

DIREITOS EM CONFLITO

MOVIMENTOS SOCIAIS, RESISTÊNCIA E CASOS JUDICIALIZADOS

JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL • ADRIANA ESPÍNDOLA CORRÊA
ANDERSON MARCOS DOS SANTOS • EDUARDO FARIA SILVA
(ORGANIZADORES)

ARTIGOS E ENSAIOS • VOLUME 2

DIREITOS EM CONFLITO

MOVIMENTOS SOCIAIS, RESISTÊNCIA E CASOS JUDICIALIZADOS

ARTIGOS E ENSAIOS • VOLUME 2



CONSELHO EDITORIAL

Bárbara Maisonnave Arisi – UNILA
José Juliano de Carvalho Filho – USP
Laymert Garcia Santos – UNICAMP
Liana Maria da Frota Carleial – UFPR
Pedro Rodolfo Bodê de Moraes – UFPR
Rodrigo Xavier Leonardo – UFPR
Vera Karam de Chueri – UFPR
Véra Maria Jacob de Fradera – UFRGS

DIREITOS EM CONFLITO

MOVIMENTOS SOCIAIS, RESISTÊNCIA E CASOS JUDICIALIZADOS

JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL • ADRIANA ESPÍNDOLA CORRÊA
ANDERSON MARCOS DOS SANTOS • EDUARDO FARIA SILVA
(ORGANIZADORES)

ARTIGOS E ENSAIOS • VOLUME 2

PROJETO DE PESQUISA:
DIREITO, PROPRIEDADE E CONFLITOS: ESTUDO DE CASOS JUDICIALIZADOS

Assistente de Pesquisa e Organização:
Kellyana Bezerra de Lima Veloso e Carolina da Silva Crozeta

Tradução em inglês:
3BS MULTISERVICES LTDA - ME
Revisão da língua inglesa:
Marilda Teresa de Oliveira Ehlke

Depósito legal junto à Biblioteca Nacional, conforme Lei nº 10.994 de 14 de dezembro de 2004

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Bibliotecária responsável: Luzia Glinski Kintopp - CRB/9-1535
Curitiba - PR

D598 Direitos em conflito : movimentos sociais, resistência e casos judicializados : artigos e ensaios - v.2 = Conflicting rights : social movements, resistance and case law : articles and essays - v.2 / Organização de José Antônio Peres Gediel ... [et al.]. — Curitiba : Kairós Edições, 2015.
340 p. ; 23 cm.

Vários autores
Texto também em Inglês
ISBN 978-85-63806-32-1

1. Direito. 2. Propriedade. 3. Movimentos sociais. I. Gediel, José Antônio Peres. II. Corrêa, Adriana Espíndola. III. Santos, Anderson Marcos dos. IV. Silva, Eduardo Faria. V. Título.

CDD: 342.12

IMPRESSO NO BRASIL/PRINTED IN BRAZIL



Coordenação Editorial

Antônia Schwinden

Assistente de Edição

Thaíssa Falcão

Projeto Gráfico e Capa

Glauce Midori Nakamura

Editoração Eletrônica

Ivonete Chula dos Santos

APRESENTAÇÃO

A presente publicação é resultado de cooperação interinstitucional e de esforço teórico interdisciplinar. A Fundação Ford e a Universidade Federal do Paraná – UFPR criaram as condições para a realização da pesquisa e dos encontros de pesquisadores em torno da temática: “Direito, Propriedade e Conflitos: estudo de casos judicializados”.

A escolha do tema indica a permanência de uma conflituosidade que persiste em torno do acesso e uso da terra no Brasil e dos modos de vida de povos e comunidades tradicionais. A judicialização desses conflitos sociais torna visíveis a presença, a resistência e as estratégias de lutas de movimentos sociais dos mais variados matizes culturais, como povos indígenas, camponeses e outras comunidades tradicionais, em busca da permanência na terra e de sua sobrevivência material e cultural.

Os conflitos levados à apreciação do Poder Judiciário também reafirmam as raízes coloniais do Estado brasileiro, a negação dos direitos originários de povos e comunidades sobre a terra e as estratégias empresariais em escala global. Nas ações judiciais evidencia-se a confluência do interesse público, assim considerado pelo Estado nacional, com interesses privados nacionais e internacionais, no processo de desenvolvimento econômico, que direciona sua expansão para terras tradicionalmente ocupadas por esses povos e comunidades, em todas as regiões do Brasil.

A execução desses projetos econômicos é realizada com deslocamentos ou remoção forçada de populações tradicionais, sem ou com escasso reconhecimento de seus direitos sobre a terra e pleno desrespeito em relação aos seus modos de vida e sua possibilidade de reprodução social. Tudo isso resulta em evidentes violações de direitos fundamentais e humanos, perpetuando e renovando conflitos entre “colonizadores” e “colonizados”.

A obra ora apresentada em edição bilíngue busca captar toda a complexidade do tema e a riqueza de estudos e debates em torno de conflitos de direitos. No volume 1 constam os Relatórios das Ações Judiciais analisadas e Estudos de Casos, com caráter nitidamente jurídico e finalidade técnica, com intuito de oferecer subsídios para movimentos sociais, defensores e ativistas de direitos humanos: Caso 01: Demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol - Ação Popular Petição n.º 3388 (Anderson Marcos dos Santos) e Estudo de Caso “Raposa Serra do Sol: análise crítica dos novos (des)caminhos do STF sobre o direito indígena” (Domingos Sávio Dresch da Silveira); Caso 02: Quilombola Invernada Paiol de Telha - Ação Ordinária nº 2008.70.00.000158-3 (JFPR) e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239 (STF) (José Antônio Peres Gediel), e Estudo de Caso “A constitucionalidade do direito quilombola” (Carlos Frederico Marés de Souza Filho); Caso 03: Duplicação da Estrada de Ferro Carajás - Ação Civil

Pública n.º 26295-47.2012.4.01.3700 (Adriana Espíndola Corrêa) e Estudo de Caso “Caso da duplicação da Estrada de Ferro Carajás (Gilberto Bercovici); Caso 04: A construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte – Pará - Ação Civil Pública n.º 2006.39.03.0007-8 (Eduardo Faria Silva) e Estudo de Caso “Terra Indígena, Propriedade, Ordem Pública e Convenção 169 da OIT: Construção da Usina de Belo Monte” (Edson Damas da Silveira).

O volume 2 é composto de ensaios e estudos de caráter interdisciplinar: “El derecho a la autonomía, como derecho insurgente de pueblos y comunidades” (Jesús Antonio de la Torre Rangel); “El régimen jurídico de las tierras, la Convención 169 de la OIT y la actuación del Poder Judicial frente a los derechos del territorio” (Rosembert Ariza Santamaría); “*Novos colonialismos*: diálogos evanescentes numa fronteira em movimento?” (Alfredo Wagner Berno de Almeida); “Movimentos sociais, a luta pela terra e os caminhos da invisibilidade” (José Antônio Peres Gediel e Giovanna Bonilha Milano); “O direito territorial quilombola no *campo jurídico* colombiano e brasileiro” (Daniel Pinheiro Viegas); “Estratégias de controle territorial: confluências autoritárias entre práticas militares e empresariais” (Henri Acserald, Juliana Barros e Raquel Giffoni Pinto); “A criminalização das organizações sociais dos povos indígenas como mecanismo de fragilização da resistência, nas disputas com o modelo de desenvolvimento estatal” (Adelar Cupsinski e Rafael Modesto dos Santos); “Terras indígenas e dinâmica territorial: análise da vedação à ampliação de limites no caso Raposa Serra do Sol” (Isabela do Amaral Sales) e “A natureza como sujeito de direitos: a proteção do Rio Xingu em face da construção da UHE de Belo Monte” (Felício de Araújo Pontes e Lucivaldo Vasconcelos Barros).

A obra vem prefaciada pelo antropólogo Aurélio Vianna Junior, Assessor de Programa Sênior do Escritório do Rio de Janeiro, da Fundação Ford, com a refinada percepção de quem atua na defesa de direitos dos povos, há várias décadas.

José Antônio Peres Gediel
Curitiba, outono de 2015

PREFÁCIO

Aurélio Vianna Jr.¹

*Terras comunitárias*², no Brasil, são terras indígenas, quilombos, reservas extrativistas, reservas de desenvolvimento sustentável, projeto de assentamento agroextrativista, projeto de desenvolvimento sustentável e projeto de assentamento florestal. Isto é, terras (federais ou estaduais) que, a partir da implementação de diferentes políticas, garantem os direitos de comunidades tradicionais (indígenas, quilombolas, extrativistas, ribeirinhos) sobre a terra e outros recursos naturais, não permitindo sua alienação. A área de *terras comunitárias* oficialmente reconhecidas em todo o mundo chega, apenas em florestas, a 513 milhões de hectares³, sendo quase 160 milhões na Amazônia brasileira.

No Brasil, a partir da redemocratização em 1985, a promulgação da Constituição de 1988, a decretação de legislações complementares de acesso à terra e o estabelecimento de agências governamentais de apoio ao reconhecimento de direitos comunitários à terra e aos recursos naturais, são criadas as condições legais e institucionais para o atendimento das reivindicações de povos e comunidades tradicionais, representados por novos movimentos sociais institucionalizados, com base na afirmação de identidades étnicas, raciais e de gênero, associadas à defesa de territórios e ao uso tradicional dos recursos naturais.⁴ A partir de então acontece um notável processo de discriminação⁵ e destinação⁶ de terras públicas

1 Doutor em Antropologia Social.

2 Sobre “relação comunitária”, “sentimento de pertencer ao mesmo grupo”, “comunidades” e “utilização de florestas” e “parcelas de terra”, ver Weber (1991:26; 248-249).

3 <<http://www.wri.org/securingrights>>.

4 Como é sabido, a maior parte dessas reivindicações foi atendida pela Constituição de 1988 e reafirmada em decretos, constituições estaduais e legislação internacional, como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, da qual o Brasil é signatário.

5 “Discriminação de terras” é procedimento administrativo ou judicial (com base na Lei Federal n. 6.383/76) para separar as terras de propriedade particular das terras devolutas (públicas).

6 A destinação de terras públicas compreende o processo que começa com a discriminação das terras, quando a “terra pública devoluta” é identificada e demarcada, passando a ser considerada uma “terra pública arrecadada”. O passo subsequente é o registro em cartório pelo órgão governamental.

devolutas,⁷ com a criação de áreas protegidas – terras indígenas e unidades de conservação, assentamentos rurais, quilombos – e, ainda, com a titulação de propriedades privadas. Ao mesmo tempo em que a legislação é utilizada para a privatização de terras públicas, seja por meio da regularização fundiária, seja pela alienação de áreas devolutas,⁸ de 1988 a 2012 são reconhecidos e demarcados 158.208.888 hectares de *terras comunitárias*, áreas inalienáveis e não formalmente parceladas, sob diferentes formas comunitárias de uso e controle dos recursos naturais (terras indígenas,⁹ reservas extrativistas, reservas de desenvolvimento sustentável, federais e estaduais,¹⁰ assentamentos diferenciados sem parcelamento de lotes¹¹ e quilombos¹²).

O resultado deste formidável processo é a manutenção dessas terras fora do mercado de terras, como terras públicas de usufruto de comunidades tradicionais, por meio de decreto de homologação da demarcação de terra indígena pela concessão de direito real de uso (reserva extrativista; reserva de desenvolvimento sustentável; floresta nacional ou estadual; projeto de assentamento agroextrativista; projeto de desenvolvimento sustentável; projeto de assentamento florestal) e pela emissão de título coletivo de domínio (quilombo).

7 “Consideram-se terras devolutas as terras públicas que não foram registradas, não estão na posse do poder público e não foram a ele incorporadas. Inicialmente, o termo literal da expressão ‘devoluta’ se originou das terras que, improdutivas, eram devolvidas ao Reino de Portugal” (http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5936).

8 “Na Amazônia Legal, as terras cadastradas com a designação equivocada de ‘posse’ somam 297,9 mil imóveis. Desse total, 62,3 mil imóveis, classificados como médias e grandes propriedades, não poderiam ser legitimados de acordo com a legislação vigente. Eles ocupam uma área de 35,6 milhões de hectares. A área total da Amazônia Legal é enorme – soma 508,8 milhões de hectares. Nessa região, as terras públicas, devolutas ou não, estão sob a jurisdição da União e dos governos estaduais, e há também áreas sob domínio privado. [...] As terras declaradas pelo Incra como de domínio privado somam, na região, 180,7 milhões de hectares. Um grupo de fazendeiros que detém 135 milhões de hectares declara possuir documentos comprobatórios da propriedade sobre elas, porém outro, que detém 45,7 milhões de hectares, declara ter apenas a apropriação dessas terras, sem possuir documentos legais para tal” (OLIVEIRA, 2009).

“O programa [Terra Legal] vai atingir 436 municípios dos 9 estados que compõem a Amazônia Legal. São 67,4 milhões de hectares de terras federais com cerca de 13% da Amazônia Legal. O objetivo do programa é legalizar as cerca de 300 mil famílias até 2011” (<http://portal.mda.gov.br/terralegal.org.br/artigo.php?id=486>).

9 Disponível em: <www.socioambiental.org>, a partir de dados da Funai.

10 Disponível em: <www.socioambiental.org>, a partir de dados do ICMBio, Ibama, MMA e secretarias estaduais de Meio Ambiente (incluindo-se então terras federais e estaduais), mas não incluindo a categoria de Unidade de Conservação Área de Proteção Ambiental (APA).

11 Disponível em: <www.ipam.org.br>, a partir de dados do Incra.

12 Dados da Fundação Palmares/Incra/Seppir, disponíveis em: <<http://www.seppir.gov.br/comunidades-tradicionais/programa-brasil-quilombola>>; <<http://www.incr.gov.br/index.php/estrutura-fundiaria/quilombolas>>.

Comparando a situação atual com a de 1988, verifica-se o que talvez nenhum legislador ou visionário imaginou quando da elaboração da Constituição: nesse início de século XXI os recursos naturais sob controle comunitário não são algo residual, uma manutenção anacrônica de formas pretéritas de “propriedade” ou “posse” de terra e de uso de recursos naturais, mas, ao contrário, uma considerável parcela da Amazônia Legal (e também de todo o Brasil) está protegida do mercado de terras,¹³ com uso comunitário, e que pode atender às necessidades sociais, ambientais e de desenvolvimento do país.

Entretanto, ainda que esteja acontecendo um avanço no reconhecimento dos direitos territoriais dos povos e comunidades tradicionais no Brasil, e talvez no mundo, os desafios da manutenção dos processos de reconhecimento é enorme, já que somente na Amazônia as *terras devolutas* restantes somam mais que 70 milhões de hectares e são também disputadas por empreendimentos públicos e privados, o que tem provocado reações de setores da sociedade brasileira que pressionam pela revisão de legislação em favor dos direitos territoriais de povos e comunidades tradicionais. Além disso, o reconhecimento que separa do mercado de terras milhões de hectares, não impede a relação desses territórios com outros mercados. Com efeito, os quase 160 milhões de *terras comunitárias* hoje oficialmente reconhecidos na Amazônia servem como reserva de recursos naturais, tanto para a presente geração quanto para as futuras, possibilitando, como demandaram os movimentos sociais e formularam os legisladores, sua exploração econômica sustentável, quando submetidas às dinâmicas de reprodução social e cultural das comunidades tradicionais; mas também potencialmente servem como reserva de minerais e outros recursos naturais para empreendimentos nem sempre sustentáveis ou justos.

Esse é o contexto mais geral do Projeto de Pesquisa coordenado pelo Professor Dr. José Antônio Peres Gediél, que busca “analisar os impactos de empreendimentos de exploração de riquezas naturais em terras indígenas, tribais e tradicionalmente ocupadas, no Brasil, em outros países da América Latina, na África do Sul, Zimbábue e Moçambique, enfocando as experiências jurídicas desses povos e comunidades, do direito nacional e internacional, das cortes constitucionais e internacionais, no que diz respeito ao direito à terra e à cultura”, que ainda possibilitou a publicação desta coletânea.

Os artigos oferecem análises jurídicas e sociológicas sobre a constitucionalidade do direito quilombola; a aplicação da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho

13 Sobre o mercado de terras, assinala Almeida no trecho transcrito a seguir: “A elevação geral dos preços das commodities [...] tem levado a uma expansão simultânea de grandes empreendimentos voltados para: pecuária, sojicultura, plantio de dendê, plantio de eucalipto, exploração madeireira, além de atividades mineradoras e siderúrgicas, provocando uma devastação generalizada na Amazônia Legal. [...] Registra-se, em decorrência, um impacto desse processo de devastação sobre o mercado de terras na Amazônia” (ALMEIDA et al., 2005: 33-34).

(OIT); o direito indígena à autonomia; as estratégias empresariais de controle territorial; a ampliação de limites de terras indígenas; o interesse público na duplicação da estrada de ferro Carajás; a fronteira em movimento; a atuação do Judiciário no âmbito da Convenção 169. Os autores analisam os desafios a serem enfrentados pelas sociedades e governos dos países que lograram destinar terras públicas às comunidades tradicionais, para que possam ser mantidas como bem comum.

O presente livro, organizado pelo Professor José Gediel, certamente contribuirá para o aprofundamento da discussão da utilização dos recursos naturais das *terras comunitárias* que atualmente são objeto de disputas, respeitando-se os direitos comunitários e atendendo à legislação ambiental. O desafio da manutenção, ampliação e utilização econômica racional dos recursos naturais das *terras comunitárias* na Amazônia segue como uma das principais agendas da Amazônia no século XXI, buscando-se ao mesmo tempo atentar para a defesa dos bens comuns, para as comunidades e os interesses das gerações atual e futura de brasileiros.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, A.W.B., SHIRIASHI NETO, J. & MARTINS, C.C. 2005. **Guerra Ecológica nos Babaçuais: o Processo de Devastação dos Palmeirais, a Elevação do Preço de Commodities e o Aquecimento do Mercado de Terras na Amazônia.** São Luiz: Lithograf. pp. 33-34.

OLIVEIRA, A. U. 2009. "A Raposa e o Galinheiro". **Le Monde Diplomatique – Brasil**, ano 2, n. 20, março de 2009. São Paulo: Editora Palavra Livre; Instituto Polis.

WEBER, M. 1991. **Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva** (volume 1). Brasília: Editora Universidade de Brasília.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	5
José Antônio Peres Gediel	

PREFÁCIO	7
Aurélio Vianna Jr.	

VOLUME 2
ARTIGOS E ENSAIOS

EL DERECHO A LA AUTONOMÍA, COMO DERECHO INSURGENTE DE PUEBLOS Y COMUNIDADES.....	13
Jesús Antonio de la Torre Rangel	

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS TIERRAS, LA CONVENCIÓN 169 DE LA OIT Y LA ACTUACIÓN DEL PODER JUDICIAL FRENTE A LOS DERECHOS DEL TERRITORIO	25
Rosemberth Ariza Santamaría	

“NOVOS COLONIALISMOS”: DIÁLOGOS EVANESCENTES NUMA FRONTEIRA EM MOVIMENTO	41
Alfredo Wagner Berno de Almeida	

MOVIMENTOS SOCIAIS, A LUTA PELA TERRA E OS CAMINHOS DA INVISIBILIDADE.....	63
Giovanna Bonilha Milano, José Antônio Peres Gediel	

O DIREITO TERRITORIAL QUILOMBOLA NO CAMPO JURÍDICO COLOMBIANO E BRASILEIRO	83
Daniel Pinheiro Viegas	

ESTRATÉGIAS DE CONTROLE TERRITORIAL: CONFLUÊNCIAS AUTORITÁRIAS ENTRE PRÁTICAS MILITARES E EMPRESARIAIS	103
Henri Acsehrad, Juliana Barros, Raquel Giffoni Pinto	

A CRIMINALIZAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DOS
POVOS INDÍGENAS COMO MECANISMO DE FRAGILIZAÇÃO
DA RESISTÊNCIA, NAS DISPUTAS COM O MODELO DE
DESENVOLVIMENTO ESTATAL 119

Adelar Cupsinsk, Rafael Modesto dos Santos

TERRAS INDÍGENAS E DINÂMICA TERRITORIAL:
ANÁLISE DA VEDAÇÃO À AMPLIAÇÃO DE LIMITES
NO CASO RAPOSA SERRA DO SOL 135

Isabela do Amaral Sales

A NATUREZA COMO SUJEITO DE DIREITOS: PROTEÇÃO DO
RIO XINGU EM FACE DA CONSTRUÇÃO DA UHE DE BELO MONTE 153

Felício de Araújo Pontes, Lucivaldo Vasconcelos Barros

EL DERECHO A LA AUTONOMÍA, COMO DERECHO INSURGENTE DE PUEBLOS Y COMUNIDADES

Jesús Antonio de la Torre Rangel¹

Resumen: Este artículo analiza los procedimientos adoptados por las compañías transnacionales para la ejecución de grandes obras de infraestructura y problematiza los impactos que estos proyectos producen entre la vida y los derechos de los pueblos indígenas, en México. El artículo trae las consecuencias restrictivas a los derechos de los pueblos producido por la actuación judicial y legislativa.

Palabras claves: Autodeterminación. Derecho de autonomía. Megaproyectos en México.

INTRODUCCIÓN

“¿Por qué se condena a muerte a nuestros pueblos? ¿Por qué tanta maldad sobre nuestros hijos y nietos? ¿Por qué tanta ruindad de nuestras autoridades al dar manos libres a estas empresas que envenenarán los ríos, las aguas, los aires, las tierras de sus ancestros?” Estas palabras acompañadas de lágrimas, son del profesor Toño Camacho, del pueblo del Alpuyeca, afectado por la minera Esperanza Silver de México, ya que sus actividades ponen en peligro la zona arqueológica de Xochicalco, en el Estado de Morelos, y la actividad agropecuaria, los tejidos sociales y el agua de las comunidades indígenas de la región, como denuncia Javier Sicilia.²

Este es sólo un ejemplo de las muchas obras, que se están haciendo en México, por compañías mineras y por los denominados “megaproyectos” de diverso tipo, que afectan gravemente, sobre todo a las comunidades indígenas.

Sobre esto diré unas palabras.

1. SOBRE MINERÍA Y MEGAPROYECTOS, EN MÉXICO

Como en el resto del mundo, en México, las obras de las compañías mineras transnacionales y los megaproyectos que desarrollan grandes obras de infraestructura

1 Profesor de Derecho de la Universidad de Aguas Calientes, México.

2 Cfr. SICILIA, Javier. “Mineras y Crimen Organizado”, en **Proceso** N.º 1911, México, 16 de junio de 2013.

con el objeto de confeccionar corredores turísticos, la construcción de puertos de carga, la construcción de carreteras y la generación de energía, generan enormes ganancias de dinero a las empresas que los producen y a sus colaterales. Sin embargo, apenas genera beneficios mínimos a un sector de la población local, ya que “en numerosos casos su implementación se efectúa con elevados costos en términos de impacto ambiental y de repercusiones en el tejido social regional, así como en el desencadenamiento de espacios de conflictividad social.”³

Son los indígenas, precisamente los propietarios originarios de la tierra, de los recursos que hay en ella, y del agua, los que se ven más amenazados por las mineras y los megaproyectos energéticos. Son despojados de sus bienes, desplazados del lugar que habitan y atropellados en su dignidad. Todo esto con el agravante de que son los más pobres entre los pobres; en una situación de máxima marginalidad y muy vulnerables.

Los pueblos indígenas, en esta situación, son objeto de violación de muchos de sus derechos; el principal, el *derecho a la vida digna*, que se expresa como derecho al desarrollo⁴, y lo que lo posibilita: la tierra y el agua; además, como señala Liliana López, hay “exclusión en la decisión del proyecto, falta de consulta y participación, exclusión de los beneficios y servicios generados por los proyectos, degradación del medio y violaciones múltiples a derechos.”⁵

2. MUESTRA MÍNIMA DE ALGUNOS CASOS EN MÉXICO

A continuación refiero algunos casos de la realidad mexicana.

2.1 Violación del territorio sagrado de Wirikuta

En noviembre de 2011, el gobierno federal concesionó a la minera canadiense First Majestic Silver 6,327 (seis mil trescientos veintisiete) hectáreas del Área Natural Protegida de Wirikuta, en el municipio de Catorce, San Luis Potosí. También otorgó nuevas concesiones a la minera West Timmins Mining en el ejido Las Margaritas, dentro de la misma área natural, donde los *wixaritari* o huicholes, depositan sus ofrendas y recolectan peyote. Se trata de uno de los sitios sagrados más importantes del mundo.⁶

3 LÓPEZ, Liliana López, “Autonomía, derechos colectivos y megaproyectos”, en **Redhes** Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales N° 2, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla, Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí, Julio-Diciembre 2009, p.149.

4 Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, por parte de la Asamblea General de la ONU, en 1986.

5 LÓPEZ, *Op. Cit.* p. 150.

6 Cfr. ZAMORA, Graciela y AMBRÍZ, Rodolfo, “La Batalla por Wirikuta”, en **Proceso** 1857, México, 3 de junio de 2012, p.

Juan Pablo Delgado escribe:

“El sitio es sagrado para el pueblo huichol ya que la creación del mundo ocurrió en ese sitio según sus creencias. Es el lugar donde han peregrinado desde tiempos inmemoriales para recrear los pasos que dieran sus antepasados en la creación del mundo y del universo.

Es donde crece el corazón de los antepasados conocido como el peyote, planta sagrada representativa de la cultura huichol en torno a la cual cada año, entre cantos y danzas que penetran en la tierra y se elevan a los cielos a través de las plumas del águila, los catadores dialogan y acuerdan con los antepasados para juntos sigan construyendo la fecundidad de la tierra y permitan que en ella germine el maíz.

Wirikuta guarda en ella la propia existencia de la vida y del universo, las formas tradicionales de un pueblo, su organización, su ciclo festivo, que dan sentido y forma a la ritualidad cotidiana. Tal ritualidad, es desde la cual los huicholes conciben la vida y donde se desprenden y mantienen todas sus relaciones orgánicas como cultura. Su caminar como pueblo cobra sentido en esta relación y vínculo vivo, que mantienen con su origen y con sus antepasados.”⁷

Ante la protesta de los pueblos huicholes por el saqueo y envenenamiento de su territorio, el gobierno ha respondido con promesas incumplidas, farsas, engaños, y más concesiones a las mineras.

2.2 Los peligros de los megaproyectos en la Montaña de Guerrero

Una experiencia muy valiosa de la autonomía indígena, en los últimos años se produjo en la montaña de Guerrero, participando comunidades pertenecientes a varios pueblos: Tlapaneco, Mixteco, Nahuatl y Amuzgo.

La organización comunitaria comienza desarrollando diversos proyectos económicos, sociales y culturales; lográndose, también, mayor conciencia política y participación.

Ante un clima enorme de inseguridad en esta zona, en octubre de 1995, algunos municipios conformados por varias comunidades de estos pueblos, decidieron establecer lo que ha derivado en un Sistema Comunitario de Seguridad, Impartición de Justicia y Reeducación.

Estableciendo un sistema normativo inspirado en sus usos y costumbres, esas comunidades indígenas han creado una Policía Comunitaria que persigue los delitos y procura justicia y un organismo que administra justicia, juzgando e imponiendo sanciones que tienen por objeto no el castigo, sino la reeducación y la reparación del daño.

34. Wirikuta fue declarada Área Natural Protegida y Patrimonio Histórico y Cultural por el gobierno de San Luis Potosí en 1994 y parte de la Red Mundial de Sitios Sagrados Naturales de la UNESCO en 1998.

7 MIRANDA, Juan Pablo Delgado, “Wirikuta amenazada, análisis de las potenciales violaciones a los Derechos Humanos del Pueblo Huichol”, en **Epíkeia. Derecho y Política**, N° 19, Revista Electrónica de la Universidad Iberoamericana, León. <http://amoxcalli.leon.uia.mx/Epíkeia/>.

En estas acciones de seguridad, justicia y reeducación se rescata el aspecto sapiencial del Derecho; la juridicidad retorna a su sentido original como *jurisprudencia*, ya que la norma se establece y se aplica prudencialmente, buscando equilibrio y equidad. Por otro lado, en este sistema de seguridad, justicia y reeducación, siempre se busca respetar los derechos humanos que ha reconocido la comunidad internacional.⁸

Si bien esta experiencia de autonomía indígena ha producido un sistema ejemplar de seguridad e impartición de justicia, no se ha quedado en ello y continua en su desarrollo de organización y conciencia política y de proyectos económicos. Por lo tanto hace denuncias de las violaciones a sus derechos, tanto actuales como potenciales, derivadas de la implementación de diversos megaproyectos. Estos son algunos planteamientos:

- *Las mineras van a traer consecuencias nefastas y que no debemos permitir que se instalen. Debemos luchar por la conservación de la naturaleza para las futuras generaciones.*
- *Parece que las mineras ya son un hecho porque ya tienen concesiones y ya están iniciando sus trabajos de explotación, como en Paraje Montero.*
- *Nos falta información y por eso somos vulnerables. Necesitamos fortalecer la información para los pueblos.*
- *Somos dueños de las tierras y nuestro territorio, las leyes nos amparan. Podemos impedir el acceso de las mineras a través de las asambleas en los núcleos agrarios, de manera formal, conforme a las leyes y procedimientos agrarios.*
- *Debemos evitar y estar vigilantes contra la división en los núcleos agrarios, así como ante la posibilidad de que los representantes agrarios son fácilmente corrompidos.*
- *Se informa que el día de hoy y mañana se está desarrollando el Congreso Nacional Indígena, en el estado de Jalisco, en el que está participando una comisión de la CRAC dando información sobre el problema de las mineras en nuestro territorio.*
- *No debemos dar lugar a que nos dividan con las estrategias del gobierno, los programas de apoyo, la represión a los dirigentes. Se hace una invitación para que se integre a las reuniones a los hijos, a los niños y jóvenes, que son los que van a dar seguimiento a la defensa de la montaña.*
- *La CETEG, se solidariza con la lucha de los pueblos en contra de las mineras. Se está llevando a acabo el Congreso Social en Cuernavaca, para informarse y analizar sobre los problemas del país. Se recomienda a los dirigentes y luchadores sociales mucho cuidado, ya que es uno de los puntos débiles de los movimientos, la represión. Debemos actuar de manera coordinada entre todas las organizaciones sociales, unificarnos para fortalecernos entre todos, en la lucha por nuestras demandas gremiales o específicas, pero todos por las demandas o necesidades generales del pueblo de nuestro estado y del país.*

8 Cfr. RANGEL, Jesús Antonio de la Torre, "A justiça, comunitária como expressão do pluralismo jurídico no México", en **Pluralismo Jurídico. Os novos caminhos da contemporaneidade**, Organizadores Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto e Ivone M. Lixa, Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, págs. 301-319.

- *El CECOP expone que de los pueblos depende que se hagan o no se hagan los proyectos capitalistas. Las empresas mineras no van a pasar. Debemos fortalecer la articulación con las otras luchas en contra de las mineras en otros estados y países; articularnos con las luchas de afectados ambientales.*
- *Los proyectos capitalistas y la presencia de las empresas, están en toda la Sierra Madre del Sur, desde Jalisco a Oaxaca, en los territorios de los pueblos originarios.*
- *La decisión está en los pueblos. Con base en el artículo 39 constitucional, tenemos respaldo para exigir que se consulte al pueblo y hacer que se respete la soberanía del pueblo.*
- *El Centro de Estudios Políticos de la Sección 22 del SNTE-OAXACA.- Se solidariza con la lucha de los pueblos de la montaña y costa chica en contra de las mineras y se pone a disposición para difundir los acuerdos de esta asamblea y seguir en la coordinación.⁹*

2.3 Resistencia a los megaproyectos por comunidades indígenas de totonacos y nahuas, en la Sierra Norte de Puebla

El Congreso *Tiyat-Tlalli* -“tierra” o “territorio”, en las lenguas totonaca y náhuatl, respectivamente-, integrado por varias organizaciones indígenas¹⁰, envió un comunicado informativo a la Coordinación Nacional de Enlace de Agentes de Pastoral Indígena (EAPI), para su conocimiento y apoyo. Damos a conocer los primeros párrafos que muestran las agresiones a las comunidades en sus derechos y el ánimo y actitud de éstas para resistir:

Gracia y paz en el señor.

Estamos en un momento en el que se evidencia la fuerza con que se está imponiendo el proyecto neoliberal o capitalista en el mundo, y nosotros estamos asistiendo a un momento de voracidad de quienes tienen el poder económico para imponer un esquema a todo el mundo, una globalización que estamos viviendo, despojando a los demás de sus bienes, concentrando la riqueza en poquísimas manos. Esto no es un desarrollo donde entremos todos, sino un desarrollo desigual que implica el despojo. Están llegando nuevas empresas trasnacionales en nuestro país, como las mineras, las hidroeléctricas, etc., que quieren quedarse con nuestra riqueza, con la ley o sin la ley, ellos se quieren imponer, por las que estamos luchando por todos lados.

Es claro que los gobiernos están apoyando este modelo al crear y reformar leyes de nuestra Constitución que han facilitado a las empresas trasnacionales su implantación y su negocio entre nosotros; esto implica darles facilidades en todo sentido, para que se establezcan.

9 Acta de la Asamblea de Autoridades Comunitarias, celebrada el 5 de febrero de 2011, en el auditorio de la comunidad Colombia de Guadalupe, Municipio de Malinatepec, Gro., Territorio Comunitario.

10 El Consejo *Tiyat-Tlalli* está integrado por UNITONA (Unidad Indígena Totonaca – Náhuatl), Pastoral Social de la Zona Norte de la Arquidiócesis de Puebla, Unitierra en Puebla, IMAEC, Timomachtikan, Unión de Cooperativas Tozapan Titoniske, CESDER, Centro de Estudios Euménicos, COPEVI, Nakuskogoy, Asociación Tetela hacia el futuro, CORDESI, Organización Indígena de Azan de Bienvenido.

Esta es la razón por la cual les enviamos este comunicado, porque hemos vivido momentos muy especiales y difíciles en nuestras comunidades indígenas de este rincón de nuestro país, la Sierra Norte del Estado de Puebla, especialmente en la comunidad de Zaragoza, perteneciente al Municipio de Olintla, que sufre ataques y violaciones al derecho sobre su territorio, por parte de sus autoridades.

Se ha visto de manera clara y descaradamente la violación de nuestros derechos como pueblos y comunidades indígenas de totonacos y nahuas, al tomar decisiones para imponer estos proyectos de muerte, como la minería y la hidroeléctrica; sin consultarnos, ni decirnos la verdad de los efectos que trae estos proyectos; las decisiones los toman los gobiernos (federal, estatal y municipal) y las empresas privadas.

Nuestros asesores y especialistas se han dedicado a informarnos sobre los efectos negativos y pocos positivos que trae como consecuencia de estos proyectos, los mismos ingenieros de la empresa hidroeléctrica comexhidro, les hemos escuchado su palabra, y a partir de esto, las mismas comunidades indígenas, al conocer realmente los impactos que pueden acarrear, hemos tomado la decisión de rechazar estos proyectos.

Sin embargo, esta defensa de nuestros territorios, nos han acarreado problemas fuertes y graves, han violentado nuestros derechos y obligado a vender nuestras tierras con amenazas; para ello, queremos relatarles de lo acontecido el pasado sábado 26 y domingo 27 de enero del año en curso, para que se solidaricen y animen a nuestros hermanos indígenas totonacos de Zaragoza.

2.4 Sobre los proyectos hídricos en particular

La administración pasada del poder ejecutivo federal heredó a la actual setenta (70) proyectos hidroeléctricos en diecinueve (19) estados de la República Mexicana, además de presas –*barragen*, en portugués- en tres entidades del País. Estos proyectos han desplazado a más de ciento setenta mil (170,000) personas, arrojadas a la miseria.¹¹

Según el documento *Han destruido la vida de este lugar. Megaproyecto, violaciones a derechos humanos y ambientales en México*, elaborado por el Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez, estos grandes proyectos hídricos:

generan un amplio abanico de problemas a las personas que viven en áreas afectadas. En el peor de los escenarios, provocan el desplazamiento de los integrantes de la comunidad, se dañan los medios de subsistencia, se destruye la red social y se rompen los lazos culturales con el área geográfica.

“Las personas desplazadas, si no pueden regresar, entonces tienen que luchar para obtener una compensación suficiente y condiciones mínimas para reubicarse en un nuevo lugar, obtener una

¹¹ Cfr. RAMÍREZ, Érika, “70 megaproyectos hídricos. Abuso, Autoritarismo y Despojo.” (reportaje), en **Contralínea** N°318, México, del 21 al 27 de enero de 2013, p.40-50.

*vivienda y restablecer a la familia; aunque para las personas afectadas, no hay manera de reparar plenamente el daño causado por el desplazamiento forzado.*¹²

2.5 Acusaciones al Estado Mexicano del Tribunal Permanente de los Pueblos (TPP)

EL Tribunal Permanente de los Pueblos, institución internacional heredera del Tribunal Russel, instancia creada para juzgar los crímenes contra la humanidad cometidos en la guerra de Vietnam y, posteriormente, en las dictaduras latinoamericanas, instaló el Capítulo México el 21 de octubre de 2011. Su tema general es el “Libre comercio, guerra sucia, impunidad y derechos de los pueblos”. Se realizó una Audiencia General Introductoria en Ciudad Juárez, Chihuahua, en mayo de 2012, en donde se presentó una acusación general y siete acusaciones de cada una de las siete audiencias temáticas que integran el Capítulo México del TPP. Una de esas audiencias temáticas se refiere a la “Devastación ambiental y derechos de los pueblos”; en este rubro se realizaron 14 preaudiencias y se llevó a cabo la Audiencia General del 15 al 17 de noviembre de 2013. Se resolvió acusar al Estado Mexicano y como corresponsables a sus socios del Tratado de Libre Comercio (TLCAN), Estados Unidos y Canadá, y como corresponsables, también a empresas y organismos privados, mexicanos y extranjeros de este modo:

- Por la violencia desatada en contra de distintas poblaciones indígenas, agrarias y urbano-populares, obligándolas a vivir en ambientes deteriorados o bien al éxodo total para hacer efectivo el despojo masivo de sus territorios.
- Por la comisión de ecocidio doloso o asesinato de la tierra, premeditado y flagrante reflejado en múltiples daños ecológicos con el fin de incrementar las ganancias de ciertas empresas y corporaciones.
- Por el incumplimiento de sus deberes de cuidado sobre las condiciones naturales para la vida digna de los pueblos y comunidades.
- Por la actitud imprudente, permisiva u omisa en relación con la elevación de los niveles de riesgo ambiental vital y socialmente tolerable, que conducen, además al incremento de daños ecológicos irreparables o de difícil reparación y a la imposibilidad de prevenir catástrofes ambientales.
- Por la regulación deliberadamente contradictoria o la indiferencia franca de los principios básicos del Derecho ambiental, que redundan en su tergiversación, suspensión y anulación de hecho, así como en la consagración de un estado de excepción ambiental perpetuo.
- Por la violación masiva y sistemática del derecho a un ambiente sano y adecuado para el desarrollo sustentable de la humanidad.

¹² Citado por Ramírez, *Op. Cit.* p.44.

- Por el modo impositivo y opaco que ha caracterizado la formulación, implementación y evaluación de las políticas gubernamentales relacionadas con la gestión ambiental y la regulación de las actividades de aprovechamiento de las riquezas naturales.
- Por su incapacidad estructural para garantizar el acceso de los afectados ambientales a la justicia, específicamente para hacer efectiva la tutela jurisdiccional de los derechos ambientales de la población y la reparación integral de los daños ecológicos y los agravios derivados y conexos causados, así como para asegurar el cumplimiento integral de las sanciones, penas y medidas de seguridad necesarias para la no repetición de los actos.
- Por el uso de la fuerza pública y el recurso a la violencia en contra de quienes defienden de manera pacífica la naturaleza, los territorios y las condiciones ambientales de su propia vida y de la de otros, a través de prácticas tradicionales, saberes locales o conocimientos científicos y estrategias jurídicas.
- Por la política represiva de criminalización y judicialización de los conflictos sociales como mecanismos de ocultamiento y desarticulación de la protesta ambiental.
- Por permitir, favorecer y desarrollar una arquitectura de impunidad que deja los crímenes cometidos contra los pueblos y la naturaleza sin castigo, sin permitir el acceso a la justicia ni el reconocimiento de la responsabilidad de los agresores.

3. ¿Y QUÉ CON EL DERECHO?

Ante tanto despojo y tantos atropellos y violaciones a los derechos de los pueblos indígenas mexicanos, como juristas críticos y comprometidos nos debemos estar preguntando constantemente por el modo en que el Derecho puede apoyar la resistencia.

En México, aunque limitados, los derechos de los pueblos indígenas están reconocidos por el Artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El Estado Mexicano, además, ha aceptado y ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que aumenta para el interior de México los derechos de los pueblos y comunidades, ya que, por su ratificación, constituye parte del derecho interno. Es el caso, por ejemplo, que la Constitución reconoce el derecho a la tierra, pero no al territorio de los pueblos, y, en ese sentido, el Convenio 169 es más amplio en la aceptación de ese derecho vital (Artículos 13,14 ,15 y 16); también el Convenio de la OIT establece el derecho de los pueblos a ser consultados cuando se puedan afectar sus intereses o derechos, y este derecho no lo establece la Constitución Mexicana de manera explícita.

