ser demarcada pela Portaria. Colho da decisão: “por estar a pretendida área Raposa Serra do Sol em região de fronteira sujeita a atividades como garimpo ilegal, contrabando, narcotráfico e biopirataria, é fundamental que as Forças Armadas e a Polícia Federal tenham ampla liberdade de atuação na região”(fls 59 e 162) .

39 Referencia: STF – Ag. Reg. na Suspensão liminar 38-1/RR, Min. Relatora Ellen Gracie - DJU de 17.09.2004 EMENTA: Suspensão de liminar requerida pelo Ministério Público Federal. Terra indígena Raposa Serra do Sol, Portaria 820/98, do Ministério da Justiça. Ação Popular. Limitares concedidas em ambas as instâncias da Justiça Federal. Ausência de demonstração inequívoca de grave lesão à ordem, à saúde, à economia. Pedido de Suspensão indeferido. (STF – Ag. Reg. Na Suspensão liminar 38-1/RR - Min. Relatora Ellen Gracie , DJU de 17.09.2004)

Dois meses depois desse veredicto, em maio de 2004, o MPF formulou ao STF pedido de Suspensão da execução da liminar das duas instâncias argumentando o seguinte:

“O interesse público que a questão acarreta é inegável. Trata-se de assegurar o formato de nação brasileira tal como configurado pela CF – única, não obstante plural. As violações à ordem jurídica são múltiplas e significativas: subvertem-se as escalas de valores que a informam, retira-se a um povo o direito a uma existência singular, sinaliza-se para a sociedade envolvente com a possibilidade de desrespeito à diferença, constitucionalmente tão amparada”.

No referente ao argumento da vulnerabilidade da fronteira ao ser demarcada a Terra Indígena na Região, o MPF contra argumenta que:

“de acordo com a concepção do Projeto Calha Norte, a defesa das fronteiras deve ser realizada por meio da ocupação humana, e que por isso ter a presença indígena desta região como ameaça traduz-se na recusa da condição humana deste grupo ou no reconhecimento de sua incapacidade.”

Segundo a Ministra, sua decisão levou em consideração os argumentos de ambas as partes e o fato de existir uma Comissão Temporária Externa no Senado Federal para discutir o tema, o que segundo ela, prova que a Portaria em questão está *“ainda pendente não só de confirmação judicial como também política”*. O anterior não tem nada a ver com as condições e requisitos de legalidade e constitucionalidade do ato administrativo que deve avaliar o juiz.

Finalmente, a Presidente do STF justifica sua decisão com a sínteses de argumentos citados a continuação:

“Ao contrário do afirmado pelo agravante, as liminares proferidas em primeira e segunda instância da Justiça Federal, por quanto tomadas com o propósito de evitar uma mudança radical e de difícil restabelecimento no atual estado de fato da região envolvida, num momento em que o ato administrativo passa por um legítimo controle jurisdicional de legalidade, podendo estar presentes outros interesses igualmente resguardáveis pela ordem constitucional brasileira. Paralelamente a esta circunstância, a probabilidade, cada vez maior, de existência de interesses outros a serem revelados na demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, tem trazido serias dificuldade à homologação presidencial da referida portaria, expedida pelo Ministério da Justiça há quase cinco anos passados. Mesmo que plenamente compreensíveis as razões políticas deste impasse, não há como negar os abomináveis efeitos desta indefinição na região envolvida, a provocar grave insegurança jurídica em todas as populações atingidas indígenas ou não, e nas pessoas de direito publico, notadamente no Estado de Roraima e em seus municípios. ”.

Na exposição de motivos do relatório citado ganham destaque os argumentos, contrários à demarcação de terras indígenas, que alegam a vulnerabilidade das fronteiras e o atraso econômico que estas significam tanto para as regiões em que estão, como para o país em geral. São os mesmos argumentos usados pelo assim chamado *polo assimilacionista* na Assembléia Nacional Constituinte em 1987 (ver capítulo II).

Para ilustrar que o caso resenhado não é isolado, trazemos a argumentação do Ministro Nelson Jobim sobre o veredicto que define a manutenção da liminar contra ato administrativo de demarcação de terra Guarani (SL 77) transcrita abaixo:

“ a manutenção dos índios na área litigiosa implicaria., do ponto de vista das demais garantias constitucionais, o sacrifício precipitadamente injustificável dos direitos dos proprietários, os quais são possuidores de boa fé e vinham dando destinação constitucional aos imóveis(...) O deferimento do pedido do REQUERENTE é que fomentará o conflito, na área rural, entre os índios e os AUTORES-PROPRIETÁRIOS. Isso foi percebido no julgamento dos agravos de instrumentos perante o TRF da 3a Região. Extraio da ementa: “(...)obrigar fazendeiros e índios a conviverem longamente sujeita-os a toda sorte de desavenças. Inclusive, com a possibilidade de novas conflagrações. Não é crível pretender o respeito e a coexistência pacífica para além da situação emergencial que então vigorava. Ressalta-se que constou no acórdão determinação expressa no sentido de que as negociações para desocupação total deviam prosseguir. O conflito só pode ser verdadeiramente evitado e duradouramente pacificado por meio de respeito aos procedimentos legais e às garantias constitucionais” (...) (...) se torna real e concreta a possibilidade de invasão da propriedade rural em questão, com a destruição dos bens ali existentes, causando danos e prejuízos irreparáveis à requerente.”

Adicionalmente, o argumento da segurança na fronteira é reiterado pelo mesmo Ministro Jobim sobre a decisão de Suspensão de Liminar 94, relativa à terra indígena dos Guarani – Kaiowá, na qual, para manter a liminar do ato administrativo, argumentou que:

“Frise-se a existência de inúmeros boletins de ocorrência dando conta da conduta temerária por parte dos indígenas. E mais, a situação de extrema apreensão das autoridades locais (...) ante a gravidade das ocorrências, as quais demonstram, inclusive, a existência de índios de nacionalidade paraguaia que furtam, agridem, ameaçam e cometem crimes, cuja imigração é facilitada por situar a área em litígio em zona de fronteira, o que vem agravar ainda mais a situação” (grifos meus) SL 94 Ministro Presidente Nelson Jobim. D.J.19-12-2005.

As SL são o tipo de veredicto onde se expressa o que temos chamado nesta dissertação do poder soberano do juiz, porque nestas se evidencia que “*a decisão soberana demonstra não ter necessidade do direito para criar o direito*” (Agamben,

2002: 26). As motivações dos ministros são tão coerentes entre si que evidenciam que a teoria da necessidade não implica ausência de regularidades, é só uma retórica para iludir a regra e facilitar ao Direito cumprir a sua função de manutenção da ordem.

A aceitação da existência de uma crise depende da subjetividade do intérprete. “*Não só a necessidade se reduz, em última instância, a uma decisão, como também aquilo sobre o que ela decide é, na verdade, algo indecível de fato e de direito*” (Agambem, 2004:47). Mas o fato de aceitar a subjetividade da identificação da necessidade implica para o Direito a negação da possibilidade da discricionariedade que lhe é necessária para se ajustar. A existência *objetiva de uma crise* permite ao juiz agir politicamente sem ter que fugir da sua ideologia de *neutralidade*, na qual fundamenta a legitimidade de seu veredicto.

“Mas a própria máxima, contra a qual fracassa, em última instância, toda a teoria do estado de necessidade, que os autores continuam, mais ou menos inconscientemente, a pensar como uma situação objetiva. Essa ingênua concepção, que pressupõe uma pura factualidade que ela mesma criticou, expõe-se imediatamente às críticas dos juristas que mostram como a necessidade, longe de apresentar-se como um dado objetivo, implica claramente um juízo subjetivo e que necessárias e excepcionais são, é evidente, apenas aquelas circunstâncias que são declaradas como tais.” (Agambem, 2004:46).

A lógica da exceção requer a presença de fatos que não são possíveis de controlar em condições *normais*, com *regras e procedimentos ordinários*. Por isto a violência desorientada é a mais evidente fonte de justificação de uma Suspensão de Liminar, o que explica a reiterada citação de boletins de ocorrência criminal nas áreas indígenas objeto de disputa, utilizada na fundamentação dos Presidentes do STF para decidir manter as decisões de liminares de instâncias inferiores.

O argumento da violência dos índios como grupos com a capacidade de desestabilização da ordem social em uma região é utilizado tanto pelos defensores do processo administrativo de demarcação de terra (o Ministério Público principalmente) como pelos litigantes que questionam a legitimidade destes. Segundo o Advogado da União, a suspensão dos atos administrativos que declaram a posse indígena da área de terras intitulada “Baú” dos índios Kayapó, pode gerar conflitos *incontroláveis*, como se tratasse de um tipo de ameaça ao juiz que, supostamente, tem o poder para evitar a alteração da ordem:

“ameaça de grave lesão à ordem e à seguranças publicas, dado que as decisões impugnadas implicam a exclusão de 446.000 hectares do limite oeste da terra indígena Baú, e os índios Kayapó, com “pouco grau de interação com os nacionais” e forte vinculação a essas terras,

justificadamente, resistirão à expulsão dessa parte de seu território, tendo a imprensa noticiado a “iminência de conflitos entre índios e não – índios”.(SS 1881 de 27.03.2001)

As coincidências de argumentos na fundamentação da negação de SL e aqueles do chamado *pólo assimilacionista* na Assembléia Constituinte, 20 anos atrás, não tem porque gerar nenhum tipo de surpresa. Pelo contrário, essa orientação nas decisões judiciais só confirma a identidade de visão de mundo que compartilham aqueles que fazem parte do campo jurídico e os detentores do poder temporal político ou econômico em cada momento histórico, como bem observa Bourdieu.

“É certo que a prática dos agentes encarregados de produzir o direito ou de o aplicar deve muito às afinidades que unem os detentores por excelência da forma do poder simbólico aos detentores do poder temporal, político ou econômico, e isto não obstante os conflitos de competência que os podem opor. A proximidade dos interesses e, sobre todo, a afinidade dos *habitus*, ligada a formações familiares e escolares semelhantes, favorecem o parentesco das visões de mundo. Segue-se daqui que as escolhas que o corpo deve fazer, em cada momento, entre interesses, valores e visões de mundo diferentes ou antagonistas têm poucas probabilidades de desfavorecer os dominantes, de tal modo o *etos* dos agentes jurídicos que está na sua origem e a lógica imanente dos textos jurídicos que são invocados tanto para os justificar como para os inspirar estão adequados aos interesses, aos valores e á visão do mundo dos dominantes.” (Bourdieu, 2007:239)

É possível concluir que, aparentemente, o STF ainda vê nos povos indígenas uma ameaça a ordem social estabelecida e a integridade do Estado brasileiro, o que como representantes da elite política, econômica da sociedade brasileira, os leva a ser em principio contrários ao reconhecimento pleno de direitos diferenciados a populações, que como os povos indígenas, podem auto reivindicar direitos territoriais como nações e fracionar o Estado brasileiro. Se não é assim, então como explicar os argumentos relativos aos perigos da presença de terras indígenas em fronteira por assuntos de *soberania nacional*. Aparentemente, as idéias de controle sobre os povos indígenas e suas terras que faziam parte inerente ao paradigma assimilacionista, continuam presentes na jurisprudência atual do STF no que se refere a interpretação do principal direito reconhecido a estes povos que é o direito a terra.

Um dos elementos mais interessantes para ser aprofundados que esta pesquisa exploratória levanto é o referente a continuação da aplicação judicial das categorias assimilacionistas no Poder Judiciário. Foi especialmente surpreendente durante a pesquisa verificar a reiterada utilização de conceitos assimilacionistas nas decisões do STF, já que estes tem o poder político de atualizar os argumentos assimilacionistas que

se imaginavam superados no 88, significando pela via do *direito falado* (mediante seu trabalho de *codificação* do que é e do que não é direito no Brasil), um retrocesso no reconhecimento e exercício de direitos diferenciados para os povos indígenas, especificamente no referente a seus territórios e recursos naturais.

2.2. Assuntos penais. Um debate inacabado sobre a abrangência do conteúdo dos chamados direitos indígenas.

O segundo elemento que merece destaque no relativo à jurisprudência *indigenista* do STF é o debate interno sobre a abrangência dos direitos indígenas, para decidir se estes incluem ou não direitos individuais dos membros desses povos. O mencionado debate é muito freqüente na análise de casos penais que envolvem indivíduos indígenas, onde o STF ainda não tem uma posição consolidada sobre o tema, diferentemente do STJ, que expediu uma súmula (Nº. 140) na qual afirma categoricamente que os assuntos penais que envolvem membros dos povos indígenas não fazem parte dos direitos indígenas, pois estes últimos são exclusivamente coletivos.

O parecer das Supremas Cortes sobre o conteúdo e alcance dos direitos indígenas é fundamental para orientar a atuação do campo jurídico com relação ao tema, já que são precisamente estes tribunais os encarregados de exercer a *homologação* do conteúdo de conceitos operativos, como o de os direitos diferenciados que inclui os chamados *direitos indígenas* para efeitos de decidir a competência da Justiça Estadual ou Federal em casos de envolvimento penal de indivíduos indígenas.

Neste caso, mesmo que a tendência do STF seja seguir o entendimento do STJ sobre a matéria, o Tribunal constitucional se nega a emitir uma súmula que feche o debate e homologue definitivamente o conteúdo do conceito, o que é um indicador da existência e continuidade do debate sobre a matéria ao interior do STF.

Na leitura das decisões sistematizadas, foi possível identificar dois tipos de interpretações concorrentes: uma, que pretende legitimar um conceito amplo e abrangente de direitos indígenas no marco da nova Constituição, e outra que tem uma visão conservadora, insistindo na natureza coletiva dos direitos indígenas e trazendo reiteradamente à discussão constitucional as categorias assimilacionistas. Para a maioria dos Ministros, as categorias assimilacionistas continuam sendo um conjunto de categorias eficientes dentro do sistema jurídico para decidir sobre os direitos das populações indígenas mesmo após a mudança constitucional do 88. O STF caracteriza-

se, paradoxalmente, por ser um executor explícito da política indigenista anterior à CF de 1988.

A continuação apresento a linha de precedentes que resume e sistematiza o debate resenhado, com o objetivo de mapear o posicionamento dos Ministros, sobre o tema do conteúdo dos direitos diferenciados indígenas durante o período de 19 anos.

Linha de jurisprudência sobre o que é considerado o conteúdo dos direitos indígenas.

Os assuntos penais que envolvem direitos particulares de membros dos povos indígenas individualmente considerados, fazem parte do conjunto de direitos diferenciados definidos como: “direitos indígenas” na Constituição Federal brasileira de 1988?

SIM	NÃO
△	
(2)HC 71.835. Min. Rel.Francisco Rezek D.J.22.11.1996.	
△	
(2) RE 179.485. Min. Rel. Marco Aurélio. D.J. 10.11.1995	
△	
(2)RE 192 473. Min. Rel. Maurício Correa D.J. 29.08.1997	
△	
(2)RE 183.188.Min Rel. Celso de Mello D.J. 14.02.1997	
△	
(2)RE 206608. Min. Rel. Néri da Silveira. D.J. 17.09.1999.	
	△
	(1) RE. 263010 Min. Rel. Ilmar Galvão D.J. 10.11.2000
	△
	(1)HC. 79530. Min. Rel. Ilmar Galvão D.J. 25.02.2000
	△
	(1)HC 80496. Min. Rel. Moreira Alves. D.J. 06.04.2001
	△
	(1)RE 282169. Min. Rel. Moreira Alves.
△	
(2)RE 270379. Min. Rel. Mauricio Correa D.J. 29.06.2001 D.J.04.05.2001	(2) HC 75404. Min. Rel. Mauricio Correa D.J. 27.04. 2001.
	△
	(2)HC 81827. Min. Rel. Maurício Correa D.J. 23.08.2002
	△
	HC 85198 Min. Rel. Eros Grau. D.J. 09.12.2005
	△
	(1)HC 84308. Min. Rel. Sepúlveda Pertence.Julgado 15.12.2005. D.J. 24.02.2006
	△
	AI-AgrR 496653 Min. Rel. Joaquim Barbosa D.J. 03.02.2006
	△
	(1)RHC 86115 Min. Rel. Sepúlveda Pertence D.J.24.02.2006.
	△
	(1)RHC 84308 Min. Rel. Sepúlveda Pertence DJ. 24.02.2006.
	△
	(TP) RE 419528 Min. Rel. Para acórdão:Cezar Peluzo e Min. Rel original Marco Aurélio. D.J. 09.03. 2007
	△
	RHC 85737 Min. Rel. Joaquim Barbosa. D.J. 30.11.2007.

7. Referente à primeira Turma de Ministros.
8. Referente à segunda Turma de Ministros.

Da anterior linha de jurisprudência é possível concluir que, logo após 1988, os Ministros do STF na época, quiseram propor uma interpretação dos direitos indígenas que fosse conseqüente com a mudança constitucional, com o objetivo explícito de mudar as categorias assimilacionistas. Mas essa intenção terminou sendo derrotada pela maioria dos novos ministros que chegaram na década de 90 e optaram por voltar aos entendimentos anteriores à CF de 1988 no que se refere a povos indígenas.

A argumentação alegada pelos ministros desta primeira jurisprudência era a necessidade de dar um sentido eficaz à mudança de paradigma constitucional que a Carta de 1988 significava com relação aos povos indígenas.

“A promulgação da Constituição de 1988 introduziu nova regra de competência, ampliando a esfera de atribuições jurisdicionais, da Justiça Federal, que se acha, agora, investida de poder para também apreciar a “disputa sobre direitos indígenas” (CF, Art.109, XI). Essa regra de competência jurisdicional – que traduz expressiva inovação da Carta de 1988 – impõe o deslocamento, para o âmbito de cognição da Justiça Federal, de todas as controvérsias, que, versando a questão dos direitos indígenas, venham a ser suscitadas em função de situações específicas. (RE 183.188. Min. Rel. Celso Mello D.J. 14.02.1997)

As decisões sobre o tema até o ano 2000 foram na sua totalidade expedidas pela segunda Turma, que até então se encontrava conformada pelos Ministros Marco Aurélio Mello, Néri da Silveira, Carlos Velloso, Mauricio Correa e Francisco Rezek (substituído no ano de 1989 pelo ministro Celso de Mello). Só o Ministro Velloso em repetidas oportunidades manifestou não estar convencido da argumentação majoritária da Turma sobre o tema⁴⁰.