El 10 de junio de 2011 se reformó el Artículo 1 de la Constitución Mexicana, estableciendo que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos por la

propia Constitución y los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección; agrega la reforma, que las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran conforme a la propia Constitución y los Tratados “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”; y añade que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Algunos hemos comentado que esta reforma establece un nuevo paradigma constitucional, ya que implica una nueva visión del Derecho, con repercusiones ontológicas y hermenéuticas, esto es, en cuanto al ser y la interpretación del Derecho. Así, aparece como lo prioritario del Derecho los derechos humanos y no la Ley, y la clave interpretativa son los propios derechos.

Visto así, la reforma constitucional ayudará mucho a la defensa de los derechos de los pueblos y de las comunidades.

Sin embargo, la buena noticia, deja de serlo al intervenir el Poder Judicial.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la Contradicción de Tesis 293/2011, fijó el criterio de interpretación para definir la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la Constitución, estableciéndose que tienen rango constitucional los Derechos Humanos reconocidos en los tratados internacionales pero en caso de antinomias imperarán las restricciones previstas en la Constitución.¹³

Otro ejemplo del conservadurismo de la Corte, y en concreto en relación a derechos de los pueblos, es el siguiente. El Pueblo Yaqui de Vicam, Sonora, solicitó amparo en contra de la resolución en materia de Impacto Ambiental, de 23 de febrero de 2011, que contiene la autorización para la construcción del proyecto denominado “Acueducto Independencia”. En su demanda consideraron que dichas actuaciones de la autoridad violaban sus derechos al caudal del Río Yaqui, pues no fueron llamados a hacer valer sus derechos, violándose la garantía de audiencia y el derecho de consulta, entre otros derechos.

Obtienen los yaquis el amparo y protección de la justicia federal. Sin embargo, por cuestiones técnicas, la resolución llega a la Corte para aclarar la sentencia, y esta suprema autoridad judicial restringe el alcance de la sentencia al grado que hace nugatorios los derechos del Pueblo Yaqui, continuándose la obra hidráulica que despoja a los Yaquis de su derecho al agua, y establece un precedente grave “con el que se debilitan los incentivos para

13 Cfr. ALONSO, José Luis Macías, “Derechos Humanos Heterarquicos”, en su columna “Sin Jiribilla”, de **El Heraldo**, Aguascalientes, 7 de septiembre de 2013.

que las autoridades realicen en el futuro consultas de manera previa, informada y de buena fe, tal como lo indican los lineamientos contenidos en la propia sentencia de amparo.”¹⁴

Ante estos obstáculos judiciales y otros legislativos –como modificaciones recientes a la Ley de Amparo que restringe derechos a las comunidades agrarias en general-, los pueblos y comunidades indígenas deben fortalecerse en lo interno y para ello conservar un importante derecho consistente en que las decisiones fundamentales que les conciernen como colectivo se toman en asamblea, que es la máxima autoridad comunitaria.

El derecho a la autodeterminación, ejercido como autonomía, es fundamental para la defensa y ejercicio de todos los otros derechos; para la resistencia ante las agresiones del Estado y el Capital. Este derecho a la autonomía se construye con la fuerza que da la unidad de la comunidad y se expresa en las decisiones fundamentales de las asambleas.

Así visto, el derecho a la autonomía es un derecho insurgente –direito insurgente-. (Al decir esto recuerdo al gran luchador y jurista brasileño Miguel Pressburger).

Este derecho insurgente nace del pueblo, lo fortalece y le da vida. Ese Derecho es el que puede defender a las comunidades de las agresiones, hecho valer hacia lo interno, y política y jurídicamente, ante las autoridades.

REFERÊNCIAS

ALONSO, José Luis Macías; “Derechos Humanos Heterarquicos”, en su columna “Sin Jiribilla”, de **El Heraldo**, Aguascalientes, 7 de septiembre de 2013.

DÍAZ, José Ramón Cossío; GARZA, Raul M. Mejía; ZAMUDIO, Laura Patricia Rojas; LÓPEZ, Carmen Vergara y VILLA, Luz Helena Orozo y; “Derecho al agua y el conflicto Yaqui”, en **Derecho Ambiental y Ecología**. N°57, México, Octubre-Noviembre 2013, pág. 11.

LÓPEZ, Liliana López; “Autonomía, derechos colectivos y megaproyectos”, en **Redhes** Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales N° 2, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla, Departamento de Derecho de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí, Julio-Diciembre 2009, p.149.

MIRANDA, Juan Pablo Delgado; “Wirikuta amenazada, análisis de las potenciales violaciones a los Derechos Humanos del Pueblo Huichol”, en **Epíkeia. Derecho y Política**, N° 19, Revista Electrónica de la Universidad Iberoamericana, León.

14 DÍAZ, José Ramón Cossío, GARZA, Raul M. Mejía, ZAMUDIO, Laura Patricia Rojas, LÓPEZ, Carmen Vergara y VILLA, Luz Helena Orozo y, “Derecho al agua y el conflicto Yaqui”, en **Derecho Ambiental y Ecología**. N°57, México, Octubre-Noviembre 2013, pág. 11. José Ramón Cossío es ministro de la Corte y fue el único que votó en contra de esta resolución conculcatoria de Derechos.

RAMÍREZ, Érika; “70 megaproyectos hídricos. Abuso, Autoritarismo y Despojo.” (reportaje), en **Contralínea** N°318, México, del 21 al 27 de enero de 2013, p.40-50.

RANGEL, Jesús Antonio de la Torre; “A justiça, comunitária como expressão do pluralismo jurídico no México”, en **Pluralismo Jurídico. Os novos caminhos da contemporaneidade**, Organizadores Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto e Ivone M. Lixa, Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, págs. 301-319.

ZAMORA, Graciela y Ambríz, Rodolfo; “La Batalla por Wirikuta”, en **Proceso** 1857, México, 3 de junio de 2012, p. 34.

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS TIERRAS, LA CONVENCION 169 DE LA OIT Y LA ACTUACION DEL PODER JUDICIAL FRENTE A LOS DERECHOS DEL TERRITORIO

Rosember Ariza Santamaría, PhD¹

Resumen: El presente análisis pretende revisar los desarrollos legales y jurisprudenciales de la tierra y el territorio en Colombia y a partir de ello identificar el estado de los derechos colectivos y del derecho a la consulta previa. A partir de las particularidades de la mirada colombiana también se pretende destacar los principales avances y dificultades que estos temas tienen en sede judicial.

Palabras claves: Propiedad indígena. Resguardo. Territorio. Tierra. Derechos colectivos. Autonomía.

Los países latinoamericanos en general tienen un régimen común sobre la tierra inspirados en el código de napoleón y en el derecho civil, sin embargo el derecho de castilla o el llamado derecho colonial tiene vigencia en varios Estados por la forma particular de titulación y por el enfoque que España tuvo frente al tema de lo indígena.

Cada Estado tiene matices pero en el fondo podríamos afirmar que lo que no tiene ninguna variación es la noción propiedad privada en estos dos últimos siglos.

De la época colonial a lo planteado por la Constitución Colombiana de 1991, en su artículo 286 donde establece que el territorio indígena es considerado “Entidad Territorial”, implico un recorrido histórico con múltiples sobresaltos hasta esta y otras concepciones contemporáneas como las nociones tierra y territorio.

La corte interamericana de derechos humanos igualmente ha revisado temas relacionados con derechos territoriales y de la tierra y tiene algunos significativos avances que abordaremos referencialmente.

Partimos entonces de la pregunta ¿Qué se entiende por territorio indígena? El Decreto 2001 de 1988 artículo 2 inc 3 define: “Se entiende por territorio indígena aquellas áreas poseídas por una parcialidad, comprendiendo en ellas no sólo las habitadas y explotadas sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades económicas y culturales”.

¹ Abogado, Doctor en Sociología Jurídica, profesor del departamento de Sociología, Universidad Nacional de Colombia. Miembro de Prujula-Clasco, de Relaju y de la Red de Constitucionalismo Democrático de Latinoamérica.

Esta definición recoge el concepto parcialidad que como veremos más adelante termina siendo la categoría que engloba la propiedad indígena. Las comunidades especiales que se manifiestan, primeramente, en la distribución de las tierras, en usufructo, y después en propiedad, tal como lo preceptúan entre otras la Ley 89 de 1890, establecen los elementos de este importante elemento en la configuración legal de la propiedad.

La mayoría de las comunidades indígenas colombianas habitan en resguardos, que es una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio. (Art. 21 Dcto. 2164/95).

La división de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior registra un total de 710 resguardos en el territorio nacional, con una extensión aproximada de 34 millones de hectáreas (29.8% del territorio nacional). De este hecho parte la importancia y pertinencia de revisar el recorrido histórico de esta noción y su desarrollo en Colombia, un país donde los pueblos tienen este importante porcentaje de tierras tituladas.

1. RECONOCIMIENTO HISTÓRICO DE LA PROPIEDAD INDÍGENA DE LOS RESGUARDOS

Las leyes españolas desde el primer momento consideraron a los indios como hombres libres, súbditos de la corona, con amplia capacidad para poseer y disfrutar de sus bienes de cualquier naturaleza; los indios eran así sujetos de toda clase de derechos, incluyendo el de propiedad, sin ninguna excepción. Pero atendiendo a que ellos eran personas necesitadas de tutela a semejanza de los incapaces, les impusieron, con ánimo de favorecerlos y defenderlos, determinadas trabas al libre ejercicio de sus facultades dominicales sobre las tierras de su propiedad. Mas estas limitaciones no querían decir que las tierras se les daban a los indios únicamente en usufructo, reservándose la Corona la propiedad; significaban solamente que entonces como ahora se hacía la distinción entre los conceptos de goce y ejercicio de los derechos, que corresponden, el primero a poder ser titular del derecho, y el segundo a las restricciones que la Ley introduce en el ejercicio del derecho en atención a la incapacidad de la persona por razón de la edad, estado civil o falta de discernimiento.

Las leyes de la República Colombiana no fueron menos explícitas en reconocer a los indígenas su plena capacidad y por ende su personalidad "legal". Con respecto al derecho de propiedad sobre toda clase de bienes se otorgaron ampliamente como lo habían hecho las

leyes españolas. A este respecto no colocaron a los indígenas en condiciones inferiores a la que tenían los demás ciudadanos. Por ello el derecho pleno de propiedad que tenían en los resguardos se los continuaron reconociendo sin cercenamientos ni limitaciones.

El Libertador Simón Bolívar fue claro en decretar que los indios eran propietarios legítimos de sus tierras y resguardos. El Congreso de Cúcuta por su parte ratificó el mismo principio. Y si este congreso empleo, la expresión de que los resguardos “se les repartirían en pleno dominio de propiedad” a los indios de la respectiva parcialidad, no fue porque el legislador de Cúcuta estuviera consagrando la idea de que el derecho de los indios sobre los resguardos era precario, limitado al usufructo – según lo afirmaron tres Magistrados disidentes de la sentencia de Corte Plena que en seguida, se va a citar-; pues la expresión entre comillas manifiestamente se refiere al hecho de que la distribución de los resguardos era operación que se decretaba con todos los caracteres de la división de las demás comunidades en que el condómino adquiere el pleno dominio individualizado de la porción asignada; a diferencia de lo que prescribía, según claramente lo advierte el mismo artículo 3° de la Ley 11 de Octubre, “el reglamento del Libertador Presidente de 20 de mayo de 1820”, de que la división de los resguardos era “en porciones distribuidas a sus familias solo para su cultivo”.²

Los distintos fallos proferidos por la Corte Suprema de Justicia Colombiana a lo largo del siglo xx, con el objeto de sustentar el dominio de la tierra de los Resguardos a favor de los indios, citan invariablemente entre otras disposiciones, la Ley XXVII, Título XII, Libro 4° de la recopilación de Indias, la 14 del mismo título y libro y la 19 del Título y libro citados, así como respecto de la legislación nacional el Decreto del Libertador Simón Bolívar fechado el 15 de octubre de 1820 y las Leyes de octubre 21 de 1821, marzo 6 de 1832, junio de 1834 y 89 de 1890, a parte de las que posteriormente han sido dictadas sobre el mismo triple principio de reconocimiento de la propiedad de la tierra a favor de las parcialidades, es decir, de los indios al goce de las tierras, para ellos mismos durante un tiempo y la división de la tierra, entre los miembros de la parcialidad.

De estos fallos se concluye que ha sido doctrina nacional la de que el dominio de las tierras de los Resguardos pertenece a las respectivas parcialidades indígenas, comunidades especiales que se manifiestan, primeramente, en la distribución de las tierras, en usufructo, y después en propiedad, tal como lo preceptúan las Leyes 89 de 1890, 104 de 1919, 38 de 1921, 19 de 1927, 81 de 1958 y el Decreto Extraordinario N° 1421 de 1940.³

El Consejo de Estado en la misma línea de la Corte Suprema señala: “... sin lugar a dudas que las tierras de los Resguardos indígenas jamás pertenecieron ni a la Corona

2 Corte Suprema de Justicia – Sentencia de octubre 10 de 1942 – Gaceta Judicial, Tomo LV, No. 1993

3 Sentencia, Sala de Casación Civil de 24 de septiembre de 1962.

española, ni a la República de tal suerte que mal puede hablarse de que dichas tierras salieron del patrimonio nacional en cualquier época.”⁴

A pesar de estos avances de tipo jurisprudencial en la actualidad se presentan las siguientes situaciones con relación a los títulos de resguardos indígenas de origen colonial y al registro de los mismos sin ser estas todas las situaciones existentes hoy en el tema:

- 1) Comunidades indígenas que conservan copias auténticas de los títulos de sus resguardos (manuscritas y firmadas por el rey de España; o copias de pleitos coloniales y republicanos en los cuales se reconoce la propiedad indígenas y se señalan los linderos), las cuales se encuentran protocolizadas en las correspondientes notarias y están registradas en las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, en el antiguo sistema de registro, en las escrituras aparece el sello de registro, pero dichas oficinas únicamente expiden copias o certificados de registro, mas no expiden Certificados de tradición y libertad sobre dichas propiedades.
- 2) Comunidades Indígenas que reconstituyeron sus títulos de Resguardo perdidos, con fundamento en lo establecido en el artículo 12 de la Ley 89 de 1890, protocolizaron y registraron las declaraciones.
- 3) Comunidades Indígenas que reconstituyeron sus títulos de Resguardo perdidos, con fundamento en lo establecido en el artículo 12 de la Ley 89 de 1890, protocolizaron y no registraron las declaraciones.
- 4) Comunidades indígenas que protocolizaron ante notarias documentos de origen colonial tales como Reales Provisiones, Amparos, Autos reconociendo posesiones (propiedad), decisiones de las Reales Audiencias y no las registraron.
- 5) Comunidades que conservan decisiones administrativas y o judiciales en las que les reconocen su propiedad y o posesión sobre áreas o porciones de tierra, no las protocolizaron, ni registraron.
- 6) Los notarios y registradores han elevado a escritura pública muchos documento de adjudicación en usufructo y los han registrado con la nota de falsa tradición, igualmente los jueces ordenan la protocolización y registro como propiedad privada individual de áreas de los resguardos, como producto de procesos de sucesión, posesorios, ejecutivos.

4 Consejo de Estado – Fallo del 6 de julio de 1972, en el Ordinario de Minas instaurado por Acerías Paz del Río S.A., contra Cementos Boyacá S.A.

No es muy claro el procedimiento y las normas vigentes para la actualización de los registros y la obtención de certificados de tradición y libertad sobre los resguardos de origen colonial y republicano, pero esto constituye parte del acervo de problemas pendientes y por resolver en Colombia.

Queda igual señalar lo que implicará el procesos de paz, y lo que suscite dichos acuerdos, la poca desarrollada ley de tierras y víctimas y otras tantas normas que sin duda tienen entre su haber el tema de las tierras y territorios ancestrales.

2. EL TERRITORIO Y EL DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA DE LA TIERRA

La Constitución Política de 1991 reconoce la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana (CP art. 7). Lejos de ser una declaración puramente retórica, el principio fundamental de diversidad étnica y cultural proyecta en el plano jurídico el carácter democrático, participativo y pluralista de nuestra República. Las comunidades indígenas - conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen y mantienen rasgos y valores propios de su culta tradicional, formas de gobierno y control social internos que las diferencian de otras comunidades rurales (D.2001 de 1988, art. 2º) -, gozan de un status constitucional especial. Ellas forman una circunscripción especial para la elección de Senadores y Representantes (CP arts. 171 y 176), ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución o a las leyes (CP art. 246), se gobiernan por consejos indígenas según sus usos y costumbres de conformidad con la Constitución y la ley (CP art. 330) y sus territorios o resguardos son de propiedad colectiva y de naturaleza inajenable, inalienable, imprescriptible e inembargable (CP arts. 63 y 329).

El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso, donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el Constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas. Sentencia T-188 de 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz dice la sentencia:

“Sin este derecho los anteriores (derechos a la identidad cultural y a la autonomía) son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat”⁵.

En esta misma línea la Sentencia C-891 de 2002 con ponencia de Jaime Araujo Rentería sostiene:

(...) es claro que el derecho de los pueblos indígenas a tener su propia vida social, económica y cultural, así como a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), debe entenderse atado al derecho que tienen a poseer su propio territorio, sobre el cual puedan dichos pueblos edificar sus fundamentos étnicos. Es de notar que el territorio indígena y sus recursos, así como la tradición y el conocimiento, “constituyen un legado que une -como un todo- la generación presente y a las generaciones del futuro.”

Se advierte entonces que la participación indígena encuentra un sustento que desborda la esfera netamente política del concepto, en la medida en que hace parte de una cosmogonía según la cual dicho valor está relacionado con el respeto a los seres vivos, el no tomar nunca más de lo que se necesita y el devolver siempre a la tierra cuando se toma algo de ella.

En síntesis, de la concepción holística de territorio que ostentan los pueblos indígenas se puede concluir que la explotación de recursos naturales yacientes en territorios ancestrales hace parte de su esfera vital y de su forma de relacionarse directamente con la naturaleza, así como de su legado cultural y socio-económico. De esta manera, el principio participativo consagrado en el artículo 2º de la Constitución Política adquiere matices más intensos en relación con las comunidades indígenas.

El magistrado Jorge Iván Palacio en Sentencia T-601 de 2011, afirma:

A nivel de organización territorial, dispuso que los territorios indígenas son entidades territoriales (Art. 286), las cuales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley. Para tal efecto, son titulares de los siguientes derechos: (i) gobernarse por autoridades propias; (ii) ejercer las competencias que les correspondan; (iii) administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; y (iv)

5 Asamblea Nacional Constituyente. Ponencia Los Derechos de los Grupos Etnicos. Constituyente Francisco Rojas Birry. Gaceta Constitucional N° 67. p. 18.

participar en las rentas nacionales (Art. 287). Igualmente, el marco constitucional prevé que la conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial.

Dichos territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades, correspondiéndoles: (i) velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y doblamiento de sus territorios; (ii) diseñar las políticas y planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el plan nacional de desarrollo; (iii) promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución; (iv) percibir y distribuir sus recursos; (v) velar por la preservación de los recursos naturales; (vi) coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio; (vii) colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instituciones y disposiciones del Gobierno Nacional; (viii) representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y (ix) las demás que les señalen la Constitución y la ley (Art. 330).

Adicionalmente, señala la Constitución que los resguardos son propiedad colectiva y no enajenable (Art. 329) y que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades (Art. 330 parágrafo).

Para la Corte, ese marco de garantías constitucionales debe ser complementado y reforzado con el Convenio 169 de la OIT “*Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*”, aprobado por el Congreso mediante ley 21 de 1991 que, adicionalmente, hace parte del bloque de constitucionalidad, convenio que tiene “*un enfoque de respeto por la diferencia y promoción de la autonomía de los pueblos aborígenes, y por el reconocimiento de algunos derechos como la consulta previa y el territorio colectivo, entre otros.*”

De igual modo, este órgano colegiado ha venido sosteniendo que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por las Naciones Unidas en el año 2007, refleja la posición actual de la comunidad internacional sobre la autonomía de las comunidades indígenas, declaración que para el juez constitucional se constituye en una pauta de interpretación importante de los derechos fundamentales de las comunidades tribales.

Como consecuencia de ello, y para lo que ahora importa, entre las garantías presentes en el ordenamiento jurídico colombiano se cuenta la especial relación de las comunidades

indígenas con el territorio en que habitan, de la que ha surgido la necesidad de garantía del mismo, así como de la organización y la posibilidad de que su vida al interior de dicho territorio se rija por normas propias –art. 246 de la Constitución-, se dirija por autoridades tradicionales –art. 330 de la Constitución- y sus conflictos se solucionen por las autoridades y con base en los procedimientos por ellas mismas establecidos –art. 246 de la constitución-. Sentencia T-513 de 2012, Humberto Antonio Sierra Porto.

El derecho al territorio se encuentra directamente relacionado con el derecho a la libre determinación y a la existencia, tanto física, como cultural, que es aquella que hace preceptivo el reconocerlos como pueblos culturalmente diferenciados, pues al ubicarse en determinados territorios se define cómo quieren vivir y qué pueden hacer, así como características geográficas que determinan significativamente las actividades que podrán realizar, los cultivos que podrán sembrar, las actividades de subsistencia que deberán llevar a cabo, los alimentos que podrán consumir y los rituales que podrán practicar y agrega el magistrado Humberto Antonio Sierra Porto en la Sentencia T-513 de 2012:

(...) el territorio de una comunidad indígena hace parte de las manifestaciones culturales garantizadas a la misma por el ordenamiento constitucional, así como por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos que, en cuanto organismo con jurisdicción reconocida por el Estado colombiano, se constituye en criterio de interpretación vinculante de los derechos reconocidos por nuestro ordenamiento constitucional.

La Corte Constitucional tratando sobre el derecho fundamental a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas señaló que existe un fundamento Constitucional de ese derecho y unas sub-reglas que se resumen en:

De conformidad con los precedentes de esta Corte, el derecho fundamental a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas comprende: (i) el derecho a constituir resguardos; (ii) la protección contra actos de terceros; (iii) según los precedentes este derecho es además un medio para garantizar la integridad étnica y la supervivencia de los pueblos indígenas. María Victoria Calle Correa Sentencia T-387 de 2013

3. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA

Este derecho es reconocido en Colombia mediante Ley 21 de Marzo 4 de 1991 por la que se aprueba el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Ratificado el 7 de Agosto de 1991. El artículo diecisiete del Convenio establece de manera muy explícita que:

1. Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos.
2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.
3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

Y el artículo sexto señala que al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimiento apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

A partir de esta normativa incorporada al bloque de constitucionalidad la jurisprudencia colombiana ha desarrollado esta materia como ningún otro país en la región. Una de las sentencias más significativas es sin duda la sentencia C-196 DE 2012 con ponencia de la magistrada María Victoria Calle Correa aquí se establecen las reglas jurisprudenciales para realizar la consulta previa en cuanto a medidas legislativas.

Las reglas jurisprudenciales generales en materia de consulta previa de medidas legislativas a las comunidades étnicas se pueden sintetizar en los siguientes términos: (i) la consulta previa constituye un derecho fundamental; (ii) existe un claro vínculo entre la realización de la consulta previa y la protección de la identidad cultural de las minorías étnicas; (iii) la realización de la consulta previa es obligatoria cuando la medida afecta directamente a las comunidades étnicas; (iv) el Gobierno tiene el deber de promover la consulta previa, se trate de proyectos de ley de su iniciativa o no; (v) su pretermisión configura una violación a la Carta Política; y (vi) la consulta debe efectuarse en un momento previo a la radicación del proyecto de ley en el Congreso de la República, para que los resultados del proceso de participación incidan en el contenido de la iniciativa que se somete a consideración, sin perjuicio de la participación prevista para los ciudadanos en general durante el trámite legislativo.

La Corte reiteró el carácter de derecho fundamental a la consulta previa de las comunidades étnicas y el correlativo deber estatal de adelantarla, sintetizando sus rasgos

característicos: (i) Sobre la titularidad del derecho señaló, de acuerdo con la sentencia C-461 de 2008, que reside, para el caso colombiano, no sólo en las comunidades indígenas sino también en las afrodescendientes de conformidad con el artículo 1 del Convenio 169 de la OIT. (ii) En relación con el ámbito temático de la consulta precisó con fundamento en la sentencia SU-383 de 2003, que ésta se debe llevar a cabo respecto de cualquier aspecto que afecte directamente a la comunidad étnica. Es decir, la consulta previa no se circunscribe al caso de la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas (artículo 330 CP) ni al de la delimitación de las entidades territoriales indígenas (artículo 329 CP), que fueron los expresamente previstos por la Constitución, porque la ratificación del Convenio 169 de OIT por parte de nuestro país, mediante la Ley 21 de 1991, amplió su espectro a toda medida susceptible de afectar directamente a las comunidades étnicas.

En esta providencia, la Sala hace énfasis sobre el tenor literal del artículo 6 del Convenio, al señalar que no contiene restricción temática alguna. (iii) Respecto al tipo de medidas que deben ser consultadas previamente con las comunidades étnicas, la Corte de acuerdo con el artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, reiteró que no se trata solo de medidas administrativas sino también de medidas legislativas, y dentro de estas últimas incluyó las leyes aprobatorias de los tratados internacionales y las reformas constitucionales. (iv) En lo referente al momento en el cual debe hacerse la consulta previa, de conformidad con el principio de la buena fe que informa el proceso consultivo, reiteró que la consulta debe ser oportuna, es decir que debe hacerse con anterioridad a la adopción de la medida pues, una vez tomada la misma, la participación de la comunidades étnicas no tendría utilidad alguna puesto que no podrían influir en el proceso decisorio.

Esto, en materia de incorporación de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno colombiano, significa que la consulta previa debe llevarse a cabo antes de que el Presidente de la República remita el tratado y su ley aprobatoria al Senado. (v) Por último, sobre los efectos que tiene la omisión de la consulta previa, en el trámite legislativo, afirmó que configura una violación a la Carta Política, razón por la cual, ante una ley que debió haber sido consultada procede la demanda de inconstitucionalidad. Así, la omisión de la consulta previa “constituye un vicio [que] impide declarar exequible la ley”, consecuencia que no pierde aplicabilidad en ejercicio del control automático, en el cual la Corte debe verificar el cumplimiento del requisito de la consulta previa cuando se trate de normas que afecten directamente a las comunidades étnicas.

Sin embargo; al efectuar el análisis de la realización de la Consulta Previa como derecho fundamental en las decisiones que afecte directamente a las comunidades indígenas la Corte concluyó.

En lo que tiene que ver con el alcance y contenido del deber de consulta previsto en el literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, particularmente en lo referente a la consulta de las medidas legislativas que sean susceptibles de afectar directamente a las comunidades indígenas, dio respuesta a tres interrogantes esenciales, formulados en los términos siguientes: (i) ¿Cuándo resulta obligatoria, de acuerdo con el literal a) del Convenio 169 de la OIT, la consulta previa de una medida legislativa? (ii) ¿En qué condiciones de tiempo, modo y lugar debe producirse esa consulta? y (iii) ¿Cuál es la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de consulta?

En relación con la primera pregunta, precisó que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente respecto de aquellas que puedan afectarlas directamente, sin que se circunscriba a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas (art. 330 CP) y a la delimitación de las entidades territoriales (art. 329 CP), casos que fueron los expresamente previstos en la Constitución. Esto, con fundamento en que para la Corte, el Convenio 169 de la OIT, ratificado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, amplió el espectro de la consulta previa a *“toda medida susceptible de afectar directamente a las comunidades étnicas”*, puesto que su artículo 6 no contiene restricción temática alguna. El punto de la afectación directa y su tratamiento en esta sentencia será abordado en la sección subsiguiente.

En relación con el segundo interrogante, relativo a los requisitos de modo, tiempo y lugar que debe cumplir la realización de la consulta, la Corte estableció los siguientes parámetros:

Con respecto al momento en el que debe hacerse la consulta y la autoridad responsable de llevarla a cabo, la Corte señaló que el Gobierno tiene el deber de promover la consulta en todos los casos, tanto cuando se trate de proyectos de ley que sean de su iniciativa como cuando se trate de proyectos de ley originados en la de otros sujetos distintos del Gobierno (art. 155 C.P.), cuyo contenido sea susceptible de afectar directa o específicamente a las comunidades indígenas o afrodescendientes. En esta segunda hipótesis, el Gobierno, tan pronto advierta que cursa un proyecto de ley en relación con el cual debe darse el proceso de consulta, debe acudir a las instancias previstas en la legislación para tales efectos, como la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos u Organizaciones Indígenas creada por el Decreto 1397 de 2006, para definir en ese escenario, las instancias y los mecanismos de consulta más adecuados antes de que prosiga el trámite legislativo; pero además, si el proyecto es de iniciativa del Gobierno, debe cumplir con la consulta previa antes de presentar el correspondiente proyecto de ley al Senado de la República.

Para la Corporación el proceso de consulta puede entenderse cumplido cuando exista evidencia de que antes de radicar el proyecto de ley en el Congreso de la República, su texto

ha sido divulgado entre las comunidades interesadas, se ha avanzado en la ilustración de tales comunidades sobre su alcance, y se han abierto los escenarios de discusión apropiados.

Finalmente, en cuanto a la consecuencia jurídica de la omisión del deber de consulta, sobre la base que existe un compromiso internacional muy amplio del Estado colombiano, cuyo desconocimiento generaría una situación de incumplimiento susceptible de evaluación y control a través de las correspondientes instancias internacionales (sentencia C-169 de 2001), la Corte ha sostenido que las normas sobre el deber de consulta del Convenio 169 de la OIT se integran a la Constitución y que en la medida en que el deber de consulta allí previsto ha sido considerado como una expresión de un derecho fundamental de participación, vinculado en este caso específico al también derecho fundamental a la integridad cultural, social y económica, la omisión de la consulta en aquellos casos en los que la misma resulte imperativa a la luz del Convenio, tiene consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno.

4. EL MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA TIERRA

La costumbre es el criterio fundamental para determinar el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas. El principio que rige esta afirmación es el principio de la inherencia de los derechos indígenas. Es decir que los pueblos indígenas, en virtud de su preexistencia originaria, y de su continuidad social y cultural en los Estados contemporáneos, poseen una situación especial, una condición inherente que es fundamento jurídico de derechos. Y entre los derechos en los que se observa con más claridad esta situación especial se encuentra el derecho de propiedad, que no sería así considerado como una mera concesión del Estado. En este sentido la jurisprudencia colombiana es bastante amplia en su interpretación del principio de inherencia⁶.

La importancia de la costumbre se refleja en el hecho de que la posesión tradicional de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad obtengan el reconocimiento oficial de ésta.

La ocupación ancestral de las tierras de la Comunidad se basa en la tradición oral puesto que la vinculación de los pueblos indígenas con el territorio es algo que no necesariamente está escrito, sino que se vive de manera cotidiana.

El derecho consuetudinario indígena consiste entonces genéricamente en una serie de prácticas reales distintas en diversas comunidades para sus organizaciones internas.

6 Ampliar en: CINELLI, Claudia. **La dimensión colectiva del derecho a la propiedad de la tierra.** Breve recensión sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En: <<http://www.portalfio.org/inicio/repositorio/CUADERNOS/CUADERNOS3/Derecho%20a%20la%20Propiedad%20de%20la%20Tierra.pdf>>.

La relación con las tierras tiene que ser considerada como elemento espiritual del que los pueblos indígenas deben gozar plenamente para preservar sus culturas.

En este marco, no hay que olvidar el importante papel jugado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos – órgano de la Organización de Estados Americanos (OEA) encargado de la protección y promoción de los derechos humanos en los países miembros - en el caso *Mary Carrie Dann v. Estados Unidos* y en el caso *Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo Belice*, de 2002 y 2004 respectivamente.

La Comisión aclara el significado del aspecto colectivo de los derechos de los pueblos indígenas afirmando que ellos “se realizan en parte o en todo a través de su garantía a grupos u organizaciones de personas” y considera que “los principios jurídicos internacionales generales aplicables en el contexto de los derechos humanos de los indígenas incluyen” entre otros “el reconocimiento de su derecho de propiedad y posesión con respecto a tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente”.

Sin embargo, si bien es verdad que el derecho consuetudinario es fuente primaria del Derecho Internacional y que ha sido definido por la Corte Internacional de Justicia como cristalización de las normas jurídicas a partir del asentimiento general, la adopción de convenios internacionales universales y americanos en los que se recoge expresamente (o bien indirectamente) el derecho colectivo a la propiedad, sin embargo debe ser considerada como un paso adelante para el reconocimiento en instrumentos formales este derecho fundamental.

El caso *Awas Tingni*⁷ es un caso sin precedente en lo que la Corte IDH ha fallado por primera vez en favor de los derechos colectivos a la tierra y a los recursos naturales de una comunidad indígena. El punto central de la controversia sometida a la CIDH es la falta de protección por parte de Nicaragua del uso y goce del derecho a la propiedad de la comunidad sobre sus tierras ancestrales aun cuando, no solo el derecho consuetudinario sino también la Constitución de Nicaragua y la legislación interna nicaragüense garantizan expresamente la propiedad comunal de las comunidades indígenas.

Antes de declarar la violación del Art. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos por parte de Nicaragua, la Corte afirma que *Awas Tingni* tiene derecho a la propiedad comunal sobre las tierras que habitualmente habita, elemento principal y de mayor repercusión de la sentencia. La Corte para llegar a considerar la Comunidad como dueña legítima de sus tierras ancestrales y, por tanto, para declarar Nicaragua responsable por no haber garantizado el uso y goce de este derecho, emplea tres medios de interpretación.

7 Ampliar en: Anaya y Grossman, el caso *Awas Tingni vs. Nicaragua*: un nuevo paso en el derecho internacional de los derechos humanos en instituto de derechos humanos, el caso *Awas Tingni contra Nicaragua*, nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas,

En primer lugar, la Corte hace un llamamiento a los travaux préparatoires del Art. 21 de la CADH en los que se destaca la existencia de una obligación de comportamiento del Estado que va más allá de la simple abstención de una injerencia (obligación negativa).

En este sentido, la ratio legis de la norma es la de garantizar una serie de obligaciones positivas, es decir, la de identificar, delimitar, demarcar y titular las tierras para que el derecho a la propiedad colectiva sea efectivo y no ilusorio.

En segundo lugar, la Corte adopta lo que ella misma denomina un método interpretativo “evolutivo” a través una lectura a contrariis de la prohibición de la interpretación restrictiva del Art. 29 letra b) de la Convención.

En tercer lugar, la Corte aclara la prohibición de una interpretación restrictiva de los derechos, puesto que - tal y como establece el artículo 29 letra b) de la CADH - ninguna disposición puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados⁸.

La positivización del derecho a la propiedad de los territorios indígenas en el marco del Derecho internacional y la mencionada jurisprudencia de la Corte resultan esperanzadoras para futuras reclamaciones territoriales de los pueblos indígenas⁹.

Concordando con Claudia Cinellis, y a pesar de estos notables avances en el desarrollo de un derecho positivo de los pueblos indígenas, y del impulso de la sociedad civil cada vez más consciente de las particularidades históricas de estos pueblos, la mayoría de los Estados continúan ignorando sus obligaciones internacionales y promoviendo políticas continuistas o directamente regresiva.

5. DE LAS PERSPECTIVAS DEL DERECHO A LA TIERRA Y EL TERRITORIO

Como lo demostró el profesor Carlos Mares¹⁰ los poderes públicos, muy especialmente el judicial, ha sido negligente en la aplicación de las garantías frente al derecho a la tierra en la constitución Brasileira. Afirma el profesor que la Constitución incluyó el uso de la tierra en el concepto de propiedad, pero no cualquier uso, sino aquel que la hace productiva y

8 Caso Awas Tingni, sentencia cit., para.145.

9 CINELLI, Claudia. **La dimensión colectiva del derecho a la propiedad de la tierra**. Breve recensión sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En: <<http://www.portalfio.org/inicio/repositorio/CUADERNOS/CUADERNO3/Derecho%20a%20la%20Propiedad%20de%20la%20Tierra.pdf>>.

10 Ver en: **A função social da terra**, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor.

protectora del ambiente. Por ello, el llamado propietario que no cumple la función social no es propietario; y el ocupante que la hace cumplir merece protección integral del sistema, aun cuando no sea propietario.

Esta constatación frente a la constitución brasilera es aplicable para los Estados latinoamericanos que en mayor o menor medida tienen normas y desarrollos jurisprudenciales en materia de derecho de propiedad a la tierra reconocido para pueblos indígenas, derechos colectivos y por su puesto la aplicación del principio de la inherencia de los derechos indígenas.

La pregunta está en el tipo de negligencia que los poderes judiciales presentan y las resistencias institucionales que adicionalmente existen en países que los marcos constitucionales son más restringidos.

El activismo judicial tan de moda en América Latina en materia de estos derechos es bastante cauteloso, incluso el propio sistema interamericano tiene desarrollos amplios que los Estados no asumen como doctrina probable para sus propios asuntos internos.

La perspectiva de la tierra y los territorios en esta etapa del capitalismo o en el llamado capitalismo de época se juega hoy en escenarios judiciales sin embargo, los operadores judiciales desconocen los avances jurisprudenciales de la Corte Interamericana y de algunos Tribunales constitucionales que realizan una interpretación amplia y extensiva de estos derechos.

El acervo de sentencias en Consulta previa en Colombia es bastante ostensible y todos partimos de la convicción que las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana son de obligatorio cumplimiento y que los involucrados aceptan las decisiones judiciales sin remilgo alguno, pero en la práctica no es así una vez se tiene la sentencia esta solo es un documento que requiere una segunda lucha legal pues los ejecutores de dichas sentencias se enfrentan con todo tipo de obstáculos e intereses económicos, políticos, internacionales y militares que impiden su materialización¹¹.

El alcance jurídico de los derechos colectivos de la tierra y el territorio en los próximos años evidentemente tienden a ser cada vez más restringidos y en los países que no tienen un estándar internacional aceptable es poco probable que lo alcance, la perspectiva es incrementar la retórica y mantener en el limbo la materialidad de estos derechos.

¹¹ Ver en: ARIZA, Rosemberth. **Consulta Previa. Dilemas del ejercicio de un derecho**, Minería, Territorio y Conflicto en Colombia, Universidad Nacional de Colombia

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ANAYA. **Los pueblos indígenas en el derecho internacional**. Universidad Internacional de Andalucía, Editorial Trotta, Madrid, 2005.

ANAYA y GROSSMAN. El Caso Awas Tingni vs. Nicaragua: un nuevo paso en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS. **El caso Awas Tingni contra Nicaragua**, nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas. Universidad de Deusto, Bilbao, 2003, p. 11.

ARIZA, Rosembert. **Consulta Previa. Dilemas del ejercicio de un derecho**, Minería, Territorio y Conflicto en Colombia, Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 2012.

CINELLI, Claudia. **La dimensión colectiva del derecho a la propiedad de la tierra**. Breve recensión sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En: <<http://www.portalfio.org/inicio/repositorio/CUADERNOS/CUADERNO3/Derecho%20a%20la%20Propiedad%20de%20la%20Tierra.pdf>>.

MARÉS Carlos Federico. **Bens Culturais e Proteção Jurídica**, 2. ed., Unidad Editorial de Porto Alegre, 1999.

_____. **O Renascer dos povos indígenas para o direito**, Curitiba, Juruá, 1998.

_____. **A função social da terra**, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, Editor, 2003.

“NOVOS COLONIALISMOS”: DIÁLOGOS EVANESCENTES NUMA FRONTEIRA EM MOVIMENTO

Alfredo Wagner Berno de Almeida¹

Resumo: Este texto foi originalmente apresentado em abertura de seminário para discutir as relações entre Estados e identidades coletivas objetivadas em movimentos sociais, com consciência ambiental profunda e mobilização expressiva, em torno de direitos territoriais. O texto analisa, também, o confronto entre as políticas neoliberais e a experiência democrática desses movimentos parcialmente referenciados por Declarações de Direitos produzidas por organizações internacionais, como a Convenção 169 da OIT de 1989.

Palavras-chave: Movimentos sociais. Identidades coletivas. Cultura de resistência. Estado. Convenção 169 da OIT.

Com todos os condicionantes próprios das cerimônias de abertura de eventos científicos, cujo marco consiste num pórtico para as discussões, convido-os para uma reflexão crítica sobre direitos territoriais, cultura e meio ambiente nas relações internacionais referidas ao Brasil nas últimas décadas. Um fator preponderante, no âmbito dessas relações, concerne aos chamados “diálogos setoriais” entre o Brasil, de um lado, e a União Europeia e os Estados Unidos, de outro, focalizando, notadamente, temas associados à cultura e aos fatores ambientais. Essas relações ganharam força a partir da Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), promulgada durante a Rio-92, realizada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992, e da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, adotada pela UNESCO em 21 de maio de 2001, ambas em conformidade com as Nações Unidas (ONU) e acatadas pelo Brasil. O fortalecimento dessas iniciativas políticas, engendradas no sentido “norte/sul” e cognominadas “diálogos”, estabelece linhas demarcatórias rigidamente traçadas num pano de fundo de aparente entendimento. Dizemos aparente, porquanto se está diante de interpretações e posições divergentes em face dos fenômenos relativos à biodiversidade e a conflitos socioambientais, como veremos adiante.

Mais recentemente têm se contraposto a essa “tendência geográfica” novas modalidades de reflexão, que fortalecem principalmente relações classificadas como “sul/sul”, ou seja, principalmente entre países asiáticos, africanos e sul e centro-americanos.

¹ Antropólogo. Professor visitante da Universidade do Amazonas. Pesquisador Fapeam.

Tais relações assinalam, ao contrário daquela relação anteriormente citada, interpretações aproximáveis do ponto de vista das questões ambientais. Para alguns intérpretes, mais afeitos aos trabalhos localizados e às pesquisas de campo, a biodiversidade é entendida como não se separando da sociodiversidade, por meio, sobretudo, da emergência de novos “sujeitos sociais”, que se apropriam dos recursos naturais consoante uma autoconsciência cultural acentuada. Eles constroem suas respectivas identidades coletivas, redefinindo os próprios significados de “etnia”, de “tradicional” e demais fatores identitários, cujos efeitos aparecem conjugados com uma preservação ambiental articulada com rituais de passagem, que hierarquizam o tempo e os espaços físicos, delineando uma ação cultural profunda. As florestas amazônica e atlântica ou as florestas úmidas da bacia do Congo e do sudeste asiático não poderiam, assim, ser compreendidas como dissociadas dos povos e comunidades, que nelas tradicionalmente ocupam terras e fazem uso sustentável de recursos naturais.

Outros intérpretes, que incorporam tal dissociação, mostram-se mais afinados com uma argumentação ambientalista radical, em que prevalece uma preponderância absoluta do quadro natural para explicar a vida social. Sob esse aspecto as características do meio físico seriam determinantes para definir os princípios de qualquer política ambiental e a preservação é sempre entendida como “integral”, ou seja, sem a presença de unidades sociais.

A explicitação dessa dupla fronteira revela mais que um conflito de interpretações. Ela coloca circunstancialmente em suspenso a utilização do modelo usual de harmonia como uma técnica de “diálogo”, silenciando diferenças, e chama a atenção para os conflitos sociais manifestos nas transformações sociais e econômicas nesta virada de século. Essa situação de transição tem sido também classificada como uma ruptura profunda com as medidas autoritárias inspiradas num projeto neocolonialista². Semelhante transição ainda não tem, entretanto, uma explicação acabada. Suas interpretações, mesmo as mais aprimoradas, sublinham uma constante “perda de rumo”, evidenciando uma dificuldade analítica e de compreensão da dinâmica dos processos sociais em curso. Importa revisar, portanto, intérpretes e interpretações que demonstram esta perplexidade, considerando que constituem um pressuposto para sua própria explicação.

Com apoio nesse pressuposto é que pretendo expor o tema de maneira aberta, convidando-os a refletir livre e acuradamente sobre as decisões de política cultural e ambiental e sobre os direitos territoriais em pauta para povos e as comunidades tradicionais. Para tanto busco apresentar interpretações de diferentes autores, descrevendo condições de possibilidades para o acesso a dispositivos conceituais, a argumentos e esquemas

2 Esta análise remete também à reflexão de Laura Nader e Ugo Mattei sobre a pilhagem e o estado de direito. Vide: **Pilhagem. Quando o Estado de Direito é Illegal**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

explicativos capazes de propiciar uma tríplice ruptura: i) com as autoevidências³, ii) com os ditames evolucionistas e iii) com o senso comum dos dualismos (tradicional X moderno, primitivo X vanguarda, rural X urbano, periferia X centro, ex-colônias X metrópoles, atrasado X avançado, matéria-prima X indústria), que, historicamente, têm dominado as interpretações relativas à questão.

Uma advertência inicial é que as “histórias de diferenças culturais”, sempre sublinhadas, não devem ser lidas apressadamente como sugerem os preceitos evolucionistas, afinal os conceitos de “culturas nacionais homogêneas”⁴, de identidades étnicas e de processos de ambientalização, bem como a noção geral de “pós-colonialismo”, estão passando por redefinições, que dificultam exercícios comparativos e iniciativas de contraste. Assiste-se à perda da força conceitual e da capacidade de persuasão dessas noções até então hegemônicas e é a partir destes condicionantes atuais que se deve apreciar as relações “norte/sul” ou aquelas “sul/sul” aqui sublinhadas.

Na análise de Homi Bhabha⁵, em *O Local da Cultura*, impõe-se marcar uma distância crítica mediante os historicismos e as ilusões de continuidade, que fundamentam interpretações oficiosas.

*“O trabalho fronteiriço da cultura exige um encontro com “o novo”, que não seja parte do continuum de passado e presente. Ele cria uma idéia do novo como ato insurgente de tradução cultural. Essa arte não apenas retoma o passado como causa social ou precedente estético; ela renova o passado, refigurando-o como um “entre-lugar” contingente, que inova e interrompe a atuação do presente.”*⁶

Além disso, quando se relacionam direitos territoriais de povos e comunidades tradicionais, cultura e meio ambiente, há distintas abordagens em jogo, que não podem ser elididas.

Para intérpretes aferentes às pesquisas de campo, a biodiversidade é entendida como não se separando da sociodiversidade mediante, sobretudo, a emergência de novos “sujeitos sociais” que se apropriam dos recursos naturais, consoante uma autoconsciência cultural, construindo suas respectivas identidades coletivas (indígenas, quilombolas, ribeirinhos,

3 Refiro-me aqui aos estudos sociológicos sobre o pós-colonialismo, cuja crítica encontra-se sintetizada em Vivek Chibber – “Postcolonial Studies as Analysis and Critique”. In: **Postcolonial Theory and the Specter of Capital**. London/New York: Verso, 2013. pp.1-27.

4 Cf. BHABHA, Homi K. **O Local da Cultura**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p.24.

5 Cf. BHABHA, Homi K. **O Local da Cultura**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

6 BHABHA, Homi K. **O Local da Cultura**. Belo Horizonte. Editora UFMG. 2010, p.27.

caičaras, quebradeiras de coco babaçu, faxinalenses, piaçabeiros, comunidades de fundos de pasto, vazanteiros) e suas territorialidades específicas. Trata-se de identidades coletivas objetivadas em movimentos sociais, com consciência ambiental profunda e mobilização expressiva em torno de direitos territoriais. A redefinição de cultura tem implicações sobre a reorganização do espaço físico e as modalidades de apropriação. Os efeitos pertinentes dessa construção apontam para uma preservação ambiental conjugada com rituais de passagem, que hierarquizam o tempo e os espaços físicos, delineando uma ação cultural intrínseca e deveras profunda. As florestas tropicais, úmidas, não poderiam ser compreendidas em sua plenitude como dissociadas dos povos e das comunidades que tradicionalmente as ocupam. A reorganização do espaço, nesse sentido, consistiria num reconhecimento das formas intrínsecas de uso comum dos recursos naturais.

Ao contrário, para outros intérpretes, mais afinados com uma argumentação ambientalista radical, inspirada nos preceitos das antigas metrópoles, prevalece a preponderância absoluta do quadro natural, que seria determinante para definir os princípios de qualquer política oficial. Sob esse ponto de vista, conforme já foi sublinhado, a preservação é classificada como “integral” dissociada de quaisquer unidades ou agentes sociais, que passam a ser considerados como predadores ou “intrusos”. Tem-se uma ilegitimação das formas tradicionais de uso dos recursos, evidenciando conflitos sociais.

Articulada com essa ilegitimação verifica-se que, na União Europeia, avolumam-se as restrições à sociodiversidade e agravam-se estigmas em face das ex-colônias, com leis de imigração cada vez mais severas e com restrições às identidades étnicas e ao livre deslocamento dos agentes sociais a elas referidos. As orientações estigmatizantes, tributárias da complexidade da descolonização, avizinham-se de noções do denominado “racismo ambiental”. Argumentos demografistas de fundamento malthusiano são tragicamente reeditados. Bem ilustram isso as tensões e as tragédias sucessivas na Ilha de Lampedusa, Itália, com mais de 20 mil mortos, nas duas últimas décadas, dentre os que tentam entrar clandestinamente, com embarcações precárias, na Europa. Acrescenta-se a isso as reivindicações dos chamados “sans-papiers” e as dificuldades crescentes no reconhecimento dos direitos de povos ciganos, na França. Numa direção contrária, no Brasil, se assiste à emergência concomitante de uma pluralidade de identidades coletivas com o pleno reconhecimento de seus direitos territoriais⁷ e culturais, inclusive linguísticos⁸ (caso

7 Cf. Decreto nº 6.040, de 07 de fevereiro de 2007, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável de Povos e Comunidades Tradicionais.

8 Cf. Decreto nº 7.387, de 09 de dezembro de 2010, que institui o Inventário Nacional de Diversidade Linguística e dá outras providências.

dos povos indígenas, pomeranos e ciganos), e verificam-se leis de imigração mais abertas e relativamente flexíveis em face dos rígidos dispositivos jurídicos ora adotados nos Estados Unidos e pela União Europeia.

Considerando-se os denominados oficialmente “diálogos setoriais” está-se diante de um descompasso flagrante, com profundidade abissal, senão vejamos: enquanto um abre o outro se fecha, enquanto um reconhece direitos o outro os restringe, enquanto um privilegia políticas de reconhecimento o outro insiste numa política restritiva de identidade, enquanto um aumenta a tolerância o outro a diminui. Ademais, enquanto um mantém uma perspectiva preservacionista, o outro tem como preponderantes o conservacionismo e a ênfase nos “temores ecológicos” (poluição, mudança climática), propiciando uma intensa comercialização de “serviços ambientais” e uma mercantilização de medidas técnicas atreladas às políticas de proteção ao meio ambiente.

A explicitação dessas múltiplas fronteiras e seus desdobramentos traduz situações sociais contrastantes, que colocam circunstancialmente em suspenso a utilização do modelo usual de harmonia como uma técnica de diálogo entre países, silenciando diferenças, e chama a atenção para antagonismos sociais manifestos nas transformações sociais e econômicas nesta “virada de século”, que afetam de maneira desigual países e continentes, blocos econômicos e “comunidades internacionais”. Sob esse prisma, os “diálogos setoriais” demandam uma análise crítica, dissociando a pauta de reivindicações dos movimentos sociais daqueles atos de Estado.

1. AS IMPLICAÇÕES DE UMA “PERDA DE RUMO”

“Nous sommes entrés dans le nouveau siècles ans bussole.”⁹

Há um consenso no debate entre as interpretações eruditas sobre a passagem do século XX ao XXI, enfatizando uma “perda de rumo” generalizada e uma “desorientação” geral sobre que direções tomar seja na economia, seja na produção de conhecimentos, seja na vida cultural. As decisões políticas e os circuitos de mercado delimitam o campo da produção de bens simbólicos, decidindo que bens e serviços culturais serão financiados e o que deve ou não ser produzido. Num quadro de crises profundas constata-se uma complexa situação de passagem em que se assomam incertezas e dificuldades de previsão ou de estimativas confiáveis em face do futuro próximo. Assomam-se indagações acerca do

9 MAALOUF, Amin. **Le Dérèglement du Monde**. Éditions Grasset & Fasquelle. 2009.

“para onde vamos?” e de perguntas avizinhas: o espaço se sobrepõe ao tempo? Há um encurtamento do tempo perante espaços físicos, que se tornam rigidamente hierarquizados?

Os discursos explicativos dessas incertezas, eivados de metáforas, recorrem não a dispositivos econômicos ou de natureza cultural, mas à ausência dos instrumentos de exatidão, de precisão, de localização geográfica e de medição para evidenciar a magnitude das múltiplas dimensões de uma “desorientação” profunda e sem o sentido usualmente dado pelas direções marcadas na rosa dos ventos. Territórios e identidades coletivas conhecem redefinições de sentido. As fronteiras do presente não são, de modo algum, autoevidentes e são muitos os pensadores a registrar isso. O mapa já não sucede ao território como diria Baudrillard¹⁰.

Para o historiador Amin Maalouf¹¹, em 2009, na entrada do novo século, não se dispunha de um instrumento para servir de guia a uma localização certa, nem mesmo de uma velha bússola para indicar o caminho a ser seguido. O pensador afirma que se entra no novo século com um passo em falso. A “perda de rumo” estaria vinculada, consoante o próprio título de seu livro, à crise da “desregulação” geral ou ao fim das regras que disciplinariam as atividades mercantis e as políticas das agências multilaterais.

“Nous sommes entres dans le nouveau siècles ans bussole.”¹²

A crise financeira e o colapso das políticas triunfalistas de inspiração neoliberal, a partir de 2008 e 2009, geraram uma desconfiança perante as ideias de “desregulação”, disseminando uma suspeita geral de seu propósito de “libertar” o crescimento das forças produtivas, que “naturalmente” ocorreria com a neutralização da ação do Estado. Com esse fracasso generalizado das políticas neoliberais de “desregulação” e com dramáticos sinais de prolongada crise econômica, as cabeças pensantes do multilateralismo, evitando o potencial de situações conflitivas, estão propondo estabelecer internacionalmente um “diálogo” em “novas” bases. Em outras palavras, a iniciativa de “diálogo” ocorre num momento de transição e de incertezas em que os efeitos de uma descolonização tardia são repensados e recolocados, com desdobramentos imprevisíveis.

No prefácio de *Tempos Fraturados*, livro póstumo de Eric Hobsbawm¹³, lançado em 2013 logo após a sua morte, o historiador inglês mostra-se coadunado com esta interpretação,

10 F. BAUDRILLARD, Jean. **Cultura y Simulacro**. Barcelona: Editorial Kairós, 2012. pp.9-11.

11 Cf. MAALOUF, Amin. **Le Dérèglement du Monde**. ÉditionsGrasset&Fasquelle, 2009.

12 MAALOUF, Amin. **Le Dérèglement du Monde**. ÉditionsGrasset&Fasquelle. 2009. p.10.

13 Cf. HOBBSAWM, E. **Tempos Fraturados. Cultura e Sociedade no século XXI**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

elaborando uma argumentação análoga, mas colocando o foco no que estaria implícito na ausência do velho instrumento e não nele próprio.

“(...) este livro também se refere a uma época da história que perdeu o rumo e que, nos primeiros anos do novo milênio, com mais perplexidade do que lembro ter visto numa já longa vida, aguarda desgovernada e desorientada, um futuro irreconhecível.”¹⁴

Embora a propalada “perda de rumo” remeta aparentemente a espaço físico, tem-se uma noção de tempo e de cultura perpassando-a, o que deixa à mostra que a crise tem uma tripla dimensão frente a categorias fundamentais e permanentes nos sistemas de pensamento.

No capítulo inicial de *O Local da Cultura*, Homi K. Bhabha, em consonância com os intérpretes anteriores, descreve com pormenor seu ponto de vista:

É o tropo dos nossos tempos colocar a questão da cultura na esfera do além. Na virada do século, preocupa-nos menos a aniquilação – a morte do autor – ou a epifania – o nascimento do “sujeito”. Nossa existência hoje é marcada por uma tenebrosa sensação de sobrevivência, de viver nas fronteiras do “presente”, para as quais não parece haver nome próprio além do atual e controvertido deslizamento do prefixo “pós”: pós-modernismo, pós-colonialismo, pós-feminino...

O “além” não é nem um novo horizonte, nem um abandono do passado... Inícios e fins podem ser os mitos de sustentação dos anos no meio do século, mas neste *fin-de-siècle*, encontramos-nos no momento de trânsito em que espaço e tempo se cruzam para produzir figuras complexas de diferença e identidade, passado e presente, interior e exterior, inclusão e exclusão. Isso porque há uma sensação de desorientação, um distúrbio de direção, no “além”: um movimento exploratório incessante, que o termo francês *au-delà* capta tão bem – “aqui e lá, de todos os lados, *fort/da*, para lá e para cá, para frente e para trás.”¹⁵

Fredric Jameson¹⁶, pensador norte-americano com doutorado em Yale, fala especificamente de uma “guinada cultural” ou da dinâmica de uma cultura pós-moderna a partir dos efeitos das sucessivas guerras e de um “capitalismo tardio”. Circunstancia a polêmica sobre o “fim da arte”, remontando a Hegel, e situa as últimas décadas do século

14 Cf. HOBBSAWM, E. **Tempos Fraturados. Cultura e Sociedade no século XXI**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 9, 10.

15 BHABHA, Homi K. **O Local da Cultura**. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2010. p. 19.

16 JAMESON, Fredric. **Le postmodernisme, ou la logique culturelle du capitalisme tardif**. Paris: ENSBA, 2007.

passado como uma era de grandes encenações e de um trágico teatro de operações de guerra com efeitos sobre a maneira de se pensar as transformações sociais. Com o pós-modernismo ocorreria uma recolocação de categorias de pensamento, tanto em termos políticos quanto em termos da produção científica. Razão, ciência, tempo e espaço conhecem ressemantizações ou passam a ser relativizadas de igual modo que as categorias políticas: soberania, cidadania e território; propiciando o advento de novas categorias. Jameson¹⁷ capta, inclusive, neologismos como “desterritorialização”, tomado a Deleuze, articulando-o com a crise da especulação imobiliária. A situação de passagem, como transição incerta, implica aqui o abandono de determinadas categorias em proveito de outras, modificando completamente os esquemas interpretativos ou a modalidade de perceber os fenômenos.

Mediante a “falta de rumo”, os autores procuram uma alternativa. Essa alternativa tem convergido para uma formação acadêmica capaz de propiciar coordenadas precisas e para um tipo de profissional, cujos critérios de competência e saber possibilitam imprimir “direção” ou mesmo inverter “rumos”.

O pensador argentino Tomás Eloy Martínez¹⁸ sintetiza essa convergência. Ele considera a cartografia como uma ciência que, idealmente, pode desvendar “caminhos” e propiciar a orientação adequada num momento de crise, dobrando as “incertezas” e reencontrando o “rumo”:

“Um cartógrafo, se quiser, pode inverter os rumos do mundo”.¹⁹

No compasso das perplexidades recentes, poder-se-ia colocar uma interrogação nessa afirmativa de Martínez, pontuando que ao mesmo tempo que a cartografia empresta uma ideia de completa objetividade a situações de transição, ela também é marcada por obstáculos analíticos e dificuldades interpretativas na compreensão das subjetividades.

2. UMA TRANSIÇÃO INCERTA E DE RISCO: “O NOVO AINDA NÃO NASCEU E O VELHO AINDA NÃO MORREU”

Um outro grupo de pensadores formula uma interpretação da “virada do século” em torno dos riscos desse tipo de transição, que além de “perder o rumo” encontrar-se-ia

17 JAMESON, F. **A virada cultural**: reflexões sobre o pós-modernismo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. pp.227-245.

18 Cf. MARTINEZ, Tomás Eloy. **Purgatório**. São Paulo: Cia. das Letras, 2009.

19 MARTINEZ, Tomás Eloy. **Purgatório**. São Paulo: Cia. das Letras, 2009.

numa situação de liminaridade, à margem, entre rituais de separação que não se completam e jazem inconclusos. Tais rituais de separação encontram-se relacionados à preparação e à espera de cerimônias de nascimento e de morte.

O filósofo D.Bensaid²⁰ assinala essa condição marginal de uma passagem não concluída ou de uma sequência cerimonial incompleta, de um rito de passagem que, ao contrário das previsões, não se efetuou de maneira completa na “virada de século”. Esse movimento inacabado é assim descrito:

*“Eis que embarcamos em uma transição incerta, em que o velho agoniza sem ser abolido, o novo pena para eclodir, entre um passado não ultrapassado e a descoberta balbuciante de um novo mundo em gestação”.*²¹

*“Sob o choque da globalização capitalista, as noções de nação, território, povo, soberania e cidadania foram abaladas, assim como os parâmetros do direito internacional interestatal. Abaladas, mas não ultrapassadas. Vivemos essa grande transição, esse grande intervalo entre dois extremos, entre o “não mais” e o “ainda não”, em que o antigo não acabou de morrer, enquanto o novo pena para nascer e corre o risco de perecer antes mesmo de ter vivido.”*²²

O sociólogo polonês Zygmunt Bauman²³ partilha desse esquema interpretativo e bem define sua inspiração em A.Gramsci num artigo publicado no periódico italiano **Il Manifesto**:

“Verso la fine degli anni Venti o l’inizio degli anni Trenta del secolo scorso Antonio Gramsci scriveva in uno dei molti quaderni che empi durante la sua lunga prigionia nel carcere di Turi: “La crisi consiste precisamente nel fatto che il vecchio sta morendo ed il nuovo non più ancora nascere; in questo interregno appaiono molti sintomi morbosi.” (...)

“Propongo di conoscere la condizione planetaria odierna come un caso di interregno. Davvero, proprio come postulato da Gramsci, “il Vecchio sta morendo”. Il Vecchio ordine fondato fino a

20 BENSALD, Daniel. **Os irredutíveis. Teoremas da resistência para o tempo presente**. São Paulo: Editorial Bontempo, 2008.

21 BENSALD, Daniel. **Os irredutíveis. Teoremas da resistência para o tempo presente**. São Paulo: Editorial Bontempo, 2008, p. 22.

22 BENSALD, Daniel. **Os irredutíveis. Teoremas da resistência para o tempo presente**. São Paulo Editorial Bontempo. 2008 p. 11.

23 BAUMAN, Z. “Non più e non ancora. Transizione di un continente a rischio di paralisi”. **Il Manifesto**. Anno XL. N.74,28 marzo de 2010. (Traduzione Marina Impallomeni).

poco tempo fa su um principio anch'esso "trinitario" di território, stato e nazione come chiave ala distribuzione planetária dela sovranità e sul poteresposato ala politica dello stat onazione territoriale come sua única agencia ativa, staormaimorendo - lasovranità non essendopiùcollegata ad alcunodeglielementi dele entità e del principio trinitari, o essendocomunquecollegata ad essi in una parte che si riduce costantemente, mentrail matrimonio aparentemente indestruttibile dipotere e politica si starisolvendo in uma separazione e forse in um divorzio. La sovranità è per così, dire, disancorata e liberamente flutuante. I critério dela sua allocazionetendono a essere fortemente contestati, mentrelasucessionedi uma regoladiallocazione e la sua applicazione in um gran numero dicasirovesciata (ossia, laregola è ridotta a chiosaretrospettivadi uno statodi fato giàcompiuto)."²⁴

Em consonância com Bauman o jornalista Serge Halimi²⁵, diretor de Le Monde Diplomatique, nos convida a refletir numa mesma direção, abrindo seu artigo com um verso indagativo de *Poésie Ininterrompue*, de Paul Éluard :

"Eu quero saber de onde estou partindo/Para manter tanta esperança."

Na formulação mais acabada de Halimi, tem-se o seguinte:

...nas últimas décadas, a transformação do mundo tem sido tão rápida que superou em velocidade nossa capacidade de analisá-la. A queda do Muro de Berlim, o surgimento dos BRICS (Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul), as novas tecnologias, as crises financeiras, as revoltas árabes, o declínio europeu: a cada vez especialistas se revezam para nos anunciar o fim da história ou o nascimento de uma nova ordem mundial.

Além destes prematuros enterros ou desses partos incertos, três grandes tendências surgiram, mais ou menos universais, das quais, num primeiro momento, é importante fazer um balanço: crescentes desigualdades sociais, decomposição da democracia política e encolhimento da soberania nacional.²⁶

As metáforas vinculadas ao tempo biológico e sua finitude funcionam uma vez mais como mecanismo explicativo das transformações sociais. Constata-se que nos

24 BAUMAN, Z. "Non piú e non ancora. Transizionedi um continente a rischiodiparalisi". **Il Manifesto**. Anno XL. N.74,28 marzo de 2010. (Traduzione Marina Impallomeni)

25 Vide HALIMI, Serge. "Para preparar a reconquista". **Le Monde Diplomatique**. Brasil, de maio de 2013 pp.20,21.

26 HALIMI, Serge. "Para preparar a reconquista". **Le Monde Diplomatique**. Brasil, de maio de 2013. p. 20.

desdobramentos dessa explicação alguns de seus resultados convergem para figuras literárias e uma delas em especial merece destaque, aquela que se refere ao romance de Tomasi de Lampedusa intitulado *Il Gattopardo*, cuja adaptação cinematográfica foi realizada por Luchino Visconti. No romance, tal como acomete hoje na ilha do mesmo nome, ou mais uma vez em torno de Lampedusa sucedem transformações e o mecanismo explicativo delas pode ser sintetizado no que ficou conhecido como “gatopardismo”, cujo significado, numa tradução livre, poderia ser assim resumido²⁷: “Se queremos que tudo permaneça como está, faz-se necessário que tudo se transforme ou mude.” Ou ainda para tudo ficar como está, é necessário que tudo mude.

3. “RUMO LESTE, RUMO SUL”: VELHAS CERTEZAS DESFEITAS

Durante séculos e até duas décadas passadas parecia não haver dúvida de que o curso do mundo se manteria o mesmo. O Oeste seria sempre o “rumo” do processo civilizatório. Uma acurada síntese do literato português Eça de Queiroz reafirmava esta “verdade irretorquível”, em 1878, nas *Cartas de Inglaterra*. Tratava-se de uma correspondência enviada por Eça regularmente ao jornal brasileiro “Gazeta de Notícias” e ao jornal português “A Actualidade” durante os anos de 1878 a 1882. O autor reproduz uma das certezas da era de expansão imperialista, que hoje nos parece absolutamente abalada, senão completamente desfeita, aquela da dinâmica constante no sentido do “ocidente”.

*“Como a civilização caminha para o oeste, isto passar-se-á aí para o século XXVIII, na Nova Zelândia ou na Nova Austrália, quando nós, por nosso turno, formos as velhas raças do Oriente, as nossas línguas idiomas mortos, e Paris e Londres montões de colunas truncadas como hoje Palmira e Babilônia, que o zelandês e o australiano virão visitar em balão, com bilhete de ida e volta...”*²⁸

A expectativa da ruína pode até ser a mesma, mas as projeções e estimativas de “rumo” mudaram radicalmente neste início do século XXI. A problematização da

27 Em italiano tem-se: “vogliamo che tuttora mangia come è, bisogna che tutto cambi.” (Tomasi de Lampedusa, p.50). No livro de Lampedusa, que retrata sua aristocrática família, isto é o que diz o Príncipe de Salinas para seu sobrinho Tancredi a respeito da luta pela República, que mostra claros sinais de vitória. Vide: LAMPEDUSA, Tomasi di - *Il Gattopardo*. Milano: Giangiacomo Feltrinelli, 2009. UniversaleEconomicaFeltrinelli. (Prima edizione 1963, conforme al manoscrittodel 1957).

28 Cf. QUEIROZ, Eça de. *Cartas de Inglaterra e Crônicas de Londres*. Lisboa: Edição “Livros do Brasil”, 2000. p. 63.

representação espacial tende a acentuar-se uma vez que, do ponto de vista econômico, o centro de gravidade do mundo estaria mudando. Para Hobsbawm, com a atual depressão econômica, o mundo se move não para Oeste, mas do Oeste (América do Norte e Europa) para o Sul (África e América Central e América do Sul) e para o Leste asiático. Tal movimento é de um tempo largo, já que as velhas regiões metropolitanas e hegemônicas têm um acúmulo de riquezas que lhes permite garantir ainda por décadas um padrão de vida superior ao dos países emergentes, como os BRICS, por exemplo.

Uma das deduções poderia indicar que não teremos grandes alterações cartográficas nos mapas-múndi em curto prazo, embora a tensão social nos “países centrais” (EUA e Europa) mantenha uma tendência ascendente, consoante o historiador inglês. Não tem faltado, entretanto, exercícios de geógrafos, historiadores e antropólogos que colocam a África, a Ásia e a América do Sul na parte superior do mapa-múndi e os países do hoje chamado “hemisfério norte” na sua parte inferior²⁹.

4. CRÍTICA AO EUROCENTRISMO

São os próprios pensadores de universidades da União Europeia os principais intérpretes dos efeitos da eurocentricidade sobre a vida intelectual das antigas colônias. Para o historiador britânico Jeremy Black, a ruptura com o eurocentrismo consiste numa questão proeminente nesta quadra de reconceituação intelectual e política. Os resultados da relação da cartografia com a religião são recuperados historicamente pelo antropólogo Jack Goody, num acurado levantamento documental em que procura desconstruir o discurso eurocêntrico produzido a partir do Renascimento clássico. Goody³⁰ constata a perda da informação científica sob a hegemonia do cristianismo. Analisa seus efeitos negativos sobre o pensamento científico e, em especial, sobre a cartografia:

*“Por exemplo, no que diz respeito à cartografia, os mapas cristãos regrediram em relação aos minuciosos mapas gregos e romanos – e, de algum modo, em relação aos mapas islâmicos, como os de Al-Idrisi no livro de Rogério (1154) e mais tarde no século XVI, no norte da Europa, os mapas de Mercator. O mapa cristão do início do século XVII (“T-O”) foi chamado de “diagrama bastante parco”. Ptolomeu teve de ser redescoberto, assim como a maioria das ciências teve de renascer. Esse é outro exemplo de perda de informações sob o cristianismo.”*³¹

29 Vide BLACK, Jeremy. **Mapas e História. Construindo Imagens do Passado.** São Paulo: Edusc, 2005.

30 Cf. GOODY, Jack. **Renascimentos: um ou muitos?** São Paulo: Editorial UNESP, 1995.

31 GOODY, Jack. **Renascimentos: um ou muitos?** São Paulo: Editorial UNESP, 2011.

As críticas ao eurocentrismo se estendem ao processo de produção artística, bem como de mapas e atlas, que privilegiam desmatamentos de florestas tropicais, poluição de rios e mares, desertificação e devastação de campos naturais e savanas, mantendo ausentes de suas representações cartográficas povos e comunidades tradicionais. A cartografia nessa situação se manteria distante da pesquisa etnográfica, ao contrário do que começa a prevalecer atualmente na América do Sul, na África e na Ásia. Nesse contexto, os olhares críticos também se voltam para os “novos cartógrafos”, de que nos fala Deleuze³², como aqueles que poderiam redesenhar mapas, segundo o sistema de representação dos próprios agentes sociais, fortalecer o processo de autoconsciência cultural e reorientar os “novos rumos” da vida social.

As artes eruditas, ainda com Hobsbawm, de igual modo que as instalações, o novo colecionismo e as exposições dos grandes museus, incluindo-se aquelas de artes plásticas, como as conhecidas “bienais”, permanecem eurocêntricas. Elas assim se mantêm, mesmo num planeta globalizado em que as cadeias de museus e as sequências programadas de exposições, de “bienais” e de “grandes coleções” transmitem ordinariamente uma ampla ideia de difusão cultural em vista de condições de possibilidades idealmente facultadas pela produção intelectual e artística. O desenvolvimento econômico, nos termos de Hobsbawm, possibilitaria uma cena cultural fundada na crítica de “sociedades coloniais” em que a instituição do repatriamento de coleções passou a funcionar como uma medida “natural” de compensação.

Este tema da repatriação das peças obtidas nas guerras de conquista, que remetem ao colonialismo, começou a ganhar corpo nas últimas décadas, quando grandes museus europeus vêm fragilizado o seu significado “nacional” e quando países emergentes buscam, ao contrário, consolidar “projetos nacionalistas” em termos de política cultural. Um capítulo de tensões se descortina, inaugurando intensas polêmicas.

5. A “REPATRIAÇÃO” DE COLEÇÕES E SUAS DIFICULDADES

Na análise circunstanciada de Hobsbawm “Os conteúdos desses museus (com referência aos dois museus de Oskar Reinhardt de Wintesthrue (...) não são nacionais, apesar de sua localização em certos lugares, e não pertencem a nenhum patrimônio cultural nacional, qualquer que tenha sido sua forma original de acumulação (roubo, conquista, monarquia,

32 Cf. DELEUZE, Gilles. “Um novo cartógrafo”. In: **Foucault**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2005. pp. 33-56.

dinheiro ou patrocínio). Coleções deste tipo podem ou não vir a ser o alicerce de museus oficialmente designados como nacionais, mas de todo modo sua intenção é supranacional.”³³

O Musée du Quai Branly, em Paris, um espetáculo da colonização mesclado com pós-modernismo, seria uma ilustração extrema disto ao expor de modo tardio as coleções de “povos selvagens”, obtidas nas grandes expedições científicas³⁴, como “a missão” Dakar-Djibouti, de 1931. Este exemplo mais acabado e algo tardio simboliza os efeitos possíveis e profundos do colecionismo sobre a autoconsciência cultural de povos e comunidades tradicionais. Museus desta ordem tornaram-se modelos do neocolonialismo e funcionam articulando livrarias, galerias, lojas de artesanato dos “nativos” e a produção de peças exóticas e de consumo de massa, revelando a força dos diferentes circuitos mercantis que hoje compõem o mercado de bens simbólicos.

Pode-se asseverar ainda com Hobsbawm: “Porém, um novo problema surgiu no mundo da descolonização e do moderno turismo globalizado, a saber, a concentração do corpus de grande arte de aceitação universal quase sempre em museus e coleções de antigas potências imperiais ocidentais (quer dizer até o século XX basicamente europeias) e nas acumulações de seus governantes e dos ricos.”³⁵

Um dos efeitos mais pertinentes desse tipo de circuito mercantil aquecido e motivado, que combina inovação tecnológica e consumo de massa com “commoditização” de bens culturais, valorizando-os e acentuando seu valor de troca, concerne à reedição de uma postura de inspiração nacionalista que reivindica aqueles bens usurpados como “patrimônio nacional”.

Em outros termos, como sublinha Hobsbawm: “Isso provocou uma demanda pela repatriação dessas obras, como na Grécia, na Turquia e na África Ocidental”.³⁶

Mediante as dificuldades implícitas nessas ditas “compensações”, que precisariam ser melhor apreciadas, tem-se um exercício contrastante que clama por uma relativização do eurocentrismo, como pré-condição para se iniciar estes chamados “diálogos setoriais”. E isso não parece simples, nem tampouco fácil, porquanto não depende só da vontade política nem da soma de desejos individuais. Mesmo que se proceda a uma distinção criteriosa entre “cultura nacional” e “cultura universal” é necessário atentar para um exercício histórico

33 HOBBSAWM, E. *Tempos Fraturados. Cultura e Sociedade no século XXI*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

34 Vide GRIAULE, Marcel. *Dieu d'eau. Entretiens avec Ogotemméli*. Paris: Librairie Arthème Fayard, 1966.

35 HOBBSAWM, E. *Tempos Fraturados. Cultura e Sociedade no século XXI*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 176.

36 HOBBSAWM, E. *Tempos Fraturados. Cultura e Sociedade no século XXI*. São Paulo. Companhia das Letras. 2013. p. 176.

rediscutindo a revolução industrial, o florescimento do “coleccionismo” e suas variantes no final do século XX. O antropólogo brasileiro Castro Faria³⁷ pondera que neste fim de século foram repensadas as classificações “biológicas”, “botânicas” e “geológicas” orquestradas pelos naturalistas, que re-escreveram a relação entre natureza e cultura, desde fins do século XVIII. Exemplifica com a leitura de Foucault sobre “classificação” e mostra que, da mesma maneira, foram colocados em suspenso os critérios dos mecenas e colecionadores, que levaram museus e galerias a se especializarem nas “escolas de arte” produzidas por preceitos estéticos instituidores de periodizações complexas: pinacotecas, museus de arte moderna, galerias e jardins botânicos. A “aceitação nacional” como etiqueta tornou-se fragilizada, esvaziando muitas vezes o sentido de certas reivindicações de repatriamento de bens culturais. Não há, por exemplo, quem reivindique as coleções de Curt Nimuendaju, encomendadas por E.Nordeskiold em fins do século XIX e início do século XX, e que estão expostas no Museu de Gotemburgo (Suécia). Não há também quem reivindique coleções de artefatos de povos indígenas, montadas por clérigos e missionários de ordens religiosas, que hoje se encontram em Turim, na Itália, e caso alguma delas demonstre propósito de repatriar as coleções que mantém haveria dificuldade em aqui conservá-las. Com a ideia de repatriação sendo difundida, tem-se um repertório de relações, conjugando passado e presente, buscando reverter hierarquias entre nações, indicando que os conceitos usuais de “cultura nacional” se mostram em profundo processo de redefinição.³⁸ Alguns autores chegam a falar numa nova modalidade de “internacionalismo” com o advento de relações simétricas. Neste ponto, de suposição de igualdade entre nações, a ideia de “diálogo” se transforma em indagações sucessivas e em mobilizações intelectuais e políticas, que procedem a uma leitura crítica tanto do “pós-colonialismo” quanto do “neocolonialismo” e cujo futuro próximo consiste num fator de imprevisibilidade, que merece ser examinado com acuro e de maneira detida, para além do que uma simples palestra, num evento desta ordem, pode permitir.

6. UMA RUPTURA RADICAL NO PADRÃO DE RELAÇÕES POLÍTICAS

No plano político, por outro lado, assiste-se a transformações que redefinem a relação da “política” com o “direito”. Se são verificadas crises e ameaças à democracia,

37 CASTRO FARIA, Luiz de. **Antropologia**: duas ciências. Notas para uma história da antropologia no Brasil. Rio de Janeiro: CNPq/MAST, 2006 (org. por Alfredo Wagner e Heloisa M. B. Domingues).

38 BHABHA, Homi K. **O Local da Cultura**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 24.

assiste-se também à construção social desta própria democracia. Nesta primeira década do século XXI, o continente sul-americano e em especial o Brasil estão passando por profundas transformações sociais e descrevendo uma ruptura radical em face dos acontecimentos de décadas anteriores. Economistas têm pontuado que o crescimento dos países do Mercosul e aquele dos países da Pan-Amazônia, nos últimos dez anos, foi muito mais elevado do que aquele ocorrido entre o Consenso de Washington, em 1989, e o início do século XXI. Tem-se, além disso, uma situação de progresso social e econômico com governos democráticos eleitos e sensíveis às reivindicações populares, ao contrário do cenário de recessão e desemprego de outras regiões do globo. Um dos principais fatores responsáveis por esses resultados pode ser atribuído ao mérito de as políticas governamentais terem rompido com os princípios neoliberais, que “destruíram metodicamente os coletivos”, como analisa Bourdieu³⁹, e estarem consolidando uma experiência democrática com mobilização social, subscrevendo inclusive Declarações, tal como a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos dos Povos Indígenas, de 2007, e ratificando Convenções internacionais que asseguram o reconhecimento da diversidade cultural, como a Convenção 169 da OIT, que data de 1989, mas que só foi reconhecida pelo Brasil em 2002/2003.

No bojo dessas transformações, alguns autores chegam a falar, no plano jurídico, de um “novo constitucionalismo sul americano”, ilustrando principalmente com as experiências de Bolívia, Equador, Venezuela e Brasil, que estão discutindo intensamente, em meio a mobilizações de rua e protestos, que colocam em xeque as mediações políticas usuais, instrumentos democráticos de participação direta.

As discussões sobre as formas gerais de participação política, atreladas a uma ideia ampla de “consulta”, encontram-se hoje na ordem do dia da vida social brasileira, após junho de 2013 e semanas de mobilizações populares em ruas e praças de centenas de cidades. Embora difusas e não colocando imediatamente em questão o poder do Estado, tais mobilizações, em virtude de sua proclamada autonomia, da heterogeneidade de sua composição e da dispersão de suas reivindicações, apontam não somente para novos significados de “política”, mas principalmente para novos padrões de relação política. Elas conjugam reivindicações econômicas com afirmações identitárias e princípios éticos, conjugam “atos culturais irreverentes” com consignas radicais de defesa do meio ambiente, sinalizando para a incorporação de ações diretas e práticas efêmeras de ação coletiva não previstas nos dispositivos eleitorais e partidários, bem como para formas de representatividade diferenciadas e colegiadas igualmente não previstas na legislação eleitoral. Em resposta a

39 Pierre Bourdieu fala explicitamente num “programa de destruição metódica dos coletivos”. In: **Contrafogos. Táticas para enfrentar a invasão neoliberal**. Rio de Janeiro: J. Zahar Editor, 1998. p. 137.

essas reivindicações, colocadas cada vez com maior vigor, pela persistência, pela força e pela intensidade das mobilizações, o principal ponto da agenda elaborada pelos poderes Executivo e Legislativo passou a ser a chamada “reforma política”. No âmbito do Judiciário estaria ocorrendo uma atualização de dispositivos de participação ampla, em que se destaca a efetivação da Convenção 169 da OIT. Esta atualidade, de certo modo, transcende à política nacional e começa a fortalecer as relações “sul/sul”.