Depois da substituição de Rezek e o ingresso do Ministro Nelson Jobim na segunda Turma, esta nunca voltou a sua linha de jurisprudência inicial. No Habeas Corpus HC-81.827 de 2002, tendo como relator o Ministro Maurício Correia, percebe-se a mudança de posicionamento da Turma :

“a ação penal não está ligada a questões que digam respeito à cultura indígena ou aos direitos sobre terras, de forma a deslocar a competência do feito para a Justiça Federal. Trata-se de delitos comuns isolados que não configuram disputa sobre direitos indígenas”.

40 Ao respeito tem afirmado o Ministro em seu voto vencido, no HC 71.835, observando que não se convencia de que o homicídio praticado por índio contra índio se incluía na cláusula “direitos indígenas”, sequer naqueles expressos no art. 231 da CF.

Depois de 2001 não voltaram a aparecer decisões contrárias à competência estadual dos crimes praticados por ou contra indígenas. A partir dessa época, parece que se unificou o critério sobre a interpretação de que estes direitos dizem respeito exclusivamente às categorias coletivas, como cultura, terras e recursos naturais .

Não obstante o aparente consenso conceitual entre a jurisprudência posterior a 2001. Já no ano 2006 a discussão foi reaberta com o relatório feito pelo Ministro Marco Aurélio Mello no caso RE 419.528, onde este propõe a interpretar os assuntos penais relativos a indivíduos indígenas como parte integrante dos chamados *direitos indígenas*, que são competência exclusiva da Justiça Federal. Neste caso o Ministro relator foi vencido, mas foi acompanhado do Ministro Joaquim Barbosa e da Ministra Carmem Lúcia Antunes. Fica evidente que o STF não consegue *homologar* um posicionamento sobre esse tema, de grande relevância para os povos indígenas, provavelmente porque ainda existem discussões conceituais que merecem ser mais estudadas. A esse respeito o Ministro Gilmar Mendes, apesar de discordar do relatório original, observou que é necessário manter aberto o debate:

“O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Claro. É um conceito jurídico indeterminado (o de direitos indígenas) e acredito que também depois deste julgamento deve continuar sendo um conceito jurídico indeterminado, porque certamente vão surgir outras controvérsias, inclusive de natureza não penal, que podem merecer a proteção perante a Justiça Federal.”

O Ministro Marco Aurélio teve que ceder o relatório do acórdão ao Ministro Cezar Peluso, por ser voto vencido neste caso. Apesar disto o Ministro Marco Aurélio conseguiu que todos os ministros se manifestassem sobre o tema e deixou em aberto o debate, evitando adicionalmente a consolidação de uma súmula vinculando no mesmo sentido do STJ sobre o tema.

Pela importância e atualidade do caso RE 419.528 vale a pena resenhar as manifestações dos principais argumentos relacionados ao tema. Os posicionamentos dos Ministros que defendem a interpretação restritiva do conteúdo dos direitos indígenas, atrelando-os a uma dimensão exclusivamente coletiva, e de preferência ligada à cultura, à terra e aos recursos naturais dos povos indígenas, têm alguns traços comuns. O primeiro deles é o uso de categorias assimilacionistas estipuladas em normas infraconstitucionais anteriores à CF de 1988. O segundo, é a interpretação literal dos dispositivos constitucionais em discussão. O terceiro é a alegação de argumentos “meta-jurídicos” relativos à inconveniência para o Tribunal de aceitar interpretações que

ampliem a abrangência da sua competência, por excesso de processos sob sua responsabilidade; e o quarto, refere-se ao argumento de que a proteção aos povos indígenas é igual tanto na Justiça Estadual como na Justiça Federal, razão pela qual não é necessário definir o conteúdo específico dos direitos indígenas para efeito de decidir qual é a justiça competente.

Por inacreditável que possa parecer, mesmo vindo de juízes do mais alto tribunal constitucional, nenhum dos argumentos resenhados atende, ou faz referência ao marco constitucional de 1988, nem à mudança de paradigma relativa à relação dos povos indígenas com o Estado brasileiro. Essa parece ser uma parte da literatura constitucional que não permeou o STF. Para estes ministros, os dispositivos constitucionais, chamados nesta dissertação de *direito escrito*, não constituem uma referência obrigatória para discutir os casos em questão. Nos casos analisados, o direito escrito referente ao Estatuto do Índio (lei 6001 de 1974) é mais frequentemente citado pelos Ministros que o próprio texto constitucional. Impressiona o tom e a forma com que são frequentemente utilizadas e operacionalizadas categorias relativas ao paradigma assimilacionista, tais como *índio aculturado*, *silvícola*, *integrado* e mesmo a instituição da *tutela*, sem nenhum tipo contextualização ou questionamento a sua vigência no marco normativo da CF de 1988.

Para ilustrar as afirmações anteriores, vale a pena trazer algumas intervenções neste sentido, feitas pelos Ministros no julgamento RE 419.528 de 03.08.2006, onde explicitam as categorias assimilacionistas que orientam sua análises:

“O SENHOR MINISTRO CARLOS BRITTO. - (...) Também tenho dificuldade em aceitar a tese de que os traços antropológicos, só por si, exclusivamente, fora de qualquer contexto coletivo, são suficientes para assegurar a um ser humano uma proteção constitucional **ad aeternum**, absolutamente assimilar (sic), diferenciada, ou seja, já não pasteurizado como qualquer um de nós. Perdeu eles as características do que se poderia chamar de frescor (sic) do indígena **in natura**.”

“O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO. - sem querer prolongar a polêmica, parece-me um pouco dissonante, por exemplo, se pensa na hipótese de um índio aculturado que tivesse cometido delito de lesões corporais, índio que vive na cidade, de terno e gravata.”

“O SENHOR MINISTRO SEPULVEDA PERTENCE.- O HC 79.530, do Ministro Ilmar Galvão, referido diversas vezes pelo Ministro Cezar Peluso, referia-se exatamente isso: o estupro de um índio integrado, em que se entendeu não haver conexão entre a sua condição étnica e o crime.”

Na totalidade dos casos referentes aos assuntos penais, as categorias assimilacionistas apareceram operando plenamente, enquanto nos casos relativos a terras

ou recursos naturais estas são menos recorrentes, embora não inexistentes. Igualmente impressionantes são as referências na jurisprudência à tutela civil, que simboliza a relação de dominação entre os povos indígenas e o Estado brasileiro. No voto do Ministro Relator Ilmar Galvão no HC 79.530 (D.J. 25.02.2000) essa referência é explícita: “É por essa razão – observa Clóvis Meira, “*que existente a Funai, órgão do governo federal, que tem por finalidade tutelar o índio ainda não adaptado à civilização brasileira. A tutela recai sobre o silvícola ainda não adaptado aos costumes e usos da sociedade civil ainda imbuídos dos seus próprios costumes, da lei da selva*” (grifos nossos)

Infelizmente no acórdão não aparece nenhuma referência ao texto de Clóvis Meira para verificar a data deste, mas o certo é que este voto foi proferido em um *Habeas Corpus* decidido no ano 1999, ou seja, mais de uma década depois da entrada em vigência da CF de 1988.

O segundo argumento freqüentemente utilizado na interpretação *restrita* do conteúdo dos direitos indígenas é o relativo à exegética e literalidade do dispositivo constitucional. No julgamento de 2006 que vem sendo resenhado, três ministros retomaram dito argumento para justificar o seu voto (Cezar Peluso, Carlos Britto e Ricardo Lewandowski):

“O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO.- (...) disputa sobre direitos indígenas significa, em primeiro lugar, a existência de conflito que, no contexto, é sempre intersubjetivo, disputa entre duas ou mais pessoas. Depois, que o objeto desse conflito sejam direitos indígenas. A expressão é “disputa sobre direitos indígenas”. Deve, pois, haver situação teórica em que duas ou mais pessoas estejam disputando a respeito de direitos indígenas, quaisquer que sejam esses direitos, mas com o seguinte alcance: que essa disputa envolva demanda sobre a titularidade dos direitos sem a qual, é obvio, não há disputa sobre direitos, no caso da chamada lide penal.”

O terceiro argumento utilizado na jurisprudência para interpretar os direitos indígenas como unicamente aqueles de caráter coletivo são os relativos a conceitos denominados pelos mesmos Ministros como “*meta-jurídicos*”. Ou seja, conceitos que, mesmo sem ser jurídicos, são mencionados pela conveniência e relevância destes para o Tribunal. Neste caso tratam-se de argumentos tendentes a evitar a ampliação de abrangência da competência federal devido ao excesso de demandas que dita interpretação implicaria. A esse respeito, o Ministro Lewandowski teve a oportunidade de se manifestar assim:

“O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI. - (...) quero aduzir um argumento meta jurídico: vejo, com uma certa preocupação, esta ampliação de competência da Justiça Federal, inclusive vejo, com certa reserva, aquela transferência de

competência das ações referentes a lesões, a direitos fundamentais, conforme definido pela Emenda No 45, para a Justiça Federal, a requerimento da Procuradoria Geral da República. Sempre digo que isso tem que ser feito com muita parcimônia até porque os direitos fundamentais – e no caso presente os direitos indígenas- estarão melhor protegidos na medida em que a Justiça Estadual, que é a Justiça Ordinária, esteja mais espalhada por todo o território nacional.”

Por último, no relativo ao argumento de que os indígenas têm igual proteção a seus direitos tanto na justiça estadual como na federal, o Ministro Lewandowski afirmou o seguinte:

“(...) não se trata de desproteger o índio. O fato de a competência ser da Justiça Federal ou estadual não aumenta nem diminui a proteção do índio. O fato de eles ser julgado por um juiz estadual, porque ele terá que aplicar a Constituição, o Estatuto do índio, lei 6.001/74; haverá intervenção do Ministério Público estadual, também se for o caso da competência da justiça estadual que verá se os direitos do índio estão atendidos ou não. De maneira que, o fato de se deslocar a competência para a Justiça Federal ou estadual não implica diminuição ou aumento da proteção do índio, uma vez que a legislação protetora do índio haverá de ser observada necessariamente.”

Para terminar a resenha de argumentos apresentados no julgamento RE 419.528, vale a pena destacar que o argumento em comum dos três Ministros dissidentes da decisão majoritária faz referência à necessidade de dar uma interpretação abrangente ao conteúdo dos direitos indígenas para que esta seja coerente com a Carta Federal de 1988. Dessa maneira expressam de forma quase coincidente os seguintes argumentos:

Relator originário: Ministro Marco Aurélio Mello “Cumprir dar a maior eficácia possível à Carta da República. Iniludivelmente, o Diploma Básico não só veio a emprestar disciplina própria aos interesses indígenas como também, sem estabelecer qualquer distinção, assentou a competência da Justiça Federal.”

“A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA: (...) houve uma grande mudança nesta Constituição no sentido exatamente de acobertar, com todas as prerrogativas, o índio, não apenas a comunidade. Digo isso porque, inclusive, a palavra utilizada várias vezes nos acordões aqui trazidos “silvícolas”, foi discutida na constituinte para se dizer que não se cobria apenas o selvagem, o silvícola, aquele previsto antes, mas o índio com a condição que eventualmente é de absoluta igualdade e condições de cidadania, mas que ainda guarda traços específicos.”

“O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Senhora Presidente, ainda que por princípio eu seja adepto de uma concepção minimalista de Justiça Federal e radicalmente contrário, por exemplo, a essa capilaridade excessiva e irracional que a ela tem conferido no Brasil nos últimos tempos, neste caso, porém, o espírito protetor outorgado ao índio pela constituição deve ser compreendido e visto em sua maior amplitude, com a inclusão de todos os aspectos, inclusive a proteção jurisdicional”

A linha de decisões resenhadas evidencia uma aparente continuidade do paradigma assimilacionista na lógica do juiz constitucional, evidenciando o alto grau de poder de refração para a mudança que tem o campo da justiça constitucional brasileira. O STF demonstra na sua jurisprudência uma tendência conservadora com uma enorme dificuldade para introduzir novas categorias e mudar paradigmas. Estudada a profundidade as implicações da permanência destas categorias assimilacionistas na configuração das atuais relações Estado - povos indígenas no Brasil é um dos principais temas que está pesquisa exploratória gostaria de propor para trabalhos posteriores.

Finalmente, para terminar de ilustrar a operação das categorias assimilacionistas nos casos de direito penal onde elas são mais evidentes, vale a pena trazer um caso que foi muito famoso e que reúne todos os elementos sobre os quais temos falado: Trata-se do caso de Paulinho Paiakan, liderança indígena reconhecida nacional e internacionalmente, que foi acusado e condenado por estupro, e sobre o qual o Ministro relator Gilmar Mendes manifestou:

“no caso, não apenas não se está diante de índio isolado ou em vias de integração, mas também, tendo em vista que o índio, em nosso sistema jurídico, como já assinalado, só é considerado relativamente incapaz e, por tanto, sujeito à tutela da União, para efeitos civis, nada impedindo que o índio não integrado seja criminalmente responsável, como se extrai do art. 56 da lei 6001/73. (...) trate-se de pessoa integrada a comunhão nacional, ou seja o fato de ser o paciente funcionário da FUNAI, residir na cidade em imóvel por ele mesmo adquirido, sem a assistência de quem quer que seja, da falar português, de ser eleitor, de possuir passaporte por ele mesmo requerido, de possuir conta corrente bancária e habilitação para dirigir veículos automotores e, ainda, de possuir empresa por meio da qual realiza comércio de exportações de óleo de castanha para Inglaterra. De notar que a própria defesa, em alegações finais, apontou o paciente como “conhecido além de nossas fronteiras, detentor do Premio Global 500 da ONU no ano de 1990 e como defensor da ecologia, apontado pelo jornal mundialmente conhecido WASHINGTON POST como o homem que poderia salvar o mundo” (HC 79.530. Ministro Relator Ilmar Galvão. D.J. 25.02.2000.)

Evidentemente, a enunciação das características de Paiakan faz parte da fundamentação do relator com relação ao fato de que este conhecia e compreendia as normas sociais, culturais e penais da sociedade majoritária, o que deve excluir a decisão judicial de arbitrariedade, por não se tratar de um caso de ignorância da norma. O caso de Paiakan serve para exemplificar o fato de que as categorias assimilacionistas são utilizadas não apenas pelos Ministros do STF, mas também pelos demais operadores jurídicos, incluídos os advogados defensores dos próprios índios, que no presente caso

alegavam que Paiakan era “índio ainda mantido sob o regime tutelar da FUNAI” e que não havia “*sido dado como aculturado e integrado à sociedade civilizada ainda*” para falarem em sua defesa. A persistência das categorias assimilacionistas nas discussões judiciais é uma maneira de reafirmar o limite do poder do Estado, a fronteira intransitável da qual ninguém pode estar excluído em nenhum momento. Nem a ignorância da norma pode libertar o sujeito da mesma.

“Los límites trazados e definidos permanecen, al menos en las épocas primitivas, como leyes no escritas. El hombre puede traspasarlos sin saber e incurrir así en el castigo. Porque toda intervención del derecho provocado por una infracción a la ley no escrita y no conocida es, a diferencia de la pena, castigo. Y pese a la crueldad con que puede golpear al ignorante, su intervención no es, desde el punto de vista del derecho, azar sino más bien destino, que se manifiesta aquí una vez más en su plena ambigüedad. Ya Hermenn Cohen, en un rápido análisis de la concepción antigua del destino, ha definido como “conocimiento al que no se escapa” aquel “cuyos ordenamientos mismos parecen ocasionar y producir esta infracción, este apartamiento”. El principio moderno de que la ignorancia de la ley no protege respecto a la pena es testimonio de ese espíritu del derecho”. (Benjamin, 1971: 194)

Aparentemente, é possível levantar a hipótese de que a exclusão do poder punitivo do Estado, da violência que garante o Direito, que ser apresentada como improvável e inexistente, assim como a existência do *silvícola in natura*, aquele ser fantasioso e mítico que vive sem Estado, que foge do monopólio da violência e que, em última instância, questiona a existência da ordem e da violência que a garante. Não existe juiz, nem agente jurídico que possa aceitar a existência real do silvícola fora da lei. O conceito do silvícola é um princípio metodológico do direito mítico que apenas confirma a regra na improbabilidade de sua exceção. É difícil pensar que os ministros não são conscientes de que esse silvícola não existe, e nessa medida é são o melhor critério de comparação para abstrair os indivíduos indígenas da suas realidades concretas, negando-lhes qualquer capacidade de contestação da ordem por nunca serem suficientemente “*autênticos silvícolas*” para fugir da lei.

No direito penal é possível observar os limites da ordem e o poder punitivo da fronteira. A existência de uma violência fora do Direito questiona a existência dele mesmo, a possibilidade de este não ser verdadeiramente indispensável, porque não é a única forma de mediar as relações humanas. Em última instância, o indivíduo que é o real, em contraste com o coletivo que é o abstrato, é quem deve ser objeto de controle, por isso a conveniência da artificial distinção entre direitos coletivos e individuais. O controle do indivíduo é o único controle real, as concessões podem ser outorgadas ao

grupo como idéia, como algo abstrato, mas o controle tem que ser exercido sobre o indivíduo como concreto.

“el interés del derecho por monopolizar la violencia respecto a la persona aislada no tenga como explicación la intención de salvaguardar fines jurídicos, sino más bien la de salvaguardar al derecho mismo. Y que la violencia, cuando no se haya en posesión del derecho a la sazón existente, represente para este una amenaza, no a causa de los fines que la violencia persigue, sino por su simple existencia fuera del derecho” (Benjamin, 1971:176)

Só aqueles sujeitos idealizados, que moram em áreas pristinas, têm a “autorização” judicial para exercer a violência que não questiona a ordem mítica. Para todos os demais sujeitos, índios ou não, não é possível questionar individualmente a violência que ofende a lei porque eles são a demonstração de outra ordem possível, ou seja, a prova de que o direito mítico não é imprescindível.

Sobre a instituição da Tutela, os pronunciamentos estudados no STF não fazem nenhuma referência a como ela deve ser interpretada na atualidade, nem se a Constituição Federal de 1988 a revogou tacitamente. Pelo contrário, insistem em ratificar seu o caráter civil e patrimonial definido pelo Estatuto do Índio:

“O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO. - (...) De outra parte como não se pode atribuir ao crime em si o caráter de disputa, com quanto possa essa resultar em crime, é de concluir que o vocábulo, como empregado no inciso XI do referido artigo 109 (“disputa sobre direitos indígenas”) tem o sentido de questão, litígio, lide, conflito, se podendo compreender, por isso, as causas que envolvam os direitos dos silvícolas tutelados pela FUNAI, cuja defesa cabe não apenas a esses, representados ou assistidos pela FUNAI – circunstância por si só suficiente para determinar a competência da Justiça Federal (...) A norma do artigo 231 parece dirigir-se mais diretamente à tutela de bens de caráter civil, e não de bens objeto de valoração estritamente penal”(RE 419.528 Ministro Relator Cezar Peluzo. DJ. 09.03.2007.)