Em termos da Convenção 169, cabe destacar que dos 22 países que a ratificaram até junho de 2013, 15 deles encontram-se no continente americano, sendo oito na América do Sul e os demais na América Central, à exceção do México. Apenas Noruega, Dinamarca, Espanha e Holanda, no continente europeu, a ratificaram. Na África, o primeiro e único país a reconhecê-la trata-se da República Centro-Africana e em outros países (Quênia, Moçambique e Zâmbia) está-se iniciando uma discussão em torno da defesa dos direitos territoriais dos povos tribais. No caso da Pan-Amazônia apenas dois países não são signatários da Convenção 169, quais sejam: Suriname e República da Guiana. Pode-se afirmar que 24 anos depois de adotada pela OIT a Convenção 169 se mantém como um instrumento atual nas pautas de reivindicações relativas a direitos humanos de povos e comunidades tradicionais. Isso não significa que ela estaria sendo acionada tardiamente, mas sim que este é o tempo em que ela está sendo percebida pelos agentes sociais como um instrumento de resistência. A consciência da possibilidade de uso deste dispositivo jurídico, que privilegia agentes sociais com consciência de si mesmos, torna-se um capítulo sempre coetâneo de determinado grau de percepção política.

No caso brasileiro a ratificação por si só não tem servido de garantia para a efetivação dos direitos territoriais de povos e comunidades tradicionais atrelados ao direito de consulta prévia. Haja vista que sucessivos governos têm privilegiado um modelo de desenvolvimento apoiado na economia agroexportadora de *commodities*, sacrificando a economia camponesa de base familiar e os territórios de uso comum de povos e comunidade tradicionais. A flexibilização dos direitos territoriais tem sido recorrente, o que tem resultado em situações de graves conflitos sociais. De igual modo, tem-se o negligenciamento dos mecanismos de participação direta de povos e comunidades atingidos pela implantação de megaprojetos de infraestrutura (rodovias, portos, aeroportos, hidrovias, barragens), de grandes plantações homogêneas com fins industriais (soja, dendê, cana-de-açúcar, pinus, eucalipto e acácia), de pastagens artificiais de grandes empreendimentos agropecuários e de extração madeireira, mineral e petrolífera. As terras historicamente ocupadas pelas comunidades tradicionais (cf. Art.14 da Convenção 169), ao serem mantidas sob regime de uso comum dos recursos naturais, contrariam a regra básica do mercado de terras, porquanto não são passíveis de atos de compra e venda e não fazem parte dos diferentes circuitos mercantis de troca. O usufruto exclusivo, caso dos povos indígenas, e o título definitivo da terra, caso das comunidades

remanescentes de quilombos, são detidos pelas formas organizativas comunitárias e não pelos indivíduos, condicionando seu uso aos interesses comuns das unidades familiares e impedindo sua “livre” aquisição ou venda.

A violação de dispositivos da Convenção 169 tem sido registrada no caso da implantação da hidrelétrica de Belo Monte, no caso da implantação da base de lançamento de foguetes de Alcântara e de inúmeras outras ocorrências.

O reconhecimento da sociodiversidade pelo Decreto n.º 6.040 foi consolidado a partir do funcionamento da Comissão Nacional de Povos e Comunidades Tradicionais. Nas reuniões da Comissão entre 2007 e 2013 os representantes estreitaram seus laços, firmando pactos tácitos de solidariedade. A garantia da sociodiversidade está no próprio instrumento, de característica plural, que movimenta a Comissão. Embora ainda não tenham acionado todo o potencial político desta Comissão de maneira apropriada, pode-se dizer que tem apoiado as Comissões Estaduais e as Câmaras Técnicas (vide Projeto de Lei nº 7447). A relevância de um banco de dados sobre povos e comunidades tradicionais e a ampliação da representação da Comissão Nacional em vários Conselhos consistem em produtos dessa capacidade política.

Não é simples ou fácil conjugar representações nacionais com a diversidade de representações que caracterizam as entidades locais. A questão da representatividade diferenciada e suas implicações encontra-se na ordem do dia das discussões dos movimentos sociais, mediante a dificuldade de aproximar o que se coloca sob o signo de diferenças. Um novo padrão de relações políticas teria que superar esse tipo de obstáculo, conforme sugerem as pautas reivindicatórias dos movimentos sociais.

Há, entretanto, obstáculos de difícil superação. O enaltecimento desmesurado dos resultados estatísticos de exportação de produtos primários tem levado a um triunfalismo dos agronegócios, a uma retórica ufanista com críticas duras e condenações: i) à demarcação das terras indígenas, ii) à titulação dos territórios quilombolas, iii) à pequena agricultura de base familiar e a iv) todas as formas de extrativismo que envolvam agentes sociais denominados: seringueiros, castanheiros, quebradeiras de coco babaçu, faxinalenses, comunidades de fundos de pasto, piaçabeiros, peconheiros, cipozeiros, vazanteiros, caçaras, pescadores artesanais e artesãos. A CNA (Confederação Nacional de Agricultura), artifice principal deste tipo de retórica e deste tratamento midiático hiperbolizante, mobilizou produtores intelectuais que fazem o registro encomiástico do pretenso sucesso, bem como um pseudoelogio fúnebre da agricultura familiar e do extrativismo. Arautos do “fim do campesinato” e do “fim do extrativismo” esposam essa linguagem redentorista, que louva os grandes empreendimentos agropecuários, os agronegócios, a “reprimarização da economia” e a concentração fundiária, elidindo os conflitos sociais e as contradições que

marcam a vida econômica. A tendência concentracionista com reestruturação forma do mercado de terras, em escala global, transcende aos elevados preços da terra e conduz as discussões aos meandros de um fator próprio do “desenvolvimento sustentável”, qual seja a denominada “soberania alimentar”, que se mostra seriamente ameaçada, numa quadra histórica em que existem sete empresas que produzem 70% das sementes no mundo⁴⁰. A pressão sobre as terras tradicionalmente ocupadas, que se destinam à produção de culturas alimentares, objetiva flexibilizar os direitos territoriais de povos e comunidades tradicionais, propiciando condições para uma expansão do mercado de terras mais diretamente atrelado às *commodities* agrícolas.

7. CULTURA DE RESISTÊNCIA

À diferença de interpretações evolucionistas, de nítida inspiração em primordialismos, as escolhas teóricas, no sentido de uma “nova cartografia social”, fazem-se críticas de qualquer essencialização de povos e comunidades tradicionais, afirmando uma contranarrativa dinâmica no plano identitário e na construção do território em oposição à fixidez da cartografia oficial. Ao se opor a essa imutabilidade, as escolhas demonstram que as proclamações em defesa do reconhecimento de direitos, ressaltando determinados sinais diacríticos, reafirmando fatos históricos e uma certa “origem”, não podem ser entendidas como se fossem as principais opções para movimentos de resistência. Segundo Paoliello⁴¹, aceitar isso acriticamente significa correr o risco de coonestar os efeitos do autoritarismo da sociedade colonial com suas divisões raciais, religiosas e identitárias impostas historicamente por meio de dispositivos como os censos demográficos, desde pelo menos 1872, data do primeiro recenseamento do Brasil. Reiterando a abordagem de Paoliello não seriam necessariamente as demandas pelo reconhecimento, mas as reivindicações de posse de um território, feitas de maneira coletiva no tempo presente, que constituiriam “o gatilho que dispara o processo de etnogênese.” Esta metáfora do “disparador”, que alavanca a passagem de uma condição

40 Está-se diante de uma tendência oligopolista que, no caso brasileiro, coexiste com um agravante: o país está importando arroz e feijão no exato momento em que forças conservadoras buscam flexibilizar os direitos territoriais de indígenas, quilombolas e demais povos e comunidades tradicionais e enfraquecer os pequenos produtores rurais referidos a circuitos específicos do mercado de terras. Complementa esta informação o fato do preço da farinha estar atingindo níveis elevadíssimos neste segundo semestre de 2013, comprometendo a dieta básica da população das regiões norte e nordeste.

41 PAOLIELLO, Tomas, PACHECO DE OLIVEIRA. **Revitalização étnica e dinâmica territorial - alternativas contemporâneas à crise da economia sertaneja**. Rio de Janeiro: Contracapa, 2012.

a outra, concerne a uma proposição que se mostra em consonância com o pressuposto de que a etnologia, ao conceituar as “novas etnias” e os critérios de autodefinição dos agentes sociais, abriu as portas para um instrumento crítico de compreensão dos conflitos por recursos naturais, com ênfase nas mobilizações por territórios. Essas mobilizações transcendem às particularidades geográficas, perpassam diferentes ecossistemas, podendo se referir tanto ao bioma amazônico quanto ao planalto meridional ou à região sertaneja do semiárido. Poder-se-ia dizer, acrescentando argumentos de Edward Said⁴², que os critérios político-organizativos das mobilizações étnicas não deixam mais o mundo político “à metafísica das essências”. As ações coletivas se oporiam ao rígido repertório de procedimentos que frigorificam identidades étnicas, que cristalizam seus componentes e que teriam o poder de instaurar uma cizânia permanente entre os movimentos sociais, fragilizando qualquer tentativa de resistência. Paoliello se dispõe a enfrentar tais desafios e produz uma crítica dessas visões estereotipadas, desses mitos políticos e dessas animosidades, analisando as pautas de reivindicações de movimentos sociais, os programas de resistência étnica, e distinguindo as estratégias de quem se autodefine como indígena ou como quilombola.

Os movimentos sociais, que conjugam uma consciência ecológica com raízes locais profundas e reivindicações por territórios e identidades coletivas, consubstanciando um processo cada vez mais intenso de autoconsciência cultural, por meio de mobilizações intensas, bem descrevem contornos desta fronteira. Ser autoconsciente também significa autoconfiança, e o respeito a si mesmo requer a confirmação por outros, o que permite estabelecer estreitos laços de solidariedade, configurando uma “arte de resistência” construída cotidianamente⁴³ com símbolos e práticas expressas, no caso da situação empiricamente referida, por uma identidade coletiva e uma ruptura com os critérios essencialistas impostos pelo colonialismo e suas versões renovadas.

É para essa ruptura e suas variações que gostaria de novamente chamar a atenção, renovando o convite para que a tomem como objeto de análise e me desculpando desde logo pela brevidade com que está sendo apresentada.

42 Trabalha com a expressão “cultura de resistência”, advertindo que a lenta recuperação do território, que se encontraria no cerne do processo de descolonização “foi precedida – como no caso do imperialismo- do mapeamento do território cultural. Depois do período de “resistência primária”, literalmente lutando contra a intromissão externa, vem o período da resistência secundária, isto é, ideológica, quando se tenta reconstituir uma “comunidade estilhaçada, salvar ou restaurar o sentido e a concretude da comunidade contra todas as pressões do sistema colonial”, como diz Brasil Davidson.” (SAID, 2011: p.328). Para maiores informações consulte-se: SAID, E. **Cultura e Imperialismo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2011.

43 Vide SCOTT, James C. **Weapons of the Weak. Everyday forms of peasant resistance**. New Haven and London: Yale University Press, 1985.

REFERÊNCIAS

- BAUDRILLARD, Jean. **Cultura y Simulacro**. Barcelona: Editorial Kairós, 2012. pp.9-11.
- BENSAID, Daniel. **Os irredutíveis. Teoremas da resistência para o tempo presente**. São Paulo: Editorial Bontempo, 2008.
- BHABHA, Homi K. **O Local da Cultura**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.
- BLACK, Jeremy. **Mapas e História. Construindo Imagens do Passado**. São Paulo: Edusc, 2005.
- BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos. Táticas para enfrentar a invasão neoliberal**. Rio de Janeiro: J. Zahar Editor, 1998. p. 137.
- CHIBBER, Vivek. "Postcolonial Studies as Analysis and Critique" in *Postcolonial Theory and the Specter of Capital*. London/New York: Verso, 2013. pp.1-27.
- DELEUZE, Gilles. "Um novo cartógrafo". In: **Foucault**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2005. pp. 33-56.
- GOODY, Jack. **Renascimentos: um ou muitos?** São Paulo: Editorial UNESP, 1995.
- HOBBSAWM, E. **Tempos Fraturados. Cultura e Sociedade no século XXI**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- JAMESON, Fredric. **A virada cultural: reflexões sobre o pós-modernismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. pp.227-245.
- JAMESON, Fredric. **Le postmodernisme, ou la logique culturelle du capitalisme tardif**. Paris: ENSBA, 2007.
- LAMPEDUSA, Tomasi di. **Il Gattopardo**. Milano: Giangiacomo Feltrinelli, 2009.
- MAALOUF, Amin. **Le Dérèglement du Monde**. Éditions Grasset & Fasquelle, 2009.
- MARTINEZ, Tomás Eloy. **Purgatório**. São Paulo: Cia. das Letras, 2009.
- PAOLIELLO, Tomas, PACHECO DE OLIVEIRA. **Revitalização étnica e dinâmica territorial - alternativas contemporâneas à crise da economia sertaneja**. Rio de Janeiro: Contracapa, 2012.
- QUEIROZ, Eça de. **Cartas de Inglaterra e Crônicas de Londres**. Lisboa: Edição "Livros do Brasil", 2000. p. 63.
- SAID, E. **Cultura e Imperialismo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2011.
- SCOTT, James C. **Weapons of the Weak. Everyday forms of peasant resistance**. New Haven and London: Yale University Press, 1985.

MOVIMENTOS SOCIAIS, A LUTA PELA TERRA E OS CAMINHOS DA INVISIBILIDADE

Giovanna Bonilha Milano¹

José Antônio Peres Gedie²

Resumo: Este artigo toma como ponto de partida a presença de povos, comunidades tradicionais e movimentos sociais na luta pela terra, e sua participação nas alterações constitucionais em vários países latino-americanos e no Brasil, desde a década de 1980. Nesse mesmo período, o processo de globalização econômica orientado por formulações políticas neoliberais reorganizou e hierarquizou os espaços de fornecimento de produtos primários, agrícolas e minerais, intensificou a exploração e avançou sobre extensas áreas ocupadas por indígenas e outras comunidades tradicionais, resultando, concretamente, em um “novo ciclo de colonização”. O artigo analisa, ainda, o descompasso entre direitos afirmados constitucionalmente e processos econômicos do capitalismo contemporâneo, que provocam novos e reavivam velhos conflitos locais pela terra, que, ao serem judicializados, reforçam a invisibilidade de povos e comunidades tradicionais.

Palavras-chave: Movimentos Sociais. Constituição. Direito Fundamental à Terra. Poder Judiciário.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 incluiu uma série de direitos e incorporou pautas históricas e novas demandas de movimentos sociais, tais como o direito territorial de comunidades quilombolas³, direitos às terras tradicionais indígenas⁴, além da afirmação da função social da terra rural e urbana⁵.

1 Doutoranda vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

2 Professor Titular de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná.

3 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988. Artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.

4 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988. Artigo 231.

5 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988. Artigos 186 e 182, §2º.

A maioria das Constituições latino-americanas, promulgadas a partir dessa década, também reconheceu a presença de povos indígenas em seus territórios, assegurou direitos a esses povos sobre suas terras e modos de vida, constituindo, de maneira implícita ou explícita, sociedades e Estados multiculturais e pluriétnicos, em construção.

A partir daí, a efetivação desses direitos reconhecidos constitucionalmente passou a sofrer ataques ostensivos por parte de políticas neoliberais parcial ou integralmente assimiladas pelos Estados nacionais, e as demandas de povos e comunidades tradicionais pela implementação de políticas públicas que garantam sua permanência e o acesso à terra se intensificaram.

Nesse processo de reconhecimento, afirmação, efetivação e negação de direitos, aumentou significativamente a judicialização de conflitos sociais em torno do uso, da posse e da propriedade da terra e, cada vez mais, o Poder Judiciário é convocado para analisar e julgar tais demandas.

Trata-se, como afirma Luiz Werneck Vianna, de um processo de crescente judicialização das relações sociais e da política, em curso em âmbito mundial, e que se inicia a partir dos anos de 1970, inclusive nos países integrantes dos sistemas jurídicos da *civil Law*.⁶ A necessidade de controle e penalização dos agentes estatais diante das violações de direitos humanos praticadas durante a Segunda Guerra Mundial, atrelada ao desenvolvimento do chamado “constitucionalismo democrático”, reforçou a edificação de “um judiciário dotado da capacidade de exercer jurisdição sobre a legislação produzida pelo poder soberano”⁷.

De outro lado, o desfazimento do *Welfare State* e o recrudescimento das estratégias neoliberais provocaram a flexibilização de direitos sociais e o enfraquecimento das instâncias sindicais e associativas. Neste novo cenário de fragmentação e desestabilização das instituições políticas tradicionais, o Judiciário torna-se fundamental para a efetivação de direitos já assegurados e para a mediação de conflitos sociais.

A invasão do direito sobre o social avança na regulação dos setores mais vulneráveis, em um claro processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais classicamente republicanos pelo judiciário, visando a dar cobertura à criança e ao adolescente, ao idoso e aos portadores de deficiência física. O juiz torna-se protagonista direto da questão social. Sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal

6 VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos da judicialização da política. **Tempo Social**, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2, p.39-85. Novembro/2007. p.41.

7 VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos da judicialização da política. **Tempo Social**, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2, p.39-85. Novembro/2007. p.41.

*de recursos criado pelo legislador a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos.*⁸

A experiência político-jurídica brasileira segue essa mesma tendência e, segundo Barroso, a reinauguração democrática sob o marco da Constituição Federal de 1988 acarretou o despertar de um lugar inédito para prestação jurisdicional, permeado pelo surgimento de “novos” direitos; o aumento de demanda por justiça; e o ascenso institucional do Judiciário. Como resultado dessa tendência deu-se a “judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final.”⁹

Pode-se afirmar que ocorreu uma espécie de “ressignificação” do Poder Judiciário, que passou a ser visto como um espaço privilegiado para o trânsito das dinâmicas sociais em conflito, o que implica, conseqüentemente, um redimensionamento do lugar das decisões proferidas na atuação jurisdicional frente à realização de direitos fundamentais, como o acesso à terra e aos territórios. Os povos e comunidades tradicionais e os movimentos sociais perceberam essa mudança do espaço de luta política e passaram a reivindicar seus direitos, com maior frequência e intensidade, perante o Poder Judiciário.

Ao observarmos o tratamento jurisdicional dispensado às situações de conflitos fundiários, entretanto, deparamo-nos com um cenário composto por continuidades conceituais decorrentes da centralidade que o direito de propriedade privada ocupa na sociedade e no direito brasileiro, contrapondo-se aos “novos direitos” afirmados constitucionalmente.

Como observa Jacques Alfonsin, o tratamento dos múltiplos problemas relacionados ao acesso à terra no Brasil permanece preso a uma visão individualista e privatista, desconsiderando os direitos afirmados constitucionalmente, que ocupam a posição de direitos fundamentais no ordenamento jurídico nacional.¹⁰ Exemplo dessa inversão conceitual reside na valorização do registro imobiliário, para aferição da propriedade da terra, dispensando qualquer outra forma de análise que possa, de um lado, afirmar direitos coletivos, e de outro, apontar para a violação de direitos fundamentais ou a má utilização de terras em litígio, pelo proprietário.¹¹

8 VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos da judicialização da política. **Tempo Social**, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2., p.39-85. Novembro/2007. p.41.

9 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 407.

10 ALFONSIN. Jacques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p 115.

11 ALFONSIN. Jacques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 116.

Essa distorção no tratamento jurídico, que resulta na desvalorização de direitos coletivos constitucionalmente afirmados e na valorização do direito de propriedade individual, é realçada na análise de determinados casos exemplares. Nesses casos, a invisibilidade dos povos e das comunidades tradicionais é reforçada, porque as decisões dos tribunais, implícita ou explicitamente, são fundadas em interpretações do ordenamento jurídico que atribuem importância decisiva à função econômica e produtiva individual da propriedade, em detrimento dos compromissos sociais da Constituição.

1. TERRITORIALIDADES ESPECÍFICAS E A ESTRUTURA FUNDIÁRIA BRASILEIRA

A existência de realidades locais, nas quais se desenvolvem relações territoriais específicas calcadas em vínculos de pertencimento que extravasam a simples apropriação privada individual da terra e se expressam culturalmente, contraria a lógica da propriedade individual e da produtividade econômica voltada ao mercado. Além disso, tais realidades revelam a existência da diversidade cultural dos diferentes modos de vida e inspiram a revisão crítica da própria estrutura fundiária nacional.

Trata-se de reconhecer a existência de “territórios sociais”¹² ou “territorialidades específicas”, que se conformam por múltiplos processos sociais e possuem em comum o fato de representarem formas de apropriação do espaço, nas quais o “o controle dos recursos básicos não é exercido livre e individualmente por um determinado grupo doméstico de pequenos produtores diretos ou por um de seus membros”¹³, mas pela coletividade.

Com o intuito de refletir sobre os contornos que caracterizam essas múltiplas configurações territoriais, Alfredo Wagner de Almeida ressalta que o uso comum do espaço territorial ocorre por meio de normas sociais acordadas pelas coletividades, que combinam o acesso coletivo aos recursos naturais com a apropriação individual de bens, a depender das relações políticas e comunitárias estabelecidas, em cada conjuntura. Ademais, podem referir-se a situações de maior estabilidade no acesso à terra, no caso de ocupações historicamente

12 O termo “territórios sociais” é utilizado pelo antropólogo Paul Little para definir as múltiplas experiências territoriais constituídas pelos povos e pelas comunidades tradicionais. Consultar: LITTLE, Paul E. **“Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade”**. Série Antropologia n. 174. Brasília: Departamento de Antropologia. 2002.

13 ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terra de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livre”, “castanhais do povo”, faxinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas**. 2. ed. Manaus: PGSCA-UFAM, 2008. p. 28.

mais consolidadas, ou a circunstâncias de maior transitoriedade nos vínculos territoriais, em situações de ocupação recente.¹⁴

Em todos os casos, referem-se a dinâmicas, geralmente impulsionadas a partir da coesão identitária dos sujeitos, que se constrói em função de conflitos e antagonismos compartilhados pela coletividade. Ainda segundo Alfredo Wagner, por esse caráter dinâmico – intimamente ligado à experiência da posição social vivenciada por determinado grupo – as “territorialidades específicas” referem-se ao resultado de “processos sociais de territorialização”, os quais delimitam o espaço coletivo que virá a se constituir como território.¹⁵

A estabilidade e a garantia de permanência dessas comunidades nessas territorialidades específicas estão, portanto, estreitamente vinculadas às correlações de força que se desenrolam nos conflitos materiais enfrentados pela coletividade, em um jogo de interesses no qual território desempenha papel determinante na condição de “unidade de mobilização”.¹⁶

Essa definição de “territorialidade específica”, a que aqui nos referimos, não se confunde com a noção de terra como propriedade imobiliária, tampouco com a conceituação de território na condição de espaço jurisdicional do Estado. Aliás, os limites que separam estes três conceitos – terra, território nacional e territorialidades específicas – não são muito claros, pois o Estado submete essas “territorialidades compartilhadas”¹⁷ e os sujeitos que as constroem a tratamento jurídico que toma como base o território estatal, a propriedade privada e o sujeito de direito individualizado, relegando-os à invisibilidade, como expõe Souza Filho:

O nome “território” nunca foi usado; ao contrário, foi intencionalmente negado. É claro que há uma não muito sutil diferença entre chamar de “terra” e “território”: “terra” é o nome jurídico que se dá à propriedade individual, seja pública ou privada; “território” é o nome jurídico que se dá a um espaço jurisdicional. Assim, o território é um espaço coletivo que pertence a um povo. A mesma ideologia que nega a existência de povo (...) nega o uso do termo território.¹⁸

14 Idem.

15 ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terra de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livre”, “castanhais do povo”, faxinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas**. 2. ed. Manaus: PGSCA-UFAM, 2008, p. 29.

16 Ibidem, p. 30.

17 O termo “territorialidade compartilhada” é utilizado por Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Cf. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Souza. (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

18 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Souza. (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 102.

Os “territórios sociais”, na verdade, correspondem a experiências de territorialidade que coexistem em um mesmo Estado-Nação, que se constituíram no percurso histórico de formação territorial brasileiro e latino-americano, ou que se afirmam e continuam a se constituir no momento presente em contraposição “ao modelo agrário exportador, apoiado no monopólio da terra, no trabalho escravo e em outras formas de imobilização da força de trabalho.”¹⁹

Conforme sintetiza Andréa Alves De Sá, esses territórios podem ser compreendidos como um modo de “fazer a vida comunitariamente”, em um movimento abrangente que constrói o pertencimento e a apropriação do espaço sob a combinação de uma série de elementos de variadas ordens, como clima, história comum, localização geográfica e também vínculos de parentesco, religião, valores compartilhados, modos de produzir e relações de poder.²⁰

A pluralidade dessas manifestações nas formas de manejar e ordenar o território, fortemente influenciadas pelos padrões culturais que as definem, apresenta-se sob um leque de denominações que acompanha as características da coletividade que protagoniza os processos sociais correspondentes.

Num rol exemplificativo de comunidades tradicionais e territórios, podemos citar seringueiros, castanheiros, quebradeiras de coco babaçu, pescadores artesanais, ribeirinhos, ilhéus, faxinalenses, fundos de pasto, povos indígenas e também as comunidades remanescentes de quilombos. Por sua singularidade, diversidade e por sua resistência as imposições da cultura político-jurídica do Estado e da sociedade nacional, esses povos e comunidades são dizimados, forçados a se integrarem à comunidade nacional, ou invisibilizados.

19 ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terra de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livre”, “castanhais do povo”, faxinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas**. 2. ed. Manaus: PGSCA-UFAM, 2008.p. 50. No que tange à atuação dos movimentos territoriais brasileiros e aos conflitos de luta pela terra são exemplares as experiências do Contestado (PR/SC) e de Canudos (BA), que bem representaram a reação daqueles que viviam e dependiam da terra diante da expropriação territorial respaldada nos títulos formais de propriedade que foram concedidos à época.

20 ALVES DE SÁ, Andréa. **Território de uso comum das comunidades tradicionais**: uma visão jus socioambiental do criar, fazer e viver dos fundos de pasto da Bahia/Brasil. Tese de Doutorado: Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2010. p. 91.

3. CASOS EXEMPLARES DE RESISTÊNCIA E INVISIBILIZAÇÃO DE POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS PELO DIREITO

3.1. Território quilombola – Barra do Parateca

Conforme observado, a interpretação judicial tende a valorizar o direito de propriedade individual, mas também serve para invisibilizar a existência de sujeitos coletivos nos processos judiciais, ignorando suas características fundamentais constitutivas que deveriam ser levadas em consideração para o tratamento jurídico adequado das questões fundiárias em que figuram como partes de ações judiciais, como ocorreu na disputa territorial envolvendo a comunidade quilombola Barra da Parateca, localizada no município de Carinhanha, Estado da Bahia.

Após a criação da Associação Agropastoril Quilombola de Barra do Parateca, em 2008, dez ações possessórias foram propostas por proprietários da região, pleiteando a reintegração de posse e a retirada das 250 famílias que ocupavam o território. Note-se que a referida comunidade já possuía reconhecimento pela Fundação Cultural Palmares e foi parte em processo administrativo em curso no Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA para demarcação e titulação das terras.²¹

As demandas foram ajuizadas – e julgadas – como se tratassem de conflito de terras entre proprietários individuais, desconsiderando qualquer especificidade cultural e não reconhecendo a organização social quilombola e o contingente significativo de pessoas atingidas. O deferimento do pedido liminar de reintegração de posse e a execução do respectivo mandado culminaram na retirada das famílias e também de suas casas e roças, em nome da segurança jurídica e da proteção dos direitos dos supostos proprietários.

No recurso de agravo de instrumento oposto a essa decisão liminar, a comunidade quilombola reforçou a necessidade de observância ao texto constitucional, que confere proteção aos territórios que estejam sendo ocupados por remanescentes de comunidades de quilombos, e chamou a atenção para o “conflito social subjacente à demanda possessória, particularmente quando resta demonstrado nos autos a existência de processo administrativo para o reconhecimento da área como tradicionalmente ocupada por remanescentes de comunidades de quilombos.”²²

21 CHASIN, Ana Carolina da Matta. Direitos étnicos, conflitos fundiários: a judicialização da disputa pelos territórios quilombolas. **Revista Olhares Sociais**, Universidade Federal do Recôncavo da Bahia. v.1, n.1, jan/2012. p.3.

22 BRASIL. Tribunal Regional Federal 1. AI 2009.01.00.048663-2/BA. Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Julgado em 14/04/2011.

Na decisão do agravo de instrumento, contudo, reforçaram-se os argumentos já aventados quando do deferimento do pedido liminar, em que as características da coletividade quilombola são desconsideradas e a demanda é circunscrita dogmaticamente “à impugnação de turbação de posse mansa e pacífica de terras que estava sendo exercitada pelo proprietário detentor do título de domínio registrado.”²³

Interessante, ainda, nessa decisão, é o fato de a juíza ter analisado a disputa possessória tão somente com base no Código Civil, desconsiderando as normas constitucionais e afirmando uma cisão entre os direitos sociais constitucionalmente garantidos e todo o ordenamento jurídico infraconstitucional.

Ao adotar tal perspectiva de análise, a juíza afirma que “(...) Não se deve admitir a transformação de uma discussão de posse em meio para solucionar questão que demanda atuação efetiva do Poder Público no sentido de tornar efetivos os preceitos constitucionais.” Desincumbe-se, claramente, do dever do Poder Judiciário de realização do conteúdo constitucional, inclusive em sua função promocional.

O discurso jurídico pautado na decisão de primeiro grau subsidia o entendimento adotado pelo tribunal, ao julgar o agravo de instrumento, no sentido de que somente a turbação possessória seria objeto de apreciação no processo, descabendo a invocação de direitos constitucionais territoriais, cuja realização seria de responsabilidade exclusiva dos demais poderes.

O argumento apresentado pela comunidade quilombola destacou que, mesmo em disputas judiciais entre proprietários privados, a função social da propriedade deve ser levada em consideração. Esse argumento também não foi acolhido pelo Judiciário, pois a decisão entendeu que tal “raciocínio (...) encontra eco em alguns meios acadêmicos, não representando, contudo, entendimento que seja acolhido pelas Cortes Pátrias, devendo constituir boa fonte de estudo com a finalidade de contribuir para a construção de uma equilibrada interpretação sobre a questão.”²⁴

Este caso exemplar expõe a posição do Judiciário em relação aos direitos territoriais das comunidades quilombolas, por meio de uma interpretação do direito que resulta na negação de direito sobre a terra, se esse direito não se apresentar vinculado a apenas um indivíduo e se não resultar em uma exploração econômica considerada produtiva, nos termos estabelecidos pelo Estado por meio da política agrária.

23 BRASIL. Tribunal Regional Federal 1. AI 2009.01.00.048663-2/BA. Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Julgado em 14/04/2011.

24 BRASIL. Tribunal Regional Federal 1. AI 2009.01.00.048663-2/BA. Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Julgado em 14/04/2011.

3.2. Terra indígena Raposa Serra do Sol

Com diferentes nuances, os conflitos fundiários judicializados envolvendo territórios de povos indígenas também são enfrentados pelo Poder Judiciário com base nos mesmos cânones e registros interpretativos utilizados nas ações referentes aos territórios quilombolas, e resultam na negação de direitos sobre a terra e na desconsideração ou invisibilidade da existência jurídica desses povos.

No Brasil, os indígenas foram duramente afetados pela política desenvolvimentista e de segurança nacional durante a ditadura militar (1964-1984), tiveram suas terras esfaceladas por projetos de colonização e mineração, em áreas estratégicas e de fronteiras, mas identificaram no processo constituinte e na Constituição de 1988 o momento, o espaço e o instrumento adequados para sua luta por direitos originários e para a quebra da invisibilidade, que historicamente lhes encobriu.²⁵

Para neutralizar a atuação dos povos indígenas nessa nova conjuntura política nacional, os setores ligados a interesses empresariais avançam sobre as terras indígenas e utilizam de instrumentos jurídicos para retomar discussões anteriormente pacificadas no direito nacional, a respeito de questões de terras, com evidente prejuízo a todos direitos reconhecidos a esses povos.

Essa utilização voltada à desconstrução de direitos já reconhecidos foi exemplarmente aplicada no debate sobre o procedimento da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, no Estado de Roraima, há muito homologada pela União em favor dos indígenas.

Por meio da Ação Popular n.º 3388²⁶ setores políticos vinculados a produtores rurais buscaram responsabilizar a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) pela demarcação de uma extensa área em favor dos povos indígenas Ingarikó, Makuxi, Patamona, Taurepang e Wapixana, localizada no vale do rio Branco, no noroeste do Estado de Roraima, extremo norte na Amazônia brasileira.²⁷

Os autores da Ação Popular contestaram não só a lisura dos procedimentos administrativos de demarcação, a extensão da área demarcada, mas também a metodologia desse procedimento.

25 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 1999.

26 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Popular nº 3388 – Voto Relator Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em 27/08/2009.

27 AB´SÁBER, Aziz. **A região da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol: prévias para seu entendimento**. In: Estudos avançados.[online]. 2009, vol.23, n.65, p. 165.

A ação torna visível o conflito de relevantes questões geopolíticas, pois o território indígena se localiza na fronteira com a Venezuela e os povos indígenas têm seu território compreendido em ambos os países, embora regidos por direitos nacionais diversos. Além disso, esse território indígena tem extrema relevância econômica, seja pela dimensão da área, seja pela riqueza mineral do subsolo, e pela ocupação não autorizada por agricultores não indígenas. Em virtude dessas características, o caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal foi alvo de amplo debate político e tem sido objeto de inúmeras análises jurídicas e antropológicas.

A análise do debate realizado perante o Supremo Tribunal Federal evidencia a ambiguidade com que a Constituição de 1988 vem sendo aplicada pelo Poder Judiciário, e permite identificar que a questão indígena não está resolvida no Estado Democrático de Direito, no Brasil, e que os direitos constitucionalmente afirmados em favor dos indígenas perdem sua força, a partir de uma leitura eurocêntrica dos direitos fundamentais. Em suma, o Poder Executivo, no planejamento e na execução de políticas, e o Judiciário, ao proferir suas decisões, adotam a visão liberal unitária do Estado-Nação soberano e a perspectiva de desenvolvimento nacional homogêneo, em detrimento dos direitos originários e da diversidade cultural de povos e comunidades tradicionais.

Para melhor visualizar, na decisão do STF, esse conjunto de problemas em torno dos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988, basta analisar o tratamento recebido pelos indígenas, sujeitos que compuseram o polo passivo da ação e que não são reconhecidos como povos ou sujeitos coletivos, mas apenas como indivíduos ou cidadão brasileiros, e, por vezes, considerados juridicamente incapazes pelo código Civil²⁸.

Sobre esse aspecto central da questão, com reflexos sobre o direito à terra, a argumentação do Ministro Relator explicita a posição a que os indígenas são relegados pelo Estado e pela sociedade brasileira, ao discutir o significado do substantivo “índios”.

Nesse peculiar debate, a Constituição Federal foi sempre invocada, mas a interpretação que lhe é dada vem pautada pela visão liberal, eurocêntrica e estatalista, antes apontada, nos seguintes termos:

“Diga-se em continuidade que o substantivo plural “índios” foi recolhido pela Constituição com o mesmo sentido que a palavra tem em nossa linguagem coloquial. Logo, o termo traduz o coletivo de índio, assim entendido o “Indígena da América”. Saltando à evidência que indígena da América não pode ser senão o “nativo”, o “aborígine”, o “autóctone”, na acepção de primitivo habitante desse ou daquele País americano. Isso por diferenciação com os principais contingentes humanos

28 BRASIL. Código Civil. Art. 4º, parágrafo único.

advindos de outros países ou continentes, ora para atuar como agentes colonizadores, ora para servir de mão-de-obra escrava, como, no caso do Brasil, os portugueses e os africanos, respectivamente.”²⁹

O Acórdão assume, deliberada ou inadvertidamente, uma diferenciação, no seio do Estado-Nação e hierarquiza os diferentes povos formadores desse Estado, deixando de utilizar os termos indígenas ou povos. Prosseguindo com a análise, vê-se que os “índios”, embora diferenciados entre eles, compõem o povo brasileiro, diluindo-se nesse cadinho de origens étnicas. Pode-se perceber dessa “integração” a chave para a invisibilidade e para a negação de direitos originários, pois, afinal, como cidadãos brasileiros podem ter acesso à terra, por meio do direito de propriedade previsto como direito fundamental pela Constituição, e podem fruir da cultura nacional, juntamente

“com outros grandes conjuntos ou grupos humanos maiores são formadores de uma só realidade política e cultural: a realidade da nação brasileira. Entendida por nação brasileira essa espécie de linha imaginária que ata o presente, o passado e o futuro do nosso povo. É dizer, povo brasileiro como um só continente humano de hoje, de ontem e de amanhã (...)”³⁰

Com essa perspectiva de análise adotada pelo Supremo Tribunal Federal, se esvai qualquer possibilidade de se pensar o Brasil como sociedade e Estado multiculturais e pluriétnicos. Além disso, a homogeneidade interna referida serve para afirmar uma nacionalidade que se opõe aos outros países, especialmente em virtude de interesses econômicos revestidos de discursos da soberania nacional, negando-se com isso a identidade desses povos. A fundamentação do Acórdão é clara nesse sentido:

“Esses e outros dispositivos constitucionais, adiante indicados, são as âncoras normativas de que nos valem para adjetivar de brasileiros os índios a que se reportam os arts. 231 e 232 da Constituição. Não índios estrangeiros, “residentes no País”, porque para todo e qualquer estrangeiro residente no Brasil já existe a genérica proteção da cabeça do art. 5º da nossa Lei Maior.”³¹

29 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Popular nº 3388 – Voto Relator Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em 27/08/2009. p. 24.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Popular nº 3388 – Voto Relator Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em 27/08/2009. p. 25-26.

31 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Popular nº 3388 – Voto Relator Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em 27/08/2009. p. 27.

O texto da decisão não deixa dúvidas qual é o propósito em negar a identidade cultural aos indígenas, por meio de uma argumentação e interpretação sempre apoiadas na Constituição, mescladas com lugares comuns e em autores de várias vertentes da teoria do direito, como se vê nos trechos a seguir:

“E já ficou demonstrado que terra indígena e ente federativo são categorias jurídicas de natureza inconfundível. Tal como água e óleo, não se misturam.” Continuando: Sem dúvida que se trata de uma diferenciação fundamental – essa entre terras indígenas e território –, pois somente o território é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou, então, autônoma (Kelsen, sempre ele). O lócus por excelência das primárias relações entre governantes e governados, que são relações de natureza política.”³²

Esse mesmo tipo de fundamentação e interpretação vai se verificar nas decisões de tribunais estaduais, nas causas que discutem o uso e a ocupação da terra, por movimentos sociais rurais e urbanos.

4. DIREITO E EXPERIÊNCIA SOCIAL: SUJEITOS COLETIVOS INVISÍVEIS

As ambiguidades, os paradoxos e as contradições que afetam o direito brasileiro são sintomas de uma crise que acomete o Estado e o Direito contemporâneos ante a necessidade de compreender e responder adequadamente às demandas pautadas pelos novos direitos coletivos e que se contrapõem diametralmente à antiga racionalidade construída a partir dos direitos individuais-proprietários.

Carlos Frederico Marés esclarece que essa crise é diferente das demais que haviam ocorrido até então, mas adverte que mesmo o avanço dos direitos sociais, a funcionalização da propriedade e a interferência do Estado na ordem econômica, apesar de representarem importantes avanços ocasionados pelas tentativas de realização do Estado de bem-estar social, não afetaram profundamente a essência jurídico-estatal moderna, justamente porque se fundaram no próprio reforço dos elementos que lhes constituíam como tal.³³

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Popular nº 3388 – Voto Relator Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em 27/08/2009. p. 36.

33 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos invisíveis. In OLIVEIRA, Francisco de e PAOLI, Maria Célia. (Org.). **Os sentidos da democracia** — Políticas do dissenso e hegemonia global. Peirópolis, RJ: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999. p. 308.

Na América Latina, a debilidade na mitigação dos efeitos negativos do capitalismo intentada por este “estado social de direito” é perceptível, como expõe Jesús Antonio De La Torre Rangel:

*Además, “há reducido la desigualdade de los ingresos pero no disminuyó la desigualdad en la propiedad.”. Nuestros populismos y democracias sociales latinoamericanas constituyen, en cuanto a ciertos principios jurídicos, una versión, sin abundancia econômica, pobre, del Estado de bienestar social del primer mundo, y puede hacerseles la misma crítica e incluso ampliarse, pues nuestras “instituciones democráticas” adolecen de muchos defectos o bien son muy frágiles.*³⁴

Apesar de sua fragilidade, os “novos direitos coletivos”, por sua vez, desestabilizam os pilares fundamentais daquela velha ordem ao redimensionar o núcleo do sistema para o campo do público, em detrimento da antiga prevalência da ordem privada, em uma passagem, ainda em curso, que rumo do individual ao coletivo.³⁵

O sistema jurídico moderno, monista, universal e generalizante, cujas elaborações adquiriram um grau tão sofisticado de abstração – e descolamento da realidade concreta – que pretendiam dar conta de todas as situações possíveis não tem conseguido responder às demandas dos movimentos sociais. O direito privado, nesse processo, constrói-se de forma incrivelmente detalhada, agregando os direitos individuais e destinando ao plano estatal todos os demais.

Como afirma Paolo Grossi, a racionalidade sob a qual se pauta a passagem à modernidade jurídica é construída pela simplicidade. Entendendo-se que tal simplicidade corresponde, em verdade, a uma redução da complexidade da dinâmica social, engessada na ordem jurídica “em um cenário onde atores são unicamente os sujeitos individuais: de um lado, o macro-sujeito político, de outro, o micro-sujeito privado”.³⁶

A dimensão coletiva, diante desse dualismo, é juridicamente omitida invisibilizada ou restringida em sua expressão e manifestação de direitos. Para que pudessem alçar um lugar jurídico que garantisse a representação de seus interesses, os sujeitos coletivos viram-se compelidos a estreitar-se sob a forma do “micro-sujeito privado no seu âmbito negocial” ou,

34 RANGEL, Jesús Antonio de La Torre. **Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas**. México: Escuela Libre del Derecho, 1992. p. 200.

35 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, Francisco de e PAOLI, Maria Célia. (Org). **Os sentidos da democracia — Políticas do dissenso e hegemonia global**. Peirópolis, RJ: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999. p. 308.

36 GROSSI, Paolo. Para além do subjetivismo jurídico moderno. In: FONSECA, Ricardo Marcelo e SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. **História do direito em perspectiva**. 1ª ed. 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010. p. 24.

ainda, dispersarem-se na normatividade genérica do “macro-sujeito público”.³⁷ Ao coletivo, propriamente dito, portanto, o não lugar jurídico na modernidade.

A economia socialista planejada significava o contraponto dessa construção, e fazia com que a economia de mercado se visse obrigada a ceder certo espaço ao Estado – sem que isso importasse, evidentemente, no impedimento da aferição de lucro que confere sentido a sua própria existência. Todavia, com o fim da experiência socialista soviética, o privatismo retoma suas forças e busca recuperar o público, em um movimento que contraditoriamente desestabiliza certos alicerces do Estado burguês, permitindo a emergência de determinados direitos coletivos.³⁸

Ao ver-se compelido a resolver certos problemas e demandas que transcendem a esfera dos direitos individuais, como a propriedade comum e as propriedades comerciais, por exemplo, o direito valeu-se de qualificações e distinções formais, como a que separa o direito público do direito privado, colocando a propriedade comum na esfera estatal e criando uma ficção jurídica nominada “pessoa jurídica” para dar conta de atividades produtivas coletivas. A criação da pessoa jurídica é emblemática em demonstrar o esforço de individuação permanente, advindo da racionalidade individual-patrimonialista que pauta todo o sistema.

Nessa lógica, o coletivo não estatal permanece em um não lugar no ordenamento jurídico, assim como os direitos que não decorrem de objetos materiais e tangíveis. Isto porque, conforme afirma Marés, “cada vez que se fala em direito, há que se buscar para a lógica do sistema, um titular, uma pessoa, um sujeito de direitos, individual, ainda que seja uma ficção.”³⁹ Além disso, todos os direitos são precificados, inclusive a vida, e traduzidos em possibilidades indenizatórias.

37 Idem.

38 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos invisíveis. In OLIVEIRA, Francisco de e PAOLI, Maria Célia. (Org.). **Os sentidos da democracia — Políticas do dissenso e hegemonia global**. Peirópolis, RJ: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999. p. 315. Tanto o mercado quanto o Estado devem ser compreendidos como instituições sociais que se influenciam reciprocamente porquanto inseridas no processo histórico e determinadas por variantes econômicas, políticas, sociais e ideológicas. É o que ensina Avelãs Nunes: (...) a história das sociedades humanas mostra que o mercado não é um puro *mecanismo natural* de afectação *eficiente* e *neutra* de recursos escassos e de *regulação automática* da economia. O mercado deve antes considerar-se, como o estado, uma *instituição social*, um produto da história, uma *criação histórica* da humanidade, que surgiu em determinadas circunstâncias econômicas, sociais, políticas e ideológicas. Uma instituição que veio servir (e serve) aos interesses de uns (mas não os interesses de todos), uma *instituição política* destinada a regular e manter determinadas *estruturas de poder* que asseguram a prevalência dos interesses de certos grupos sociais. (...) Quer dizer: o mercado e o estado são ambos *instituições sociais*, que não só coexistem como são interdependentes, construindo-se e reformando-se um ao outro no processo de sua interacção. NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 64.

39 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, Francisco de e PAOLI, Maria Célia. (Org.). **Os sentidos da democracia — Políticas do dissenso e hegemonia global**. Peirópolis, RJ: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999. p. 311.

Os direitos coletivos precariamente abarcados pelo direito moderno, ora correspondem à soma dos direitos individuais, ora atuam como um simples meio para que se atinja outro fim, que será individual. São, portanto, coletividades transitórias que atuarão em massas falidas, inventários e outras situações jurídicas similares, voltadas à satisfação de interesses invariavelmente individuais.⁴⁰

Não há que se olvidar que tal Estado e tal direito foram criados a partir de um determinado modo de produção, capitalista, e, por essa razão, consolidados em torno da garantia quase absoluta do direito de propriedade individual.⁴¹ E, conforme ressaltamos anteriormente, essa conformação desdobra-se em uma relação de causalidade necessária entre a centralidade da propriedade privada na organização do ordenamento jurídico e a falta de direitos que assola boa parte das pessoas, como explica Avelãs Nunes:

Este comportamento explica-se pela falta de direitos (ou falta de poder) A organização econômica das sociedades capitalistas representa uma determinada estrutura de poder, assente na propriedade burguesa. E esta é uma propriedade perfeita, absoluta e excludente, consagrada pelo direito e pela força coercitiva do estado, que exclui os não proprietários do acesso ao que, embora ao seu alcance, eles não têm o direito (o poder) de tocar.⁴²

Embora um grandioso esforço tenha sido realizado – inclusive legislativo – para promover a exclusão de todos os corpos intermédios que se interpusessem entre Estado e cidadão, e que pudessem obstaculizar o exercício desses interesses individuais, a dinâmica e a diversificação das pessoas jurídicas fizeram com que em determinado momento elas ultrapassassem o caráter meramente comercial e se tornassem representações políticas de direitos coletivos. É o caso dos sindicatos e dos partidos políticos.⁴³

40 Ibidem, p. 312.

41 O antagonismo inconciliável entre a realização da igualdade e a propriedade privada individual é comentado por C. B. Macpherson: “Tal é a consequência inevitável de transformar tudo em propriedade exclusiva e de pôr tudo no mercado. Isso é claramente incompatível com um dos princípios básicos da sociedade democrática, que considero seja a manutenção da igualdade de oportunidades para todos no que se refere ao uso, desenvolvimento e gozo de suas faculdades. (...)”. Cf. MACPHERSON, C.B. **Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios**: o papel do Estado, das classes e da propriedade na democracia do século XX. Trad. Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 106.

42 NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 116.

43 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos invisíveis. In OLIVEIRA, Francisco de e PAOLI, Maria Célia. (Org). **Os sentidos da democracia — Políticas do dissenso e hegemonia global**. Peirópolis, RJ: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999. p. 314.

É necessário citar também aqueles direitos ditos “coletivos” que, em função de sua “transindividualidade”, correspondem não apenas ao indivíduo, mas também à toda a coletividade, dentre os quais podemos destacar os direitos dos consumidores e o direito ao meio ambiente saudável⁴⁴, que são subdivididos em três categorias, quais sejam: os “direitos difusos”; “direitos coletivos *stricto sensu*” e “direitos individuais homogêneos”. Os primeiros, identificados por sua indivisibilidade e titularidade indeterminada constituída por “circunstâncias de fato”, dizem respeito ao direito ao meio ambiente, o direito à cultura e o direito à saúde.⁴⁵

Os direitos individuais homogêneos são aqueles que, em verdade, correspondem a direitos individuais que podem ser atribuídos a sujeitos específicos, mas que por representarem uma identidade de interesses podem ser pleiteados conjuntamente. É o caso do exemplo citado por Luiz Guilherme Marinoni, que diz respeito à possibilidade de os contribuintes impugnarem certa exigência tributária tida como inconstitucional.

Já os direitos coletivos *stricto sensu* caracterizam-se também por sua indivisibilidade e por apresentarem titularidade correspondente aos “grupos, categorias ou classes de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.”⁴⁶ Os exemplos abarcam uma gama vasta de possibilidades que oscilam desde os direitos de determinada classe de trabalhadores a condições dignas de trabalho, passando pelo direito dos consumidores à informação adequada e, até mesmo, aos direitos territoriais dos povos tradicionais.⁴⁷

Os povos e as comunidades tradicionais, por sua vez, também possuem direitos que são essencialmente coletivos e correspondem à possibilidade de se autodeterminar; de possuir território, cultura, liberdade e que se confrontam diretamente com a organização

44 MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHARDT, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 723.

45 *Ibidem*, p. 724-725. Os direitos difusos e os direitos coletivos estão definidos no Art. 81, parágrafo único e incisos, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.087/90). Na letra da lei: “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - *interesses ou direitos difusos*, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - *interesses ou direitos coletivos*, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - *interesses ou direitos individuais homogêneos*, assim entendidos os decorrentes de origem comum.” (grifo nosso).

46 MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHARDT, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 724.

47 *Ibidem*, p. 725.

social aceita pelo direito do Estado. As relações fáticas que conferem seu caráter de direito coletivo estão calcadas em elementos de identidade entre os sujeitos que as compõem e as diferenciam, significativamente, dos demais direitos coletivos, como os direitos dos consumidores, por exemplo, na medida em que a satisfação dos interesses só pode ser fruída individualmente se garantida em sua dimensão coletiva.

Essa nova geração de direitos também impõe certas limitações, alterando as relações entre os sujeitos e seus objetos, na medida em que devem se conformar aos interesses advindos de questões culturais, ambientais, históricas, estéticas, entre outras. Este movimento ganha fôlego a partir da própria dinâmica social, conforme pontua Marés:

*A sociedade e o Estado passam a reconhecer a existência de instâncias cada vez mais intermediárias, não só por exigência da democracia, como os partidos políticos, mas na própria luta interna da sociedade e sua estrutura coletivizada, enquanto processo produtivo.*⁴⁸

A mais importante característica desses novos direitos está, todavia, no que diz respeito a sua titularidade. Não se trata de titularidade que possa ser individualizada, nem que corresponda a um sujeito determinado ou determinável. Nesse ponto reside o maior abalo ao sistema jurídico moderno. Tratam-se os direitos coletivos de “função abstrata da lei”, cuja concretização independe da vontade dos sujeitos envolvidos.⁴⁹

A incorporação dos direitos coletivos ao ordenamento jurídico positivo encontra na Constituição Federal de 1988 seu marco legal por excelência. Como mencionamos anteriormente, uma série de direitos que podem ser classificados como “direitos coletivos”, difusos e *stricto sensu*, foi constitucionalmente reconhecidas, adquirindo, portanto, eficácia normativa e força legal para sua realização.

Em relação aos direitos territoriais, a garantia do direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas (Art. 231) e o reconhecimento do direito de propriedade definitiva às comunidades remanescentes de quilombos (Art. 68 do ADCT) representam conquistas importantes e desafios permanentes na ampliação dos direitos coletivos perante as cercas da propriedade privada e dos direitos individuais.

48 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, Francisco de e PAOLI, Maria Célia. (Org.). **Os sentidos da democracia — Políticas do dissenso e hegemonia global**. Peirópolis, RJ: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999. p. 316.

49 *Ibidem*, p. 319.

5. CONCLUSÃO

A reivindicação por direitos dos povos e das comunidades tradicionais e de movimentos sociais, na América Latina e no Brasil, se apresenta, em um primeiro momento, como resistência à opressão secular dos Estados coloniais orientados pelos interesses privados. Esses movimentos constituídos de índios, negros, pobres, trabalhadores sem-terra e sem-teto se inseriram em processos políticos de redemocratização e refundação dos Estados Nacionais recém-saídos de ditaduras em vários países do continente. O fortalecimento desses movimentos se dá em sintonia com as demandas de outros grupos sociais e até mesmo de parte das elites nacionais, que postularam o retorno de uma democracia meramente formal.

Esse processo de restabelecimento da democracia permitiu a inclusão de direitos fundamentais sociais, estranhos à matriz liberal das Constituições anteriores, sem que isso significasse a eliminação dos direitos classicamente atribuídos aos cidadãos pelo Estado de Direito moderno, como o direito individual de propriedade, de caráter absoluto. Contudo, os movimentos sociais viram na promessa do Estado Social um espaço de luta privilegiado e passaram a demandar a efetivação desses direitos.

Se a observação da arena política do Poder Legislativo e do Poder Executivo revela a oscilação entre avanços e retrocessos na consolidação dessas demandas, isso não fica tão evidente quando se examinam as decisões exaradas pelo Poder Judiciário brasileiro. Esse poder, por seu perfil institucional e no exercício de sua função jurisdicional, deve ter como matéria-prima de suas decisões a Constituição e a lei.

A análise do conjunto de decisões revela tendências interpretativas diversas que, com raras exceções, resultam na inobservância dos compromissos sociais constitucionais. Ao contrário, fundam suas razões de decisão na proteção de direitos individuais, nos moldes do direito liberal clássico.

Os dilemas da dualidade das matrizes políticas e ideológicas que sustentam a Constituição da República Federativa do Brasil se evidenciam com maior vigor no Poder Judiciário, porque este tem se tornado o lócus em que a sociedade aguarda a última palavra para efetivação dos direitos fundamentais.

No século XXI constata-se esta tendência de judicialização intensa das relações sociais e da política, mas também em uma conjuntura internacional que agrava a pressão sobre os territórios e as riquezas naturais de países como o Brasil. E isso força os movimentos sociais a abrirem novas frentes de luta para enfrentar novos desafios da globalização econômica.

Por todas essas razões, o exame da judicialização dos conflitos pela terra e do modo com que o Poder Judiciário opera os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados ganha especial importância para compreensão da luta dos movimentos sociais na América Latina e no Brasil, seus caminhos e descaminhos na construção da democracia.

REFERÊNCIAS

- AB´SÁBER, Aziz. **A região da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol: prévias para seu entendimento**. In: Estudos avançados.[online]. 2009, vol.23, n.65, p. 165.
- ALFONSIN, Jacques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terra de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livre”, “castanhais do povo”, faxinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas**. 2. ed. Manaus: PGSCA-UFAM, 2008. p. 28.
- ALVES DE SÁ, Andréa. **Território de uso comum das comunidades tradicionais: uma visão jus socioambiental do criar, fazer e viver dos fundos de pasto da Bahia/Brasil**. Tese de Doutorado: Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2010.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Popular nº 3388 – Voto Relator Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em 27/08/2009.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal 1. AI 2009.01.00.048663-2/BA. Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Julgado em 14/04/2011.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal 1. AI 2009.01.00.048663-2/BA. Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Julgado em 14/04/2011.
- CHASIN, Ana Carolina da Matta. Direitos étnicos, conflitos fundiários: a judicialização da disputa pelos territórios quilombolas. **Revista Olhares Sociais**, Universidade Federal do Recôncavo da Bahia. Vol.1, n.1, jan/2012.
- FACHIN, Luiz Edson. “Homens e mulheres do chão levantados.” In: **Questões do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar,2008.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 18.
- FERNANDES, Bernardo Mançano; STEDILE, João Pedro. **Brava gente**. São Paulo: Perseu Abramo, 1996.
- KLOPPENBURG, Boaventura. **Concílio Vaticano II**. v. V, Quarta Sessão. São Paulo: Vozes, 1966.
- LITTLE, Paul E. **“Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade”**. Série Antropologia n. 174. Brasília: Departamento de Antropologia. 2002.
- MACPHERSON, C.B. **Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios: o papel do Estado, das classes e da propriedade na democracia do século XX**. Trad. Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHARDT, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RANGEL, Jesus Antonio de La Torre. **Del pensamiento jurídico contemporâneo. Aportaciones críticas.** México: Escuela Libre del Derecho, 1992. p. 200.

SANTOS, Boaventura de Souza. (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito.** 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 1999.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, Francisco de e PAOLI, Maria Célia. (Org.). **Os sentidos da democracia — Políticas do dissenso e hegemonia global.** Peirópolis, RJ: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999.

TEPEDINO, Gustavo; SCHEREIBER, Anderson. O Papel do Poder Judiciário na Efetivação da Função Social da Propriedade. In STROZAKE, Juvelino José. (Org.). **Questões agrárias. Julgados, comentários e pareceres.** São Paulo: Editora Método, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos da judicialização da política. **Tempo Social**, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2. , p.39-85. Novembro/2007.

O DIREITO TERRITORIAL QUILOMBOLA NO CAMPO JURÍDICO COLOMBIANO E BRASILEIRO

Daniel Pinheiro Viegas¹

Resumo: *As Constituições colombiana (1991) e brasileira (1988) trouxeram em seus textos diferentes previsões de proteção às comunidades rurais afrodescendentes, que deram origem a regimes jurídicos distintos, marcadamente pelas dubiedades e incertezas das normas no Brasil. Contudo, analisando a jurisprudência decorrente de ambos os sistemas, observou-se uma semelhança na interpretação que os Magistrados vinham dando ao reconhecimento territorial dessas comunidades rurais negras. Contudo, a partir de início o julgamento da ADI 3239, ajuizada pelo Partido Democrata (DEM) contra o Decreto nº 4.887/2003, identifica-se um esforço em se utilizar do capital jurídico para retroceder aos avanços legais consolidados no Brasil. Diante disso, a partir da teoria do campo jurídico de Pierre Bourdieu, tenta-se descortinar o entendimento tão destoante do Ministro Relator, se foi apenas uma compreensão própria e isolada ou uma confluência de interesses metajurídicos que relativizam a autonomia e neutralidade do campo jurídico.*

Palavras-chave: *Brasil. Colômbia. Comunidades afrodescendentes. Quilombolas. Direitos territoriais. Jurisprudência.*

INTRODUÇÃO

Pretende-se neste artigo, a partir da inquietação estimulada pelo debate no Grupo de Trabalho do “*Seminário Internacional Diálogos entre a América Latina e África: propriedade, conflitos e exploração de terras indígenas, tribais e tradicionais*” e, em especial, pelas falas sobre o Chocó colombiano² dos Professores Alfredo Wagner Berno de Almeida e Rosemberth Ariza Santamaría, fazer um estudo comparativo acerca das diferenças entre os regimes

1 Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas – UEA, Advogado e Procurador do Estado do Amazonas

2 Criado em 1945, o departamento de El Chocó foi a primeira divisão político-administrativa predominantemente negra, que a partir da Constituição colombiana de 1991, deu ao povo afro-colombiano a possibilidade de construir uma identidade territorial negra e algum poder de tomada de decisão autônomo.

jurídicos e os entendimentos jurisprudenciais relacionados às comunidades afrodescendentes no Brasil e na Colômbia.

Em verdade, o diálogo entre os dois professores sobre o Chocó colombiano recordou-me o livro autobiográfico “*Viver para contar*”, de Gabriel García Márquez, em que o Autor narra a sua experiência alvissareira, como jornalista do *El Espectador*, quando foi designado para cobrir as manifestações populares contra o governo do general Rojas Pinilla, que havia determinado a divisão do departamento do Chocó entre os seus prósperos vizinhos (Antioqui, Caldas e Valle).

Assim, depois de uma intrépida viagem de avião até Quibdó, capital do Chocó, Gabo encontrou-se com o jornalista correspondente, Primo Guerrero, responsável pelas primeiras notícias sobre as grandes manifestações, fazendo a sesta, tranquilamente, em sua casa, numa rede embaixo de uma trepadeiras. Foi quando descobriu que, após as manifestações dos primeiros dias, ninguém mais discutia o assunto, levando Guerrero a montar técnicas teatrais para enviar fotos de mobilizações populares e discursos patrióticos, mantendo os protestos vivos nos jornais.

De tal modo, tendo de optar entre a denúncia de que os protestos não mais existiam ou a ajuda para torná-los a existir e cumprir seus objetivos, o jovem García Márquez não hesitou em apoiar a manifestação “portátil” de Guerrero, e enviou seu texto e as fotos de seu colega Guillermo Sánchez para Bogotá. As notícias se espalharam por jornais e rádios, mobilizando toda a classe política a pressionar o governo militar que, em dois dias, retrocedeu na ideia de repartir o Chocó.

Mais que isso, Gabo passou os dez dias seguintes percorrendo a região, que chamou de “mundo fantástico”, e passou a conhecer mais profundamente uma parte do país desconhecida dos próprios colombianos e que foi revelada em mais quatro longos capítulos publicado no *El Espectador*, que trataram da “pátria mágica de selvas floridas, dilúvios eternos, onde tudo parecia ser uma versão inverossímil da vida cotidiana”.³

Gabriel García Márquez faleceu no dia 17 de abril de 2014, mas o “mundo fantástico” que ele viu ainda encanta por ser uma das mais importantes experiências de garantia da diversidade étnica e de pluralismo jurídico da América Latina, principalmente no que se refere às populações de matrizes africanas, trazidas como escravas durante o período colonial e, ainda hoje, não recompensadas devidamente pelo vergonhoso arbítrio.

Portanto, graças às escolhas desses jornalistas, o Chocó ainda existe e nos inspira na análise comparativa entre os regimes jurídicos do Brasil e da Colômbia, na identificação

3 MÁRQUEZ, Gabriel García. **Viver para contar**. Tradução de Eric Nepomuceno. 10. ed.- Rio de Janeiro: Record, 2012, p. 439.

das diferenças normativas e nas semelhanças das interpretações jurisprudenciais dadas pelos poderes judiciários de ambos. Com isso, a partir da teoria do *campo jurídico* de Pierre Bourdieu, se tentará observar como o controle do *capital jurídico* pode também ser utilizado para manter posições mais arcaicas, contrárias à emancipação das comunidades afrodescendentes e ao pluralismo jurídico constitucional.

1. O ESTADO COLOMBIANO E O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS TERRITORIAIS DAS COMUNIDADES AFRODESCENDENTES

A Constituição Política da Colômbia, já no *caput* do seu art.1º, estabelece sua forma de governo republicana fundada no pluralismo e no respeito à dignidade humana, enquanto no art.7º prevê o reconhecimento e a proteção da identidade e da integridade cultural ao dispor expressamente que o Estado reconhece e protege a diversidade étnica e cultural da nação colombiana⁴.

Seguindo esses mesmos princípios, durante todo o corpo constitucional há inúmeras normas que reforçam essa promoção da diversidade, assegurando o respeito às distintas manifestações culturais como fundamento da própria nacionalidade, reconhecendo a igualdade e dignidade do convívio de todas (art.70) e determinando a adoção de medidas em favor de grupos discriminados ou marginalizados (art.13)⁵.

No art.55 das Disposições Transitórias, a Constituição colombiana faz referência expressa às comunidades afrodescendentes, determinando que o Congresso, nos anos seguintes à entrada em vigor da Carta constitucional realize estudo, por intermédio de uma Comissão Especial, para edição de uma lei que reconheça as comunidades negras que ocupam a região do litoral do Pacífico, nos seguintes termos:

“Artículo transitorio 55. Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley.

4 COLÔMBIA. Constituição (1991). Constitución Política de Colômbia. Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html>. Acessado em 16.12.2013.

5 COLÔMBIA. Constituição (1991). Constitución Política de Colômbia. Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html>. Acessado em 16.12.2013.

En la comisión especial de que trata el inciso anterior tendrán participación en cada caso representantes elegidos por las comunidades involucradas.

La propiedad así reconocida sólo será enajenable en los términos que señale la ley.

La misma ley establecerá mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social.

Parágrafo 1. Lo dispuesto en el presente artículo podrá aplicarse a otras zonas del país que presenten similares condiciones, por el mismo procedimiento y previos estudio y concepto favorable de la comisión especial aquí prevista.

Parágrafo 2. Si al vencimiento del término señalado en este artículo el Congreso no hubiere expedido la ley a la que el se refiere, el Gobierno procederá a hacerlo dentro de los seis meses siguientes, mediante norma con fuerza de ley.”⁶

Observa-se que, além da avançada previsão de participação na Comissão Especial de representantes eleitos pelas comunidades envolvidas (*caput* do art.55), o parágrafo 1º do mencionado artigo estabelece uma cláusula de extensão ao dispor que poderá ser aplicada em outras áreas do país que tenham condições similares.

Assim, em consequência dessa previsão normativa, o Congresso Nacional da Colômbia decretou em 27 de agosto de 1993 a Lei n.º 70, que contemplou diferentes dispositivos em favor das comunidades negras, definindo-as no art. 2, numeral 5, como “el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos”⁷.

A Lei nº 70/1993 se fundamenta em quatro princípios fundamentais, conforme seu artigo 3º: 1) O reconhecimento e a proteção da diversidade étnica e cultural e o direito à igualdade de todas as culturas que formam a nacionalidade colombiana; 2) O respeito à integralidade e à dignidade da vida cultural das comunidades negras; 3) A participação das comunidades negras e suas organizações, sem detrimento da sua autonomia, nas decisões que as afetem e nas de

6 COLÔMBIA. Constituição (1991). Constitución Política de Colômbia. Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html>. Acessado em 16.12.2013.

7 “O conjunto de famílias de descendência afro-colombiana que têm sua própria cultura, uma história comum e têm suas próprias tradições e costumes dentro da relação campo-povoado, que demonstram e mantêm a consciência da identidade que os distinguem de outros grupos étnicos.” (Tradução livre)

toda a nação em pé de igualdade, conforme a lei; 4) A proteção do meio ambiente atendendo às relações estabelecidas pelas comunidades negras com a natureza.⁸

Outro avanço foi a identificação das comunidades negras como sujeito coletivo de direitos, com o reconhecimento da propriedade coletiva das comunidades negras, contemplando mecanismos para assegurar os usos sobre a terra e a proteção dos recursos naturais, como se observa nas normas dos artigos 19 ao 25.⁹

A citada Lei ainda contempla diferentes mecanismos para o desenvolvimento da identidade cultural dessas comunidades, estabelecendo o “derecho a un proceso educativo acorde con sus necesidades y aspiraciones etnoculturales (art. 32); la obligación del Estado de sancionar y evitar “todo acto de intimidación, segregación, discriminación o racismo contra las comunidades negras (...)” (art. 33); la exigencia de que se adopten “medidas que permitan a las comunidades negras conocer sus derechos y obligaciones, especialmente en lo que atañe al trabajo, a las posibilidades económicas, a la educación y la salud, a los servicios sociales y a los derechos que surjan de la Constitución y las Leyes” (art. 37); el derecho de disponer de “medios de formación técnica, tecnológica y profesional que los ubiquen en condiciones de igualdad con los demás ciudadanos”, los cuales “deberán basarse en el entorno económico, las condiciones sociales y culturales y las necesidades concretas de las comunidades negras” (art. 38); el deber del Estado de apoyar “mediante la destinación de los recursos necesarios, los procesos organizativos de las comunidades negras con el fin de recuperar, preservar y desarrollar su identidad cultural” (art. 41)¹⁰.

8 COLÔMBIA. Lei nº. 70, de 31 de agosto de 1993. Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política. Disponível em <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0070_1993.html>. Acessado em: 10 março 2014.

9 COLÔMBIA. Lei nº. 70, de 31 de agosto de 1993. Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política. Disponível em <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0070_1993.html>. Acessado em: 10 março 2014.

10 “Direito a um processo de educação de acordo com suas necessidades e aspirações etnocultural (art. 32); a obrigação do Estado para punir e prevenir” a intimidação, a segregação, a discriminação ou racismo contra as comunidades negras (...)” (artigo 33); a exigência de que “as medidas para as comunidades negras conhecem os seus direitos e obrigações são tomadas, especialmente no que diz respeito ao trabalho, oportunidades econômicas, educação e saúde, os serviços sociais e os direitos decorrentes de a Constituição e as leis “(art. 37); o direito de dispor de “meios de formação técnica e profissional tecnológica para localizar em condições de igualdade com os outros cidadãos”, que “deve ser com base nas condições econômicas, sociais e culturais e as necessidades práticas das comunidades negras “(art. 38); o dever do Estado de apoiar “através da alocação dos recursos necessários , os processos organizacionais das comunidades negras , a fim de recuperar, preservar e desenvolver sua identidade cultural” (art. 41) (Tradução livre).

2. O RECONHECIMENTO DÚBIO DO ESTADO BRASILEIRO

O reconhecimento de direitos territoriais de comunidades negras rurais é algo relativamente recente no Brasil e está longe de alcançar a relativa precisão vista no caso colombiano (ARRUTI, 2000). O direito das comunidades afrodescendentes somente veio a ser reconhecido pela primeira vez em 1988 quando da promulgação da atual Constituição que no art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) previu:

Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras, é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes títulos respectivos.

No art. 68 do ADCT aqueles que são os sujeitos dos novos direitos, são definidos por meio de uma categoria residual, a de “remanescentes”, tendo em vista a categoria histórica de “quilombos”, que remete a um tipo de formação social histórica desaparecida com a própria escravidão e que se caracterizou justamente pela busca de invisibilidade ante o Estado.¹¹ Observa ALMEIDA que a norma constitucional é posta em uma “moldura de passadismo, no entanto, havia dubiedades e problemas que se colocaram desde logo, rompendo com a idéia de monumentalidade e sítio arqueológico que dominara o universo ideológico dos legisladores”.¹²

Em novembro de 1995 acontece a primeira iniciativa para normatização dos procedimentos de regularização das terras pertencentes às comunidades quilombolas, que foi a Portaria n.º 307 do INCRA que determinava que as comunidades quilombolas tivessem suas áreas demarcadas e tituladas, mediante a concessão de título de reconhecimento, com cláusula *pro indiviso*, na forma do que sugere o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal.

Em novembro de 2000 foi editada a Medida Provisória 2.123/28, alterando a Lei nº 7.668/88 e estabelecendo como atribuição da Fundação Cultural Palmares (IFCP), vinculada ao Ministério da Cultura, a finalidade de realizar a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação.

Em 10 de setembro de 2001, foi editado o Decreto n.º 3.912 que, ao regulamentar o procedimento para titulação das terras de quilombo, estabeleceu que seriam contempladas

11 ARRUTI, José Maurício Andion. Direitos étnicos no Brasil e na Colômbia: notas comparativas sobre hibridização, segmentação e mobilização política de índios e negros. **Horiz. antropol.**, Porto Alegre, v. 6, n. 14, Nov. 2000.

12 ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Quilombo e as novas etnias**. Manaus: UEA Edições, 2011, p. 58.

pelo art. 68 as “terras que eram ocupadas por quilombos no ano de 1888” e as que estavam “ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos em 5 de outubro de 1988”.

Sob esse regime jurídico criou-se uma contradição emblemática do etnocentrismo do sistema legal brasileiro, visto que, como comunidade que a partir de uma vivência coletiva se identifica como afrodescendente precisa demonstrar que sua posse sobre as terras é datada de no mínimo 100 (cem) anos, qualquer cidadão, individualmente, que não tenha outro imóvel, passa a ser proprietário do bem possuído, sem oposição, com apenas cinco anos de exercício fático de tal direito¹³.

Por outro lado, a Constituição Federal também prevê no §1º do art.215 que o “Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional” (BRASIL, 1988), o que acrescido das pesquisas antropológicas que revelam a inexistência de um “quilombo genérico” tem provocando uma ressemantização da expressão “comunidades quilombolas”.

Em 2002, o Congresso Nacional aprova o Projeto de Lei n.º 129/95, que tinha o objetivo de regulamentar “o direito de propriedade das terras das comunidades remanescentes dos quilombos e o procedimento da sua titulação de propriedade imobiliária, na forma do art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”, adotando um conceito mais próximo do construído pelas próprias comunidades quilombolas, consideradas como “grupos étnicos de preponderância negra, encontráveis em todo território nacional, identificáveis segundo categorias de auto-definição, habitualmente designados por ‘Terras de Preto’, ‘Comunidades Negras Rurais’, ‘Mocambos’ ou ‘Quilombos’” (art.2º).¹⁴

O referido projeto foi vetado integralmente pelo Presidente da República, por meio da mensagem presidencial n.º 370, em 13 de maio de 2002, sob a fundamentação de inconstitucionalidade e violação do interesse público, principalmente porque, segundo o Presidente da República Fernando Henrique Cardoso,

no art. 68 do ADCT a expressão ‘remanescentes das comunidades dos quilombos’ tem um significado mais reduzido do que, a princípio, se poderia imaginar. Em realidade, o dispositivo

13 Dábora Duprat argumenta que “a rigor, o marco temporal, ao invés de harmonizar, subverte, definitivamente, o sistema constitucional. Isto porque, em todas as ocasiões em que o legislador constituinte condicionou o direito à propriedade ao decurso de certo lapso de tempo, fê-lo expressamente, como decorre dos artigos 183 e 191da CF, diante da singela razão de que toda e qualquer restrição a direito constitucionalmente assegurado só pode resultar do próprio texto constitucional” (2007:33).

14 BRASIL. Senado Federal. Mensagem de veto nº 370/2002, de 13.05.2002, DOU de 14.05.2002. Disponível em <www.senado.gov.br/Relatorios_SGM/RelPresi/2003/050-CN-Vetos.pdf>. Acessado em 07.05.2014.

contemplou apenas aqueles remanescentes 'que estejam ocupando suas terras' no momento da promulgação da Constituição de 1988. Foram excluídos, portanto, os remanescentes que, em 5 de outubro de 1988, não mais ocupavam as terras que até a abolição da escravidão formavam aquelas comunidades. Conclui-se, portanto, que o constituinte de 1988 visou a beneficiar tão somente os moradores dos quilombos que viviam, até 1888, nas terras sobre as quais estavam localizadas aquelas comunidades, e que continuaram a ocupá-las, ou os seus remanescentes, após o citado ano até 5 de outubro de 1988.¹⁵

Interessante notar que dentre as várias razões do veto integral do Presidente Fernando Henrique Cardoso está o fato de considerar que o Decreto n.º 3.912, de 10 de setembro de 2001, já regulamentava as disposições relativas ao processo administrativo para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos e para o reconhecimento, a delimitação, a demarcação, a titulação e o registro imobiliário das terras por eles ocupadas.

Posteriormente, em 20 de novembro de 2003, o Decreto n.º 4.887/2003 revogou o Decreto 3.912/2001 e regulamentou “o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias”, estabelecendo no art. 2º o critério da autoidentificação, como se observa:

Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

§ 1º Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade.

§ 2º São terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.

§ 3º Para a medição e demarcação das terras, serão levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sendo facultado à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental.¹⁶

15 BRASIL. Senado Federal. Mensagem de veto nº 370/2002, de 13.05.2002, DOU de 14.05.2002. Disponível em <www.senado.gov.br/Relatorios_SGM/RelPresi/2003/050-CN-Vetos.pdf>. Acessado em 07.05.2014.

16 BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos DECRETO Nº 4.887, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2003.

Por fim, não se pode deixar de mencionar também que nessa mudança no regime jurídico houve a internalização, mediante o Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004, da Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que versa sobre: “*povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial*” (art.1º, a) e possui *status* de supralegalidade na ordem jurídica nacional.¹⁷

3. AS SEMELHANÇAS ENTRE OS PRECEDENTES JUDICIAIS COLOMBIANOS E BRASILEIROS

A Corte Constitucional da Colômbia, que considera a Convenção 169/OIT contida no bloco de constitucionalidade, possui diversas decisões acerca do direito à igualdade e do princípio da não-discriminação, segundo as quais é inconstitucional qualquer exclusão ou restrição no acesso de pessoas a benefícios ou serviços em decorrência da sua identidade étnica ou distinções raciais¹⁸. Entretanto, a Corte Constitucional colombiana, reconhece a situação histórica de marginalização e segregação que enfrentaram os afro-colombianos e, conseqüentemente, admite a discriminação positiva da Lei 70, permitindo o exercício de uma proteção especial por parte do Estado a essas comunidades¹⁹.

17 No julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, em decisão histórica, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se pela inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel e reconheceu a natureza de “norma supralegal” dos tratados internacionais de direitos humanos no Estado Brasileiro.

18 Por exemplo: a Sentença T-375 de 2006. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte protegió el derecho a la igualdad y a la educación de una aspirante a ingresar al programa de medicina de una universidad, a la que le había sido negado el ingreso por su condición de afrodescendiente. En dicha decisión, la Corte recordó que en virtud del Convenio 169 de la OIT, que hace parte del bloque de constitucionalidad, existe un mandato claro de promoción del acceso a la educación de los miembros de las comunidades afrodescendientes, que no puede ser negado ni obstaculizado, por parte de las autoridades encargadas de la ejecución de programas que desarrollen los propósitos educativos enunciados. En igual sentido, a sentencia T-586 de 2007. MP. Nilson Pinilla Pinilla, sentencia T-422 de 1996, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

19 Por exemplo: Sentença T-1095 de 2005. MP. Clara Inés Vargas Hernández, C-169 de 2001. MP. Carlos Gaviria Díaz y T-422 de 1996. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta última decisión, en relación con el tratamiento especial que se debe brindar a los afrocolombianos, la Corte expresó: “*La diferenciación positiva correspondería al reconocimiento de la situación de marginación social de la que ha sido víctima la población negra y que ha repercutido negativamente en el acceso a las oportunidades de desarrollo económico, social y cultural. Como ocurre con grupos sociales que han sufrido persecuciones y tratamientos injustos en el pasado que explican su postración actual, el tratamiento legal especial enderezado a crear nuevas condiciones de vida, tiende a instaurar la equidad social y consolidar la paz interna y, por lo mismo, adquiere legitimidad constitucional.*”

Como decorrência lógica, o Tribunal colombiano já reconheceu em várias ocasiões a natureza de grupo étnico das comunidades afro-colombianas e destacou a importância desse reconhecimento para garantir a “inserção adequada na vida política e econômica do país”²⁰, deixando assentado que a definição dos membros das comunidades negras, não pode ser baseada exclusivamente em critérios como a “cor” da pele, ou a localização de membros de uma parte específica do território, mas a partir de “(i) um componente ‘objetiva’, ou seja, a existência de traços culturais e sociais compartilhadas pelos membros do grupo, que os separam de outros setores sociais, e (ii) de um elemento ‘subjetivo’, ou seja, a existência de uma identidade de grupo que levar os indivíduos a assumir como membros da comunidade em questão”²¹.

No que se refere ao direito territorial dessas comunidades afro-colombianas, a jurisprudência constitucional tem insistido que elas são titulares de direitos fundamentais à propriedade coletiva de suas terras ancestrais, o uso, conservação e gestão dos recursos naturais, direitos constitucionais e da realização de consulta prévia se as medidas que os afetam direta e especificamente²².

Com esse entendimento identifica-se uma série de precedentes jurisprudenciais, a exemplo da sentença T-955 de 2003²³, em que o Tribunal reconheceu a diversidade como fundamental e protegeu a integridade étnica e cultural, os direitos de propriedade coletiva para a participação e meios de subsistência das comunidades afro-colombianas.

No caso brasileiro, entre 20 de novembro de 2003 (Decreto 4.887/2003) a 18 de abril de 2012 (início do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI 3239), é possível encontrar no sistema judiciário diversos precedentes que impressionam pela semelhança

20 Sentencia C-169 de 2001. MP. Carlos Gaviria Díaz. En esta decisión la Corte revisó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria n.º 25-S/99 y 217-C/99 “*por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política, en relación con la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior*”.

21 Ver, entre otras, las sentencias C-169 de 2001, MP: Carlos Gaviria Díaz; T-586 de 2007. MP Nilson Pinilla Pinilla y T-375 de 2006. MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

22 Sentencia C-461 de 2008. MP. Manuel José Cepeda Espinosa. A este respecto, en la sentencia T-549 de 2006. MP. Jaime Araujo Rentarías, puntualmente se expresó: “*Por consiguiente, no cabe duda en relación con que las comunidades negras reconocidas y protegidas especialmente por el propio Constituyente en el artículo 176 de la Constitución Nacional, lo mismo que en la ley 70 de 1993, expedida en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 55 transitorio de la Carta Política, son titulares calificadas de una serie de derechos fundamentales, derivados directamente de la obligación estatal de respetar y garantizar la diversidad étnica y cultural de la Nación*”.

23 MP. Álvaro Tafur Galvis.

com os encontrados na Corte Constitucional colombiana e demonstram uma perspectiva avançada no sentido de efetivar o pluralismo étnico previsto na Constituição brasileira, para repelir “a aniquilação de direitos consagrados universalmente, dentre os quais se encontra o direito à sobrevivência”²⁴.

Em alguns precedentes está clara percepção de que “a garantia do acesso à terra está relacionada à identidade étnica como condição essencial para a preservação dessas comunidades” como também uma “forma compensar ou minimizar a injustiça histórica cometida contra a população negra no Brasil, aliando dignidade social à preservação do patrimônio material e imaterial brasileiro”²⁵.