Na medida em que os povos indígenas, e sobretudo os indivíduos que os compõem, são uma evidência viva que questiona a unanimidade da ordem, a relação do Estado com estes somente pode ser de tutela, quer seja de forma implícita, como é na Colômbia, ou de maneira explícita, como continua sendo no Brasil.

3. A persistência do passado. Alguns comentários conclusivos.

Parte das comprovações mais evidentes que podem ser seguidas durante a análise deste capítulo é a persistência da operação vigente das categorias jurídicas do paradigma assimilacionista nas colocações e análises jurídicas realizadas pelos

ministros para se referir a direitos dos povos indígenas no Brasil. A falta de clareza, ou a alimentação da conveniente ambigüidade sobre a abrangência dos direitos indígenas, assim como a tendência interpretativa dos juízes de desconhecer o abandono da *tutela* como marco fundamental da relação do Estado brasileiro com os povos indígenas, mantendo por meio do *direito falado* o paradigma assimilacionista que o *direito escrito* achava revogado, parece evidenciar uma persistência do primeiro sobre o segundo, manifestada na decisão *soberana do juiz*, quem dentro da competência que lhe outorga o direito escrito cria e conserva o direito mítico que é só violência do vencedor sobre o vencido.

- Capítulo V-

Uma troca justa. A Corte Constitucional e os Povos Indígenas na Colômbia.

“con frecuencia la Corte [Constitucional] ha sido más generosa de lo esperado. Ninguna otra institución del Estado ha sido tan favorable al movimiento indígena”.

Francisco Rojas Birry, Ex constituinte e Senador indígena.

“hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquellos que los jueces dicen através de las sentencias de tutela”.

Magistrado Ciro Angarita, Sentencia T – 406 de 1992.

Introdução.

A foto oficial da assinatura da Constituição Política de 1991, onde aparecem os dois constituintes indígenas em primeiro plano, significa para Colômbia o começo de uma nova era republicana, onde os povos indígenas, apesar de não corresponderem nem a 2% da população nacional, são símbolo de inclusão política e social. Cem anos após a última Constituição Política (CP), que data de 1886, e no final de uma das décadas mais sangrentas da história colombiana, se instalou em 1990 a Assembléia Nacional Constituinte (ANC) com a participação de 70 legatários eleitos popularmente. No meio de um processo de desmobilização de vários movimentos guerrilheiros o processo de discussão da Constituição de 1991 significou a possibilidade de um pacto de paz duradouro para a sociedade colombiana. Parte das expectativas sobre a ANC estavam simbolizadas na participação inédita de constituintes indígenas (Dugas, 1993).

No texto aprovado, ao lado do conjunto de direitos reconhecidos aos povos indígenas, a CP de 1991 também inovou ao criar a *Corte Constitucional* (CC) e a *ação de tutela*, ambas ferramentas jurídicas destinadas à salvaguarda dos direitos fundamentais consagrados na nova Constituição.

Muito tem sido falado sobre o papel da CC como um dos tribunais constitucionais mais progressistas da atualidade na América Latina. Sociólogos como Boaventura de Sousa Santos (Santos, 2002: 85) têm elogiado publicamente o papel ativista e progressista da Corte colombiana, prestígio que em boa parte é atribuído

precisamente à produção jurisprudencial relativa a povos indígenas. O bom nome da Corte a tem blindado de seus opositores os quais, tentam desqualificá-la e atacá-la através de projetos de reforma constitucional, que vêm sendo sistematicamente negados pelo Congresso Nacional nos últimos 10 anos⁴¹. A CC é atualmente uma das instituições com mais respeito e credibilidade na Colômbia (UPRIMY, GARCIA, 2004 e LOPEZ, 2004).

A CC tem sido a instituição encarregada de dar sentido e aplicabilidade ao texto constitucional no que se refere aos direitos indígenas, mediante uma abundante jurisprudência produzida desde sua criação. É inegável a importância dos desenvolvimentos conceituais que a CC tem elaborado com relação a aplicação dos chamados direitos indígenas, fazendo novas leituras de antigas instituições jurídicas, como a propriedade privada, para reivindicar o novo status legal dos territórios indígenas após 1991.

A Corte Constitucional, desde sua criação, atuou preenchendo o vazio legislativo que a debilidade política dos povos indígenas fez surgir no cenário pós-constituente. Assim, a Corte atuou para definir as regras necessárias à implementação da Jurisdição Especial Indígena (JEI), bem como para reafirmar o direito à Consulta Prévia em questões tão controversas como a exploração de petróleo ou construção de hidrelétricas em terras indígenas. A hipótese aqui esposada é que, numa verdadeira troca de capital simbólico, os povos indígenas têm conseguido avançar, ainda que com problemas conceituais, na aplicação de algumas conquistas de 1991 a través da jurisprudência da CC, mas, este tribunal também fortaleceu sua legitimidade e capital simbólico ao construir uma imagem progressista, em contraste com as antigas Cortes Supremas, para o qual o tema indígena foi fundamental.

O que se busca aqui é compreender a produção jurídica da CC com relação aos direitos indígenas no contexto da luta deste agente dentro do campo jurídico, no qual o conteúdo concreto dos direitos indígenas é dinamicamente definido.

O presente capítulo está dividido em três partes. A primeira faz uma apresentação global da jurisprudência da CC sobre povos indígenas durante os últimos 16 anos, através de dados quantitativos. A segunda parte trata da análise de um caso concreto, que ajuda a evidenciar os principais elementos que caracterizam a produção

41 O último projeto de lei para reformar as competências da CC foi apresentado pelo Presidente Uribe o mesmo dia de sua posse, mas foi rapidamente negado pelos Congressistas que viam na instituição constitucional o único contra peso real ao poder do novo presidente.

jurisprudencial sobre direitos indígenas na CC. E por último, na terceira parte é desenvolvida a hipótese relativa à troca simbólica entre os povos indígenas e a Corte Constitucional.

1. Uma idéia geral. Dados quantitativos de jurisprudência da Corte Constitucional sobre direitos indígenas entre 1992 e 2007.

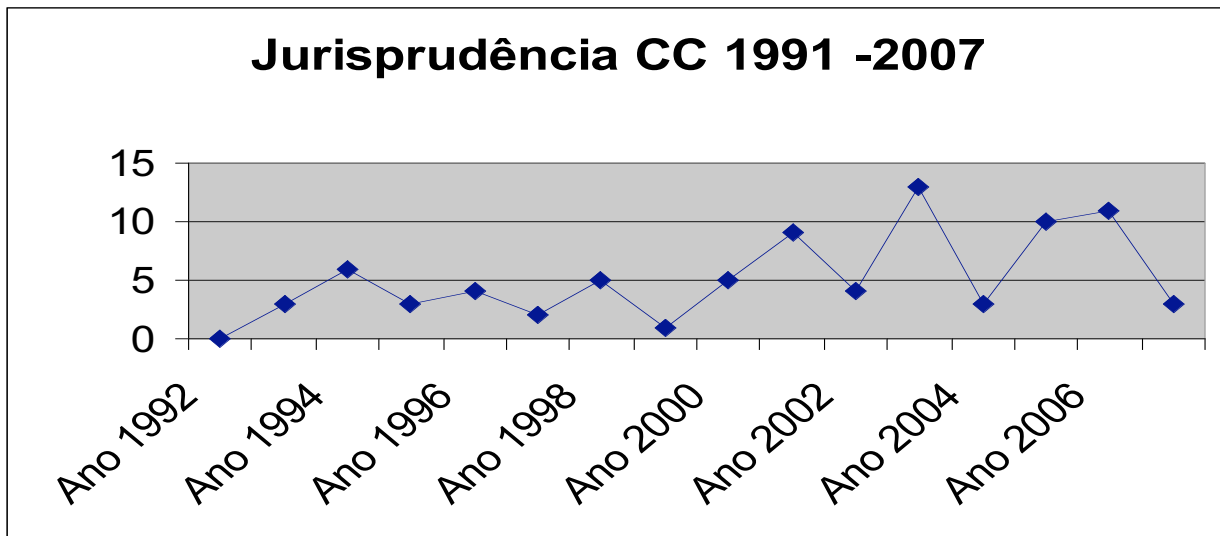
A produção da Corte Constitucional colombiana com relação aos direitos indígenas é voluptuosa e instigante. Entre 1992 e 2007, pelo menos 79 decisões⁴² do alto tribunal tratam exclusivamente sobre o conteúdo e alcance dos chamados direitos indígenas⁴³ o que dá uma média de 5 decisões sobre o assunto por ano, que ao ser comparado com a produção total da Corte é um indicador de relevância e preferência do tema no mais alto tribunal Constitucional do país. O gráfico a seguir mostra a quantidade de decisões sobre o tema nos últimos 15 anos.

42 É importante advertir sobre o peso relativo destes dados na pesquisa, devido a que sua função se limita a fazer uma apresentação geral do tema, de tal forma que suas indicações são simplesmente dicas temáticas para identificar interessantes elementos a pesquisar mediante técnicas qualitativas. As conclusões a seguir não são produto de um processo analítico sobre os dados apresentados, mas de um exercício meramente descritivo e exploratório.

A coleta de dados foi feita na base eletrônica disponível na internet da CC (www.constitucional.gov.co) seguindo a mesma técnica utilizada com o STF no Brasil, utilizando como palavras chaves de busca: **indígenas, resguardos, ETI, JEI, CEI, diversidad cultural, Estado pluriétnico, Estado Multicultural e índio**. A escolha final das decisões sistematizadas foi feita com base no resumo preparado pela relatoria da CC sobre cada sentença.

43 Metodologicamente foram seguidas técnicas que pretendem garantir a compilação da totalidade das sentenças sobre o tema entre 1992 e 2007, embora seja importante reconhecer que devido a uma ausência de levantamento exaustivo na relatoria da Corte Constitucional em Bogotá, é provável que as sentenças sistematizadas sobre o tema indígena na correspondam ao 100% das existentes, existindo uma margem de erro, mesmo que pequena, inconmensurável. De qualquer jeito a pesquisa garante que entre as 79 sentenças compiladas estão todas aquelas citadas entre elas como referentes do tema, critério com o qual foram elegidas as sentenças mais significativas que fazem parte das 79 apresentadas.

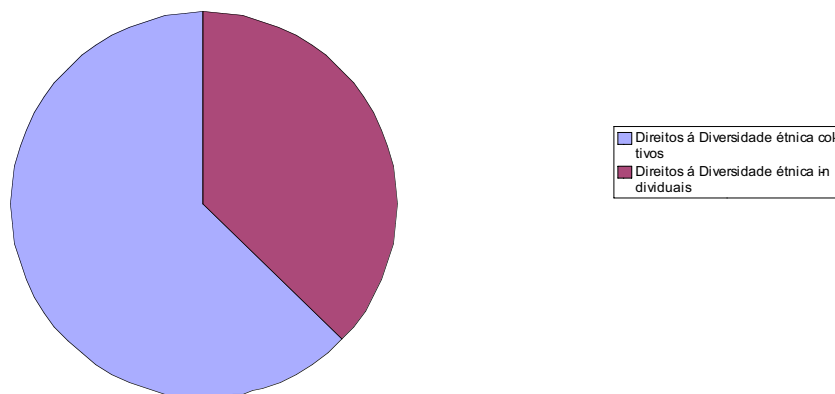
Figura No. 10



Desde o surgimento da Corte Constitucional a produção de jurisprudência sobre o tema indígena tem sido contínua e crescente. Segundo as categorias construídas pela Corte Constitucional para classificar os direitos reconhecidos aos povos indígenas, estes se dividem entre as dimensões coletivas e individuais do direito à diversidade étnica. O gráfico a seguir apresenta a distribuição proporcional de casos entre essas duas dimensões:

Figura No. 11.

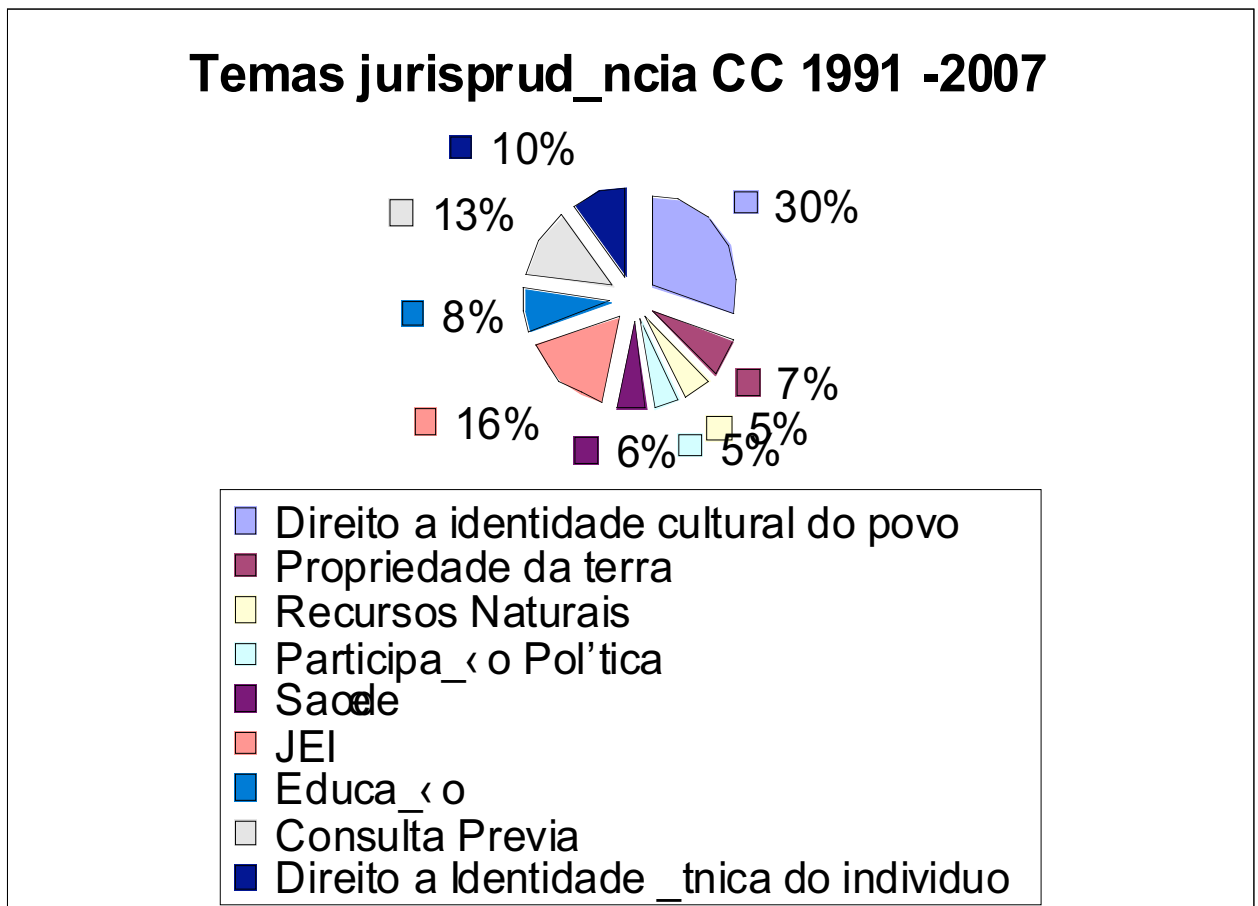
Distribuição de temas sobre direitos indígenas



Para a jurisprudência constitucional, segundo os casos sistematizados, o direito à terra, aos recursos naturais e à consulta previa, são direitos claramente derivados do princípio de diversidade étnica na sua dimensão coletiva. Por outro lado, os direitos relativos à educação, à saúde, à representação política e à jurisdição especial indígena

(JEI) têm dimensões tanto coletivas como individuais, por isto não é possível classificar-los exclusivamente dentro de um ou outro conjunto de direitos, já que sempre vai depender do caso e da forma como a Corte Constitucional interpreta o litígio. As dimensões individuais do direito à diversidade étnica e cultural são denominados pela jurisprudência como *exceções etnoculturais*. Há um esforço dos juízes constitucionais em construir um conjunto de novas categorias jurídicas para a compreensão e colocação dos direitos indígenas, os quais são para a Corte tão inovadores como a Constituição de 91 e como ela mesma, na sua qualidade de novo agente no campo de luta jurídico colombiano.

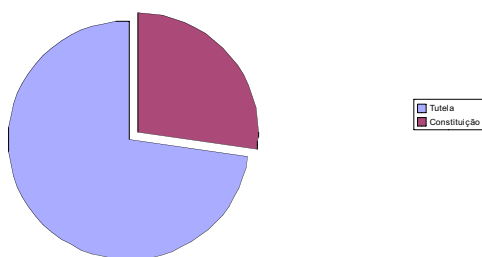
Figura No. 12.



No gráfico acima fica claro porque com a jurisprudência da CC não é possível fazer uma leitura do tipo “direitos coletivos VS individuais” como na jurisprudência indigenista do STF, o que mostra uma diferença substantiva da jurisprudência de ambas SCC com relação a como elas abordam o tema e constroem novas categorias para operar-lo dentro do campo jurídico de cada país.

Figura No.

Distribuição de Ações referentes a Povos Indígenas

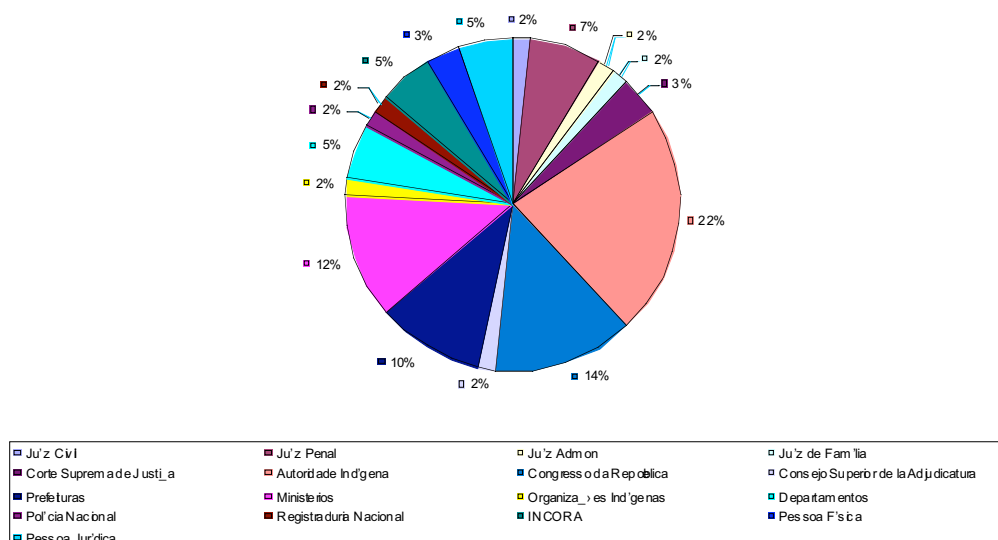


Segundo os dados coletados, a revisão da ação de tutela é a responsável por 64,5% da jurisprudência sobre direitos indígenas na CC, o que indica a existência de uma alta procura social e oferta jurídica sobre o tema, que será discriminada nos gráficos relativos aos sujeitos ativos e passivos desta ações. No gráfico abaixo fica claro a consolidação da interpretação dos direitos indígenas como *fundamentais*, na medida em que a CC aceita a utilização da ação de tutela⁴⁴ para sua defesa judicial.