Isso acontece a partir da compreensão de alguns Magistrados de que “o termo quilombo não se refere a resíduos ou resquícios arqueológicos de ocupação temporal ou de comprovação biológica. Também não se trata de grupos isolados ou de uma população estritamente homogênea. Da mesma forma, nem sempre foram constituídos a partir de movimentos insurrecionais ou rebelados, mas, sobretudo, consistem, em grupos que desenvolveram práticas cotidianas de resistência na manutenção e reprodução de seus modos de vida característicos e na consolidação de um território próprio”²⁶.

Os precedentes judiciais compreendem que o Estado tem o dever constitucional de proteção decorrente dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil,

24 Sentença nº 027/2007/JCM/JF/MA, proferida em 13 de fevereiro de 2007, no Mandado de Segurança nº 2006.37.00.005222-7, em trâmite na Justiça Federal, Seção Judiciária de São Luis, pelo Magistrado Federal José Carlos do Vale Madeira, em que membros da Comunidade Quilombola de Trajano, Peptal, Marudá e Peru pediam a abstenção do Diretor-Geral do Centro de Lançamento de Alcântara de impedi-los de colher ou de lançar seus roçados de subsistência em áreas tradicionalmente ocupadas remanescentes de quilombo localizadas em terras da União.

25 Decisão Liminar no MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2008.70.09.002352-4/PR, proferida em 10 de outubro de 2008, pelo Magistrado Federal Antônio César Bochenek, na Seção Judiciária de Ponta Grossa, nos autos do processo em que um Fazendeiro pretendia a suspensão do processo administrativo de regularização da Comunidade Quilombola Serra do Apon.

26 Sentença proferida em 14 de maio de 2011, nos autos do Processo nº 2008.85.00.001626-6, na Seção Judiciária de Aracaju - SE, pelo Magistrado Federal Edmilson da Silva Pimenta, na qual o Juiz assinala que o conceito de quilombola “não pode ficar vinculado à legislação colonial escravocrata, tendo em vista que: a) a historiografia reconhece a diversidade cultural e de organização dos quilombos, que não se constituíam apenas de escravos fugitivos; b) a Associação Brasileira de Antropologia estabeleceu, com base em estudos empíricos, um marco conceitual, a servir de base para o tratamento jurídico; c) o dispositivo constitucional, de caráter nitidamente inclusivo e de exercício de direitos, não pode ser interpretado à luz de uma realidade de exclusão das comunidades negras; d) os remanescentes não constituem “sobra” ou “resíduo” de situações passadas, quando o comando constitucional constitui proteção para o futuro; e) fica constatada a diversidade de posses existentes, por parte das comunidades negras, desde antes da Lei de Terras de 1850, de que são exemplos as denominadas “terras de santo”, “terras de índios” e “terras de preto.”

dentre os quais está o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer formas de discriminação (CF/88, art. 3º, IV). Consequentemente, o Estado brasileiro deve “estabelecer políticas públicas voltadas ao combate à discriminação dos modos de vida tradicionais dos povos indígenas e tribais, quando da edição do Decreto Legislativo nº 143/2002, ratificando a Convenção nº 169/ da OIT, que dispõe em seu art. 14 que “deverão ser reconhecidos os direitos de propriedade e posse dos povos em questão sobre as terras que tradicionalmente ocupam”²⁷.

Dentre a fundamentação legal encontrada nos precedentes está a Convenção 169/OIT, que dispõe em seu art. 14 que “deverão ser reconhecidos os direitos de propriedade e posse dos povos em questão sobre as terras que tradicionalmente ocupam”²⁸.

Os precedentes respondiam, inclusive, aos questionamentos quanto à constitucionalidade formal do decreto nº 4.887/2003, que teria regulamentado diretamente o art.68 do Ato de Disposições Constitucionais Transitória sem lei específica, esclarecendo que a norma constitucional é auto-aplicável e não depende de qualquer regulamentação, pois o “Decreto, em verdade, serve apenas para minudenciar processo e procedimentos administrativos, sem tocar no direito de ninguém, pois este é afetado por força do dispositivo do ADCT e não da mera norma regulamentar puramente processual administrativa”²⁹.

Portanto, pelos precedentes, o Decreto 4887/2003 não regulamentou qualquer direito previsto no art. 68 do ADCT, mas apenas o processo administrativo de reconhecimento de tal direito, cuja norma geral é a Lei 9.784/99, a partir da qual se emitem decretos regulamentares específicos para cada espécie de processo³⁰.

27 Sentença nº 027/2007/JCM/JF/MA.

28 O Acórdão do Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.010160-5/PR, julgado em 08 de julho 2008, pelo Tribunal Regional Federal – 4ª Região, sob a Relatoria da Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, é no sentido de reconhecer a plena aplicabilidade da Convenção 169/OIT, e da qual não destoando o Decreto nº 4.887/2003 de seus parâmetros fundamentais: a) auto-atribuição das comunidades envolvidas; b) a conceituação de territorialidade como garantidora de direitos culturais; c) o reconhecimento da pluriétnicidade nacional.

29 Acórdão do Agravo de Instrumento nº 2007.01.00.052659-8/DF, julgado pelo Tribunal Regional Federal – 1ª Região, em Brasília, em 25 de janeiro de 2008, sob a Relatoria do Juiz Federal convocado pelo TRF1, Cesar Augusto Bearsi, em que reformou uma decisão liminar do Magistrado de primeira instância que havia determinado a suspensão do processo administrativo de reconhecimento da Comunidade Quilombola Pedra do Sal (RJ), a pedido da Venerável Ordem Terceira de São Francisco da Penitência.

30 Comum também nos precedentes, os registros no campo do Direito Constitucional comparado, a exemplo do voto da Desembargadora Federal MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA Relatora Tribunal Regional Federal – 4ª Região, no Agravo de Instrumento nº 2008.04.00.010160-5/PR, em que faz referência: à Constituição do Equador (1988) que assegura aos

4. A DIVERGÊNCIA ABERTA COM O INÍCIO DO JULGAMENTO DA ADI 3239 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em 19 de abril de 2012, teve início, no Supremo Tribunal Federal, o julgamento da ADI 3239, ajuizada pelo Partido Democrata (DEM) contra o Decreto 4.887/2003, quando foi colhido apenas o voto do então Ministro Cezar Peluso, Relator originário, sendo em seguida suspenso em razão do pedido de vistas da Ministra Rosa Weber.

O voto do Ministro Peluso marcou uma divergência em relação à jurisprudência que vinha se consolidando, com fundamento na existência de uma inconstitucionalidade formal e diversas inconstitucionalidades materiais. Segundo o Julgador, o vício formal decorreria do entendimento de que o Decreto pretende regulamentar o art.68 do ADCT, o que na sistemática legislativa brasileira seria inviável, posto que a Constituição Brasileira apenas admite sua regulamentação por lei formal, pelo que, a expedição de Decreto pelo chefe do Poder Executivo só poderia existir nas hipóteses expressamente previstas.

Contudo, o Ministro ignorou o fato de que a Lei 7.668/88, em seu art. 2º, inciso III, determina a competência da Fundação Cultural Palmares para “realizar a identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos, proceder ao reconhecimento, à delimitação e à demarcação das terras por eles ocupadas e conferir-lhes a correspondente titulação”, cujo parágrafo único dispõe que a Fundação também é “parte legítima para promover o registro dos títulos de propriedade nos respectivos cartórios imobiliários.”

Não considerou também que a Lei 9.649/98, em seu art. 14, c, prevê como competência do Ministério da Cultura, a quem a Fundação Cultural Palmares está vinculada por força do art. 1º da Lei 7.668/88, “aprovar a delimitação das terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como determinar as suas demarcações, que serão homologadas mediante decreto”. O que demonstra que o Decreto 4.887/2003 não regulamenta diretamente dispositivos legais, como afirmou o Ministro Relator, mas decorre de um ordenamento jurídico posto, no qual também se inclui a Convenção 169/OIT, aprovada pelo Decreto nº 5.051/2004, com *status* de supralegalidade, bem como a Lei 12.288/2010, que institui o Estatuto da Igualdade Racial.

povos negros ou afro-equatorianos os mesmos direitos que aos indígenas de conservar (arts. 84, itens 2 e 3 c/ art. 85); à Constituição da Nicarágua (1987), que fixou parâmetros mais ousados, ao garantir às “comunidades da costa atlântica” o direito a “preservar e desenvolver sua identidade cultural na unidade nacional, dotar-se de suas próprias formas de organização social e administrar seus assuntos locais conforme suas tradições”; Além das comunidades garífunas de Honduras e Belize, bem como os “marrons” do Suriname e do Panamá, que se encontram em processo de reconhecimento, em seus respectivos países.

Não bastasse todo o acervo legislativo, o Ministro Peluso ainda desconsiderou os precedentes do próprio Supremo Tribunal Federal, que no julgamento do RE 203.954-3/CE, por unanimidade, reconheceu a validade de Portaria do Ministério da Fazenda que proibia a importação de automóveis usados³¹, bem como, no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 12, em que declarou a perfeita validade da Resolução do Conselho Nacional de Justiça que proibiu o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário sem a intermediação de lei formal neste sentido³².

Quanto às inconstitucionalidades materiais, o Ministro Relator entendeu que tais vícios estariam presentes: a) no critério de identificação das terras; b) na previsão de desapropriação; e c) na titulação coletiva.

Para o Ministro Cesar Peluso o Decreto 4.887/2003, ao instituir que são os próprios remanescentes de quilombos quem indicam a extensão de suas terras, estaria invertendo a suposta vontade do legislador constituinte, que seria a de conferir a propriedades aos negros que ocuparam terras no período da abolição, sendo “de toda gente conhecida” tal área³³.

Quanto à previsão de desapropriação, o Ministro surpreende ao afirmar que a propriedade já havia sido concedida pela própria constituição, não havendo transferência que enseje indenização a ser feita. Por fim, quanto à titulação coletiva, o Ministro Peluso, em desconsideração a uma das maiores virtudes da Constituição de 1988, que foi o reconhecimento de sujeitos coletivos de direito, entendeu que o texto constitucional não admite a propriedade coletiva, devendo realizar-se por titulação individual, impossível de ser gravada com as cláusulas de impenhorabilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade.

Mas o que leva um Ministro da mais alta corte de justiça a construir um entendimento tão distante da jurisprudência que vinha se consolidando e tão contrário aos estudos antropológicos e históricos recentes? Por que o voto do Ministro se associa ao conceito, que como afirma Almeida³⁴, é descritivo e frigorificado desde o Conselho Ultramarino de

31 A Portaria DECEX 8/91, no seu art. 27, não regulamentava qualquer lei formal e retirou seu fundamento de validade diretamente do artigo 237 da Constituição Federal, que atribuiu ao Ministério da Fazenda o controle e a fiscalização do comércio exterior, dentro da defesa dos interesses nacionais.

32 Na ocasião os Ministros concluíram que o ato do CNJ retirava seu fundamento de validade dos princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, o que não demandaria lei em sentido estrito para serem efetivados.

33 Cumpre esclarecer que o Decreto, no seu art. 2º, §3º, diz que a indicação das medições do terreno pelos remanescentes de quilombos serão “levados em consideração”, não sendo, portanto, o único critério, leva a entender o voto do Ministro.

34 ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Quilombo e as novas etnias**. Manaus: UEA Edições, 2011, p. 59.

1740, em resposta do Rei de Portugal³⁵? Há de fato uma decisão de um único julgador, ou o entendimento reflete a compreensão de um *grupo*?

Para tentar entender o porquê do entendimento tão destoante, é necessário recorrer à teoria do *campo jurídico* de Pierre Bourdieu, segundo a qual, os precedentes não se constroem a partir da compreensão isolada dos Magistrados, mas a partir da confluência de interesses meta-jurídicos que relativizam a autonomia e neutralidade do *campo jurídico*, isto é,

*o verdadeiro responsável pela aplicação do direito não este ou aquele magistrado singular, mas todo o conjunto dos agentes, frequentemente postos em concorrência que procedem à detecção e à marcação do delinquente e do delito, assim também, o verdadeiro legislador não é o redactor da lei mas sim o conjunto dos agentes que, determinados pelos interesses e os constrangimentos específicos associados às suas posições em campos diferentes (campo jurídico, e também campo religioso, campo político, etc.) elaboram aspirações ou reivindicações privadas e oficiosas, as fazem aceder ao estado de «problemas sociais», organizam as expressões (artigos de imprensa, obras, plataformas de associações ou de partidos, etc.) e as pressões (manifestações, petições, diligências etc.) destinadas a «fazê-las avançar».*³⁶

Bourdieu entende que a prática dos agentes encarregados de produzir o direito e de aplicá-lo deve muito às afinidades que unem os detentores por excelência da forma do poder simbólico aos detentores do poder temporal, político ou econômico³⁷. Com isso, Bourdieu oferece um substrato analítico que ajuda a compreender o voto do Ministro a partir da investigação das possíveis *confluências de interesses meta-jurídicos* que conduziram a interpretação das normas de modo tão peculiar.

Inicialmente, identifica-se, conforme sua biografia³⁸, que o Ministro César Peluso foi orientado em seu curso de Especialização em Filosofia do Direito pelo jurista Miguel Reale, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1967), e no Curso de Doutorado em Direito Processual Civil, pelo jurista Alfredo Buzaid, na mesma Faculdade (1975).

35 Quilombo é formalmente definido como “toda habitação de negros fugidos, que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões nele”. (ALMEIDA, 2011:59)

36 BORDIEU, Pierre. “A força do direito, elementos para uma sociologia do campo jurídico”. In: **O poder simbólico**, 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. p. 247.

37 BORDIEU, Pierre. “A força do direito, elementos para uma sociologia do campo jurídico”. In: **O poder simbólico**, 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. p. 241-242.

38 BRASIL. Supremo Tribunal Federal Biografia do Ministro César Peluso. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaMinistro&pagina=CezarPelusoCurriculoBiografia>> Acessado em 11.05.2014.

Miguel Reale, reconhecido filósofo jurídico e advogado militante desde 1934, com publicação de dezenas de pareceres e razões forenses, tem um parecer juntado aos autos da Ação Cível Originária 278, que trata da desapropriação indireta de imóvel dentro do Parque Nacional do Xingu, no qual interpreta que o texto constitucional de 1969 visava exclusivamente à defesa da posse dos índios que ainda viviam à “margem da civilização nacional, constituindo núcleos populacionais de cultura primitiva”³⁹.

Assim, entende o orientador do Ministro que, muito embora o art. 186 tenha substituído a expressão “*posse de terras de silvícolas que nelas se acham permanentemente localizados*” (Constituição de 1967), por “posse das terras que habitam” (Constituição de 1969), só integravam o patrimônio da União aquelas glebas que podiam ser consideradas “habitadas pelos indígenas, nelas se localizando, com todas as características de uma tribo, sedentária ou não”. Portanto, para ele o nomadismo ou a mobilidade dos silvícolas não autorizava a União a estender os espaços destinados aos povos indígenas⁴⁰.

Alfredo Buzaid, que foi Ministro da Justiça do Presidente Emílio G. Medici, durante um dos períodos mais violentos da ditadura militar, com incontáveis casos de tortura, é mais conhecido como autor do anteprojeto de lei que constitui o principal antecedente do Código de Processo Civil brasileiro, mas também foi idealizador do Estatuto do Índio, Lei 6.001, publicada em 19 de dezembro de 1973.

O Estatuto do índio reafirmou as premissas de integração, seguindo a Convenção de Genebra, da qual o Brasil é signatário⁴¹ trazendo a ideologia de agregar os índios em torno de pontos de atração, como batalhões de fronteira, aeroportos, colônias, postos indígenas e missões religiosas, com foco em isolá-los e afastá-los das áreas de interesse estratégico. Para realizar este projeto, os militares aprofundaram o monopólio tutelar: centralizaram os projetos de assistência, saúde, educação, alimentação e habitação; cooptaram lideranças e facções indígenas para obter consentimento; e limitaram o acesso de pesquisadores, organizações de apoio e setores da Igreja às áreas indígenas.⁴²

39 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Revista Trimestral de Jurisprudência 107. Fevereiro de 1984. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/107_1.pdf>. Acessado em 11.05.2014.

40 REALE frisou que admitir-se a inexistência de uma “relação proporcional entre as tribos e o território a elas indispensável, a fim de manter íntegro e intocável o tipo de vida que lhes é próprio, não restariam mais terras devolutas para grande número de Estados, nem sobraría espaço para as propriedades privadas”. Todavia, de fato prevaleceu no Supremo Tribunal Federal a parte dispositiva do julgamento, segundo o qual os títulos dominiais concedidos antes do advento da Constituição de 1934 estariam abrangidos pela declaração de nulidade do texto constitucional de 1969.

41 CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. Política indigenista no século XIX. In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela (Org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras; Secretaria Municipal de Cultura/FAPESP, 1992. p. 102.

42 SANTILLI, Márcio. 1991. Os direitos indígenas na Constituição brasileira. In: **Povos Indígenas no Brasil 1987/88/89/90**.

Ainda, à parte essa formação intelectual, o Ministro é casado uma legítima descendente da Família “quatrocentona” Toledo Piza, que integra a elite paulista tradicional, ou seja, a aristocracia e oligarquia paulista, majoritariamente de origem portuguesa, com origem na baixa e média nobreza de Portugal, incluindo a fidalguia lusitana.

Assim, esses poucos elementos confirma a teoria de Bourdieu, segundo a qual “a interpretação da lei nunca é o acto solitário de um magistrado ocupado em fundamentar na razão jurídica uma decisão mais ou menos estranha pelo menos na sua *gênese*, à razão e ao direito, e que agiria como hermeneuta preocupado em produzir uma aplicação fiel da regra”⁴³. Na verdade, “o juiz, ao invés de ser um simples executante que deduzisse da lei as conclusões directamente 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 de autoridade jurídica”⁴⁴.

Portanto, em seu voto, o Ministro Peluso nada mais fez que exercer seus juízo, inspirado numa lógica e em valores muito próximos dos *interesses meta-jurídicos* que compartilha, associado à suas posição não apenas no campo jurídico, mas também campo acadêmico, político e familiar.

5. CONCLUSÕES

Do que se observa do regime jurídico estabelecido na Colômbia e no Brasil, constata-se que no caso brasileiro há uma dubiedade na disposição do art.68 do ADCT que, ao acrescentar a expressão “remanescente”, tenta vincular a um inconsciente cultural, como elaborado por Bourdieu, em que a definição de quilombo está fossilizada desde o Conselho Ultramarino de 1740⁴⁵, ignorando o conteúdo sócio-histórico-antropológico derivado do fato histórico-social e principalmente, desconsiderando a autodefinição identitária das comunidades quilombolas, cuja diversidade não justifica o arbítrio de garantir direitos territoriais à apenas as que possuam a características da posse centenária.

São Paulo: CEDI, p. 11.

43 BORDIEU, Pierre. “A força do direito, elementos para uma sociologia do campo jurídico”. In: **O poder simbólico**, 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. p. 224.

44 BORDIEU, Pierre. “A força do direito, elementos para uma sociologia do campo jurídico”. In: **O poder simbólico**, 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. p. 224.

45 ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Quilombo e as novas etnias**. Manaus: UEA Edições, 2011

A “timidez” do regime jurídico brasileiro decorre possivelmente do fato de que o Brasil foi um dos derradeiros países a abolirem a escravidão no continente americano, “o capitalismo tardio com suas instituições apoiadas na imobilização da força de trabalho e na peonagem da dívida, facilitou o autoritarismo e a concentração fundiária”⁴⁶. Não é por mero acaso que a Lei de Terras e a Lei Eusébio de Queiróz, que extingue o tráfico negreiro, são ambas do mesmo ano: 1850. A própria Lei Áurea aboliu a escravidão com um único artigo, sem qualquer menção ao direito territorial.

Contudo, apesar das diferenças na previsão constitucional e legal do direito territorial das comunidades afrodescendentes no Brasil e na Colômbia, a jurisprudência de ambos os países compartilham a mesma percepção de que quilombos são grupos étnico-raciais, que assim se auto-atribuem a partir das suas peculiares trajetórias históricas, em que estabeleceram relações territoriais específicas, relacionada com a resistência à opressão sofrida em decorrência da sua ancestralidade negra.

Porém, a disputa por espaços territoriais ainda continua, como avanços e retrocessos para os grupos que se antagonizam e que se movimentam com mais força a partir de cada conquista do seu oposto. Isso se evidencia no voto do Ministro aposentado do STF Cesar Peluso, que surge em contraposição a revogação do Decreto nº 3.912 e da consolidação da jurisprudência de reconhecimento dos direitos territoriais das comunidades quilombolas.

O voto do Ministro deu fôlego novo aos grupos econômicos ligados ao agronegócio e à base parlamentar que os representa, conduzindo a recente convocação de audiências públicas na Comissão de Agricultura, Pecuária e Abastecimento para debater sobre a revogação pelo Brasil à subscrição da Convenção 169/OIT, solicitada pelo Deputado Federal Paulo Cesar Quartiero (DEM/RR), em 16 de abril de 2014.

A preocupação do Deputado se deve também a recente decisão da Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que declarou a constitucionalidade do Decreto 4.887/2003, sob a Relatoria para o Acórdão do Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, em cujo voto registrou que “quando se fala em remanescentes de sociedades quilombolas, quer-se evitar uma discussão quanto à real presença de quilombos hoje. Se respeitada a diferença, se preservado o direito à diferença, ter-se-á também o quilombo do futuro”, de tal modo, “prosseguir-se a nociva política histórica de branqueamento, estar-se-ia negando ao quilombola o próprio direito de ser ele mesmo, de manter os seus costumes, a sua história, a sua cultura”⁴⁷.

46 ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Quilombo e as novas etnias**. Manaus: UEA Edições, 2011, p. 56.

47 Arguição de Inconstitucionalidade nº 5005067-52.2013.404.0000/TRF.

O julgamento do Tribunal Regional Federal impressiona pela revelação no Brasil do mesmo mundo tão “fantástico” quanto invisível, como foi o Chocó de García Marquéz. Descortinando um cenário político em que a resistência de comunidades rurais negras pelo seu direito de sobrevivência coletiva em um determinado território (re)posiciona as forças políticas e econômicas antagônicas, que se utilizam do capital jurídico para categorizar esses povos e excluir direitos.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Quilombo e as novas etnias**. Manaus: UEA Edições, 2011.
- ARRUTI, José Maurício Andion. Direitos étnicos no Brasil e na Colômbia: notas comparativas sobre hibridização, segmentação e mobilização política de índios e negros. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, v. 6, n. 14, Nov. 2000
- BORDIEU, Pierre. “A força do direito. elementos para uma sociologia do campo jurídico”. In: **O poder simbólico**, 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
- BRASIL. Senado Federal. Mensagem de veto nº 370/2002, de 13.05.2002, DOU de 14.05.2002. Disponível em <www.senado.gov.br/Relatorios_SGM/RelPresi/2003/050-CN-Vetos.pdf>. Acessado em 07.05.2014.
- BRASIL. Senado Federal. PROJETO DE LEI DO SENADO, Nº 129 de 1995. <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1401>. Acessado em 31.03.2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Revista Trimestral de Jurisprudência 107. Fevereiro de 1984. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/107_1.pdf>. Acessado em 11.05.2014.
- BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos DECRETO Nº 4.887, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2003. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm>.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal Biografia do Ministro César Peluso. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.sp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaMinistro&pagina=CezarPelusoCurrículoBiografia>>. Acessado em 11.05.2014.
- BRASIL. Conselho Justiça Federal. Jurisprudência Unificada. Disponível em <<http://www.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acessado em 10.05.2014.
- CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. Política indigenista no século XIX - In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela (Org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo, Companhia das Letras; Secretaria Municipal de Cultura/FAPESP, 1992.
- COLÔMBIA. Constituição (1991). Constitución Política de Colômbia. Disponível em: <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html>. Acessado em 16.12.2013.
- COLÔMBIA. Lei nº. 70, de 31 de agosto de 1993. Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55de la Constitución Política. Disponível em <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0070_1993.html>. Acessado em: 10 março 2014.

CONVENÇÃO Nº 169 sobre povos indígenas e tribais em países independentes e Resolução referente à ação da OIT sobre povos indígenas e tribais. 2. ed. Brasília: OIT, 2007.

DUPRAT, Deborah. Pareceres Jurídicos – Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais. Deborah Duprat, org. Manaus: UEA, 2007.

GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. **Viver para contar**. Tradução de Eric Nepomuceno. 10ª ed.- Rio de Janeiro: Record, 2012.

LEME, Luiz Gonzaga da Silva. **Genealogia Paulistana**. v. V - p. 445 a 485. Disponível em: < http://www.arvore.net.br/Paulistana/ToIPizas_1.htm>. Acessado em: 10 maio 2014.

SANTILLI, Márcio. 1991. Os direitos indígenas na Constituição brasileira. In: **Povos Indígenas no Brasil 1987/88/89/90**. São Paulo: CEDI.

ESTRATÉGIAS DE CONTROLE TERRITORIAL: CONFLUÊNCIAS AUTORITÁRIAS ENTRE PRÁTICAS MILITARES E EMPRESARIAIS

Henri Acselrad¹

Juliana Barros²

Raquel Giffoni Pinto³

Resumo: O texto discute as condições políticas de implantação de grandes projetos de desenvolvimento no Brasil num contexto em que o Estado adquiriu um papel, eminentemente schumpeteriano, de apoio à competitividade das empresas. Destaca-se, em particular, o peso crescente das grandes corporações privadas na gestão do território, assim como a absorção empresarial de funções anteriormente públicas de fornecimento de bens coletivos como saúde e educação na perspectiva de desarmar a mobilização crítica das populações locais no debate democráticos sobre as condições sociais, ambientais e territoriais de implantação dos projetos. Identifica-se, por fim, a presença, nas estratégias das grandes empresas, de práticas autoritárias inauguradas no período ditatorial, quando políticas assistenciais visavam impedir que a população tivesse acesso à fala crítica dos movimentos sociais, bem como a emergência de uma atividade de “inteligência privada” destinada a monitorar diretamente, sem mediação do Estado, as atividades destes movimentos.

Palavras-chave: Projetos de desenvolvimento. Estado. Empresa. Movimentos sociais. Estratégias de autoritarismos.

Os debates recentes, por ocasião dos cinquenta anos do Golpe de 1964, motivaram vários balanços sobre o que se tem chamado de restos da ditadura, “heranças” autoritárias ainda presentes na estrutura jurídica, nas práticas políticas e na violência exercida pelas forças policiais em nosso país. Restaram da ditadura a militarização das polícias, a impunidade dos torturadores, a desfaçatez com que bem-falantes altos responsáveis do período de arbítrio, como Delfim Netto e Celio Borja, usam da liberdade de imprensa para negar que houve golpe – usurpação, pela força, de um governo legítimo. Mas procurou-se também trazer à luz o fato

1 Professor do IPPUR/UFRJ e pesquisador do CNPq.

2 Advogada e doutoranda do IPPUR/UFRJ

3 Socióloga e doutoranda do IPPUR/UFRJ

que grandes interesses econômicos lucraram com o golpe, além de terem estado envolvidos no apoio à sua realização, à continuidade do regime de exceção que dele decorreu, e, em certos casos, no próprio financiamento à repressão e à tortura. Afinal, o golpe foi dado para barrar as mobilizações populares e impedir a realização de reformas que então ameaçavam grandes interesses, fossem eles de corporações internacionalizadas, de setores da grande propriedade fundiária ou do capital financeiro. Não custa lembrar que este último teve, inclusive, um de seus representantes, Magalhães Pinto, consagrado como um dos “líderes civis” do *putsch*.

Uma observação mais atenta permitirá, por outro lado, destacar elementos ainda pouco discutidos da relação entre o atual modo de operação de grandes interesses econômicos e as práticas de origem militar, correntes no período de exceção. Isto porque estão hoje em curso procedimentos baseados em esquemas de percepção e lógicas de operação provenientes do próprio pensamento militar gestado durante o período de arbítrio, que vemos agora sendo aplicados ao controle territorial de áreas requeridas para a implantação de grandes projetos de investimento.

Tomemos, a título de exemplo, notícias recentes relativas a um grande projeto petroquímico em construção no estado do Rio de Janeiro. A respeito da forma pela qual trabalhadores em greve foram tratados, dizia um operário: “Não somos bandidos. Passamos a maior humilhação nos protestos que fizemos na greve (...) com a forma que a polícia nos tratou”. E prossegue a matéria jornalística: “seguranças das empresas questionavam, até em vias públicas, o que a equipe de reportagem fazia”⁴. Ao lado de traços de autoritarismo como estes expressos no exercício da violência contra movimentos sociais e no desrespeito à liberdade de trabalho de jornalistas, vale destacar um crescente recurso a ações privadas ditas de “inteligência corporativa” aplicadas ao terreno em que constroem-se barragens, polos industriais ou grandes projetos de mineração, tendo em vista a obtenção de informações sobre comunidades, movimentos sociais e lideranças locais.

1. AS ESTRATÉGIAS EMPRESARIAIS DE CONTROLE TERRITORIAL

São já conhecidas as ações de espionagem exercidas sobre movimentos sociais reveladas nos casos da hidrelétrica de Belo Monte e do projeto de duplicação da Estrada de Ferro Carajás⁵. Tais práticas alimentam-se de um mercado especializado em serviços

4 “Dilema petroquímico – As mãos que erguem o complexo”, O Globo, 6/4/2014, p. 17.

5 Em 24/10/ 2013, numa audiência pública na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Congresso, um ex-funcionário da VALE S.A. apresentou provas de que a empresamentinha uma rede de espionagem

privados de vigilância, inteligência e segurança, tendo, entre os proprietários das empresas que nele operam, militares aposentados e ex-agentes da ditadura. Ou seja, configurou-se um processo de privatização da atividade de espionagem que, nos anos de chumbo, era operada por agentes da repressão política do regime de exceção.

Ao lado da infiltração de agentes privados de informação nos movimentos sociais, denunciada publicamente a partir de 2013, temos visto também constituir-se uma espécie de “ciência” destinada a enfrentar e desmobilizar estes movimentos: são, por exemplo, realizados estudos ditos de “risco social”, para determinar em que medida as populações atingidas pelos grandes projetos podem vir a gerar risco aos empreendimentos, caso elas venham a ser, com sucesso, mobilizadas para o debate e o questionamento dos projetos. Cientistas sociais e comunicadores são contratados para estudar os grupos atingidos e desenvolver programas de relações comunitárias. É possível observar, assim, um forte parentesco entre as ações ditas de “responsabilidade social empresarial” e aquelas que são conhecidas como “ações cívico-sociais” das forças armadas.

Durante a ditadura, foi criada pelo Exército a estratégia das chamadas ações cívico-sociais, em nome do atendimento a carências das populações ditas “marginalizadas”. No combate à guerrilha do Araguaia, tais ações foram executadas, inclusive, pelos próprios órgãos de inteligência das Forças Armadas⁶. Entre os princípios de tais ações encontra-se o requisito do “estudo minucioso dos valores, crenças, tradições e costumes da população a

sobre funcionários da empresa, políticos e movimentos sociais; Cf. Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa da Câmara de Deputados, 2013. Espionagem e infiltração da Vale S.A, disponível em <http://www12.senado.gov.br/ecidadania/visualizacaoaudiencia?id=841>). Este ex-funcionário exibiu demonstrativos de pagamentos feitos a uma empresa que havia sido fundada por um ex-integrante do DOI-CODI. Cf. Otávio, Chico; Duarte, Alessandra. Agentes da ditadura criam rede de arapongas, jornal O Globo, 25/04/2011; Amaral, Marina, “Vazamento de informações expõe espionagem da Vale”, Publica Agencia de Reportagem e Jornalismo Investigativo, 13/09/2013, disponível em: <http://www.apublica.org/2013/09/abrindo-caixa-preta-da-seguranca-da-vale/>). A denúncia de um esquema ilegal de espionagem e invasão de privacidade efetuados pelo Consórcio Construtor de Belo Monte (CCBM) contra militantes do Movimento Xingu Vivo (MXVS) deu-se no dia 24 de fevereiro de 2013, quando um dos presentes a uma reunião do movimento em Marabá foi descoberto gravando as discussões com uma caneta-espia. Este reconheceu ter sido contatado pela equipe de segurança do Consórcio para infiltrar-se no Movimento Xingu Vivo, recebendo para tanto um pagamento mensal Cf. representação oferecida ao Ministério Público Federal por membros do Movimento Xingu Vivo no dia 25/02/2013, disponível em: <http://xa.yimg.com/kq/groups/24805135/3296795/name/UNKNOWN_PARAMETER_VALUE>.

6 Ação Civil Pública dos Ministério Público Federal do Pará, São Paulo e Distrito Federal, relativo à localização dos restos das vítimas da repressão à guerrilha do Araguaia, 8/8/2011, disponível em <<http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/area-de-atuacao/torviopolstist/ACP%20-%20acesso%20aos%20registros%20sobre%20o%20Araguaia.pdf>>. Acessado em 10/4/2014.

ser atendida” e a promoção da “participação da população nos trabalhos desenvolvidos de forma a integrar a Força Armada com a comunidade em todas as ações”⁷.

Ora, as práticas de assistência social são, em princípio, tão estranhas aos atores da guerra como aos agentes da exploração mineral, da produção siderúrgica ou petroquímica que têm por fim a obtenção de lucro privado. No entanto, discursos e práticas das forças armadas e das grandes corporações se aproximam claramente entre si no que diz respeito a suas relações com as populações, quando estas ocupam áreas de interesse para suas respectivas operações. Tudo indica que elas teriam em comum o vocabulário de uma certa “ciência” – a da chamada “guerra revolucionária moderna”.

No âmbito militar, a menção a ações de assistência social surge no bojo das transformações do discurso estratégico verificadas nos anos 1960, notadamente a partir das análises, desenvolvidas pelos estrategistas da dominação colonial, da derrota do colonialismo francês no Vietnã. Segundo tais análises, as guerras no Vietnã e na Argélia diferenciavam-se das anteriores por envolverem “tudo o que pensa, tudo o que vive, tudo que respira”. Tratando-se de “uma guerra que toma conta das almas como dos corpos”, “o primeiro de seus princípios é a supremacia do territorial sobre o operacional”⁸. Pois a chamada “arte operacional” era vista como insuficiente para dar conta das “operações de manutenção da paz, onde há ênfase na assistência humanitária, no combate ao terrorismo e na guerra de informação”. Nesses casos, o teatro de operações passaria a ser todo o território e o essencial seria cortar a possibilidade de que a população viesse a ouvir e apoiar os movimentos de resistência.⁹

No âmbito empresarial, por sua vez, as ações de assistência social são parte das chamadas estratégias ditas de “não-mercado”. Em apenas aparente paradoxo, ao longo das reformas liberais, as grandes corporações vieram, crescentemente, evocando a necessidade de adotarem estratégias – políticas, por suposto – “para combater o risco de instabilidade institucional”, aquele “que pode afetar seriamente as oportunidades de negócio”. Tais ações visam, assim, “afetar os meios político e social” de modo a, nos termos dos administradores

7 Ministério da Defesa, Exército Brasileiro, Comando de Operações Terrestres, Caderno de Instrução, s/l, 2009, p. 2-2.

8 Coronel Lacheroy, Conferência “Guerré révolutionnaire et arme psychologique” pronunciada em julho de 1957 no grande anfiteatro da Sorbonne in <<http://www.cobaye.in/Exclu-Conference-de-Lacheroy-de>>. Acessado em 10/4/2014.

9 “Durante a guerra de Argélia, o Estado Maior do Exército francês aderiu definitivamente à doutrina da guerra revolucionária. Sua obsessão: cortara Frente de Libertação Nacional de sua retaguarda, quer dizer, da população”, cf. Entrevista do General General Paul Aussaresses a Marie-Monique Robin, in *Escuadrones de lamuerte -ladoctrina francesa y el terror en América Latina*, disponível em <<http://www.elortiba.org/soja.html>>. Acesso em 10/4/2014. No Brasil, a chamada “ação psicológica” da Força Terrestre junto aos civis foi inaugurada pelo Decreto nº 67.487 de 06/11/1970, que, em pleno período autoritário, ampliou as atribuições da 5ª Subchefia do EME.

privados, “aumentar as capacidades empresariais de captura de valor, através da gestão de suas interações institucionais, políticas e sociais”.¹⁰ Entende-se que tais interações são aquelas “que são mediadas pelo público”, ou seja, pelos “não clientes, não-fornecedores, não-concorrentes, governos e entidades reguladoras”¹¹.

Pesquisadores da área da Antropologia¹² têm designado por “políticas de resignação” a esses esforços empresariais envidados no sentido de neutralizar a crítica social e o descontentamento popular, procurando oferecer respostas limitadas por meio de gestos simbólicos de compensação ou mitigação, aproveitando-se, em geral, do vazio do Estado na garantia dos direitos à educação e à saúde¹³. Assim é que um representante da grande mineração afirmou a um periódico econômico nacional: “antes, os movimento sociais nos criticavam por fecharmos a mina e só deixarmos, no local, um grande buraco. Agora, deixamos também uma escola e um posto de saúde”. Ou seja, a intenção de desmobilizar os movimentos críticos está na origem mesma de tais estratégias ditas “sociais”.

Atividades de relações comunitárias, de “monitoramento de populações do entorno” e estudos ditos de “risco social” procuram antecipar-se à possibilidade de que movimentos sociais organizem populações atingidas pelos grandes empreendimentos. Buscam identificar lideranças, avaliar a imagem das empresas junto aos grupos que têm alguma relação de proximidade física – e, dados os efeitos danosos dos empreendimentos, tendência a adotarem posição potencialmente crítica – com monocultivos, equipamentos e instalações. Aproveitando-se do vazio do Estado na garantia de direitos básicos, as grandes empresas procuram legitimar os danos que causam oferecendo como favor aquilo que é dever do Estado. Os programas ditos de “responsabilidade social” procuram, assim, aumentar o chamado “estoque de capital reputacional” das empresas, obtendo o que elas entendem por “licença social para operar”.

10 RUFIN, C. PARADA, P. SERRA, E., O Paradoxo das estratégias multidomésticas num mundo global: testemunho das estratégias de “não-mercado” nos países em desenvolvimento. In: **Revista Brasileira de Gestão dos Negócios**, v. 10, n. 26, jan. mar. 2008. p. 63-65.

11 D. Baron, Integrated strategy: Market and nonmarket components> In: **California Management Review**, v. 37, n. 2, 1995, p. 47-65, apud Rufin, C. Parada, P. Serra, E., op. cit. p. 65.

12 BENSON, P. KIRSCH, S. Capitalism and the politics of resignation. In: **Current Anthropology**, v. 51, n.4, august 2010.

13 A respeito dos programas sociais da Vale no Maranhão, pode-se afirmar que “a assimetria de poder entre a empresa e as precárias condições sociais dos municípios da região (...) subjuga os moradores como beneficiários de um sistema que não é de direitos, mas de cessões, de clientela (palavra cada vez mais comum entre ONG´s e prestadores de assistência social)”. cf. I. Pantoja, **Planejamento Privado Social**: práticas da CVRD (Vale S.A.) em municípios do Maranhão, Diss. Mestrado IPPUR/UFRJ, Rio de Janeiro, 2012.

Nos últimos vinte anos, tendo o Estado brasileiro abandonado ações inspiradas em matriz *keynesiana* e assumido crescentemente um papel dito *schumpeteriano*, preocupado basicamente em apoiar a competitividade das empresas, houve uma importante retirada da ação governamental dos espaços ditos de “não-mercado”. Concomitantemente, verificou-se uma crescente ocupação relativa desses espaços por grandes interesses corporativos – sob a forma de “quase-Estados” – empenhados em fornecer, pontual e utilitariamente, aquilo que é direito da população e obrigação do Estado, como escolas e postos de saúde, de modo a obter aceitação social local para seus empreendimentos. Confirma-se assim a hipótese do antropólogo James Ferguson, que sustentou, em seu trabalho sobre o Lesotho, que os projetos ditos de “desenvolvimento” acionam uma espécie de “máquina anti-política”, que tem por finalidade despolitizar a pobreza e o próprio Estado. Sintoma desse processo de despolitização seria, por exemplo, a adoção de categorias contábeis como “custo indígena” e “custo quilombola” pelos departamentos de planejamento das grandes empresas que detêm interesses em áreas de fronteira onde se instalam grandes projetos. Ou seja, a presença de certos sujeitos sociais – cidadãos com identidades territorializadas e implantação enraizada em certos pontos do espaço nacional dotados de recursos ambicionados pelos projetos de investimento – é traduzida em categorias de custo contábil por parte das empresas. Assim, as empresas é que tendem a determinar, em última instância – de posse dos argumentos legitimadores do desenvolvimentismo, e, frequentemente com a ajuda da flexibilização dos expedientes do licenciamento ambiental –, as condições de uso dos referidos espaços. Em acréscimo, o farão alegando estarem compensando com recursos monetários os povos tradicionais cujas territorialidades específicas são perturbadas pelos grandes projetos. Assim é que, no novo modelo de crescimento, em contexto de liberalização das economias, tende a ocorrer uma relativa despolitização da ação governativa pública e uma paralela politização da ação empresarial – consubstanciada em suas cada vez mais explícitas estratégias ditas “de não-mercado”. A persistência da resistência dos movimentos sociais, de povos e comunidades tradicionais poderá explicar, por outro lado, aquilo que os mesmos contabilistas designam por “recusto indígena e quilombola”¹⁴, cuja evocação pressupõe a percepção da possibilidade dos movimentos virem a recusar tais ofertas empresariais supostamente compensatórias.