Os dados revelam que parte importante dos sujeitos passivos no volume de tutelas são as próprias autoridades indígenas, questionadas pelos membros de suas comunidades.

Figura No. 14

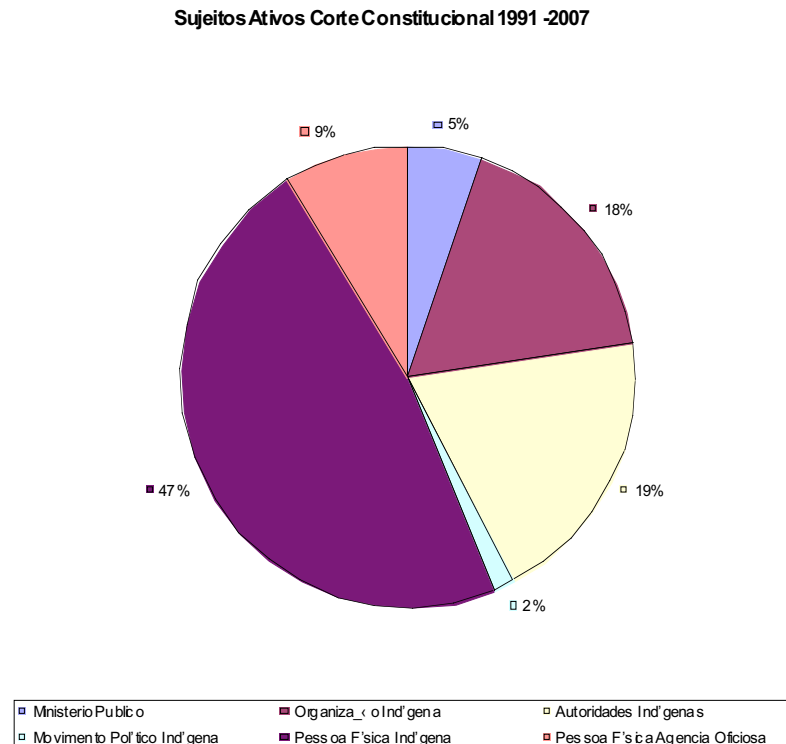
Sujeitos Passivos CC 1991 - 2007



44 A ação de tutela é um instrumento processual que tem como escopo buscar a reparação ou evitar o dano a um direito fundamental, individual ou coletivo, assegurado pela Constituição.

Entre os sujeitos ativos das ações discutidas na CC, na Colômbia, em contraste com os dados sistematizados no Brasil, os povos indígenas são os principais litigantes diante a jurisdição constitucional, seja como indivíduos seja como sujeito coletivo.

Figura No. 15.



Dos dados quantitativos apresentados chama a atenção a elaboração conceitual feita pelos juízes colombianos para se referir aos direitos indígenas e a importante utilização da ação de tutela com o instrumento processual preferido pelos povos indígenas e por seus membros particularmente considerados. Esses elementos revelados pelos dados têm origem na redefinição que a Corte Constitucional propõe com relação a introdução de um novo sujeito de direitos coletivos: os povos indígenas, e com a inovação conceitual de direitos com dimensões individuais e coletivas que foge da divisão clássica.

Aparentemente, a Corte Constitucional quer confrontar a tradição jurídica mediante a oportunidade que o tema indígena representa, pois é um dos poucos assuntos dentro do direito sobre o qual ainda é possível introduzir categorias sem a necessidade de autofundamentar argumentos dentro da tradição jurídica ou fazer referencia a precedentes. Nada existe no direito romano, nem civil, nem penal ou administrativo que possa ser aplicado aos direitos indígenas no contexto atual, sendo estes compreendidos

como uma reconvenção de regras jurídicas destinadas tanto a garantir a autonomia interna dos povos como a articulação e coordenação política destes com o Estado.

Sem querer afirmar que a CC levou a sério os direitos diferenciados dos povos indígenas, porque para fazer essa informação é necessário uma pesquisa focalizada na produção total deste tribunal, mas é possível com os dados sistematizados neste exercício exploratório afirmar que esta fez um importante trabalho de ajuste da oferta jurídica sobre o tema, conseguindo a homologação de conceitos relativos a natureza fundamental dos direitos indígenas e as características inovadoras dos mesmos. A seguir é apresentada uma breve análise sobre como a CC usou as ações de tutelas para redefinir o conteúdo dos direitos indígenas e por sua vez para marcar diferenças conceituais e metodológicas com as demais Cortes Supremas da Colômbia (a Corte Suprema de Justiça e o Conselho de Estado).

1.1. Muitas ações de tutela para pouco índio.

De fato surpreende a desproporcionada quantidade de revisões de ações de tutela sobre direitos indígenas por parte da CC. Contabilizando as duas sentenças de unificação⁴⁵, como sentenças que tiveram sua origem em revisões de tutela, é possível totalizar o número de ações de tutela em 51, o que corresponde ao 64,5% do total de decisões sobre povos indígenas. Da média de 5 decisões por ano referentes a povos indígenas, 3 são revisões de tutela, livremente selecionadas pelos magistrados da CC, mediante o procedimento que foi explicitado no capítulo III desta dissertação. Por estas razões, a generosa oferta judicial sobre o tema indígena na categoria de direitos fundamentais não deixa de sugerir perguntas com relação ao porque dessa quantidade e aparente preferência dos magistrados sobre o assunto indígena na Colômbia.

A grande maioria das tutelas sistematizadas são de indivíduos indígenas questionando a legitimidade e legalidade das decisões das próprias autoridades indígenas, principalmente no referente a imposição de sanções ou a limitação de direitos individuais em decorrência do exercício da Justiça Especial Indígena - JEI. Os dados apresentados revelam que 47% dos sujeitos ativos nas ações sistematizadas são indivíduos indígenas, enquanto 22% dos sujeitos passivos das mesmas ações são autoridades indígenas, o que dá uma porcentagem alta de conflitividade levada ao

⁴⁵ As sentenças de unificação para o sistema colombiano correspondem ao que no Brasil são chamadas de Sumula, como decisões que retomam temas recorrentes e define regras replicáveis.

judiciário por estes atores. Na maioria dos casos se trata de indivíduos que questionam a autoridade tradicional dentro de seus povos, representando um dilema jurídico inédito para o sistema colombiano, que antes da CP de 1991 não se deparava com estes tipos de problemas.

As demais ações de tutela revisadas pela CC fazem referência a direitos coletivos que a Corte vem reconhecendo como direitos fundamentais dos povos indígenas, na sua qualidade de sujeitos coletivos. Estas últimas são ações que pretendem principalmente a proteção dos territórios indígenas e dos recursos naturais neles existentes.

A alta porcentagem de ações de tutela acerca de direitos indígenas é consequência direta do estímulo que a CC tem dado aos povos e indivíduos indígenas para sua utilização. Assim, a Corte colombiana desenvolveu dois conceitos jurisprudenciais que ampliam substancialmente o acesso dos povos indígenas à ação de tutela. Por um lado a CC reconheceu os povos indígenas como sujeitos coletivos de direitos fundamentais, e por outro, a idoneidade da tutela como instrumento jurídico mediante o qual os indígenas, individualmente considerados, podem questionar a legalidade das decisões de suas próprias autoridades tradicionais.

Foi com a primeira jurisprudência constitucional sobre o tema, que introduz a inovação conceitual da *comunidad indígena como sujeto colectivo de derechos fundamentales*, que a CC criou uma nova categoria de sujeito jurídico, que se diferencia das pessoas físicas (titulares de direitos fundamentais) e das pessoas jurídicas (das quais não se predicam direitos fundamentais)⁴⁶. Na sentença T-380 de 1993, define-se as bases do que seria a porta de entrada dos povos indígenas à jurisdição Constitucional e à atenção privilegiada da Corte Constitucional por meio da revisão de tutelas.:

“La comunidad indígena como sujeto de derechos fundamentales

8. La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser "sujeto" de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a "la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana" (CP art. 1 y 7). La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a

46 ficção jurídica que atribui direitos e deveres a um conjunto de pessoas físicas como se fossem uma soa pessoa para efeitos jurídicos. Das pessoas jurídicas não se predicam direitos fundamentais, os que são principalmente atribuídos aos indivíduos.

estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP art. 1, 7 y 14).

Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos (CP art. 88). En el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes.

Entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución.” (grifos nossos)

A definição da comunidade indígena como sujeito de direitos fundamentais foi a principal oportunidade jurídica para os povos e suas organizações de reivindicar por meio da ação de tutela o direito a titulação de territórios indígenas e à consulta previa, ambos definidos pela CC como fundamentais dos povos indígenas na sua qualidade de sujeito coletivo.

Com relação ao acesso à ação de tutela por parte dos povos indígenas a CC interpretou que estas ações podem ser utilizadas pelos membros dos povos para questionar a legalidade e legitimidade das autoridades tradicionais devido a que o indivíduo indígena não tem outra instância diferente a justiça Constitucional para reivindicar seus direitos particulares perante às autoridades comunitárias. A sentença sobre esse ponto que é referência na jurisprudência é a T-254 de 1994, cujo magistrado relator é Eduardo Cifuentes, membro da primeira geração de juízes constitucionais e magistrado que tem a maior produção sobre direitos indígenas, fundador de vários conceitos interessantes, entre eles o de sujeito coletivo de direitos afirma o seguinte.

“Sentencia No. T-254/94
COMUNIDAD INDIGENA-Naturaleza/INDEFENSION FRENTE A
COMUNIDADES INDIGENAS. Las comunidades indígenas son
verdaderas organizaciones, sujetos de derechos y obligaciones, que,

por medio de sus autoridades, ejercen poder sobre los miembros que las integran hasta el extremo de adoptar su propia modalidad de gobierno y de ejercer control social. Respecto de las decisiones de la comunidad que afectan a uno de sus integrantes, no existen medios de defensa judicial. En consecuencia, el petente se encuentra en situación de indefensión respecto de una organización privada, la comunidad indígena, razón por la que está constitucional y legalmente habilitado para ejercer la acción de tutela en defensa de sus derechos fundamentales.”

As amplas possibilidades de uso da ação de tutela por parte dos povos indígenas judicializou a relação destes com o Estado após 1991. Dessa forma, das reivindicações políticas da década do 80, se passou a um período de luta judicial para conseguir a implementação das conquistas normativas, o que coincide com uma etapa de crise do movimento indígena e da representatividade política deste no Congresso (Gross, 2000:251).

Segundo o ex magistrado Cifuentes, diante a evidente debilidade política do movimento indígena para levar adiante os projetos de lei necessários à aplicação dos direitos diferenciados, a CC veio preencher esse vazio e a substituir a vontade política do parlamento pelas regras jurisprudenciais, regulando o que devia ser objeto de debate público no Congresso Nacional, mas para o qual os povos indígenas não tinham a articulação e força política suficiente, na avaliação do Magistrado Cifuentes 47.

O tema constitucional que mais avançou na jurisprudência constitucional foi o referente à Jurisdição Especial Indígena (JEI), devido à grande quantidade de tutelas intentadas para questionar a administração de justiça por parte das autoridades indígenas. Isso deu a Corte Constitucional a oportunidade de construir uma regulamentação muito ampla sobre o assunto. A JEI em princípio devia ser regulamentada por meio de lei estatutária, que para ser aprovada necessita de maiorias absolutas dos membros das duas Câmaras, num tempo máximo de um ano entre debate e aprovação, elementos políticos estes improváveis para um tema indígena sem grandes apoios eleitorais.

47 Em entrevista realizada a este magistrado, ele afirmou que a Corte Constitucional tinha plena consciência da interpretação política que fazia com relação aos direitos indígenas já que reconhecia a debilidade de estes ser regulamentados no Congresso Nacional. Adicionalmente, ele mencionou que como magistrado que vinha do mundo acadêmico não queria deixar passar a oportunidade de inovar com conceitos que ficassem na operatividade jurídica. Entrevista realizada o dia 14 de Janeiro de 2008 na Cidade de Bogotá.

2. Inovações conceituais sobre as dimensões coletivas e individuais dos direitos indígenas.

O princípio conceitual fundador e estruturante da jurisprudência gira ao redor da interpretação das obrigações que o Estado colombiano tem com os povos indígenas, as quais para a CC não se esgotam na proteção aos povos, mas também se estendem à promoção dos valores que implicam a diversidade étnica e cultural da Nação como princípio estruturante do novo Estado.

A CC diferencia entre dois grandes grupos de direitos relativos aos povos indígenas, aqueles sobre *á diversidade étnica e cultural do coletivo (o povo)*, que estão diretamente relacionados com as obrigações de proteção de Estado com estes grupos sociais, e aqueles direitos relativos *á diversidade étnica e cultural dos indivíduos*, os quais, além de fazer parte da obrigação de proteção, estão relacionados com a obrigação do Estado de promover os valores implícitos ao reconhecimento da diversidade como princípio de convivência pacífica dos colombianos⁴⁸. Segundo essa classificação, os juízes constitucionais identificam como parte do direito à *diversidade étnica e cultural do povo* os direitos coletivos que dizem respeito à própria sobrevivência do grupo, como descrito na sentença abaixo:

“los derechos de las comunidades indígenas no deben ser confundidos con los derechos colectivos de otros grupos humanos. Con base en la anterior doctrina, ha señalado que los derechos fundamentales de los cuales son titulares las comunidades indígenas son, básicamente, el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida; el derecho a la integridad étnica, cultural y social, el cual se desprende no sólo de la protección a la diversidad y del carácter pluralista de la nación sino, también, de la prohibición de toda forma de desaparición forzada; el derecho a la propiedad colectiva; y, el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios.”
(Sentença de Unificação SU-510 de 1998)

Com relação aos direitos relativos *á diversidade étnica e cultural dos indivíduos*, a jurisprudência da CC classifica sua proteção na figura de exceções mais do que em direitos específicos dos indivíduos indígenas. Dessa forma a jurisprudência define as *“exceções por diversidade etno cultural a normas de abrangência geral”*⁴⁹, dentro das quais se encontra a exceção a obrigatoriedade do serviço militar (C-

48 Uma excelente descrição em termos nativos do marco conceitual das categorias usadas pelos juízes constitucionais da Colômbia, está nas considerações da sentença T- 778/2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

49 Esta categoria é definida por primeira vez na decisão C 370/2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynet.

058/1994), a existência de cotas como vagas reservadas para educação superior ou trabalho (T-1340/2001) a existência de centros de reclusão especial para indígenas (C-394/1995), exceções nas regras penais gerais (C-591/05) e o direito a ser eleito para cargo de eleição pública sem necessidade de cumprir com todos os requisitos exigidos a um cidadão ordinário (T-778/2005), mesmo fora do território indígena.

“El derecho a la identidad cultural, como un derecho que se deriva del principio a la diversidad étnica y cultural establecido en el artículo 7 de la Constitución, ha sido concebido como un derecho fundamental de las comunidades indígenas y por lo tanto un derecho de naturaleza colectiva. El mencionado derecho se materializa, entre otras manifestaciones, en la medida en que las comunidades que no ostentan los valores culturales y sociales de la sociedad mayoritaria puedan ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia manera de ver el mundo. Ello implica que también los individuos que pertenecen a una comunidad indígena puedan expresarse y autodeterminarse de acuerdo con su cosmovisión cultural dentro y fuera de sus territorios. Entonces, el derecho a la identidad cultural se proyecta en dos dimensiones una colectiva y otra individual. La primera se trata de la protección constitucional que se le otorga a la comunidad como sujeto de derechos y la segunda la protección que se le otorga al individuo para poder preservar el derecho de esa colectividad. Lo anterior comprende dos tipos de protección a la identidad cultural una directa que ampara a la comunidad como sujeto del derecho y otra indirecta que ampara al individuo para proteger la identidad de la comunidad. La protección a la identidad cultural de la comunidad como sujeto de derechos no supone que no se deban garantizar las manifestaciones individuales de dicha identidad ya que la protección del individuo puede ser necesaria para la materialización del derecho colectivo del pueblo indígena al cual pertenece”. (SENTENÇA T-778 de 2005. M.P. Manuel Jose Cepeda.)

Interessante notar que, para a CC, o exercício individual de direitos diferenciados está condicionado ao fato do indivíduo ser territorializado e membro ativo do povo. A seguinte sentença é bastante ilustrativa:

Sentencia No. C-058/94.SERVICIO MILITAR-Exenciones/SERVICIO MILITAR PRESTADO POR INDIGENA Al diferenciar a los indígenas de los demás ciudadanos respecto a la prestación del servicio militar, considera la Corte que el legislador procedió razonablemente porque actuó en función de un fin constitucionalmente legítimo, como es la defensa de las minorías, a fin de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Los indígenas constituyen grupos que, debido a los peligros que existen para la preservación de su existencia e identidad étnica y cultural, se encuentran en una situación de debilidad manifiesta que justifica una especial protección del Estado. Además, las comunidades indígenas, como tales, son titulares de derechos fundamentales que deben ser protegidos por el Estado, entre los cuales el derecho a la subsistencia y a la no desaparición forzada. Para estos solos efectos del servicio militar se protege no al indígena individualmente considerado sino al indígena en un contexto territorial y de identidad determinado. Por esa vía se concluye que la protección introducida por la Ley se dirige a la comunidad étnica (grifos nossos).

É inegável a abundante e inovadora jurisprudência que sobre o tema indígena existente na Colômbia. Elaboraões conceituais e jurídicas para a aplicação direta do texto constitucional foram decisivas para o exercício imediato dos direitos reconhecidos sem permitir que estes ficassem como simples declarações retóricas da Carta. Este é o valor histórico do papel da CC com relação aos povos indígenas após aprovada a Constituição de 1991.

Três conceitos merecem destaque dos desenvolvimentos jurisprudenciais; um, a categorização dos povos indígenas como sujeitos coletivos de direitos fundamentais, dois, as dimensões individuais e coletivas que se derivam do direito à diversidade cultural dos povos, reclassificando o entendimento jurídico sobre os mesmos, e três, a obrigação do Estado colombiano para com os povos indígenas, não só como protetor dos direitos dos mesmos senão também como promotor dos valores de convivência e respeito que estão implícitos no conceito de Nação multi-cultural e pluri-etnica descrito na Constituição. São estes três elementos jurisprudenciais a base das decisões que permitiram o exercício imediato de direitos como a JEI e o direito à consulta previa, ambos fundamentais na consolidação organizativa dos povos indígenas na consolidação e defesa de seus territórios e de sua autonomia interna.

O Tribunal Constitucional não só inovou em conceitos como também o fez em práticas judiciais, procedimentais e rituais jurídicos com relação as discussões referentes ao povos indígenas, propondo uma transformação integral da lógica do campo na sentença SU-510. O fato de promover o encontro do juiz no território indígena é uma atitude sem precedentes na tradição jurídica colombiana. Tornou-se comum que o juiz solicite pareceres de especialistas para informar suas decisões, o que se conhece como laudos antropológicos, muito freqüentes nos casos relativos a povos indígenas onde quase sempre está presente um antropólogo de plantão, mas no caso colombiano, a CC propôs ao juiz, como regra metodológica, estabelecer diálogos diretos com as autoridade indígenas e os indivíduos envolvidos no caso. Esta atitude inova na utilização de ferramentas jurídicas que sempre existiram mas que nunca foram utilizadas nesse sentido e prioriza a interlocução direta com os indígenas, sem necessidade de apelar a instituições indigenistas ou de pesquisa antropológica.

A mencionada produção conceitual de novas categorias para a colocação judicial do tema indígena também deve ser compreendida no contexto em que a CC como agente poderoso precisa reestruturar a ordem do campo de tal forma que lhe permita abrir um espaço novo, o qual somente o poderia conseguir mediante uma quebra radical

com a tradição, com a lógica hegemônica no campo que responde a antigas hierarquias e lealdades. Para estes objetivos o tema indígena é muito favorável, não só pela sua natureza inovadora, senão também pela legitimidade social que os povos indígenas significam, o qual permite a Corte acumular capital simbólico orientado a mudança.

Com o objetivo de observar a construção jurisprudencial das categorias mencionadas e da maneira como a CC procede diante de casos relativos aos direitos indígenas, a continuação é apresentado em extenso o caso do SU-510, onde explicitamente a Corte persegue um efeito de *homologação* da interpretação de conceitos constitucionais e da metodologia para este tipo de casos.

2.1. Os entre atos de uma decisão da Corte Constitucional sobre povos indígenas. A SU-510 de 1998 indígenas evangélicos.

Atendendo o critério dos mesmos juízes, o presente estudo de caso é feito sobre a sentença SU-510 de 1998, que discute a autoridade tradicional do povo Aruhaco versus a proteção dos direitos fundamentais a liberdade religiosa de membros evangélicos do respectivo povo indígena. Esta decisão da CC é um dos casos mais paradigmáticos da jurisprudência constitucional sobre povos indígenas na Colômbia, não só porque unifica explicitamente jurisprudência relativa as regras e limites da autonomia das autoridades indígenas, como também porque define um estilo e estrutura de decisão judicial própria sobre assuntos indígenas, que inclui o encontro físico dos magistrados com o povo envolvido no caso, ao ponto de que alguns magistrados se deslocaram ao território indígena durante três dias para conhecer as pessoas envolvidas e escutar diretamente os depoimentos que são parte das provas no expediente.

A SU-510 é reconhecida como uma decisão polêmica dentro da própria Corte Constitucional, na qual os três magistrados que discordaram da decisão e foram derrotados na votação da sala plena deixaram explícitos seus argumentos nos salvamentos de voto que cada um deles fez para anexar na decisão final⁵⁰. De qualquer

50 Os salvamentos de voto não tem nenhum valor jurídico, mas são a oportunidade para os magistrados discordantes com a decisão de publicar, do lado do texto da sentença, seus argumentos. No regulamento interno da CC existe a possibilidade de salvar ou aclarar o voto. Ao respeito a regulamento interno da CC indica: “ artículo 34. 9a. Cuando el proyecto o estudio obtenga la mayoría legal de los votos de los Magistrados, a cada uno de los demás se concederá el plazo fijado en el Decreto 2067 de 1991 para aclarar o salvar su voto. Si el proyecto principal no obtiene en la Sala ese mínimo de votos, el negocio pasará al Magistrado que corresponda, que designe el Presidente entre el grupo de Magistrados mayoritario, para que redacte el nuevo proyecto en el que se exponga la tesis de la mayoría, si el Magistrado ponente original no acepta hacerlo. El nuevo estudio será sometido oportunamente a votación.

forma esta sentença se caracteriza por seu amplo material probatório e pela prática de uma diligência judicial no território indígena, o qual sem dúvida lhes deu uma dimensão do conflito diferente a ficar lendo os relatórios com relação aos povos indígenas, mesmo porque os Aruhacos são um povo que coincide muito bem com o imaginário romântico do índio aldeado 51.

Os fatos que deram origem a ação de tutela definem um conflito entre os direitos dos membros denominadas “tradicional”, da comunidade indígena Aruhaca, Ika o Ijka (composta aproximadamente por 15000 pessoas) de um lado, frente aos direitos dos membros da mesma coletividade que pertencem a Igreja Pentecostal Unida de Colômbia (IPUC), mais o menos 300 pessoas, e dos integrantes da mencionada igreja que não fazem parte do povo Aruhaco mas que trabalham como pastores no seu território.

Segundo a ação de tutela proposta pelos evangélicos, as autoridades tradicionais decidiram impedir a prática coletiva do culto evangélico dentro da terra indígena; o proselitismo religioso, o ingresso ao resguardo do pastor forasteiro, chamado de “civil”⁵², e a construção de templos evangélicos. Adicionalmente os membros da IPUC que fazem parte do povo Aruhaco, afirmam que as autoridades tradicionais têm lhes proibido a saída coletiva do território quando esta tem por finalidade participar de algum culto evangélico; também alegam ser discriminados na hora da distribuição de terras e recursos públicos como a saúde e a educação apesar de *que “eles também são indígenas”*, e denunciam que são submetidos a castigos severos (sendo fechados em locais escuros, sem comida, ou pendurados pelos braços durante horas, obrigados a ficar de joelhos sobre pedras etc.) pelo simples fato de ser evangélicos. Neste sentido os membros da IPUC pertencentes ao povo Aruhaco afirmam que as autoridades tradicionais estão violando seus direitos fundamentais à vida, ao livre desenvolvimento da personalidade, à liberdade de consciência, religiosa e de culto, assim como também a liberdade de expressão e o direito a honra.

Já os membros não indígenas da IPUC alegam que as autoridades tradicionais estão violando seus direitos a exercer plenamente sua liberdade de culto, devido a que esta inclui o direito a pregar a própria religião em todo o território nacional sem

A cada uno de los disidentes se le concederá el mismo plazo precitado para que redacte y firme su salvamento de voto o aclaración”

51 Aquela imagem do bom selvagem: esse homem puro que se mimetiza com a natureza, fala sua própria língua e mora em construções ‘tradicionais’.

52 Desconheço a razão pela qual em todas as instancias se denominou o pastor não indígena como civil, aparentemente é uma denominação dada pelos próprios indígenas da Sierra Nevada de Santa Marta a estes pastores.

nenhuma exceção. Em conseqüência, na tutela se solicita que se permita aos indígenas evangélicos praticar seu culto em condições de liberdade, e que o pastores “civis” da IPUC possam entrar na terra indígena e pregar o Evangelho aos membros da comunidade Aruhaca que assim o desejem.

Por sua parte as autoridades indígenas afirmam no expediente que as praticas religiosas realizadas pela IPUC no resguardo atentam contra a existência mesma do povo Aruhaco, e em conseqüência contra seu direito fundamental à identidade e diversidade cultural. Declaram que as restrições a que têm sido submetidos os “*compañeros evangelicos*” estão plenamente legitimadas pela “*ley de origen*” e que estão amparadas nas normas constitucionais que protegem a cultura indígena e lhes atribui um alto grau de autonomia para definir suas próprias regras segundo suas crenças e valores. As autoridades afirmem que não discriminam os membros da comunidade que têm “*caído en el evangelio*” e que não os castigam pelo simples fato de pregar outra religião diferente a tradicional, mas sim pelo fato de desconhecer e desobedecer normas de convivência da comunidade. Nesse sentido as autoridades tradicionais dizem aceitar que os evangélicos leiam a bíblia e eduquem a seus filhos segundo os dogmas da igreja, mas que não permitem a entrada ao resguardo de “*pastores de fora*”, nem de proselitismo religioso, nem de rezos coletivos, ou a construção do templo evangélico na terra indígena. Adicionalmente, afirmam que as pessoas que vivem em território Aruhaco devem cumprir as regras de convivência e respeitar as autoridades tradicionais, ou decidir sair deste.

Assim apresentada a disputa de direitos, a CC organiza e apresenta a decisão de acordo a seguinte descrição de fatos que considera relevante para resolver o caso.

1. IPUC propõe ação de tutela contra autoridades tradicionais no Tribunal Superior do Distrito Judicial de Valledupar.
2. O Tribunal Superior do Distrito Judicial de Valledupar nega a ação de tutela contra as autoridades tradicionais por considerar que somente estas podem autorizar a entrada de pessoas “civis” (se referindo a não-indígena) no território do resguardo. Mas ao mesmo tempo o Tribunal ordenou as autoridades Aruhacas respeitar os cultos e praticas religiosas dos indivíduos evangélicos que moram nas comunidades do resguardo.
3. A IPUC apelou a decisão do Tribunal, perante a Corte Suprema de Justiça, ao considerar que este primeiro partia do suposto errado de que a igreja tinha entrado no território indígena com violência e engano, o qual segundo a demandante, é falso já que foi um membro da comunidade Aruhaca quem levou o evangelho as comunidades há

39 anos. Segundo o recurso, resulta discriminatório com os indígenas evangélicos não permitir a prática da sua religião dentro do território indígena, o que decorreria da decisão do Tribunal que não autorizou a construção de templos evangélicos no interior do resguardo, nem permitiu a entrada de pastores civis (não-indígenas) ao território para pregar a religião evangélica. Para a IPUC a proteção do direito individual à liberdade de culto reconhecida pelo Tribunal de Valledupar devia incluir a autorização para a construção do templo e a presença do pastor civil.

4. Em julho de 1997, a Corte Suprema de Justiça nega a apelação e confirma a decisão do Tribunal argumentando razões relativas aos princípios aplicáveis a propriedade privada, devido a que os resguardos indígenas são propriedade coletiva dos povos e só estes, através de suas autoridades podem autorizar ou não a entrada de um estrangeiro na sua propriedade.

5. A IPUC enviou às decisões negadas para eventual revisão à CC.

6. Os magistrados constitucionais escolhem a tutela apelada para revisão e decidem fazer do caso uma sentença de unificação em sala plena⁵³

7. Em setembro de 1998, a Corte Constitucional confirma a decisão da CSJ, fazendo questão de se diferenciar na motivação da mesma: embora a sentença confirme o efeito prático do veredicto proferido pela CSJ. Com a decisão final são publicados 3 salvamentos de votos dos magistrados que consideram que no caso existia uma flagrante violação dos direitos individuais à liberdade de culto dos indivíduos Aruacos.

Já na CC, o problema jurídico apresentado para veredicto é organizado na seguinte lógica: estão as autoridades indígenas autorizadas pela Constituição de 1991 para limitar a liberdade religiosa dos membros de sua comunidade para proteger a integridade das tradições culturais de seu povo?. Se a resposta é positiva, a Corte deve determinar se as medidas tomadas pelas autoridades indígenas Aruacas são Constitucionais e, finalmente decidir se as autoridades tradicionais, com o objetivo de proteger a integridade cultural, podem legitimamente impedir o acesso de igrejas ao resguardo (terra indígena)?

53 A pesar de que a CC presente este como fato, a verdade é que ele é uma decisão totalmente discricionária dos Magistrados, como foi descrito no capítulo II desta dissertação

Magistrados da Sala plena para o caso: VLADIMIRO NARANJO MESA, Presidente, ANTONIO BARRERA CARBONELL Magistrado, ALFREDO BELTRAN SIERRA, Magistrado EDUARDO CIFUENTES MU OZ Magistrado, CARLOS GAVIRIA DIAZ Magistrado, JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO Magistrado, HERNANDO HERRERA VERGARA Magistrado, ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO Magistrado, FABIO MORON DIAZ Magistrado, MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO Secretaria General.

A CC faz uma apresentação metodológica que é atípica na estrutura convencional dos veredictos, mas que claramente denota uma preocupação dos magistrados por insistir no efeito de homologação dos conceitos e metodologia utilizados neste veredicto. Para a CC é explícita a necessidade, nesta sentença, de unificar uma metodologia específica para decidir casos relativos a povos indígenas.

Com o título: **“Cuestión metodológica previa”**, inédito nos apartes que conformam o texto de um veredicto da Corte, esta apresenta a estrutura utilizada para chegar as conclusões finais que confirmam a decisão da CSJ, que é questionada pelos evangélicos perante a Corte Constitucional:

“Resolver las cuestiones planteadas, supone una muy cuidadosa ponderación entre derechos que resultan particularmente importantes desde una perspectiva constitucional. Por esa razón, la Sala ha decidido realizar un amplio estudio que permita una mejor comprensión del caso, así como una detallada exposición de cada uno de los motivos que habrán de fundamentar el fallo. En consecuencia ha optado por dividir la parte motiva de la presente sentencia en dos partes distintas. Una primera, denominada análisis probatorio, en la que se realiza un estudio de los elementos fácticos indispensables para decidir el caso de autos y, una segunda, en la que la Corte deberá resolver, conforme a los datos y criterios expuestos en la primera parte y a la doctrina constitucional pertinente, los problemas jurídicos que surgen de los hechos del caso.”

Neste trecho citado fica clara e explícita a preocupação dos magistrados de por um lado fundamentar muito bem os motivos da sua decisão, mas por outro lado de justificar a apresentação de dados etnográficos e de outras fontes diferentes das jurídicas como necessárias para informar a compreensão dos juízes sobre o caso. Este esforço expressa a necessidade de legitimar a decisão através de ritos e procedimentos formais que afastem o veredicto de qualquer suspeita de arbitrariedade.

O texto da sentença apresenta um extenso estudo etnográfico e sociológico sobre o povo Aruhaco com o objetivo servir para ilustrar os juízes, mas também para provar a hipótese jurídica que fundamenta a decisão majoritária da Corte. Seu único objetivo é legitimar a decisão ao revestir-la de dados *científicos* e *neutros* que a façam inquestionável.

7. En síntesis, la primera sección de la parte motiva de esta sentencia, esta orientada a comprobar la veracidad de la premisa de la cual parte el alegato de las autoridades tradicionales indígenas, esto es, si las prácticas de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia - IPUC - comprometen el derecho fundamental a la diversidad e integridad cultural de la comunidad arhuaca. Para ello, se estudiarán, en su orden, los siguientes temas: (1) consideraciones etnográficas y

sociológicas previas tendentes a establecer el grado de afectación real que las prácticas de la IPUC generan sobre la cultura Ika o Arhuaca. (1.1) Características generales de la población Ika. Organización política de la comunidad Ika. El mundo espiritual y religioso de los Ika: la “Ley de origen” o “Ley madre”. La búsqueda constante de un equilibrio entre opuestos. El significado de las ofrendas o pagos en el contexto de la “ley de origen”. El significado del telar a la luz de la cosmovisión Ika. La primacía de lo colectivo sobre lo individual: las responsabilidades del indígena con el mundo. Algunas especificidades del sistema jurídico Ika. El rol político y religioso de los mamós. La inserción de la comunidad Ika dentro del concierto social regional y nacional. Breve recuento de los conflictos religiosos en la Sierra Nevada. (1.2) Origen, doctrina fundamental y prácticas de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia en el resguardo Ika. (1.3) Incidencia de la doctrina evangélica en el mundo religioso y espiritual de los Ika. (2) Síntesis.

É evidente a preocupação dos magistrados em fazer uma detalhada fundamentação da sua motivação. Importante anotar que a sentença SU-510/98, é a segunda sentença de unificação sobre povos indígenas expedida pela CC durante seus primeiros 6 anos de funcionamento 54. Esta sentença é expedida quase um ano depois da polêmica decisão: SU 039/97, que ordenou paralisar as atividades de exploração de petróleo em território do povo Uwa, por ausência de consulta previa e informada as comunidades indígenas diretamente afetadas. Este fato contextualiza e ajuda a compreender o esforço adicional que a CC faz para motivar contundentemente sua decisão de apoio as autoridades indígenas contra a proteção do direito individual a liberdade religiosa de alguns membros do povo Aruhaco.

O mais interessante e inovador da metodologia proposta pela Corte, além da extensão e complexidade do estudo etnográfico introduzido no texto da sentença, foi a prática de diligência judicial *in situ* realizada pelos 9 magistrados, que se deslocaram a território Aruhaco para conhecer o contexto e as pessoas diretamente envolvidas na ação. Prática esta sem precedentes nas altas cortes colombianas.

A justificação e prática da diligência judicial no resguardo indígena por parte da CC marcou uma notada diferença na produção de decisões judiciais sobre povos indígenas dali em diante, pelo menos no referente a jurisprudência do mesmo tribunal constitucional. A Corte manifestou que em casos onde os juízes devam resolver ponderações que envolvam o direito à diversidade cultural é necessário estabelecer canais de interlocução entre o juiz e o povo objeto de discussão antes de qualquer

54 As Sentenças de Unificação são decisões que tratam temas reiterativos na jurisprudência e tem o objetivo de unificar regras de interpretação para fatos similares.

decisão. Dessa forma expressa a procura do efeito de homologação do conteúdo do que a CC interpreta como o que se deve entender por reconhecimento e respeito das diferenças culturais.

“En este sentido, considera la Corte que en aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de diálogo o interlocución - directa o indirecta -, entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón del fallo que debe proferirse. La función de una actividad como la mencionada, persigue la ampliación de la propia realidad cultural del juez y del horizonte constitucional a partir del cual habrá de adoptar su decisión, con el ethos y la cosmovisión propios del grupo o grupos humanos que alegan la eficacia de su derecho a la diversidad étnica y cultural. A juicio de la Corte, sólo mediante una fusión como la mencionada se hace posible la adopción de un fallo constitucional inscrito dentro del verdadero reconocimiento y respeto de las diferencias culturales y, por ende, dentro del valor justicia consagrado en la Constitución Política (C.P., Preámbulo y artículo 1°).”