A intervenção das firmas na gestão do território não constitui propriamente uma novidade. A novidade residiria no papel que desempenham hoje no contexto das transformações do capitalismo – no caso, das reformas neoliberais - que vêm favorecendo a participação crescente das mesmas nas políticas territoriais. Alguns autores assinalam,

14 FERNANDEZ, Claudio. “O Estado é o responsável pela eclosão do custo indígena”. In: **Revista Custo Brasil**, 2009, Modal Informática, Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.revistacustobrasil.com.br/pdf/06/Rep%2003.pdf>>. Acessado em 10/5/2010.

a este propósito, o caráter residual atribuído aos processos eleitorais nas situações de “governança” em que os atores privados tendem a assumir maior espaço de decisão,¹⁵ conforme veremos a seguir.

2. O “RISCO SOCIAL” DO PONTO DE VISTA DAS CORPORAÇÕES

Dadas as novas condições de operação das corporações nas economias liberalizadas, os *thinktank* empresariais adotaram um novo tipo de discurso sobre risco. Na perspectiva de certos consultores de empresas, as relações de interdependência geradas nesse contexto teriam um efeito duplo: ao mesmo tempo em que possibilitaram conquistas de mercado e maior eficiência comercial, tornaram as empresas mais vulneráveis. Estas estariam mais sujeitas a pressões de ordem ambiental, social e trabalhista do que antes. A tais pressões em proveniência da sociedade civil, os autores chamaram de *risco social* aqueles que ocorrem “quando um *stakeholder* empoderado leva adiante uma questão social e pressiona a corporação explorando sua vulnerabilidade através da reputação, da imagem corporativa”.¹⁶ Para esses consultores, professores em Harvard, a probabilidade de um *risco social* se difundir aumentou com a proliferação do poder de ONGs e das novas formas de mídia.

Delineando uma espécie de “sismologia social” das ameaças às empresas, Kytle e Ruggie sustentam que a sociedade organizada pode oferecer risco social por diferentes vias: os investidores podem mobilizar “*shareholders*” para mudar políticas da companhia; os clientes podem exigir mudanças na política ambiental da companhia; funcionários podem questionar a terceirização de empregos no exterior e solicitar uma cobertura de plano de saúde etc. Aquilo que teria sido antes visto como uma “boa decisão empresarial”, pode, sob a ação crítica da sociedade, tornar-se uma fonte de riscos sociais. “*For example, the quest for cheaper labor to drive down costs appears to make good business sense on the basis of busca de trabalho barato para fazer baixar os custos pode ser bom negócio com base no sentido da competitive advantage. vantagem competitiva. For many consumer products companies, cheaper labor is necessary for market. However, the decision to employ workers in a developing country without full No entanto, a decisão de empregar trabalhadores em*

15 AMILHATSZARY, Anne-Laure La prise de position des acteurs privés dans la gouvernance territoriale: enjeux, opportunités, risques - Territorial “share-taking” en Amérique Latine , in Les Acteurs privés dans la gouvernance en Amérique Latine: firme et territoire. em Amérique Latine, mars 2010.

16 KYTLE, B, RUGGIE, J. **Corporate social responsibility as risk management**: A model for multinacionais. Corporate social responsibility initiative, Working paper nº 10. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University. 2005.

um país em desenvolvimento, sem a adesão aos padrões trabalhistas internacionais, poderia causar resultados indesejáveis, como críticas públicas a sua cadeia produtiva.”¹⁷

Diversos manuais do campo empresarial elegem os programas de responsabilidade social como instrumento para enfrentar esta “nova modalidade de risco”. Sustentam que à medida que o risco social afeta a reputação das empresas, os programas de responsabilidade social deveriam ganhar posição estratégica no âmbito das decisões corporativas. Para Kytte e Ruggie (2005b), em contextos passados, as empresas podiam pensar a responsabilidade social como uma forma de cumprir obrigações cívicas. Mas, com a maior presença dos movimentos sociais no espaço público, novas práticas se fazem necessárias:

“Enquanto os riscos tecnológicos, econômicos e políticos forem o principal suporte da gestão empresarial de riscos, o risco social não deverá ser tratado com igual importância na agenda de riscos. O risco social é inicialmente isolado num departamento; mas à medida em que a atenção da sociedade e da mídia cresçam, ele deve espalhar-se através da companhia de modo a afetar o coração mesmo das operações e funções de negócios.”¹⁸

Para se relacionar com os *stakeholders* – partes interessadas – foram, assim, desenvolvidas diversas iniciativas, no âmbito das agências multilaterais, consultorias e institutos voltados para os interesses empresariais do que se convencionou chamar de “engajamento” de *stakeholder*. Nos termos de consultores de empresas, a análise e o processo deste “engajamento” estabeleceria:

“Uma relação mútua de confiança, diálogo, troca e influência, para que todas as partes possam trabalhar questões de risco (conflitos, greves, perdas de licença), potenciais oportunidades (fornecedores locais, apoio da comunidade, sinergias etc.) e até mesmo a formação de parcerias nas quais haja objetivos compartilhados e se estabeleça uma situação de “ganha-ganha”¹⁹.

17 KYTLE, B, RUGGIE, J. **Corporate social responsibility as risk management**: A model for multinacionais. Corporate social responsibility initiative, Working paper nº 10. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2005

18 KYTLE, B, RUGGIE, J. “Corporate social responsibility as risk management: A model for multinacionais”. Corporate social responsibility initiative, **Working paper** nº 10. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2005.

19 **Painel de stakeholders**: uma abordagem de engajamento versátil e estruturada. Disponível em: <<http://www3.ethos.org.br/cedoc/painel-de-stakeholders-uma-abordagem-de-engajamento-versatil-e-estruturada/>>. Acessado em 26/06/2013.

Esse processo visa conferir à empresa o apoio dos atores sociais (comunidades, poder público etc.) ao empreendimento, granjeando um ambiente politicamente estável, a fim de que a empresa consiga a chamada “licença social para operar”. Segundo uma grande empresa mineradora, a “licença social para operar” é “um conceito usado para descrever a importância do amplo consentimento comunitário para grandes projetos”, tendo em vista que “deixar de tratar dos interesses comunitários e perder assim o apoio da comunidade (a licença para operar) já resultou em grave perturbação, ou fechamento de muitos grandes projetos de investimento, inclusive na indústria de mineração”²⁰.

Sabe-se que a legislação obriga que a empresa, para obter suas licenças ambientais, apresente soluções para o gerenciamento e minimização dos impactos ambientais que irão decorrer de suas operações. Supõe-se que a “licença social para operar” poderia ser obtida em moldes semelhantes. Nesse caso, porém, as companhias atuariam – elas próprias – no gerenciamento da sociedade, mediante estudos das comunidades mais críticas à empresa, análises de como estão organizadas tais comunidades, de quem são suas lideranças e no estabelecimento de “programas sociais” a fim de gerenciar e mitigar possíveis “impactos” sobre a lucratividade da empresa.

A noção de “risco social corporativo” está também hoje presente na diretriz mundial das Nações Unidas para o tema “negócios e direitos humanos”. O professor John Ruggie, acima mencionado, foi nomeado em 2005, pelo então secretário-geral da ONU, Kofi Annan, para ser o representante especial de direitos humanos e companhias transnacionais. Ao longo destes últimos seis anos, Ruggie coordenou uma pesquisa chamada “Cost of Conflict with Communities”, motivada por um estudo do banco Goldman Sachs que analisou 190 projetos da indústria de petróleo e verificou que o tempo entre a primeira aprovação do projeto e o início das operações dobrou nos últimos dez anos devido a ações judiciais e resistência política das comunidades, ao que se denominou *stakeholder-related risk*. Ruggie, e sua equipe, solicitaram a setores extrativistas, notadamente grandes empresas mineradoras e petrolíferas, que observassem e calculassem os riscos aos quais estavam submetidos, respondendo a questões como: “quanto custa o fato da única estrada de acesso à mina ser bloqueada pela comunidade por uma, duas ou três semanas?”²¹.

20 **Anglo Social Way. Padrões de Gerenciamento de Sistema.** Disponível em: <<http://www.angloamerican.com.br/sustainable-development/-/media/47D640D6694D4201B3BDE905DED7208F.pdf>>. Acessado em: 01/07/2013.

21 **John Ruggie on Business Practice and Human Rights.** Entrevistado por Molly Lanzarotta, em 29 de abril de 2011. Disponível em: <<http://www.hks.harvard.edu/news-events/publications/insight/markets/john-ruggie>>. Acessado em 25/06/2013.

É crescente o número de artigos e teses que, a partir dessa perspectiva, dedicam-se a construir uma ciência dos custos e dos riscos a que as empresas, cujas atividades produtivas dependem fortemente dos recursos distribuídos no território, estão submetidas. O artigo “The costs of conflict with local communities in the extractive industry”, apresenta o resultado de quarenta entrevistas realizadas com diretores de empresas extrativistas, advogados corporativos, seguradoras e institutos de pesquisa sobre os custos dos conflitos sociais para as empresas mineradoras²². Entre os principais “tipos de custos”, os mais frequentes para essas empresas foram “perda de tempo dos administradores com manejo de risco e conflito”, “custos administrativos com procedimentos de litígio”, “interrupção da produção” e “gastos com relações públicas”²³.

Uma das diversas propostas feitas pelo representante da ONU para evitar esses custos é o relacionamento com as comunidades a partir da implantação do que chamou de “mecanismos de reclamação de nível local”, uma espécie de ouvidoria a ser promovida pelas companhias a fim de que as populações saibam “aonde ir” para fazer suas reclamações, e a empresa, por sua vez, saiba como “gerir as queixas.” Ruggie menciona uma entrevista que fez com um líder comunitário no Peru e que o teria incentivado a sugerir tal mecanismo:

(...) Eu encontrei-me com ele e perguntei: “Pois então o que lhe levou a esse ponto? Por que você fechou a mina?” Ele disse algo que não vou esquecer jamais: “Eles não nos escutariam se nós viéssemos a eles com pequenos problemas;então tivemos de criar um grande problema”²⁴.

Os consultores sugerem, assim, que os programas de responsabilidade social empresarial ofereçam, mediante contato com as “comunidades do entorno”, “informações, conscientização e insights sobre quais são os riscos sociais, e ao mesmo tempo, um meio eficaz para responder a eles.” The key to both is more effectively “managing stakeholder relationships.”Defendem que programas sociais protagonizados pelas empresas, sejam eles

22 DAVIS, Rachel e FRANKS Daniel M. The costs of conflict with local communities in the extractive industry. <http://shiftproject.org/sites/default/files/Davis%20&%20Franks_Costs%20of%20Conflict_SRM.pdf>. Acessado em 18.08.2015.

23 DAVIS, Rachel e FRANKS Daniel M. The costs of conflict with local communities in the extractive industry. <http://shiftproject.org/sites/default/files/Davis%20&%20Franks_Costs%20of%20Conflict_SRM.pdf>. Acessado em 18.08.2015.

24 **Business and Human Rights:** Entrevista com John Ruggie, 30 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://business-ethics.com/2011/10/30/8127-un-principles-on-business-and-human-rights-interview-with-john-ruggie/>>. Acessado em 27/06/2013.

de geração de renda, educação ou saúde, ao proporcionarem melhores condições sociais às comunidades, diminuiriam a probabilidade de surgirem riscos para as empresas. Seria, pois, fundamental para a sobrevivência das empresas a antecipação dos “riscos sociais”, através da criação de sistemas de gestão que incluam “conexão com as comunidades, partilha de informação e integração da responsabilidade social empresarial com as suas operações comerciais”. Segundo certos estrategistas empresariais como Braga *et al* (2007), deve-se proceder à análise do contexto em que o empreendimento será realizado, “contabilizando todos os riscos possíveis” de modo a “*reduzir as surpresas, antecipar ou simular comportamentos defensivos ou agressivos*”.

Bezerra (2004:235) confirmou empiricamente a adoção de estratégias desta ordem, ao identificar como uma empresa de processamento de resíduos no estado do Rio de Janeiro passou, a partir das queixas dos moradores das vizinhanças, a redirecionar os equipamentos de ventilação de modo a destinar, a cada reclamação, as emissões poluentes para outras áreas. Por meio de tais práticas, configurou-se o que Bezerra chamou de um modelo ‘*just in time*’ de resolução de conflitos – ou de “gestão do risco social” – fundado num monitoramento contínuo de demandas. O que a empresa buscou, nesse caso, foi alcançar um “estoque zero” de protestos, tendo por base a colaboração involuntária e gratuita dos moradores, de modo a evitar custos suplementares de controle ambiental e prevenir multas eventuais.

No campo de relações entre os representantes das empresas e os portadores potenciais de críticas às práticas empresariais, o objetivo dos consultores especializados em “risco social” é o de convencer a sua clientela de que este tipo de risco – de “não-mercado” – é tão estratégico quanto os riscos tradicionais de mercado. Procuram justificar seus serviços alegando que os impactos de riscos sociais associados a protestos e boicotes podem arruinar uma empresa ao afetar diretamente suas operações produtivas e comerciais. Um alto dirigente da empresa líder em consultoria de gestão e de tecnologia dos EUA utiliza uma metáfora climática para ressaltar a importância de se antecipar os riscos sociais:

“O mau tempo requer, tipicamente, uma proteção moderada e padrão. Poucos e simples elementos como um guarda-chuva e uma capa são apropriados em geral para um clima inclemente; mas se você for atingido por um tornado, um ciclone ou um furacão? A maior parte das empresas não vai sofrer mais do que um temporal ou uma nevasca, mas se alguma delas for atingida por um risco social significativo, isto poderá lhe ser mortal.”²⁵

25 Discurso de Chris Kelly vice presidente da Booz Allen, em 2005, na Association of Americans for Civic Responsibility (AACR) Roundtable Conference . Washington, DC. Disponível em: <www.boozallen.com/>.

Essa climatologia dos negócios mostra-se, portanto, bem mais relevante para estes setores do empresariado do que a preocupação com as mudanças climáticas entendidas correntemente como risco ambiental. Para melhor fazer a “previsão meteorológica” do clima social e da capacidade de mobilização dos movimentos sociais é que certas corporações montam seus sistemas privados de informação e espionagem.

3 OS MOVIMENTOS SOCIAIS COMO OBJETO DE SISTEMAS PRIVADOS DE INFORMAÇÃO E SEGURANÇA EMPRESARIAL

Com o fim da ditadura no país, profissionais egressos do Serviço Nacional de Informações (SNI) – órgão extinto em 1990, no início do governo Collor – montaram empresas privadas de treinamento e serviços na área dita de Inteligência Corporativa, Estratégica ou Empresarial. Esta “comunidade civil de informações” começou, assim, a atuar nas áreas de vigilância, segurança e contrainformação, mantendo, porém, canais privilegiados de acesso ao aparato estatal.²⁶

Alinhadas com a lógica militar que inspira as instituições governamentais de segurança e inteligência, lastreadas na doutrina da segurança nacional, tais empresas propõem-se a “controlar riscos”, vigiando movimentos sociais que tecem críticas e se mobilizam contra empreendimentos que julgam portadores de danos às comunidades.

O ramo da “inteligência privada” se difundiu no país sem qualquer regulamentação legal, atuando na informalidade e se propondo à venda de serviços – como monitoramento eletrônico, levantamento de dados pessoais, antecipação de informações, rastreamentos, controle de riscos, eufemisticamente renomeados como inteligência competitiva – muitos dos quais são função exclusiva do Estado, sendo só permitidos sob determinadas condições legais ou autorizações judiciais. Na maior parte das vezes, eles implicam violação de direitos fundamentais vinculados às liberdades democráticas, como direito à honra, privacidade, intimidade, autodeterminação informativa (direito de cada um saber quem detém e como detém informações sobre si próprio), de organização política e liberdade sindical, entre outros.

A atuação desregulada deste setor, intensificada com o auxílio das inovações tecnológicas e do uso difundido da rede digital, motivou a apresentação de um projeto de lei em tramitação na Câmara dos Deputados (projeto de Lei n.º 2542-A/2007) que “dispõe

26 Dentre vários textos e reportagens publicados a respeito, ver: “Agentes da Ditadura criam redes de arapongas”, O Globo, 24/11/2011. Disponível em: <<https://online.journalism.utexas.edu/2012/presentations/Doria.pdf>>.

sobre a Atividade de Inteligência Privada e dá outras providências”.²⁷ O desenvolvimento de tais atividades é facilitado, por sua vez, por uma profícua rede de relações estabelecida no interior da máquina pública, sobretudo aquela que é parte do aparato repressivo-coercitivo do Estado. Não são incomuns denúncias de “parcerias” ou de participação de agentes públicos em operações de monitoramento e vigilância desenvolvidas em conjunto com empresas privadas. A própria estratégia de *marketing* de empresas privadas de inteligência e segurança inclui o bom relacionamento com o poder público – dada a trajetória anterior de seus quadros como funcionários estatais – como elemento garantidor de êxito nas operações.

Se, por um lado, inexistente legislação específica para os serviços de inteligência privada, verifica-se, por outro, uma tensão interna ao próprio Sistema Brasileiro de Inteligência (Sisbin), regulado pela Lei n.º 9883/99 promulgada durante o Governo de Fernando Henrique Cardoso, que tem a Agência Brasileira de Inteligência (Abin) como seu órgão central. Esta tensão origina-se no fato de a ABIN ter sido vinculada ao Gabinete de Segurança Institucional (GSI, antiga Casa Militar²⁸), que é chefiado por um Militar²⁹. A subordinação do sistema de inteligência civil do país a um órgão que é obrigatoriamente comandado por um militar, a ingerência e a centralização dos relatórios finais das atividades pelo ministro-chefe e a emissão de ordens de serviço que orientam o monitoramento prioritário dos movimentos sociais estão entre as principais contestações da própria “*ala civil*” dos servidores da Abin.

Em meio a essa tensão, documentos sigilosos de órgãos estatais de inteligência ganharam divulgação na imprensa, apontando greves e movimentos sociais como parte

27 Trecho da justificativa do PL 2542-A/2007; “Tal atividade compreende, desde a investigação comportamental até a elaboração de cenários, de controle de riscos, da espionagem empresarial/industrial, infiltração, enfim toda a sorte de técnicas de violação e de investigação da intimidade e da privacidade das pessoas, tanto físicas, quanto jurídicas, promovendo a quebra da ocultação (legítima ou não) de condutas, de segredos e sigilos, de suas intimidades, com os mais diferentes objetivos. Por outro lado, há que se considerar que a facilidade de comercialização de modernas tecnologias empregadas na atividade de inteligência, envolvendo essa prática a banalização de atos de violação do sigilo das pessoas e instituições, tanto públicas, quanto privadas, recomenda urgência para o início de um rigoroso controle de sua utilização, sob pena de vir a ocorrer o indesejável aumento descontrolado da violação de direitos e garantias constitucionais. Essas são as razões principais que nos motivam a apresentar esta proposição, a fim de que o Estado venha a exercer seu poder regulamentador e fiscalizador sobre uma atividade que contém tão elevado grau de periculosidade à segurança das pessoas face às legítimas garantias que lhes são constitucionalmente asseguradas.” Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=42D2B30513062E79DD59B2C74D2E2519.node2?codteor=533938&filename=Avulso+-PL+2542/2007>.

28 <<http://www.gsi.gov.br/sobre>>. Alteração dada pela Medida Provisória (MP) 1.91-10, de 24 de setembro de 1999.

29 <<http://www.abin.gov.br/>>.

do rol do que consideram ameaças à segurança nacional³⁰. Em 2011, foi tornado público o relatório 251/82260, de 09/05/11, que identificava a lista de organizações não governamentais contrárias à hidrelétrica de Belo Monte.³¹ Em março de 2013, repórteres do jornal *O Estado de S. Paulo* afirmaram ter tido acesso a documentos sigilosos e divulgaram que o Gabinete de Segurança Institucional (GSI) havia contatado a Abin para monitorar o movimento sindical nos portos do país, com ênfase no porto de Suape, em Pernambuco. Servidores organizados na Associação dos Oficiais de Inteligência (AOFI), entidade para-sindical criada em contraponto à Associação dos Servidores da Abin, que agrega egressos do antigo SNI, criticaram tal diretriz, recusando a herança das práticas do velho SNI e defendendo a “necessidade de reestruturação do órgão”³²

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As conjunturas são, por certo, distintas. A diferença entre espionagem da ditadura e a de uma grande corporação que contrata tais serviços nos dias de hoje é que, no primeiro caso, visavam-se os agentes da crítica e da oposição, de modo a dismantelar a rede da resistência; no segundo caso, visa-se ao público em geral que se quer “proteger” dos efeitos

30 SIQUEIRA, Claudio Dantas. “Como funciona o Serviço Secreto Brasileiro”, **Revista Isto É**, 14 de novembro de 2012 (http://www.istoe.com.br/reportagens/254013_COMO+FUNCIONA+O+SERVICO+SECRETO+BRASILEIRO): Um raio X da atuação da ABIN, feito pela revista ISTOÉ, revela que, após seguidas crises, o serviço de inteligência vive seu auge desde a redemocratização. Em apenas quatro anos, o orçamento da agência mais que dobrou, saltando de R\$ 220 milhões em 2008 para R\$ 527 milhões em 2012. No mesmo sentido, ver a reportagem do Jornal Estado de São Paulo, de 26 de agosto de 2012 “Dilma dá a militares mais espaço dentro do planalto”. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,dilma-da-a-militares-mais-espaco-dentro-do-planalto,921773,0.htm>>.

31 Disponível em: <<http://www.conversaafiada.com.br/politica/2011/07/05/abin-identifica-as-ongs-estrangeiras-que-boicotam-belo-monte/>>.

32 MONTEIRO, Tânia. “Agentes da Abin dizem que superior adota pratica da ditadura”, Jornal O Estado de São Paulo, 20 de novembro de 2012. (Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,agentes-da-abin-dizem-que-superior-adota-pratica-da-ditadura,962477,0.htm>>; Abin reconhece que investiga MST e outros movimentos sociais” (disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2009/10/abin-reconhece-que-investiga-mst-e-outros-movimentos-sociais>>); Cardoso, Helvécio. A Revolta dos Carcarás - Oficiais de inteligência da Abin - Agência Brasileira de Inteligência -, não aceitam comando militar, recusam-se a espionar movimentos sociais, fundam entidade para-sindical, e vão direto a Dilma Rouseff reivindicar mudanças institucionais no órgão. A nova geração de agentes secretos não assimila o passado do SNI, cuja herança abomina e cuja tradição renega”, 15/02/2011 (Disponível em: <http://www.sinpefpe.org.br/Principal/Pagina_Default.asp?COD_NOTICIA=6558>).

da crítica. No regime político de exceção, se queria, em prioridade, silenciar os críticos; no caso do regime de exceção privado das corporações, se quer, em princípio, obter elementos para montar programas eficazes de responsabilidade social, neutralizar a crítica a seus projetos e viabilizar o controle sobre o território.

É, porém, através desta convergência entre as técnicas de controle territorial, desenvolvidas durante a ditadura, e o repertório de ações destinadas a obter um controle análogo por parte de empresas em grandes projetos de investimento que o autoritarismo se reproduz e a democracia se vê corroída pela base. Pois não são, por certo, compatíveis com as perspectivas democráticas ações que têm por objetivo cortar a possibilidade de que a população – em geral desatendida, desinformada e com pouco acesso às esferas decisórias – ouça a fala de movimentos que problematizam os impactos, em geral dramáticos e expropriatórios, que grandes projetos exercem sobre suas condições de vida. Ao menos se entendermos por democracia uma forma de existência social bem distinta daquela evocada retoricamente pelos agentes do colonialismo francês e pelos gestores intelectuais da ditadura brasileira.

REFERÊNCIAS

AMILHATSZARY, Anne. Laure La prise de position des acteurs privés dans la gouvernance territoriale: enjeux, opportunités, risques - Territorial “share-taking” en Amérique Latine, in *Les Acteurs privés dans la gouvernance en Amérique Latine: firme et territoire em Amérique Latine*, mars 2010.

BENSON, P. Kirsch, S. Capitalism and the politics of resignation. In: **Current Anthropology**, v. 51, n.4, august 2010, p. 459-486.

BRAGA, R; Bruni, A. L; MONTEIRO, A. Estratégia e as Decisões de Investimento em Condições de Risco: um Estudo na Veracel Celulose S/A. In: **Anais do XX Congresso Latino Americano de Estratégia**. SLADE, 2007, Barranquilla, Colômbia.

D. Baron, Integrated strategy: Market and nonmarket components> In: **California Management Review**, v, 37, n. 2, 1995.

FERNANDEZ, Claudio. “O Estado é o responsável pela eclosão do custo indígena”. In: **Revista Custo Brasil**, 2009, Modal Informática, Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.revistacustobrasil.com.br/pdf/06/Rep%2003.pdf>>. Acessado em 10/5/2010.

I. Pantoja, **Planejamento Privado Social: práticas da CVRD (Vale S.A.) em municípios do Maranhão**, Diss. Mestrado IPPUR/UFRJ, Rio de Janeiro, 2012.

DAVIS, Rachel e FRANKS Daniel M. The costs of conflict with local communities in the extractive industry. <http://shiftproject.org/sites/default/files/Davis%20&%20Franks_Costs%20of%20Conflict_SRM.pdf>. Acessado em 18.08.2015.

KYTLÉ, B, RUGGIE, J. **Corporate social responsibility as risk management**: A model for multinacionais. Corporate social responsibility initiative, Working paper nº 10. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2005.

RUFIN, C. PARADA, P. SERRA, E., O Paradoxo das estratégias multidomésticas num mundo global: testemunho das estratégias de “não-mercado” nos países em desenvolvimento. In: **Revista Brasileira de Gestão dos Negócio**, v. 10, n. 26, jan. mar. 2008, p. 63-65.

A CRIMINALIZAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS DOS POVOS INDÍGENAS COMO MECANISMO DE FRAGILIZAÇÃO DA RESISTÊNCIA, NAS DISPUTAS COM O MODELO DE DESENVOLVIMENTO ESTATAL

Adelar Cupsinsk¹

Rafael Modesto dos Santos²

Resumo: *O texto discorre sobre os conflitos entre povos indígenas e o Estado das estratégias de aniquilamento físico e dominação desses povos levadas a efeito no processo de instituição da nacionalidade brasileira. Examina as várias formas de violência contra os indígenas e suas lideranças e a resistência indígena ancorada na reafirmação dos direitos territoriais e culturais desses povos. Analisa, ainda, a estratégia de criminalização dos povos indígenas e seus representantes.*

Palavras-chave: *Direitos indígenas. Estado. Modelo de desenvolvimento. Conflitos interétnicos. Negação de direitos.*

INTRODUÇÃO

Analisando os dispositivos Constitucionais, mais precisamente o art. 231, percebe-se que o Constituinte de 1988, conhecedor da realidade indígena, teve o cuidado de “reconhecer” a organização social, os costumes, as línguas, as crenças e tradições e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, cabendo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

O legislador inicia o Capítulo VIII – *dos índios* – reconhecendo sua organização social, para posteriormente dar sequência a um conjunto de direitos muito bem delineados e conjugados entre si. E a organização social é nos termos dos usos e costumes deles, dos índios (não usos e costumes dos não índios)³.

E nem poderia ser diferente, pois a manutenção da organização social dos indígenas é que vai garantir a continuidade dos diferentes grupos espalhados por todas as regiões do

1 Advogado do Conselho Indigenista Missionário – CIMI.

2 Especialista em Direitos Sociais do Campo pela Universidade Federal de Goiás – UFG e assessor Jurídico do CIMI e do MST.

3 Petição 3.388/RR. Relator Min. Ayres Britto – STF.

Brasil, que, conforme dados do IBGE de 2010, somam quase 1 (um) milhão de indivíduos, que falam 274 línguas, organizados em 305 diferentes povos. A preservação dos demais direitos dos povos indígenas está intimamente ligada à manutenção de sua forma de organização social. Caso contrário, o grupo social torna-se vulnerável.

E mais, cada um desses 305 povos tem sua própria organização social, na forma de Clãs ou Cacicados, com seus líderes espirituais geralmente identificados como Pajés, independentes e autônomos uns dos outros, resultando em uma complexa organização social. Desse modo, conseguem manter suas tradições, com cosmovisão própria, e se perpetuar no tempo.

Contudo, mesmo após a Constituição Democrática de 1988, a relação desses grupos sociais com as estruturas do Estado brasileiro nunca foi harmoniosa, independentemente dos governos que ocuparam ou ocupam os Poderes da República. Num primeiro momento, pode-se dizer que os motivos para essa desarmonia estão relacionados às estruturas estatais que não estão preparadas para se relacionar com a diversidade que representam os povos indígenas. Essa constatação é verdadeira e facilmente perceptível, pelo fato de os indígenas não disporem de representação no Congresso Nacional e no Poder Judiciário. Do mesmo modo, as relações no Poder Executivo são assimétricas, pois nele os povos indígenas dispõem tão somente de um órgão indigenista enfraquecido, controlado por não índios e estruturado nos moldes tutelar.

Entretanto, as constatações acima refletem somente em parte a desarmonia entre o Estado brasileiro e os povos indígenas, componentes do mesmo Estado. Analisando os diversos conflitos envolvendo os povos indígenas, as ações governamentais e a sociedade diretamente interessada, percebe-se, com certa simplicidade, que se tratam de visões de mundos diferentes, valores e que por trás de cada disputa estão os interesses econômicos. E nessas disputas, as estruturais estatais, eivadas de preconceitos, têm dado amparo aos interesses de grupos econômicos, à propriedade privada, em detrimento dos direitos coletivos e da diversidade cultural dos povos indígenas.

Apesar de uma legislação indigenista interna bastante avançada, muito bem delineada, sintonizada com o direito internacional, resultado de cinco séculos de resistência, os povos indígenas estão sendo submetidos a violências extremas, direcionadas à sua organização social, como veremos nos exemplos analisados.

1. CRIMINALIZAÇÃO INSTITUCIONALIZADA: O CASO DOS XUKURU COMO PARADIGMA

Cediço é que, desde a invasão portuguesa até os dias atuais, os índios brasileiros vêm sofrendo desenfreado ataque a sua vida, cultura, costume, língua e todas as suas formas

milenares de se relacionar com a natureza e consigo mesmo, haja vista sua grande capacidade de estruturação espacial, de acordo, é claro, com sua alargada religiosidade e trato cultural. O ataque a sua forma tradicional de organização social, direito, inclusive seu e constitucional, é um meio de esvaziar sua capacidade de resistência, pois fragiliza todo o grupo, tendo em vista a necessidade premente de se deliberar como sociedade hierarquizada e dependente da alteridade e do sumo religioso e piramidal de governança.

Certo que a retirada do elemento religioso e governamental, ceifa-se a continência do aparato organizacional desses povos. Por tal motivo, todos os ataques contra os seus direitos iniciam-se por uma ofensiva contra suas lideranças, meio que fragiliza a organização social e facilita a supressão de direitos. Os principais direitos indígenas usurpados e explorados, após a invasão, às vezes de forma sorrateira e silenciosa, são sobre suas riquezas naturais, bens de valor econômico e que atíça a gana do não índio, que, para este, é parte fracionária do cosmos e que deste, substancialmente, são dependentes.

Caso paradigmático é dos índios Xukuru, do Pernambuco, pois naquele povo houve um processo de apropriação intelectual sobre a possibilidade de fragilização da comunidade, pois houve vários ataques as suas lideranças políticas e religiosas⁴. Da mesma forma foi na história pós-lusitana em terras brasileiras, pois perceberam os europeus a dependência física e espiritual dos gentios da terra as suas lideranças (caciques e pajés). Foi o primeiro degredado do Brasil um índio, segundo o Conselho Indigenista Missionário, meio que a percepção dos invasores portugueses já declinava para a arruinação da organização social, mediante o ataque direto ao seu líder político:

No início do século XVII, Sorobobé (ou Zoborébabé), cacique Potiguara, suspeito de colocar os indígenas contra os portugueses, foi preso e enviado para a Bahia. Na prisão, tentaram envenená-lo, mas se salvou porque bebeu sua própria urina. Em 1603, foi transferido para uma prisão em Lisboa. Temendo uma fuga e o retorno ao Brasil, Sorobobé foi removido para a prisão de Évora, onde morreu. Esse cacique Potiguara é considerado o primeiro degredado político do Brasil⁵.

Historicamente o ataque contra lideranças tem significado o ataque contra toda a comunidade. Percebe-se que com isso se dá um processo de desarticulação social, fragilizando o grupo, condicionado a uma usurpação de direitos. Veja-se que na história

4 De acordo com o Relatório da Comissão Especial do CDDPH (Resolução nº 18/2003), que realizou estudo minucioso sobre as mortes e atentados contra lideranças indígenas Xukuru, fica demonstrado que tudo decorreu em função de interesses econômicos sobre as terras tradicionalmente ocupada pelos Xukuru, sabendo ainda da existência de um projeto que visava a instalação de um polo turístico sobre esse território.

5 Conselho Indigenista Missionário, CIMI/CNBB. **Outros 500, Construindo Uma Nova História**. São Paulo: Editora Salesiana, 2001. p. 103.

indígena no Brasil a truculência contra os índios se deu em função da exploração econômica e, até os dias atuais, percebe-se isso muito claramente. Como se apreende do texto acima mencionado, o primeiro preso político foi um índio brasileiro e, ademais, cacique Potiguara.

Com os Xukuru, no Estado do Pernambuco – para apontar um caso específico, mas como veremos muito representativo, já que se tornou paradigma –, no segundo quartel do século XX, houve uma tentativa de desarticulação da organização social e cultural mediante o assassinato de suas lideranças políticas e religiosas.

Note-se que nesse contexto de reconhecimento de direitos, associado a um processo de demarcação de um território usurpado, existe, entremeando a situação jurídica, política e social, uma determinada potencialização do preconceito, da dissidência e da criminalização, sempre imbuído de interesses, inclusive, oligárquicos, os mesmos que fomentam a marginalização institucionalizada:

O processo de reconhecimento de um território indígena é sempre entrecortado por fortes resistências que envolvem desde as disputas legais, o que é perfeitamente legítimo dentro de um estado democrático, até o extremo das mais diversas formas de violência⁶.

Primeiro, há que se concordar com a premissa de que a legalidade deve permear a manutenção da ordem e, com essa legalidade, concorda-se que houve todo um processo de reconhecimento de direitos e sua respectiva objetivação. Depois, desconsiderando ainda esse segundo elemento de violências ilegais, deve-se levar em consideração que a legalidade quedou-se como um mecanismo de violação de direitos contra os Xukuru.

Justo que se pesem a compatibilidade da legalidade e sua extremação no contexto, contemplada pela precisão do legislador. Injusto que se pese a incompatibilidade das formas jurídicas e administrativas que se asseveram ante a legalidade das formas, sem o cuidado da sensatez. Assim, veja-se que a criminalização dos Xukuru se deu enviesada por dois campos totalmente distintos: o primeiro pelas vias legais e depois, ou antes, podemos explicar adiante, pela via antijurídica.

Segundo ainda o Relatório da Comissão Especial do CDDPH (Resolução n.º 18/2003), fincavam marcos de delimitação geográfica (latifúndios) grupos oligárquicos do Estado do Pernambuco⁷. Isso significa dizer que os interesses econômicos em jogo se atravessam

6 Página 06 do Relatório da Comissão Especial do CDDPH (Resolução n.º 18/2003).

7 Em região do Nordeste, cuja ocupação foi feita com base nos latifúndios e no controle dessas terras a partir das oligarquias que se estabeleceram e conduziram as práticas que ainda hoje caracterizam as relações ali existentes, garantir a posse da terra a grupos indígenas é um processo extremamente complexo. p. 6-7 do Relatório da Comissão Especial do CDDPH (Resolução n.º 18/2003) .

numa encruzilhada perigosa, já que a detenção da estrutura política e econômica serve de mecanismo estruturador, como leciona Bourdieu⁸, sendo uma estrutura estruturada para estruturar. Significa mais, significa, sim, dizer, que as forças políticas atuam de maneira que as ferramentas do Estado servem, primordialmente e precipuamente, antes de mais nada, aos agentes detentores das influências políticas e econômicas.

O reconhecimento dos direitos dos índios Xukuru começou no ano de 1989, com a fase de identificação da terra indígena. A declaração de que a área de 27.555 ha. de fato era indígena aconteceu no ano de 1992. No ano de 1995 houve a demarcação física do território e, finalmente, no ano de 2001, aconteceu a publicação do decreto de homologação, completando o ciclo processual previsto do Decreto nº 1.775/1996⁹.

Esse processo de reconhecimento, declaração e homologação do território Xukuru acarretou um desfecho de perseguição, tanto fora como dentro da legitimação procedimental. Lideranças foram mortas, por uma banda e por outra, foram processadas por crimes por elas não cometidos. Quanto ao cacique *Chicão*, liderança que ficou nacionalmente reconhecida pela organização e reagrupamento dos Xukuru, tem-se o seguinte elemento retirado do relatório, mais de uma vez citado: “*Os Xukuru consideram a hipótese do assassinato de seu líder ter sido ‘encomendado’ por fazendeiros da região*” (p. 09).

Por um lado, é construída uma sequência de atos que culminam na criminalização do povo por intermédio de seus líderes. Dentro desse escopo articulado estão as formas de violência que recaem sobre o cacique e reflete imediatamente em toda a comunidade, pois a enfraquece, suprime suas forças e a coloca em situação de vulnerabilidade.

Observe-se quão importante foi a elaboração do Relatório da Comissão Especial do CDDPH, constituído pela Resolução n.º 18/2003, quando traz os seguintes elementos:

A história dos Xukuru é marcada pela expropriação do direito dos mesmos em garantir a sua sobrevivência física e cultural, o que caracteriza a violência estrutural, ou seja, as estruturas básicas de uma organização social, tal como estabelecidas historicamente no Brasil, não permitiam a garantia de condições mínimas para assegurar a sobrevivência física e cultural das sociedades indígenas. De maneira mais incisiva, a violência contra os Xukuru se deu com o assassinato de seus membros e de pessoas a eles relacionadas e teve seu ápice com a morte do cacique Chicão, fato que propiciou uma fragilização dos mecanismos internos de controle social dos Xukuru.

Isso significa dizer que a invasão portuguesa trouxe uma moderna estrutura social e econômica pela qual descaracterizou a já existente, cultural, política e economicamente.

8 BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1998.

9 Relatório da Comissão Especial do CDDPH (Resolução nº 18/2003), p. 08.

Da mesma forma, o poder simbólico¹⁰ dessa nova ordem condicionou uma resignificação repressiva, ao largo da história brasileira e pós-cabralina, da organização social dos gentios da terra¹¹. A fragilização comunitária, de acordo com a passagem acima mencionada do relatório da CDDPH, se deu em função da acelerada integração de uma determinada estrutura usual indiana a uma modernidade ocidental, que ocorre ainda hodiernamente, ou seja, a adaptação pela força é o meio mais usado para a apropriação de direitos, especialmente dos territórios indígenas.

Existem, segundo Gramsci¹², duas formas muito comuns de condicionamento estrutural, uma delas é pelo consenso, e esta sendo impossível, em caso de resistência consensual, o Estado usa de sua força beligerante para reprimir as formas de resistência. Contudo, é bem perceptível o uso de ataques capitais aos líderes dos povos tradicionais. Note-se que a percepção é de que a retirada do líder do corpo organizacional indígena enfraquece toda a comunidade, facilitando as formas de consenso pacífico, já que as formas de consenso pela repressão são de repercussão negativa, se tornando aquela a mais usual.

Após o evento que culminou no assassinato do cacique Chicão, líder Xukuru, foi perceptível o enfraquecimento da sua organização social. “Durante quase dois anos, a indicação de um novo cacique ficou suspenso”, conclui o relatório instituído pela Resolução n.º 18/2003 (pg. 10). Somente no ano de 2000, quase dois anos após o assassinato do cacique, seu filho, Marcos Luidson, assume o cacicado. E acrescenta o relatório: “O referido período de fragilidade vivido por esses indígenas foi particularmente sensível aos efeitos que denominamos *violência institucional*”. (...) A morte do cacique Chicão “significou o aniquilamento de um líder carismático que carregava em si toda uma representação do sagrado¹³”.

A violência simbólica e institucionalizada, infinitamente medida, acumula na comunidade sentimento de sensibilidade e fraqueza, já que se expõe ao outro quedando-se, socialmente, como passível de se deixar apropriar. Sabido é que, nessas condições, o *alter* não se propõe mais como força aparelhada, em disputa, mas sim como contundente teratológico com capacidade de dominação. Tão forte é o impacto da perda de uma liderança, independentemente se provocada por ações oficiais do Estado ou violências marginais, que faz tráfegar no seio social daquele grupo o sentimento de inutilidade e aniquilamento, psicológico ou físico.