Com a sentença SU-510/98 inaugurou-se um procedimento para a toma de decisões constitucionais relativas a direitos diferenciados de povos indígenas. A partir desta SU, cada vez que CC tinha que decidir sobre um caso que envolvesse algum povo indígena, além de solicitar os ordinários laudos antropológicos, começou a solicitar também às autoridades indígenas responder as mesmas perguntas realizadas aos peritos antropólogos, com o objetivo de complementar os pareceres de cada uma delas escutando diretamente aos índios, mas nunca mais fez uma diligência *in situ* para qualquer outra terra indígena.⁵⁵

Na diligência judicial da Corte no território Aruhaco, os magistrados escutaram todas as partes interessadas. Uma vez em Bogotá, solicitaram pareceres técnicos e laudos ao Instituto Nacional de Antropologia, à direção de assuntos indígenas e à organização não governamental Pro-Sierra. Depois de seis (6) a Corte Constitucional proferiu a sentença de unificação 510.

Embora em sentenças como essas não seja possível, em regra, saber o número de votos pelos quais é adotada uma decisão, neste caso, pelo número de salvamentos de votos é possível verificar que a decisão foi tomada por seis (6) magistrados contra três (3). A existência de salvamento de voto é de fato a manifestação mais evidente de

⁵⁵ Nem todas as sentenças que solicitaram pareceres antropológicos depois de 1998 solicitaram igualmente parecer às autoridades indígenas mas, de 11 sentenças de tutela que solicitam o parecer ao perito antropólogo, 7 sentenças solicitam idêntico parecer às autoridades indígenas, ver: T-634/99, T-030/00, T-444/02, T-1238/04, SU-154/06, T979/06, e T-009/07. Por exemplo, o magistrado Manuel Jose Cepeda, depois de 1998 solicitou sempre parecer da autoridade indígena nos casos que sobre o tema lhe correspondeu resolver.

desacordo radical entre os magistrados, que fazem questão de publicar a suas razões em paralelo à decisão majoritária, mesmo conscientes de que essa atitude não tem nenhum efeito jurídico, o que evidencia a necessidade da CC de explicitar as diferenças nas razões e motivação da sua decisão com relação a decisão da CSJ.

No final a CC decide confirmar a primeira e segunda instancia, incluindo unicamente a obrigação de tradução da sentença para a língua Aruhaca o antes possível.

Assim reza a parte resolutive da sentença:

“Primero.- **CONFIRMAR** la sentencia de julio 31 de 1997 proferida por la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, en los términos de los fundamentos Jurídicos 51 a 62 de la presente providencia.

Segundo.- **ORDENAR** a la Secretaría General de esta Corporación que envíe copia de la presente decisión al Ministerio del Interior a fin de que dicha entidad, en uso de sus facultades legales y en cumplimiento de las funciones que le atribuye el artículo 5º de la ley 199 de 1995, disponga los trámites necesarios para traducir, en el menor tiempo posible, la presente decisión a la lengua aruhaca.” (grifos nossos).

Neste caso, como em outros, a diferença entre a decisão da CC e da CSJ foi mais no procedimento do que no conteúdo. A diferença substancial entre uma e outra sentença é estritamente política, consiste na forma como a CC fundamenta e motiva sua decisão em contraste com a antiga escola jurídica que representa a CSJ.

"si la autonomía administrativa, presupuestal y jurisdiccional que tienen los grupos étnicos minoritarios tribales, en términos del Convenio 169 de la OIT, sobre los territorios que ocupan en una modalidad de propiedad privada colectiva, les confiere la facultad de ordenar internamente todos sus asuntos, obviamente, con las limitaciones que de suyo emergen de los derechos fundamentales, es evidente que en el proceder adoptado por las autoridades indígenas denunciadas no puede descubrirse la arbitrariedad que se les endilga en la tutela, pues no se entendería cómo puede garantizarse constitucionalmente el derecho de propiedad, si cualquier persona puede circular por ella sin el consentimiento o venia de su propietario, que en últimas es lo que se pretende con el amparo incoado por la institución religiosa accionante, so pretexto de las restricciones a ella impuestas por las autoridades de la comunidad para ejercer el culto por medio de sus pastores en el resguardo y, por ende, de las limitaciones fijadas por los Arhuacos a los derechos de las personas para ejercer y profesar la religión que desean, pues dicha aspiración de la iglesia, desconoce que sobre el interés particular o individual de algunos de los miembros de la agrupación tribal, prevalece por fuerza de los mandatos y principios constitucionales, el interés general de la etnia, que, de no ser protegida, (...), tiene comprometida su supervivencia, ante el peligro que frente a sus rasgos culturales representa la penetración de la cultura del desarrollo y la modernidad". (grifos nossos) Sentencia de julio 31 de 1997, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia que confirmou a-quo.

A argumentação da CSJ é parca e simples baseada em uma interpretação tradicional do direito à propriedade privada somente que aplicada aos povos indígenas como a qualquer proprietário individual, sem nenhuma elaboração adicional pelo o fato de se tratar de um tipo de propriedade com características *sui generis* para o direito civil clássico. A CC, por sua vez, ativou a retórica da Nação “multi-cultural”, da qual tanto os Aruhacos como a Corte são símbolo. Quando aparece na mídia as imagens dos juízes do mais alto tribunal falando com autoridades indígenas no meio da Sierra Nevada de Santa Marta a imagem de uma nova justiça e uma nova sociedade aparentemente tem muito mais valor simbólico para todos os atores envolvidos que os efeitos jurídicos que a decisão pudesse gerar.

Neste ponto cabe perguntar si a SU-510 de 1998 da CC não tem diferenças praticas (jurídicas), nem com a sentença de primeira instancia no Tribunal de Valledupar, nem com a sentença da CSJ, então por quê a CC decide revisa-la e fazer dela uma sentença de unificação?. Uma explicação plausível é o aparente interesse da CC em apresentar o que considera as razões jurídicas mais “legítimas” para fundamentar dita decisão, o qual faz todo sentido como desenvolvimento de sua função de *homologação* de conceitos fundamentais do campo jurídico. No final as diferenças entre as três decisões são meramente argumentativas, o que a CC esta propondo não é uma resposta jurídica diferente para os problemas suscitados no caso, é uma retórica e um procedimento probatório diferente, que parte desde a formulação de problemas jurídicos relativos a valores sociais diferentes aos mencionados pelas instancias inferiores até a proposição de metodologia de abordagem jurídica diferente e interlocução direta com os povos indígenas.

Nesta decisão aparentemente a CC conseguiu capitalizar para se parte do simbolismo que os povos indígenas representam no ideal político da Nação plural proposta pela carta de 1991, ao se identificar como um defensor de sua causa.

O caso da SU-510 de 1998, permite evidenciar como a jurisprudência da CC com relação aos povos indígenas tem diferenças muito sutis com o resto do poder judiciário, mas que ditas diferenças têm um sentido simbólico fundamental de exercer no processo de *homologação* que a Corte deve realizar.

Com decisões como a analisada, que é divulgada na mídia e é várias vezes citada em textos de doutrinantes (Cepeda, Bonilla, Sanchez, Botero, Garcia, Uprimy), a Corte Constitucional se consolida como símbolo de renovação política, encarnando o espírito

da constituinte e ganhando legitimidade como a interprete suprema da nova Carta Constitucional.

3. Uma troca justa.

Atualmente pouco fica da força que o tema indígena tinha na Assembléia Nacional Constituinte, esta foi diluindo-se no cenário pos-constitucional, especificamente no Congresso Nacional, onde ainda hoje não tem sido possível expedir nenhuma das leis complementarias que deviam regulamentar a implementação dos chamados direitos indígenas⁵⁶. Em 1991 os constituintes condicionaram a implementação de vários dos direitos, a sua posterior regulamentação por parte do Congresso Nacional, supostamente, essa é uma das razões da necessidade de garantir vagas especiais para a participação dos povos indígenas no Senado e na Câmara dos Deputados, mas mesmo assim ainda não tem sido possível a regulamentação de dispositivos fundamentais para a materialização das conquistas políticas de 1991.

Vários direitos importantes esperam ainda ser regulamentados para entrar em pleno funcionamento como a consolidação de territórios autônomos, as ETI's, que dependem da aprovação da lei orgânica de ordenamento territorial (LOOT), ou o direito da administração de justiça mediante a Jurisdição Especial Indígenas (a JEI), que precisa da aprovação de uma lei estatutária sobre os limites e as regras de coordenação entre esta e a jurisdição ordinária. A falta das maiorias políticas necessárias, que no caso devem ser maiorias qualificadas⁵⁷, evidencia a diminuição do capital político dos povos desde 1991⁵⁸.

56 Sobre o vazio político de atores constituintes no cenário pos Constitutional e o papel da Corte Constitutional ver, GARCIA, Mauricio e UPRIMY Rodrigo “ Corte Constitutional y Emancipação social en Colombia” en SOUSA SANTOS Boaventura. “Emancipación Social y Violencia en Colombia.” Grupo Editorial Norma. Bogotá, 2005.

57 O mesmo constituinte desidio que a aprovação de normas organizas e estatutarias devem ser aprovadas com a maioria simples dos membros do Congresso, devido a importancia dos temas que ellas tratam. Dessa forma os temas indígenas ficaram suspensos a maiorias políticas improvaveis para a correlação de forças pos constitucionais.

58 Adicional mente é importante ter presente que a pesar da mudança constitucional o Congresso Nacional continuo sendo o mesmo. Os congressistas não foram revogados depois da ANC, e nas primeiras eleições após 1991 sua taxa de renovação foi baixa, além de que poucos constituintes conseguiram se eleger como congressistas. Ou seja, a instituição legislativa não mudou com a expedição da Carta do 91 como se esperava, o que dificultou em grande medida a implementação das medidas legislativas necessárias para o desenvolvimento da nova CP. Para uma analise detalhada desse assunto ver: BOTERO, Felipe.1998. *El Senado que nunca fue: la circunscripción nacional después de tres elecciones*. En Ana María Bejarano y Andrés Dávila (editores). *Elecciones y Democracia en Colombia 1997-1998*. Bogotá: Fundación Social, Departamento de Ciencia Política, Universidad de los , Veeduría Ciudadana a la Elección Presidencial. pp. 285–235

O impasse político dos indígenas na configuração de forças do Congresso Nacional, é muito similar ao que acontece no Brasil com os problemas relativos à aprovação do *Estatuto dos Povos indígenas*, que está em tramitação no Congresso brasileiro já faz mais de 13 anos. A falta de desenvolvimento de normas infraconstitucionais, tem sido um obstáculo recorrente para a aplicação de direitos diferenciados em ambos países. O que evidencia esta situação, tanto na Colômbia como no Brasil e a perda de poder político e capital simbólico dos povos, que tem levado a estes à judicialização de suas reivindicações políticas e a perda de espaços políticos, como claramente acontece na Colômbia, onde o juiz constitucional vem explicitamente a ocupar o vazio político do legislador.

Os dados anteriormente apresentados e discutidos sobre jurisprudência constitucional relativa a povos indígenas devem ser lidos por um lado, tendo presentes as características do momento histórico que significa a criação e consolidação da Corte Constitucional, e por outro a debilidade da articulação política dos povos indígenas no legislativo.

A jurisprudência sobre povos indígenas teve que ser lida atendendo o que os mesmos juízes definiram como seu papel histórico com relação ao tema, no qual por meio de veredictos sem antecedentes vão definindo a retórica fundadora do que eles chamam a: *construção de um novo Estado “multicultural” e “pluriétnico”*. Os juízes constitucionais se adjudicaram o papel de preencher de sentido prático as disposições constitucionais que não têm possibilidades de desenvolvimento político no Congresso pos-constituente, ou pelo menos não no sentido que eles consideram conseqüentes com “o espírito da Carta”, como é o caso concreto do tema indígena⁵⁹.

Aparentemente, existe uma relação de troca entre a CC e os povos indígenas e para tal efeito aparentemente foi a função de revisão de tutela a competência da CC que mais facilitou a existência da troca. No processo de consolidação política da CC a revisão de tutela é a competência que significa o espaço com maior capital simbólico a ser explorado. Simbólico porque de fato os juízes são autônomos na suas decisões, a jurisprudência da Corte não é vinculante e a aplicação direta das normas constitucionais

59 Mesmo com a existência de críticas sobre o conteúdo da decisão, importantes doutrinantes jurídicos admiram a cuidadosa elaboração desta decisão. Ver. BONILLA, Daniel “los derechos fundamentales e la diferencia cultural. Análisis del caso colombiano” e BOTERO, Catalina “Multiculturalismo y derechos de los pueblos indígenas en la jurisprudência de la Corte Constitucional. FLACSO Primer Encuentro Ecuatoriano de Aantropologia Jur[ídica y Pluralismo Legal. Septiembre de 2003.

não é nem comum, nem sempre possível, devido a mesma natureza programática dos dispositivos constitucionais.

Ao fato da possibilidade da CC revisar as tutelas que considerasse convenientes, se soma o capital político do tema indígena, na medida em que este é uma quebra radical do paradigma anterior de Estado–Nação, e traz com sigilo um novo paradigma de Estado sintetizado nos conceitos de “Estado multicultural e nação pluriétnica”, que apesar de que ninguém sabe com certeza o que implica⁶⁰, mas que mesmo assim, representa o abandono de um modelo de Estado-Nação que tinha demonstrado seu fracasso na sociedade colombiana para finais do século XX (Botero,2004:13).

Resumindo, para a CC não existia melhor cenário conceitual e metodológico para expressar e enfatizar suas diferenças com o poder judiciário tradicional que os direitos indígenas, o qual não só era um tema inovador, sem antecedentes jurisprudenciais, senão também tinha todo o valor simbólico da imagem pluralista que os indígenas lhe outorgaram a ANC no ano de 1991. A ação de tutela foi o instrumento perfeito para reforçar sua hierarquia funcional e a possibilidade autônoma de revisão foi cuidadosamente exercida para escolher decisões que passaram pelas outras cortes superiores, em temas com grandes impactos mediático como o caso dos Arhuacos evangélicos que em nada modificou a decisão judicial da CSJ, mas enviou a clara mensagem de uma Corte renovadora ao colocar na mídia a imagem do magistrado falando com autoridade indígena no resguardo.

60 **Para uma introdução a teoria multiculturalista ver:** KYMLINCKA, Will. 1999. *Ciudadanía Multicultural. Una Teoría liberal de los derechos de las minorías*. Editorial Paidós, Barcelona; **KYMLINCKA**, Will. 2003. *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Editorial Paidós, Barcelona; **TAYLOR**, Charles. 1999. *Multiculturalismo. Examinando las políticas del reconocimiento*. Editorial Trota, Madrid. **E para uma introdução a crítica da teoria multiculturalista ver:** **ZIZEC, Slavoj** . 1998. *Multiculturalismo o la lógica cultural del capitalismo multinacional*. Pp. 137-188. In: JAMESON, Federic y Slavoj ZIZEC (eds). *Estudios Culturales. Reflexiones sobre el multiculturalismo*. Paidós, Barcelona; **WADE, Peter**. 2004. *Los guardianes del poder: biodiversidad y multiculturalidad en Colombia*. Pp. 249-269. In: RESTREPO, Eduardo y Axel ROJAS (eds.). *Conflicto e invisibilidad. Retos en los estudios de la gente negra en Colombia*. Universidad del Cauca, Popayan; **FRASER, Nancy**. 1997. *La justicia social en la época de la política de la identidad. Redistribución, reconocimiento y participación*. In: *Estudios Ocasionales, Centro de Estudios Sócio Jurídicos (CIJUS)*. Pp. 9-29. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá; **WADE, Peter**. 1997. *Gente Negra, Nación Mestiza. Dinámicas de las identidades raciales en Colombia*. Ediciones Uniandes, Siglo de Hombre Editores. Bogotá; **ZAMBRANO V. Carlos**. 2004. *La Nación em transición. Dinámicas Sociopolíticas del Reconocimiento de la Diversidad*. In: AROCHA Jaime. (Compilador). *Utopía para los Excluidos. El Multiculturalismo em Africa y América Latina*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, Colombia, 2004; **ZAMBRANO V. Carlos**. 2003. *Nación y Pueblos Indígenas en Transición. Etnopolítica radical y Fenómenos Politoculturales Emergentes em América Latina*. In: ZAMBRANO V. Carlos (Editor). *Etnopolíticas y Racismo. Conflictividad y Desafíos interculturales em América Latina*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, Colombia, 2003.

Para os povos indígenas, no evidente contexto de debilidade política em que estão, teria sido impossível a aplicação e desenvolvimento de direitos como a JEI sem o apoio da CC. É justo reconhecer o papel da Corte no processo de consolidação da propriedade indígena de seus territórios e a defesa de seus recursos naturais, ao criar a ficção jurídica dos povos indígenas como sujeitos coletivos de direitos fundamentais. Os ganhos da troca para os povos indígenas não significam que o impasse político destes no Congresso tenha terminado e que não falte a implementação de direitos fundamentais como os relativos ao funcionamento das ETIs e o traslado de recursos públicos às autoridades indígenas, entre outros.

Aparentemente a relação dos povos indígenas com o Estado colombiano esta evidentemente intermediada pela produção jurisprudência da CC, a qual até o momento tem se manifestado a implementação integral dos direitos diferenciados reconhecidos a estes povos. Não obstante o anterior, é necessário questionar o conteúdo democrático e a sustentabilidade dos avanços, devido a que o direito falado, no qual são manifestados, é altamente instável e arbitrário, a mudança de alguns poucos ministros pode modificar totalmente o entendimento e podem até ver voltar a traz os ganhos conceituais dos primeiros anos da CC sobre os direitos dos povos, sem estes últimos contar com outra instancia nacional para se contrapor as interpretações da Suprema Corte. Por isto, sem querer desconhecer os avanços conceituais da jurisprudência colombiana, é bom lembrar que estes não são definitivos e que a luta pela institucionalização e adequada implementação dos direitos diferenciados dos povos indígenas deve continuar, sem conseguir sentir-se satisfeita com os dispositivos constitucionais que não são mais que texto sujeito de interpretação judicial ao interior de um campo de poder onde os juízes como os demais agentes lutam por definir a interpretação mais legítima para se.

Não era possível terminar este capítulo, sem antes reconhecer o papel importante que a ação de tutela teve literalmente como moeda de troca. Construída por ambos atores, a tutela foi ganhando valor de troca na medida em que os dois outorgaram confiança na utilização da mesma. A CC abriu a oferta jurídica criando as possibilidades processuais para permitir o acesso dos povos como dos indivíduos indígenas a esta ação de natureza pública, informal e gratuita, ao mesmo tempo que os povos indígenas ganhavam confiança no poder desta ação para reivindicar a implementação dos direitos conquistados na Constituição. Hoje a tutela é a moeda mais consolidada do mercado de acesso a justiça para os povos indígenas.

Finalmente, mesmo sem a pretensão de compreender a produção jurisprudencial sobre os direitos diferenciados dos povos indígenas na CC, é plausível propor para sua análise a dimensão simbólica da relação entre os dois atores sociais a partir de uma compreensão da lógica do campo jurídico e do direito como produção cultural.

Considerações conclusivas

O verdadeiro limbo dos direitos indígenas: entre o reconhecimento formal e a inaplicação.

Diante do congelamento político das leis que deviam regulamentar o conteúdo específico dos dispositivos constitucionais sobre povos indígenas no Brasil e na Colômbia, as Supremas Cortes Constitucionais (SCC), como interpretes oficiais das Cartas, têm uma ampla possibilidade de interpretação sobre os desdobramentos concretos que destas declarações programáticas têm para o Estado e o governo de ambos países. Tanto uns como os outros se perguntam pelo alcance do conteúdo concreto que significa a obrigação exigível aos Estados brasileiro e colombiano de implementar direitos diferenciados para os grupos e pessoas identificadas como indígenas, dentro e fora de seus territórios tradicionais, sem que isto signifique abrir mão do controle destas populações, seus territórios e recursos naturais.

A persistente ambigüidade nos dispositivos constitucionais sobre direitos indígenas e a ausência de regulamentações infra constitucionais sobre o tema têm sido um amplo espaço de liberdade política para a manejo administrativo e judicial do tema em ambos países. O que evidencia esta situação, tanto na Colômbia como no Brasil, é a perda de poder político e capital simbólico dos povos indígenas após as mudanças constitucionais para conseguir diminuir a ambigüidade e efetivar as normas no campo político e burocrático dos governos posteriores as reformas constitucionais. O mencionado impasse se evidencia na Colômbia, diante das dificuldades dos povos indígenas para conseguir as maiorias qualificadas necessárias para a aprovação das lei específicas sobre direitos indígenas como aquela que cria as ETIs, e no Brasil com a aprovação do *Estatuto dos Povos indígenas*, que está em tramitação no Congresso brasileiro já faz mais de 13 anos. Desta forma, os direitos diferenciados para povos indígenas e outras minorias étnicas, que foram recebidos com tantas expectativas nas mudanças constitucionais estão hoje no limbo, literalmente entre o reconhecimento formal, que confunde o sentido das reivindicações, e a inaplicação material, que mantém a sensação de injustiça e insatisfação dos povos e sua relação com o Estado.

Nos dados apresentados ficou claro como a jurisprudência constitucional tem um espaço suficientemente amplo para ser conservadora ou inovadora na interpretação que faz do texto constitucional, o qual está aparentemente influenciado por uma combinação de elementos internos e externos ao campo jurídico que se combinam no exercício de um poder que é ao mesmo tempo regulamentado e autônomo, produto tanto “*da própria estrutura do campo*”, como “*da relação entre o campo jurídico e o campo de poder*”.

Entre as principais conclusões e hipóteses construídas na pesquisa merecem destaque as seguintes: as interpretações jurídicas do STF e da CC sobre direitos indígenas são diametralmente diferentes em conteúdo e método. Enquanto, aparentemente o STF não outorga muita importância a mudança constitucional referente a relação dos povos indígenas com o Estado brasileiro, reproduzindo na suas decisões o paradigma assimilacionista e usando insistentemente as categorias jurídicas deste; na Colômbia a CC inovou sobre conceitos, métodos e instrumentos processuais relativos aos dispositivos constitucionais sobre povos indígenas, o que aparentemente lhe deu uma eficácia material a mudança constitucional de 1991 no referente a estes povos. Na Colômbia, a produção da CC aparentemente esteve mais influenciada pela própria estrutura interna do campo jurídico, diferentemente do caso brasileiro em que o STF parece mais influenciado na suas decisões pelas relações entre o campo jurídico e os demais campos do poder. Para terminar, tanto na Colômbia como no Brasil não foi possível identificar, a partir do papel do Poder Judiciário representado nas SCC, um caminho para a consolidação das conquistas constitucionais dos direitos diferenciados dos povos indígenas. Na Colômbia, apesar da produção de inovações do *direito falado*, os avanços não deixam de ser efêmeros no contexto de produção cultural do campo jurídico, estando, ao igual que no Brasil, sujeitos ao exercício do *poder soberano do juiz*, que como todo poder absoluto, é imprevisível.

As respostas da CC e do STF aos desafios mencionados são diferentes em conteúdo e método. Enquanto a primeira insiste em vincular os direitos dos povos indígenas a eficácia da mudança constitucional de 1991, produzindo conceitos abrangentes das dimensões coletivas e individuais dos dispositivos relativos aos povos e seus membros, o STF reproduz uma jurisprudência que escassamente reconhece as mudanças constitucionais sobre o tema indígena, e pelo contrario insiste na operatividade de categorias jurídicas do paradigma assimilacionista, em teoria

abandonado pela mudança constitucional de 1988, sendo o *direito falado* produzido por estes juízes diferente ao direito escrito contido nas disposições constitucionais.

A generosa oferta judicial da CC colombiana com relação aos povos indígenas é explicada em parte importante por sua posição dentro das relações objetivas do campo jurídico como um agente institucional *novo*. É através dos direitos indígenas que ela reafirma sua credibilidade no campo jurídico e no macrocosmos social do qual faz parte.

Essa situação é totalmente contrária no Brasil, onde o STF não é visto como um símbolo da redemocratização acontecida com a CF de 1988, mas como sinônimo de uma tradição anterior a própria República. Essa condição de agente institucional consolidado no campo jurídico também se expressa na maneira em que se resiste à introdução de novos problemas e novas categorias jurídicas, como as que implica o direito referente aos povos indígenas, e em geral às minorias étnicas, que em última instância deveria implicar uma redefinição da interpretação deste Tribunal sobre a própria natureza do Estado brasileiro.

Nesse sentido o trabalho comparativo demonstrou como dois campos jurídicos diferentes podem, a partir de dispositivos de direito escrito muito similares, ter comportamentos e produções tão diferentes como as evidenciadas entre a jurisprudência *indigenista* do STF no Brasil e a jurisprudência sobre direitos diferenciados dos povos indígenas da CC da Colômbia. As radicais diferenças entre as duas cortes evidenciam, entre outras coisas, a inevitável arbitrariedade do direito falado para cada uma delas produzido. A anterior comprovação é uma mensagem clara para os povos indígenas de ambos os países para não confiar nos dispositivos escritos nas constituições como o começo e fim da luta pela redefinição da relação dos povos indígenas com o Estado, porque poderes soberanos como o dos juízes constitucionais vão diariamente reinterpretar o conteúdo e alcance de seus direitos, sendo estes sempre objeto de discrepância e disputa pela mais *legítima* das suas interpretações. Possivelmente, será na implementação concreta que os povos vão superar as disputas discursivas do direito e não dentro do campo jurídico concorrendo por capital simbólico com todos os agentes da área.

O anterior são anotações conclusivas no referente a contingência de cada caso analisado, mas o que ficou evidente sobre a natureza comum da lógica jurídica compartilhada por ambos países foi o que chamamos da produção do *direito falado* através do *poder soberano do juiz*. Nas decisões analisadas foi possível observar a

impressionante faculdade *legal*, e por isso mesmo *legítima*, que tem o juiz para criar direito, ainda fora das regras formais da sua produção. Na identificação de pequenas fugas da lógica jurídica foi observar tanto na Colômbia como no Brasil momentos de decisão discricionária onde os juízes tinham a liberdade suficiente para exercer seu poder sempre que fosse *necessário*, tanto para o funcionamento do campo (como é o caso da discricionabilidade dos magistrados da CC para selecionar os casos objeto de revisão neste tribunal), como para a manutenção da ordem (como é o caso da liberdade para decidir sobre a suspensão de liminares referentes a atos do Poder Executivo na identificação e delimitação de terras indígenas no STF), evidenciando neste instrumento uma poderosa ferramenta de regulação de relações entre o campo jurídico e o campo do poder.

No referente especificamente aos dispositivos constitucionais sobre povos indígenas é possível identificar estes como uma matéria que favorece a inovação e ajuste do campo jurídico, que é, em certa forma, parte desse setor subversivo que Bourdieu descreve como aquele que realiza tentativas para transformar a sociedade por meio do direito. Cabe perguntar-se até que ponto o direito relativo aos direitos diferenciados dos povos indígenas pode ser parte do que Bourdieu identifica como paliativos políticos que funcionam dentro do direito como adaptadores da ordem social servindo somente para dilatar os antagonismos radicais da sociedade e evitando a renovação da ordem estabelecida.

Ainda dentro do direito indígena, as mesmas adaptações que o *direito falado* consegue fazer para atualiza-lo e sintoniza-lo com procura social, é parte da mesma função que este tem na manutenção da ordem estabelecida. Não se deve esquecer que o Direito, mesmo o mais progressista deles, é sinônimo da violência que o garante. Violência mítica que funda e conserva:

“en los comienzos todo derecho há sido privilegio del rey o de los grandes, en una palabra de los poderosos. Y eso seguirá siendo, mutatis mutandis, mientras subsista. Pues desde el punto de vista de la violencia, que es la única que puede garantizar el derecho, no existe igualdad, sino – en la mejor de las hipótesis – poderes igualmente grandes”(Benjamin, 1971: 193).

Os direitos indígenas, reinterpretados e feitos *direito falado* dos juízes constitucionais, na melhor de suas hipóteses (como supostamente é o caso colombiano, amplamente reconhecido pelo sucesso na adaptação das formas jurídicas ao direito indígena), não deixa de ser questionável nas relações de poder que este implica e na

permanente ambigüidade que reconhece ao mesmo tempo no marco da ambigüidade do direito escrito.

Ao estudar o *direito falado* produzido pelas mais altas cortes constitucionais sobre os direitos reconhecidos pelo Estado (conquistador) aos povos indígenas (conquistados), não só pelo que este fala explicitamente com relação aos vencidos, mas também pelo que implicitamente significa sobre a concepção da violência do Estado, resta a idéia de que esse direito conservador da violência oriunda da conquista, é ambigüidade pura que tenta jogar para frente as incontáveis ações violentas de revolta, não só dos povos indígena, mas de todos os grupos marginalizados e dominados, aos quais o Estado teme ter que se opor (Benjamin, 1971: 186).

O Estado pode até aceitar concessões de autonomia relativa para os povos indígenas, mas com a condição de que existam ao mesmo tempo mecanismos de *poder soberano* que permitam retomar o poder sempre que seja *necessário* para conservar a *paz*, que é a ordem da conquista. As ambigüidades das normas positivas, longe de ser leves descuidos semânticos, são a garantia da entrada e da saída do poder soberano sempre que *necessário*. (Benjamin, 1971: 195)

Na medida em que os povos indígenas, e sobretudo os indivíduos que os compõem, são uma evidencia viva que questiona a unanimidade da ordem, a relação que o Estado sempre vai propor unilateralmente só pode ser de tutela, seja de forma implícita como é a proposta do Estado Colombiano, ou de maneira explícita como continua sendo a proposta do Estado brasileiro. Essa constatação não pode ser perdida de vista na instrumentalização do Direito na luta pela sobrevivência digna dos povos.

Anexo. Dados Gerais sobre povos indígenas no Brasil e na Colômbia. **Povos indígenas do Brasil:**

Mapa povos indígenas e terras indígenas no Brasil.



http://www.socioambiental.org/intranet/conheca_o_isa/mapas_basicos/monitoramento/BRASIL-Terras-Indigenas.jpg

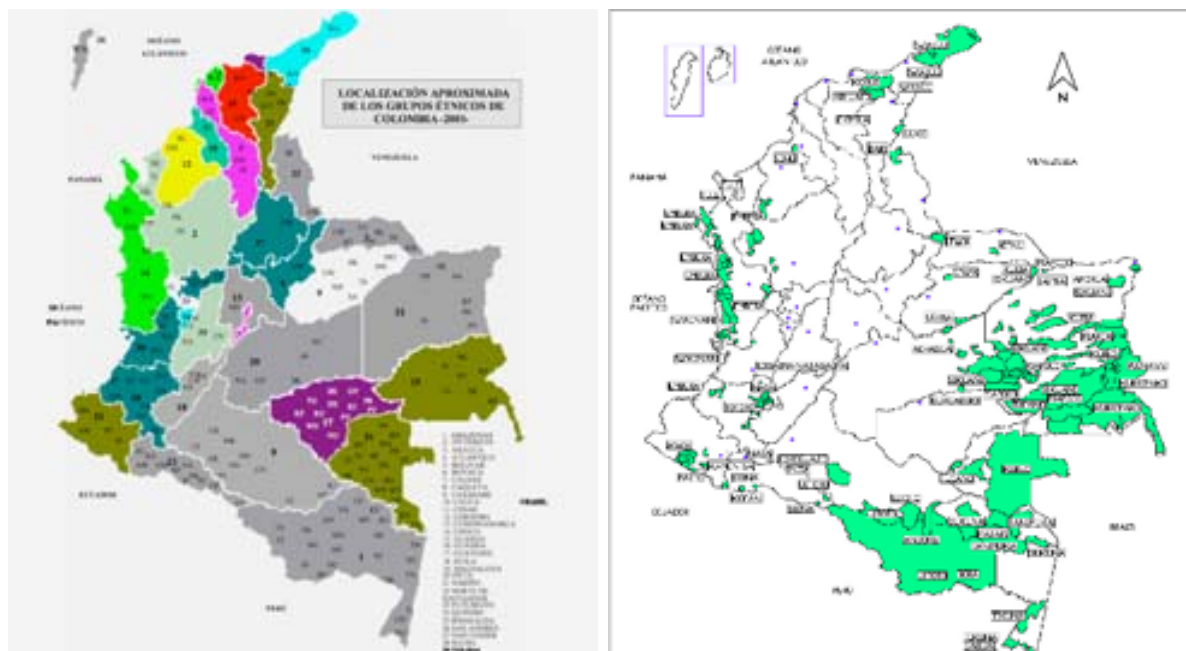
Informação Básica sobre povos indígenas e tribais no Brasil.

Povos Indígenas http://www.funai.gov.br	População indígena http://www.ibge.gov.br/ho-me/	Territórios Indígenas reconhecidos e titulados	Territórios de remanescentes quilombolas (Extensão e % do território nacional)	Terras indígenas (Extensão e % do território nacional) http://www.funai.gov.br/
Cerca de 460 mil índios, distribuídos entre 225 sociedades indígenas, que perfazem cerca de 0,25% da população brasileira segundo a Funai. Sobre diferença de dados estatísticos ver: http://www.socioambiental.org/pib/portugues/quonqua/quantossao/difest.shtm#t1 .	Indígenas: 734.127 (0,39% da população brasileira segundo o IBGE). 460 000 (0,25 % da população brasileira segundo a FUNAI⁶¹)	Terras indígenas (TI)	743 Comunidades remanescentes de quilombos. 30 milhões Hectares 3,52% Do território nacional	488 Terras Indígenas delimitadas (TI) 105.673.003 Hectares. 12,4% Do território nacional

⁶¹ Cabe esclarecer que este dado populacional considera tão-somente aqueles indígenas que vivem em aldeias, havendo estimativas de que, além destes, há entre 100 e 190 mil vivendo fora das terras indígenas, inclusive em áreas urbanas. Há também 63 referências de índios ainda não-contatados, além de existirem grupos que estão requerendo o reconhecimento de sua condição indígena junto ao órgão federal indigenista. Cabe esclarecer que este dado populacional considera tão-somente aqueles indígenas que vivem em aldeias, havendo estimativas de

Povos Indígenas da Colômbia:

Mapas Povos indígenas da Colômbia.



Informação Básica sobre povos indígenas e tribais na Colômbia.

Indígenas e grupos tribais reconhecidos na lei www.dane.gov.co	Grupos étnicos reconhecidos: Povos indígenas, afro-colombianos e Rom	Territórios Étnicos reconhecidos e titulados	Territórios Coletivos de Comunidades Negras (Extensão e % do território nacional)	Territórios indígenas Resguardos (Extensão e % do território nacional)
87 povos indígenas , 3 grupos diferenciados de população afro colombiana (Raizales de San Andrés e Providencia, a comunidade de San Bacilo de Palenque e afro colombianos que habitam as selvas tropicais do pacífico) e o povo Rom	Indígenas: 1'378.884. (3,43%). Afro-colombianos: 4.311.757. (10,24%) Rom: 4.858. (0,001% da população nacional)	Territórios coletivos de comunidades negras (TCCN) E Resguardos indígenas (RI)	132 Territórios coletivos de comunidades negras (TCCN) 4.717.269. Hectares 4,13% Do território nacional	710 Resguardos indígenas (RI) 34 milhões Hectares 29,8% Do território nacional

que, além destes, há entre 100 e 190 mil vivendo fora das terras indígenas, inclusive em áreas urbanas. Há também 63 referências de índios ainda não-contatados, além de existirem grupos que estão requerendo o reconhecimento de sua condição indígena junto ao órgão federal indigenista

Bibliografia.

AGAMBEN, Giorgio, 2002. *Homo Sacer. O Poder Soberano e a vida nua*. Editora UFMG, 2002.

_____, 2007. *Estado de Exceção*. São Paulo: Boitempo. 2da Edição. 2007.

ARANGO, Raúl e SANCHEZ, Enrique. 2004. *Los Pueblos Indígenas de Colômbia. En el umbral del nuevo milenio*. Departamento Nacional de Planeación.

BAINES, Stephen Grant. 1992. *Política Indigenista governamental e os waimiri – atroari*. Serie Antropológica 126. Universidade de Brasília, UnB.

_____. 1997. *Tendências recentes na política indigenista no Brasil, na Austrália e no Canadá*. Serie Antropológica 224. Universidade de Brasília, UnB, 1997.

BARBOSA, Marco Antonio. 2001. *Direito Antropológico e Terras Indígenas no Brasil*. São Paulo Ed, Plêiade: Fapesp.

BARRETO, Henyo. 2005. *Disciplinando a diversidade cultural: uma perspectiva antropológica sobre a portaria 14* In: LIMA, Antonio & Barreto Henyo (org). *Antropologia e Identificação: os antropólogos e a definição de terras indígenas no Brasil, 1977-2002*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/ LACED/ CNPq/FAPERJ/IIEB.p 119-134.

BENJAMIN, Walter. 1971. *Para la Critica de la Violencia*. In: Angelus Novus. Edhasa, 1971. P-p: 171-199.

BOAS, Franz. 2005. *Os objetivos da pesquisa antropológica, 1932*. As limitações do método comparativo da antropologia, 1896. In CASTRO, Celso (org). *Antropologia cultural*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed, 2005.

BOBBIO, Norberto, 1995. *O positivismo jurídico como ideologia do Direito*. In: O Positivismo Jurídico. São Paulo. Ícone. 1995. P-p.223-239

BONILLA, Daniel. *La Ciudadania Multicultural y la política del Reconocimiento*. 1999. Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho, Estudios Ocasionales CIJUS. Bogotá.

_____. 2003. *Los Derechos Fundamentales y la Diferencia Cultural. Analisis del caso Colombiano*. In: Los Derechos Fundamentales. Universidad de Palermo, Buenos Aires. <http://islandia.law.yale.edu/sela/sbonilla.pdf>

BOTERO, Catalina. 2004. *Multiculturalismo y Derechos de los Pueblos indígenas en la Jurisprudência de la Corte Constitucional*. http://www.djs.org.co/pdf/libros/cb_multiculturalismo.pdf

BOTERO, Felipe. 1998. *El Senado que nunca fue: la circunscripción nacional después de tres elecciones*. En Ana María Bejarano y Andrés Dávila (editores). *Elecciones y Democracia en Colombia 1997-1998*. Bogotá: Fundación Social, Departamento de

Ciencia Política, Universidad de los , Veeduría Ciudadana a la Elección Presidencial. pp. 285–235

BOURDIEU, Pierre. 2007. *O Poder Simbólico*. 10a ed – Rio de Janeiro; Bertrand Brasil.

_____, 2003. *Os Usos Sociais da Ciência*. São Paulo. Editora UNESP.

_____ e TEUBNER Gunther. 2000. *La Fuerza del Derecho*. Ediciones Uniandes. Bogotá, Colombia.

BUENA HORA, Jaime.1992. *El proceso Constituyente*. Bogotá, Tercer mundo editores.

CANOTILHO, J. J. Gomes.1998. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2 ed. 1998. p. 790-796.

CARDOSO DE OLIVEIRA, Roberto.2000. *O Trabalho do Antropólogo*. 2ª edição, Brasília: paralelo 15 & Editora da Unesp.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. 1987a. *Os Direitos do Índio. Ensaios e Documentos*. Editora Brasiliense S.A. São Paulo.

_____. 1987b. *Etnicidade: da cultura residual, mas irreductível*. In *Antropologia do Brasil: Mito, História, Etnicidade*. São Paulo:Brasiliense._____. 1992a (Org). *Historia dos índios no Brasil*. São Paulo:Companhia das Letras, pp 253-266.

_____. 1992b. (org). *Legislação indigenista no século XIX: Uma Compilação: 1808-1889*. Comissão Pró-índio de São Paulo. Editoria da Universidade de São Paulo (USP).

CEPEDA, Manuel Jose.2000. *La Acción de Tutela, arma del ciudadano contra la arbitrariedad*. In: BLAQUER, Jean- Michel e Gros, Christin. *Las Dos Colombias*. Grupo Editorial Norma. P-p:143-160.

CLAVERO, Bartolome.1994. *Derecho Indígena y Cultura Constitucional em América*. Ciudad de Mexico, Siglo XXI editores.

DUGAS, John .1993: *La Constitución de 1991: ¿Un Pacto Político Viable?* Departamento de Ciencia Política,Universidad de Los Andes. Fondo Editorial CEREC, 1993.

DWORKIN, Ronald. 1997. *Como el Derecho se parece a la Literatura*. In: HART, H.L.A, DWORKIN, Ronald. 1997. *La Decisión Judicial*. Siglo del Hombre Editores. Bogotá. P-p: 143-177.

ESCOBAR, Arturo, DAGNINO Evelina y ALVAREZ Sonia. 2000. *Introdução. O cultural e o político nos movimentos sociais latino-americanos*. In: ESCOBAR, Arturo, DAGNINO Evelina y ALVAREZ Sonia (org.). *Cultura e Política nos movimentos sociais latino-americanos*. Editora Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2000.

FAJARDO, Raquel. Z. Y.1999. *Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países Andinos*. In: Justicia penal e comunidades indígenas. N. 4 año 1999. pp 129-140.

FALCÃO, Joaquim.2008. *A Pauta do Supremo*. Pagina editorial da Folha de São Paulo, domingo, 27 de janeiro de 2008. P A3.

FAUSTO, Carlos. 1988. Modernização e Clientelismo: política indigenista o caso das terras indígenas. Boletim da ABA, 28:9-10.

GARCIA, Mauricio e UPRIMY Rodrigo. 2004. *Corte Constitutional y Emancipação social en Colombia*” en SOUSA SANTOS Boaventura. “Emancipación Social y Violencia en Colombia.” Grupo Editorial Norma. Bogotá, 2004.

GEERTZ, Clifford. 1997. *O Saber Local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. Editora Vozes. Petrópolis, Rio de Janeiro.

GONÇALVES, Wagner.1993. *Natureza Jurídica das comunidades indígenas*. Direito Público e Direito Privado. Novo Estatuto do Índio. Implicações. In *Os Direitos Indígenas e a Constituição*. NDI Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor. Brasília 1993. P-p 241-250.

GRACIE, Ellen. 2007. Discurso de abertura do Ano-judiciário de 2007. www.stf.gov.br

_____. 2007. Discurso de abertura do ano legislativo diante do Congresso Nacional Fevereiro de 2007. www.stf.gov.br

GROS, Christian.2004. *Cuál Autonomia para los Pueblos indígenas de América Latina*>. In. AROCHA Jaime. (Compilador). *Utopia para los Excluidos. El Multiculturalismo em Africa y América Latina*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, Colombia, 2004.P-p: 205-230.

_____. 2000. *Um Ajuste com Rostro Indígena*. In: BLAQUER, Jean- Michel e Gros, Christian. *Las Dos Colombias*. Grupo Editorial Norma. P-p: 323-358.

_____. 2000. Proyecto Etnico y Ciudadania em America Latina. Políticas de la Etnicidad: identidad, Estado y modernidad. Instituto Colombiano de Antropologia e História. Bogotá, Colombia.P-p: 117-126.

_____.1993. In: *Derechos Indígenas y Nueva Constitución em Colombia*. In: Analisis Político, Num. 19, mayo-agosto 1993. P-p: 53-60.

KENNEDY, Duncan. 1999. *Libertad e Restricción en la decisión judicial*. Colección Nuevo Pensamiento Jurídico. Editores, siglo del Hombre/ Uniandes, Bogotá.

KYMLINCKA, Will.1999. *Ciudadania Multicultural. Una Teoria liberal de los derechos de las minorias*. Editorial Paidós, Barcelona.

_____.2003. *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Editorial Paidós, Barcelona.

LIMA, Antonio Carlos de Souza. 1991. *Militares, Índios e Fronteiras políticas*. In: PHILIPPE, Lena, e outros (org). *Amazônia a fronteira agrícola 20 anos depois*. 1ª Ed. Belém: Museu Paraense Emilio Goeldi. Pp 59-82.

LOPEZ, Diego. 2004. *Teoría Impura del Derecho*. Legis Editores. Bogotá.

_____.2000. *El Derecho de los Jueces*. Ediciones Legis. Bogotá.

_____.2000. *La Interpretación de las sentencias constitucionales*. In: Revista Tutela. Ediciones Legis. Bogotá, Marzo 2000.

In: Revista de Derecho Publico, No 15 de 2003, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Bogotá Colômbia.

MARIZ, Luciano. 1993. *Comunidades e Organizações indígenas. Natureza jurídica, legitimidade processual e outros aspectos jurídicos*. In *Os Direitos Indígenas e a Constituição*. NDI Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor. Brasília. P-p 251-293

MELLO de, Celso. 2007. Notas sobre o Supremo Tribunal Federal. Coordenadoria de divulgação de jurisprudência. Brasília, 2007. www.stf.gov.br

OLIVEIRA Fº, João Pacheco de.1985. *Contexto e horizonte ideológico. Reflexões sobre o Estatuto do Índio*. In: Dos SANTOS, Silvio Coelho, WERNER Dennis, BLOEMER, Neusa sens e NACKE Aneliese (org). *Sociedades Indígenas e o Direito. Uma questão de direitos humanos*. Editora da UFSC, Co Edição CNPq. Florianópolis.

_____. 1987 (org) *Sociedades Indígenas e Indigenismo no Brasil*. UFRJ. Editora Marco Zero. Rio de Janeiro.

_____. 1990. *Segurança das Fronteiras e o novo Indigenismo: Formas e Linhagem do Projeto Calha Norte*. In *Antropologia e Indigenismo*. No 1 Novembro de 1990. Editoria UFRJ. PETI- Museu Nacional. Pag 15 -46.

_____. 1999. *A Viagem da volta: etnicidade, política e reelaboração cultural no nordeste indígena*. Rio de Janeiro: Contra Capa. P p: 13-42.

_____. 2002 *Ação indigenista e utopia milenarista. As múltiplas faces de um processo de territorialização entre os Ticuna*. In: ALBERT, Bruce & RAMOS, Alcida (org) *Pacificando o Branco: Cosmologia do contato no Norte-Amazônico*. São Paulo: Editora Unesp/Imprensa Oficial do Estado. Pp 277 – 309.

PETERS, Guy. 1998. *Comparative Politics: Theory: Theory and Methods*. New York: New York University Press.

POUTIGNAT, P & STREIFF-FENART, J. 1998. *Teorias da Etnicidade*, São Paulo: Editora Unesp.

RAMOS, Alcida. 1988. “*Uma Crítica da desrazão indigenista*”. Serie Antropologica 243. DAN, UnB. Brasília.

RAMOS, Tavares André. 1998. “*Tribunal e Jurisdição Constitucional*”. Celso Bastos, Editor 1998. Instituto Brasileiro de direito constitucional. P.34-66.

REGO, do Gondim André. 2007. “*O Trabalho do Antropologo no Ministério Publico Federal*”. DAN, Universidade de Brasília.

RIBEIRO, Darcy. 1970. *Os índios e a civilização: A integração das populações indígenas no Brasil moderno*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

RICARDO, Carlos Alberto. 2000. Instituto Socioambiental (ISA), “*Povos Indígenas No Brasil 1996-2000*”, Carlos Alberto Ricardo (Editor) São Paulo.

_____. 1991. *Quem fala em nome dos índios?*. In: Povos Indígenas do Brasil: 1987/88/89/90. Carlos Alberto Ricardo (Editor) São Paulo, CEDI. Pp 69-72.

_____. 1996. *Quem fala em nome dos índios? II*. In: Povos Indígenas do Brasil: 1991-1995. Carlos Alberto Ricardo (Editor) São Paulo, ISA. Pp 90-94.

ROJAS, Biviany. 2001. *El Ordenamiento Territorial Indígena em la Constitución Política de 1991. Um analisis de diseño institucional*. Monografia de grado para la obtención del título de Politóloga en el Departamento de Ciencia Política de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Los Andes, Bogotá. Colombia.

_____. e VALLE Raul Silva Telles do. 2005. *Brasil e Colômbia: resultados diferentes para realidades semelhantes*. In RICARDO, Beto; RICARDO Fany (Ed) Povos Indígenas do Brasil: 2001-2005. São Paulo Instituto Socioambiental.

ROLDAN ORTEGA, ROQUE. 2000. “*Pueblos indígenas y leyes en Colombia: Aproximación crítica al estudio de su pasado y su presente.*” Bogotá : COAMA; OIT; Comunidad Europea.

ROZO, Eduardo. 2006. *Las garantías constitucionales em el derecho público de América Latina*. Universida Externado de Colombia. P 181-260.

SANTILLI Juliana. 2005. *Socioambientalismo E Novos Direitos. Proteção Jurídica A Diversidade Biológica E Cultural*. Instituto Internacional De Educacao Do Brasil IEB, Instituto Socioambiental ISA. Editora Peirópolis. Sao Paulo, Brasil.

SANTILLI, Marcio. 2004, “*Os Índios e a Fronteira*”, ISA, Brasília.

_____. 1991. “*Os direitos indígenas na Constituição brasileira*” In: Povos Indígenas do Brasil: 1987/88/89/90. Carlos Alberto Ricardo (Editor) São Paulo, CEDI. Pp 11-14.

SANCHES, Esther. 2004. *Derechos Propios. Ejercicio legal de la jurisdicción especial indígena en Colômbia*. Instituto de Estudios del Ministério Público. Procuraduría General de la Nación , Bogotá.

SÁNCHEZ Enrique (Compilador) 1996. *Derechos De Los Pueblos Indígenas En Las Constituciones De América Latina*. Ediciones Disloque. Bogotá, Colombia.

SANTOS, Boaventura de Sousa. 2002. Los paisajes de la justicia em las sociedades contemporâneas. Em SANTOS Boaventura de Sousa y Garcia Villegas, Mauricio. *El caleidoscopio de las justicias em Colômbia*. Ediciones Uniandes. Bogotá 2002. p:71-92

SANTOS Dos, Silvio Coelho, WERNER Dennis, BLOEMER, Neusa sens e NACKE Aneliese (org). 1985. *Sociedades Indígenas e o Direito. Uma questão de direitos humanos*. Editora da UFSC, Co Edição CNPq. Florianópolis. 1985.

SCHEPPELE, Kim Lane. 2004. *Constitutional Ethnography: An Introduction*. University of Pennsylvania Law School. Paper 56. http://lsr.nellco.org_upenn_wps_papers_56

SILVA, Cristhian. 2005. *Identificação étnica, territorialização e fronteiras: a perenidade das identidades indígenas como objeto de investigação antropológica e a ação indigenista*. Revista de Estudos e Pesquisas. Brasília: FUNAI: CGEP/CGDOC, v.2, n.1 Julho 2005. Págs 113- 140.

_____. 2005. *Campo Minado: considerações sobre o poder e a antropologia na identificação e delimitação de terras indígenas*. In: LIMA, Antonio & Barreto Henyo (org). *Antropologia e Identificação: os antropólogos e a definição de terras indígenas no Brasil, 1977-2002*. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/ LACED/ CNPq/FAPERJ/IIEB, 2005. Págs. 249 -262.

_____. 2002a. *Reelaboração da etnologia nos sertões indígenas*. Anuário Antropológico /99 Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.

_____. 2002b. *Borges, Belino e Bento: a fala ritual entre os tapuios de Goiás*. São Paulo: Annablume.

SILVA, José Alfonso. 2002. “*Curso de direito constitucional positivo*”, 21. ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores. p. 829-830.

SOUZA Filho, Carlos Frederico Marés De. 1992. *Textos Clásicos Sobre O Direito E Os Povos Indígenas*. Juruá Editora, Curitiba, Brasil.

_____. 1999. *O Renacer dos Povos Indígenas para o Direito*. 1ª ed., 2ª /Curitiba: Juruá.

STAVENHAGEN, Rodolfo. 2003. *Los Derechos Indígenas. Algunos Problemas Conceptuales*. In: ZAMBRANO V. Carlos. *Etnopolíticas y Racismo. Conflictividad y desafíos interculturales em América Latina*. Universidad Nacional de Colombia. P-p:163-186.

TESSLER, Marga Inge Barth. 2004. *O juiz e a tutela da cultura indígena*. Em Revista do Tribunal Regional Federal: 4 Região. v 15, n.52, p. 51-70,.

VALLE do, Raul. 2007. *Mineração e hidrelétricas em terras indígenas*. In: Revista Proposta No. 114 – Out/Dez 2007. P -p. 60-71.

VIEGA, Aurelio V.1993. *Os Direitos Constitucionais dos índios nas faixas de fronteira*. In Os Direitos Indígenas e a Constituição. NDI Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Antonio Fabris Editor. Brasília. P-p 51-64.

VIECO Juan José, FRANKY Carlos Eduardo y ECHEVERRI Juan Álvaro. 2000. *“Territorialidad Indígena y Ordenamiento Territorial en la Amazonía”*. Universidad Nacional de Colombia, sede Leticia, Instituto Amazónico de Investigaciones – UN y Programa COAMA. Bogotá, Colombia.

WOORTMANN, Klaas. 1997. *O selvagem e a história*. Série Antropologia No 227. Brasília: DAN/UnB.

YAMADA, Erika M.2006. *“Análise jurídica da demarcação administrativa das terras indígenas no Brasil”* FUNAI. Procuradoria Jurídica. Consultoria janeiro-junho 2006. disponível em www.funai.gov.br

ZAMBRANO V. Carlos. 2004. *La Nación en transición. Dinámicas Sociopolíticas del Reconocimiento de la Diversidad*. In: AROCHA Jaime. (Compilador). *Utopía para los Excluidos. El Multiculturalismo en África y América Latina*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, Colombia, 2004.

_____. 2003. *Nación y Pueblos Indígenas en Transición. Etnopolítica radical y Fenómenos Politoculturales Emergentes en América Latina*. In: ZAMBRANO V. Carlos (Editor). *Etnopolíticas y Racismo. Conflictividad y Desafíos interculturales en América Latina*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, Colombia, 2003.

Páginas Web consultadas.

Sobre Brasil

Supremo Tribunal Federal. www.stf.gov.br

Fundação Nacional do índio – FUNAI – (www.funai.gov.br)

Instituto Socioambiental www.socioambiental.org

Sobre Colômbia

Corte Constitucional. www.constitucional.gov.co

Presidencia de la Republica: www.presidencia.gov.co

Ministerio del Interior y de Justicia. www.mininterior.gov.co

Senado de la republica. www.secretariasenado.gov.co

Consejo Superior de la Judicatura. www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/index.jsp

Consejo Superior de la Judicatura Jurisprudência especial indígena. www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/jsp/frames/index.jsp?idsitio=6&idseccion=1248

Instituto Latinoamericano de Servicios Legales alternativos. www.ilsa.org.co

Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana www.opiac.org

http://www.ramajudicial.gov.co/csj_portal/index.jsp

Direcciones de interés geral.

Centro de Documentación, Investigación e Información de los Pueblos Indígenas (www.docip.org)

Centro por los Derechos de los Pueblos Indígenas de Meso y Sudamérica (SAIIC) (saic.nativeweb.org/indexspan.html)

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (www.cidh.org).

Editorial Abya-Yala (www.abayala.org/main_cc.htm)

Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe. (www.fondoindigena.org)

Indian Law Resource Center (www.indianlaw.org/default.htm)

Instituto Indigenista Interamericano (III) www.indigenista.org