10 BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1998.

11 HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

12 GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**. Os intelectuais. O princípio educativo. Jornalismo. Tradução de Carlos N. Coutinho, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1999.

13 Idem.

A violência institucionalizada contra o povo Xukuru do Pernambuco atingiu toda a comunidade, como já foi discorrido; contudo, o sentimento de povo é muito mais forte e ele é atingido, imediatamente, quando o líder político e(ou) espiritual é alcançado. A estratégia de aniquilamento das forças comuns aos povos tradicionais indígenas são os ataques aos seus líderes, portanto. Ademais, não apenas o cacique Chicão em 1998 foi assassinado, houve também o assassinato de José Everaldo Rodrigues Bispo, em 1992, filho do Pajé Zequinha e de Francisco Barbosa dos Santos, conhecido com Chico Quelé, morto em 2002. Todos eles eram ligados à governança do povo. Ainda em 1995 foi assassinado o procurador da FUNAI, Geral Rolim da Mota Filho, e houve tentativa de assassinato de Marcos Luidson, após sua assunção ao cacicado no ano de 2002¹⁴.

Portanto, ocorreram duas formas de violência contra os Xukuru, sendo a primeira dentro da ilegalidade, evidenciada pelos assassinatos das suas lideranças, meio que fragilizou todo o grupo. Depois e permeando essa violência pela via da ilegalidade, houve a criminalização ou a violência institucionalizada. O Relatório constituído pela Resolução n.º 18/2003, apresenta a seguinte conclusão, que também é a nossa:

14. Pontos preocupantes, que evidenciam formas de violência institucional. [Entre eles, por parte da FUNAI] Morosidade na identificação, na indenização e na desintrução dos posseiros (...) omissão na produção de informação própria sobre os acontecimentos na T.I. Xukuru, que resultaram na morte de 2 índios, na tentativa de morte do cacique, e na destruição de casas e bens (...) violação do dever de respeitar o direito do índio ter advogado de sua escolha. [por parte de Polícia Federal] O primeiro relatório no caso Chicão revela ineficiência e descaso da Polícia Federal e atribui à vítima culpa por sua morte; é preconceituoso e difamatório; Relatório no caso Chico Quelé revela a não apuração adequada dos fatos sob investigação (motivação para o crime), e evidencia também preconceito contra lideranças indígenas; (...) no caso do duplo homicídio dos índios na fazenda Curral do Boi, de início prioriza apuração dos danos materiais, e investe contra o cacique marcos Luidson, para prendê-lo; (...) exclui o cacique Marcos Luidson da condição de vítima e o considera como agente provocador, no processo em que se investiga, precisamente, o atentado contra a vida daquele; no inquérito sobre as destruições, é o cacique indicador; Não pondera adequadamente o papel, e a credibilidade das testemunhas, num ambiente reconhecidamente de polarização e suspeição.

Teve o mesmo procedimento o Ministério Público, já que o Relatório apontou para irregularidades insanáveis, como convidar testemunhas para prestarem depoimento na Procuradoria da República em Pernambuco, quando já representara por suas prisões; aceitou

14 Relatório da Comissão Especial do CDDPH constituído pela Resolução n.º 18/2003, p. 15.

as provas produzidas pela Polícia Federal, sem ao menos discutir possíveis irregularidades; não evidenciar as fragilidades da ou mesmo a inconsistência da alegada motivação para a morte do índio Francisco de Assis Santana, o Chico Quelé, entre outros erros grosseiros, como se percebe das folhas 38 do Relatório já bastante mencionado.

Significa dizer, que foi instalada contra os Xukuru uma violência institucionalizada, culminando num processo continuado de criminalização daquele povo e claramente objetivado por interesses econômicos. Sabe-se, ademais, que não se restringe aos Xukuru esse processo de violência legitimada pelas vias legais e institucionais, pois ela se estende a muitas outras comunidades indígenas e também quilombolas, sem-terra e outras minorias.

2. A VIOLÊNCIA CONTRA OS ÍNDIOS TUPINAMBÁ NO SUL DA BAHIA COMO MECANISMO DE NEGAÇÃO DE DIREITOS

Os índios Tupinambá, no Estado da Bahia, foram um dos primeiros povos a manter contato com os portugueses. Contudo, ainda não dispõem de um território demarcado e o Estado brasileiro somente reconheceu oficialmente sua existência em maio de 2002¹⁵. Ocupantes da costa marítima e da região de Mata Atlântica, na região que abrange os municípios de Ilhéus, Buerarema e Una, no Estado da Bahia, resistiram às invasões de suas terras tradicionais de diferentes formas, muito em decorrência dos ricos recursos fluviais e matas¹⁶.

A aldeia Serra do Padeiro, uma das 22 espalhadas pelo território, conformada por mais de mil indígenas, segundo dados da Associação dos Índios Tupinambá da Serra do Padeiro (AITSP), situa-se na região geográfica homônima, na porção mais interior do território, estendendo-se pelos três municípios nos quais se localiza a terra indígena.

Com solos comparativamente mais férteis que os de outras áreas da terra indígena, a Serra do Padeiro foi ocupada a partir de fins do século XIX pela monocultura cacaueteira, principal motor de expropriação territorial dos indígenas a partir de então.

Aos pés da Serra do Padeiro, localiza-se o sítio onde vivem o pajé e parte de sua família extensa, incluindo o cacique. Os demais membros da aldeia vivem em pequenas posses (sítios) situadas principalmente nas proximidades dos rios de Una, Cipó e do Meio, que conseguiram manter apesar do processo expropriatório, realizados nos últimos 400 anos¹⁷.

15 À época, o Brasil ainda não adotara a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que determina a autoidentificação como critério de reconhecimento de grupos indígenas.

16 Resumo do relatório circunstanciado de delimitação da terra Indígena Tupinambá de Olivença, publicado no DOU de 20 de abril de 2009.

17 ALARCON, Daniela Fernandes. **Retomadas de terras e ocupação militar: A disputa pela aldeia Tupinambá de Serra do Padeiro, Bahia**. Mimeo. 2014.

No ano de 2004, respondendo às demandas indígenas, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) iniciou o procedimento de identificação e delimitação da terra indígena Tupinambá de Olivença. O relatório de circunstanciado de delimitação foi aprovado pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e publicado no DOU, em 20.04.2009, com área de 47.376 hectares.

A violência contra os índios Tupinambá tem origem logo nos primeiros contatos com os portugueses e registros em fatos que ficaram marcados na história do país, como, por exemplo, no episódio conhecido como o “Massacre do Cururupe” ou “A Batalha dos Nadadores”, durante o governo de Mem de Sá¹⁸ – terceiro governador-geral do Brasil.

No final da década de 1920 até final da década de 1930, o cacique Tupinambá Marcellino tentou frear a penetração dos não índios naquele território, que se intensificava com a chegada da agricultura cacaueteira. Como forma de conter as ações de resistência indígena, os governos optaram por enviar as forças policiais àquela região. Após sucessivos confrontos com as forças policiais, em 1937, Marcelinho desapareceu¹⁹. Os índios dizem que o cacique foi levado preso para o Rio de Janeiro de onde nunca mais retornou. A aldeia Serra do Padeiro foi seu último refúgio.

Posteriormente, os índios tiveram que enfrentar problemas com alcoolismo, violência interna e a falta de espaço em decorrência da perda territorial, que resultou na perda quase total de sua identidade cultural e na total dependência dos bens fornecidos pela Funai e outras instituições²⁰.

A aldeia que melhor resistiu aos problemas resultados da intensa invasão territorial foi da Serra do Padeiro, onde com muita dificuldade eles conseguiram retomar sua dignidade e garantir sua autossuficiência. Relatam, os índios, que também sofreram com os traficantes de drogas e animais silvestres e com os madeireiros.

Como mecanismo de pressão, os índios Tupinambá iniciaram um intenso processo de retomada de suas terras tradicionais, que também serviram para possibilitar a sobrevivência das famílias e sua independência econômica. Nesse processo, centenas de fazendas de grandes proprietários foram retomadas. Porém, os índios realizaram um acordo com os pequenos agricultores, para que permanecessem em suas terras até que os governos promovessem as indenizações e o reassentamento dessas famílias, o que nunca foi realizado.

18 Carta de Mem de Sá ao rei de Portugal, de 31/3/1560. In: SILVA CAMPOS. **Crônica da capitania de São Jorge de Ilhéus**. Rio de Janeiro, MEC/Conselho Federal de Cultura, 1981. p. 44.

19 Carta Capital: O Retorno à Terra dos Tupinambá. <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/o-retorno-a-terra-dos-tupinambas-5708.html>.

20 Relatório da Comissão Especial Tupinambá da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, criado pela resolução nº 15, de 25 de agosto de 2010.

Esses agricultores tiveram fundamental importância para a resistência dos Tupinambá, pois quando suas roças eram destruídas pelas ações policiais e de pistolagem, a tradicional solidariedade dos pobres falava mais alto e dividiam o pouco que tinham. No mesmo sentido retribuem os Tupinambá, possibilitando que os filhos dos agricultores estudem na escola indígena e consequentemente distribuindo alimentos que chegam por meio de programas sociais ligados à educação.

À medida que o processo de demarcação das terras dos Tupinambá, promovido pelo órgão indigenista, foi avançando, sob pressão dos índios, tiveram que enfrentar grupos poderosos formados por fazendeiros invasores, pelo setor imobiliário, políticos e de uma ampla campanha discriminatória da mídia local e também da grande imprensa.

Como mecanismo para possibilitar as intervenções militares, os pretensos proprietários da terra indígena deram entrada a centenas de ações de reintegrações de posse na Justiça Federal, principalmente de Ilhéus. Grande parte das decisões liminares foi concedida pelo Juiz Federal Pedro Rolliday, sem considerar a viabilidade da reintegração de posse, bem como seus efeitos diretos e indiretos sobre a população envolvida²¹. Conforme descreve a Comissão Especial Tupinambá²² (CDDPH), em reunião realizada com o Magistrado, reproduzida na decisão do Min. Joaquim Barbosa, “o Dr. Pedro justificou as decisões proferidas alegando que elas tinham por objetivo ‘disciplinar’ os índios, que estariam descumprindo as decisões judiciais de reintegração de posse”. Desse modo, “as liminares estariam, servindo como instrumento para educar e pacificar os indígenas”. O Magistrado, assumiu, ainda, “ter decidido de forma *extra-petita* em pelo menos seis processos, sem ver nenhuma irregularidade em seus atos”.

Conforme se observa nos diferentes relatórios²³ da sociedade civil e oficiais, a violência contra os índios foi recrudescendo. Os índios Tupinambá denunciaram que em determinadas ações de reintegração milícias privadas agiram em conjunto com policiais fardados. As

21 SL 758/BA – Min. Joaquim Barbosa.

22 Pág. 32 – Relatório da Comissão Especial Tupinambá do CDDPH (01.04.2011).

23 Relatório do povo Tupinambá, Serra do Padeiro para a Subcomissão de Segurança, Justiça e Cidadania da Comissão Nacional de Política Indigenista/Ministério da Justiça (9.12.2008); Relatório da Subcomissão de Justiça, Segurança e Cidadania – Visita às terras indígenas na Bahia da Comissão Nacional de Política Indigenista/Ministério da Justiça (6.8.2009); Relatório Visita da Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa da Bahia na Aldeia dos Índios Tupinambás da Serra do Padeiro (19.5.2010); Campanha de apoio à libertação das lideranças da Serra do Padeiros – CIMI e Anistia Internacional (2010); Relatório da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados (28.06.2011); Denúncia encaminhada à ONU pelo Conselho Indigenista Missionário, Franciscans International, Vivat International (2014).

reintegrações de posse concedidas pela Justiça foram sendo realizadas por grande aparato da Polícia Federal: uso de helicópteros sobrevoando as aldeias, tropa de choque, presença de veículos equipado para transportar defuntos, armas letais e não letais e bombas de efeito moral. Como estratégia para dificultar a identificação de policiais, a Polícia Federal recrutou agentes de diferentes estados da Federação.

Os resultados das operações são as prisões e conseqüente a criminalização das lideranças e de seus caciques; ferimentos à bala de borracha e letal; destruição das casas e bens, de escolas, veículos do transporte escolar e das plantações dos índios; violência contra mulheres, idosos e crianças; e tortura física e psicológica.

As operações mais violentas foram realizadas na aldeia Serra do Padeiro, onde os índios estão mais organizados, possuem escolas com mais de 600 estudantes indígenas e não indígenas, a diretora e os professores são indígenas, possuem independência política e econômica e o modelo de produção é coletivo. Serra do Padeiro é o local onde os índios Tupinambá promoveram o maior número de retomadas e conseguem mantê-las sob seu controle.

A estratégia de defesa mais utilizada pelos índios são o conhecimento do território, o trancamento de estradas para dificultar as operações policiais, a fuga para os locais de matas e montanhas de difícil acesso.

Uma das operações mais violentas realizada por agentes da Polícia Federal ocorreu no dia 2 de junho de 2009, em uma área de retomada realizada na Fazenda Santa Rosa. Na data do episódio, os índios aguardavam uma equipe de TV local, quando foram surpreendidos por um grupo de aproximadamente 20 policiais fortemente armados, que chegaram em diversos veículos. A maioria dos índios conseguiu fugir para as matas, deixando tudo o que possuíam. Entretanto, cinco indígenas (quatro homens e uma mulher) estavam no interior de um secador de cacau, alguns na parte superior e não tiveram tempo de fugir mata a dentro. Desarmados e cercados pelos policiais, foram rendidos sem resistência. Algemados, receberam spray de pimenta nos olhos, foram xingados, humilhados, recebiam socos, tapas, pisões e chutes, além de puxões de cabelos. Na sequência, foram levados, um a um, para um quarto escuro na parte inferior do secador. Colocados de joelhos contra a parede onde suas cabeças eram empurradas e batidas, receberam choques elétricos nas costas, costelas, pescoço e principalmente nas genitálias.

Ao mesmo tempo em que eram torturados, os policiais faziam interrogatórios, queriam saber sobre as armas dos índios. Uma parte resumida do horror vivenciado pelos índios pode ser observada no depoimento de uma das vítimas, o índio Alzemar Oliveira da Silva, prestado na Justiça Federal de Itabuna, Estado da Bahia.

“Aí, nesse momento que trincava, eles estavam era fora do secador, entendeu? E aí o que acontece, aí eu algemado e eles perguntavam pelas armas. As armas o senhor já apreendeu, que o senhor nos abordou com arco e flecha. Aí ta bom, eles batiam de novo, e batia aqui (cabeça), o juízo parece que ia voar.

Me revistaram, aí no secador tem a estufa, me levaram lá pra dentro e me deram um choque na costela, que aqui parece que tava esbagaçando tudo, aquele choque, aí depois perguntaram pelas armas de novo, e eu falando pra ele, as armas vocês já apreenderam, nosso arco e flecha²⁴.”

Após as sessões de torturas no interior da fazenda Santa Rosa, os índios foram jogados em cima de caminhonetes, onde, com armas apontadas na cabeça, eram obrigados a cantar cantos em homenagem a Polícia Federal. Embaixo do sol escaldantes, alguns foram cobertos por lonas plásticas e levados para a Delegacia de Polícia da cidade de Ilhéus, chegando somente ao anoitecer. Sem a assistência de advogados ou de representantes da Funai, assinaram documentos e foram liberados altas horas da noite, sem direito a fazer ligação e sem dinheiro.

Chegando à aldeia, relataram os acontecimentos ao cacique, que providenciou viagem para a cidade de Brasília. Após prestar depoimentos no Ministério Público Federal – 6ª Câmara, foram encaminhados ao Departamento de Polícia Técnica da Polícia Civil do Distrito Federal onde realizaram os exames que comprovaram as agressões e torturas relatadas.

Além das violências físicas e psicológicas contra os índios Tupinambá, as operações militares resultaram em processos judiciais. Em março de 2010, o cacique Rosivaldo Ferreira da Silva foi preso acusado de uma série de crimes, entre os quais o de formação de quadrilha. Outras lideranças foram presas em seguida. Babau já havia sido preso no dia 17 de abril de 2008, acusado de liderar manifestação da comunidade contra o desvio de verbas federais destinadas à assistência de saúde dos indígenas pela prefeitura de Buerarema.

Em abril de 2014, o cacique Tupinambá Rosivaldo recebeu convite da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), para participar da Missa em Ação de Graça pela canonização de São José de Anchieta, realizada no dia 03 de abril de 2014, na Igreja de Santo Inácio, em Roma.

Com passaporte emitida pela Polícia Federal no dia 15 de abril de 2014 e passagem adquirida, foi informado pelo Programa de Defensores de Direitos Humanos (PPDDH/SDH) de que faz parte, sobre a existência de três mandados de prisões, o que o impediria de viajar à cidade de Roma e Vaticano. Em análise de documento emitido pela Polícia Federal, os advogados do cacique verificaram que se tratavam de ordens de prisão de processos de 2008 e 2010, já arquivados. Porém, logo em seguida o cacique foi informado de uma

24 ACP nº 1825-23.2010.4.01.3311 – Justiça Federal de Itabuna/BA. Trecho do depoimento prestado no Juízo de Itabuna.

nova ordem de prisão temporária, desta vez do Juízo da Comarca de Una²⁵, em que era investigado pela morte de um agricultor, fato ocorrido no dia 10 de fevereiro de 2014. A decisão judicial contém data de 20 de fevereiro, 10 dias após o fato. O cacique anunciou que se entregaria à Polícia Federal dentro do Congresso Nacional, o que fez no dia 22 de abril de 2014. Um *habeas corpus* foi concedido no dia 29 de abril corrente, pelo Ministro Sebastião Reis Júnior²⁶.

No caso da última prisão do cacique Babau, o conflito foi apurado pela Polícia Civil baiana, justamente no momento em que a terra indígena encontrava-se ocupada por grande efetivo da Polícia Federal, Força Nacional e posteriormente por 500 soldados do Exército Brasileiro. Uma base militar foi montada dentro da terra indígena e outras duas estão em fase de planejamento.

Percebe-se que a luta pela terra dos índios Tupinambá envolve o uso de milícias privadas, a descriminalização por parte da imprensa, as decisões judiciais de reintegração de posse que deram legitimidade para o uso das forças policiais e que culminaram com a ocupação da área por grande efetivo de forças policiais e posteriormente pelo Exército Brasileiro.

Nesse período, a Funai concluiu o processo administrativo de demarcação da terra indígena Tupinambá de Olivença. Porém, o processo paralisou na mesa do Ministro da Justiça José Eduardo Cardoso, que optou pelo uso das forças repressoras, em benefício do grupo político e econômico do sul da Bahia. E, nesse processo, as lideranças indígenas foram sendo criminalizadas.

3. CONCLUSÃO

A conjuntura política na qual se inserem as minorias, especialmente as comunidades indígenas no Brasil, é inquestionavelmente violenta. Existe, por um lado, uma via de repressão antijurídica ou ilegal, na qual se inserem as formas depreciativas de organização paraestatal ou de milícias armadas que mutilam vidas, assassinam lideranças e forçam a desorganização social e tradicional indígena e, por outro lado, também tão inumana e bárbara, uma via cujo fundamento é a desarticulação da organização tradicional do índio, aquela que é baseada na hierarquização da governança, na estruturação política, abalizada na presença física e espiritual da liderança ou lideranças e na tradicionalidade da vida cultural; são os ataques da forma oficializada do Estado, suas forças repressivas legitimadas.

25 Processo nº 0000064-82.2014.8.05.0267.

26 Habeas Corpus 292.982 – BA – STJ.

Quando a criminalização atinge essa vertente política dos povos indígenas, principalmente mediante a morte de seus líderes políticos e espirituais, acarreta na comunidade um sentimento de fragilidade, como aponta o Relatório da CDDPH, constituído pela Resolução n.º 18/2003, tendo como povo estudado o Xukuru, do Pernambuco.

Da mesma forma que os Xukuru sofreram e ainda sofrem com esse processo de criminalização e(ou) violência institucionalizada, sofrem outros povos tradicionais. Veja-se, como apresentado acima, o caso dos Tupinambá da Serra do Padeiro, região sul da Bahia. O caso dos Guarani e Kaiowa do Mato Grosso do Sul, dos Tenharim, no Amazonas e toda uma infinidade de outras comunidades indígenas que tiveram seus bens (terras e bens espirituais) expropriadas e usurpadas pelo Estado e particulares, unicamente por interesses econômicos.

A Constituição Federal de 1998, em seus artigos 231 e 231, especialmente, tratou de resguardar direitos aos índios, e sua reprodução cultural e física, mesmo que lenta e gradual, é uma resposta à ganância do não índio e ela é fato concreto e real.

Diante disso, a estratégia adotada pelo Estado de criminalizar as lideranças é um processo de usurpação de direitos, para isso usa de força repressiva, quando não consegue alcançar o consenso pelas vias políticas. Quando não, as forças belicosas são um meio eficaz de se consensuar pela repressão. Nesse quadro, ingressa sem regrar esforços, os serviços de repressão de que possui o Estado, como ocorre nas reintegrações de posse, em face das comunidades indígenas, por exemplo, onde os ataques são, precipuamente, às lideranças.

Portanto, quanto à estruturação forçada a que se submetem os índios, ante o soberano Estado e sua política econômica, alheia à sua cultura tradicional e modo de organização social, os gentios da terra sofrem com a agressão irremediavelmente desenfreada e sem limitação quantitativa, pela via legal e ilegal, legitimada e ilegítima, perdendo suas lideranças nessa labuta pela vida; ainda, quedam-se arruinados socialmente, já que identidade grupal, elemento de suma importância para os povos, se perde em meio ao contundente ataque sofrido. Suas lideranças são mortas e com elas vão todo o sagrado, o mágico, o vital e, parte da identidade comunitária baseada na harmonia e coesão cósmica, pois a interferência do não índio, é agressivo e mexe com o grupo de forma negativamente medida.

As ações do Estado (legais e oficiais) são de todo modo perniciosas e desencadeiam, no limiar da relação indígena, um aniquilamento sistemático. Isso leva ao arruinamento de uma organização que não se pauta pelas formas ocidentais de sociabilidade, que tem na natureza e no outro, adoecida alteridade, pois vê no outro a semelhança do fundamentalismo econômico, enquanto os povos tradicionais vêm na natureza a alteridade pura e cordial, assim são os índios na sua essência.

REFERÊNCIAS

ACP nº 1825-23.2010.4.01.3311 – Justiça Federal de Itabuna/BA. Trecho do depoimento prestado no Juízo de Itabuna.

ALARCON, Daniela Fernandes. 2014. “Retomadas de terras e ocupação militar: A disputa pela aldeia Tupinambá de Serra do Padeiro, Bahia”. Mimeo.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil: 1998.

Carta Capital: O Retorno à Terra dos Tupinambá. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/o-retorno-a-terra-dos-tupinambas-5708.html>>. Acessado em: 16/06/2014

Carta de Mem de Sá ao rei de Portugal, de 31/3/1560. In: SILVA CAMPOS. **Crônica da capitania de São Jorge de Ilhéus**. Rio de Janeiro, MEC/Conselho Federal de Cultura, 1981. p. 44.

Conselho Indigenista Missionário, CIMI/CNBB. **Outros 500, Construindo Uma Nova História**. São Paulo: Editora Salesiana, 2001. p. 103.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**. Os intelectuais. O princípio educativo. Jornalismo. Tradução de Carlos N. Coutinho, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1999.

Habeas Corpus 292.982 – BA – STJ.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

Petição 3.388/RR. Relator Min. Ayres Britto – STF.

Processo nº 0000064-82.2014.8.05.0267.

Relatório Circunstanciado de delimitação da terra Indígena Tupinambá de Olivença, publicado no DOU de 20 de abril de 2009.

Relatório da Comissão Especial Tupinambá do CDDPH de 01.04.2011, p. 32.

Relatório da Comissão Especial do CDDPH constituído pela Resolução nº 18/2003.

Relatório da Comissão Especial Tupinambá da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, criado pela resolução nº 15, de 25 de agosto de 2010.

SL 758/BA – Min. Joaquim Barbosa.

TERRAS INDÍGENAS E DINÂMICA TERRITORIAL: ANÁLISE DA VEDAÇÃO À AMPLIAÇÃO DE LIMITES NO CASO RAPOSA SERRA DO SOL

Isabela do Amaral Sales¹

Humildade, para reconhecer que esse convívio é uma verdadeira estrada de mão dupla, porquanto reciprocamente benfazejo.
(Ayres Britto)

Resumo: *O presente artigo busca percorrer os meandros do direito à proteção dos territórios tradicionais ocupados pelos indígenas, analisando-o em face das peculiaridades da relação estabelecida entre o índio e a terra. Com isso, pretende o artigo confrontar a natureza estática da demarcação dos territórios tradicionais, e seus exaustivos processos de demarcação, com o caráter dinâmico da relação existente entre o índio e a terra. Para tanto, aborda o tratamento jurídico conferido à proteção dos territórios tradicionais, desde as normas do Coroa Portuguesa, com a instituição do indigenato, até sua constitucionalização como direito fundamental dos povos indígenas, na Constituição de 1988. Analisa o processo administrativo de demarcação de terras indígenas, regulamentado pelo Decreto n.º 1.775/96. Passa, então, ao estudo da hipótese de ampliação de terras indígenas já demarcadas e os fatores de ordem material que podem incidir sobre ele. Discute a compreensão firmada pelo Supremo Tribunal Federal a partir do caso da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, enfrentado no julgamento da Petição n.º 3388, e respectivos embargos de declaração, que estabeleceu diretrizes sobre direitos territoriais indígenas no Brasil, dentre as quais a vedação de ampliação de terra indígena já demarcada.*

Palavras-chave: *Terras indígenas. Demarcação. Raposa Serra do Sol. Efeitos da decisão judicial.*

1. O DIREITO ÀS TERRAS INDÍGENAS NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL

A despeito dos mais de 500 (quinhentos) anos de contato entre índios e não índios, a primeira constituição brasileira a incorporar direitos voltados à comunidades indígenas

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas.

foi a Constituição de 1934, no entanto, somente com a Carta de 1988, os direitos dos povos indígenas ganharam tratamento sistematizado dentro do texto constitucional.

Não obstante a previsão tardia, já no governo colonial, a Coroa Portuguesa chegou a editar normas visando à proteção das áreas habitadas pelos índios. Tais diplomas legais, no entanto, tinham por escopo alinhar a ocupação dos espaços habitados pelos indígenas com o desbravar do processo colonizador.

Cabe destacar o teor do Alvará Régio de 1º de abril de 1680, o qual reconhecia a posse dos índios sobre as terras ocupadas em caráter permanente, proclamando-os seus “primários e naturais senhores”² disposição que veio a ser corroborada pela Lei de 6 de junho de 1755, inaugurando o chamado “indigenato”:

“E para que os ditos Gentios, que assim descerem, e os mais, que há de presente, melhor se conservem nas Aldeas: hey por bem que senhores de suas fazendas, como o são no Sertão, sem lhe poderem ser tomadas, nem sobre ellas se lhe fazer molestia. E o Governador com parecer dos ditos Religiosos assinara aos que descerem do Sertão, lugares convenientes para neles lavrarem, e cultivarem, e não poderão ser mudados dos ditos lugares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro, ou tributo algum das ditas terras, que ainda estejam dadas em Sesmarias e pessoas particulares, porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturaes senhores dellas (...)”³

No mesmo sentido, a Lei de Terras, de 1850⁴ ressaltou das terras devolutas do Império as que se encontrassem sob domínio particular dos índios, de modo que o indigenato, ao proteger a posse “originária”, legitimou as terras indígenas, independente de titulação.

O art. 12 da Lei de Terras, contudo, evidencia o caráter assimilacionista da legislação então vigente, ao dispor sobre a possibilidade de reserva, dentre as terras devolutas do Império, das necessárias à colonização dos indígenas.

Com a mudança para o regime republicano, a única alteração substancial trazida pela Constituição de 1891 foi a transferência das terras devolutas aos Estados-membros, o que resultou na intensificação do esbulho sobre as terras indígenas, uma vez que o controle fundiário passou a ficar mais próximo das oligarquias e do latifúndio.

2 CUNHA, Manoela Carneiro da. **Os direitos do índio**: Ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 59.

3 PORTUGAL. Alvará de 1º de abril de 1680. In: Lei de 6 de junho de 1755. Para se restituir aos índios do Pará e Maranhão a liberdade de suas pessoas e bens. Disponível em: <<http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt>>. Acessado em 12 mai. 2014.

4 BRASIL. Lei n.º 601, de 18 de setembro de 1850. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/LIM/LIM601.htm>. Acessado em 12 mai. 2014.

A Carta de 1934, pela primeira vez na ordem constitucional, reconheceu, em seu art. 129, “a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las”. Estabeleceu, ainda, a competência da União para legislar sobre a “incorporação dos silvícolas à comunhão nacional”, em seu art. 5º, XIX, *m*. Ambas as disposições foram reproduzidas nas Constituições de 1937 e 1946 sem grandes alterações.

Note-se que, além da orientação assimilacionista, as Constituições de 1934 a 1946 são fortemente marcadas pela garantia formal de integridade das terras indígenas, cujo reconhecimento estaria condicionado à posse permanente pelos índios, incidindo sobre elas a proibição de alienação.

Por sua vez, na Constituição de 1967, a posse permanente aparece como direito dos “silvícolas”, e não mais como requisito para o reconhecimento. O art. 186 reconheceu, ainda, o direito dos índios ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades existentes nas terras por eles habitadas, as quais passaram a fazer parte dos bens da União.

Já a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, mantendo as previsões anteriores, inovou ao dispor sobre a nulidade de atos incidentes sobre terras indígenas:

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

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

§2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.⁵

A começar pela superação do termo “silvícola”, foi com a Constituição de 1988, porém, que os direitos voltados aos povos indígenas, notadamente o direito à ocupação territorial, ganharam tratamento mais amplo e avançado.

Não somente a orientação de integrar os silvícolas à comunhão nacional, mas também o regime tutelar dos índios, fundados no Código Civil de 1916 e no Estatuto do Índio, deram lugar ao direito de autodeterminação dos povos e de manutenção de suas peculiaridades culturais, agora reconhecidas como parte da diversidade constitutiva do patrimônio cultural brasileiro.

Dessa forma, tratando dos índios em capítulo próprio, e prestigiando o modo de ocupação tradicional da terra, assim dispõe a Constituição de 1988:

5 BRASIL. Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03 /LEIS/LIM/LIM601.htm>. Acessado em 12 mai. 2014.

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

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

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

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

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

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

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

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.⁶

Veja-se que a Constituição confere à União o dever de demarcar, proteger e fazer respeitar todos os bens existentes nas terras indígenas, consideradas essas não apenas as habitadas em caráter permanente, mas também as necessárias à subsistência física e cultural da comunidade.

Ficou, dessa forma, consignada na CF a manifesta intenção dos constituintes de projetar para o campo jurídico normas referentes ao reconhecimento da existência dos povos indígenas e a definição das pré-condições para a sua reprodução e continuidade. Ao reconhecer os "direitos

6 BRASIL. Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/LIM/LIM601.htm>. Acessado em 12 mai. 2014.

originários” dos povos indígenas sobre as terras tradicionalmente ocupadas, a CF incorporou a tese da existência de relações jurídicas entre índios e essas terras anteriores à formação do Estado brasileiro.⁷

Além disso, revogando de vez a tutela dos índios, e instituindo em seu lugar, a tutela de direitos, o texto constitucional reconhece a legitimidade dos índios, suas comunidades e organizações, “para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses”.⁸

De toda sorte, o processo de constitucionalização da proteção das terras indígenas foi marcado pelo constante atentado dos não índios contra esses territórios protegidos. Enquanto a legislação buscava assegurar aos indígenas a posse sobre suas terras, ainda que para confinamento e “integração”, os latifúndios, as frentes agropastoris e até mesmo os núcleos urbanos, avançavam sobre as terras indígenas e seus recursos. O direito às terras indígenas se concretizou apenas na letra morta da lei, e nunca atingiu o plano fático plenamente.

Nesse contexto, a demarcação das terras indígenas constitui, mais que um direito a ser buscado pelas comunidades, uma obrigação do Estado que incide diretamente sobre as condições de sobrevivência – física e cultural – dos povos indígenas. Daí as necessárias considerações que fazemos no ponto seguinte.

2. O PROCESSO DE DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS

Em complemento ao art. 231 da Constituição de 1988, o art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Provisórias determinou o prazo de cinco anos, a contar da promulgação da Constituição, para que a União concluísse a demarcação das terras indígenas.

Passados cinco anos, porém, nada mudou quanto à demarcação das terras indígenas, e o cenário de violações dos direitos territoriais dos índios continuava o mesmo. A consolidação do processo de demarcação das terras indígenas só veio sete anos depois, com a edição do Decreto nº 1.775/96, o qual revogou o Decreto nº 608/92.

O Decreto nº 1.775/96 disciplina o processo de demarcação, compreendido este como o ato administrativo destinado a identificar e sinalizar os limites do território tradicionalmente ocupado pelos povos indígenas, impondo-lhe um regime próprio de proteção.

7 SANTOS, Sílvio Coelho dos. Direitos Humanos e os direitos dos povos indígenas no Brasil. In: **Ilha – Revista de Antropologia / UFSC**. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. V. 7, números 1 e 2 (2005) – Florianópolis: UFSC/PPGAS, 2005, p. 77.

8 BRASIL. Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/LIM/LIM601.htm>. Acessado em 12 maio 2014.

Nos termos do referido decreto, o processo de demarcação se inicia e acontece sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, papel atualmente desempenhado pela Fundação Nacional do Índio – FUNAI, autarquia criada pela Lei nº 5.371/67, que encampou as atribuições do já extinto Serviço de Proteção dos Índios – SPI.

O início do processo de demarcação de terras indígenas se dá por reivindicação da comunidade ou por iniciativa da própria FUNAI. A primeira etapa consiste nos estudos de identificação: a autarquia nomeia um antropólogo para realizar estudos preliminares de identificação da terra indígena, os quais fundamentarão os trabalhos posteriores, a cargo de grupo técnico (GT) especializado responsável pela realização de estudos complementares de natureza etno histórica, sociológica, jurídica, cartográfica e ambiental, bem como pelo levantamento fundiário da área a ser demarcada.

Após a conclusão dos estudos, o GT apresenta um relatório circunstanciado da área a ser demarcada, que passa a ser considerada “terra em identificação”. O relatório circunstanciado é levado à apreciação do presidente da FUNAI e, caso aprovado, deve ser publicado no Diário Oficial União e no diário oficial da respectiva unidade federativa. A terra indígena então recebe o status de “terra identificada e aprovada”.

Com a publicação do relatório na imprensa oficial, tem-se início a etapa de contestação ou contraditório administrativo. Desde o início do procedimento e, até noventa dias após a publicação, os interessados, incluindo os entes públicos, podem se manifestar no processo e pleitear indenização. Decorrido o prazo para contestação, a FUNAI deve elaborar, em sessenta dias, os pareceres fundamentados sobre as manifestações apresentadas, e encaminhar o procedimento ao Ministro da Justiça.

Em seguida, o Ministro da Justiça tem o prazo de trinta dias para analisar e decidir acerca da demarcação, podendo declarar a área como “terra de posse permanente”, mediante portaria na qual determina sua demarcação administrativa, prescrever a realização de novas diligências ou desaprovar a identificação por decisão fundamentada.

Sendo declarada a posse permanente, passa-se à etapa de demarcação física, na qual são identificados fisicamente os limites da terra indígena, ao tempo em que o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), em caráter prioritário, procede ao cadastramento dos ocupantes não índios, visando seu reassentamento. Nesse momento também é realizado o levantamento fundiário de avaliação de benfeitorias dos não índios. Concluída esta etapa, a área é chamada “terra reservada”.

Após a publicação da portaria do Ministro da Justiça, o procedimento é encaminhado ao Presidente da República para edição do decreto de homologação da demarcação administrativa, que deve ser publicado na imprensa oficial.

Procede-se, então, à retirada dos ocupantes não índios, mediante pagamento de indenização pelas benfeitorias consideradas de boa-fé, e reassentamento dos ocupantes que

atendam ao perfil requerido pelos programas de reforma agrária. Superada essa etapa, por fim, a FUNAI deve realizar o registro da terra indígena no cartório extrajudicial respectivo e na Secretaria do Patrimônio da União, uma vez que a área passa a integrar os bens da União.

Note-se que, uma vez que a Constituição Federal reconhece os direitos originários dos índios sobre seus territórios tradicionais, o ato de demarcação da terra indígena tem natureza meramente declaratória, e não constitutiva. Isso porque a demarcação serve apenas para delimitar um direito de ocupação preexistente. Nesse sentido, observa Dallari⁹:

O direito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam não depende da demarcação, pois resulta direta e imediatamente da Constituição e tem por fundamento a ocupação tradicional, único requisito para o reconhecimento desse direito. Assim, a demarcação não gera o direito nem é indispensável para que ele seja reconhecido, mas, como a prática tem demonstrado sobejamente, a falta de demarcação torna incertos os limites da ocupação indígena ou, o que acontece com frequência, facilita o uso do pretexto da ignorância de se tratar de terra indígena.

No mais, veja-se que a própria tramitação do processo de demarcação revela tratar-se de um procedimento longo e exaustivo. De fato, os processos de demarcação de terras indígenas tendem a levar anos, por vezes, décadas, dada a complexidade inerente, não apenas aos estudos técnicos necessários, mas também aos entraves decorrentes dos diversos interesses que tangenciam a reivindicação ao longo do processo.

A despeito da natureza declaratória, a ausência de homologação formal é argumento comum utilizado por não índios para justificar a ocupação indevida de terras indígenas. Sem a demarcação, as terras indígenas, seus recursos naturais e, conseqüentemente, a comunidade, ficam à mercê de toda sorte de exploradores e invasores.

Dessa forma, o passar do tempo, somado à omissão administrativa, agrava os efeitos da falta de demarcação, que é distorcida e serve também como empecilho para acesso a políticas públicas básicas voltadas para os povos indígenas, tais como saúde e educação.

3. A REVISÃO DE LIMITES DE TERRAS INDÍGENAS

Como dito anteriormente, o processo de demarcação de terras indígenas constitui procedimento complexo e cheio de percalços, que tende a levar anos. Ocorre que, dado

9 DALLARI, Dalmo de Abreu. Terras indígenas: a luta judicial pelo direito. In: **Conflitos de direitos sobre as terras Guarani Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul**, Conselho Indigenista Missionário Regional Mato Grosso do Sul, Comissão Pró-Índio de São Paulo, Procuradoria Regional da República da 3ª Região [Orgs.]. São Paulo: Palas Athena, 2000, p. 32.

o avantajar do tempo, o cenário encontrado quando da conclusão do processo, na grande maioria das vezes, difere significativamente do quadro que deu origem ao procedimento.

É cediço que as contingências são efeitos naturais, seja das relações sociais, seja da própria relação com o meio físico. Assim, tanto um fenômeno natural quanto um conflito social podem ser causas determinantes de mudanças no contexto de demarcação de terras indígenas.

Sabe-se que a grande maioria dos processos de demarcação de terras indígenas tem origem nas reivindicações das comunidades, bem como que o tempo de processamento de uma reivindicação, até que seja iniciado formalmente o processo, em si, é significativo. Diante disso, é comum que, tão logo seja conhecida a reivindicação, os atos de esbulho sobre a terra indígena e, conseqüentemente, os conflitos, se intensifiquem.

Esses atos de esbulho, em geral, consistem em depredações, invasões eventuais para fins de exploração de recursos naturais e ocupações de caráter contínuo, as quais visam, inclusive, à obtenção de futuras indenizações por benfeitorias.

Dessa forma, até que o processo de demarcação seja concluído e os ocupantes não índios retirados da terra indígena, o que se dá após longos anos, a comunidade pode se ver privada do uso e, até mesmo, do acesso a parte de seu território tradicional. Tais mudanças circunstanciais, inevitavelmente, repercutem sobre os estudos realizados no processo.

Dentro dessa lógica, é certo que diversos erros materiais podem implicar a demarcação de terras indígenas de modo errôneo ou equivocado, de forma que o posterior pedido de revisão de limites torna-se resultado natural dessas distorções, seja para ampliação da área demarcada, no intuito de contemplar áreas de uso tradicional não abrangidas pela demarcação, seja para mera adequação das áreas de uso da comunidade.

No campo estritamente jurídico, a conclusão do processo de demarcação cria a chamada “coisa julgada administrativa”, de modo que a decisão administrativa que homologa a demarcação não mais poderá ser objeto de reforma, exceto se eivada de vício de ilegalidade e desde que resguarde as situações jurídicas de boa-fé constituídas a partir da decisão.

A revisão dos limites de terra indígena já demarcada, portanto, esbarra na necessidade de conferir segurança jurídica às relações sociais, e somente se efetiva em face do princípio da autotutela, segundo o qual “a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”¹⁰

10 STF. Tribunal Pleno. Súmula nº 473. DJ de 10/12/1969, p.5929. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acessado em 26 mai. 2014.

Nesse sentido, prestigiando a segurança jurídica, nos autos da Reclamação nº 14.473/RO, o relator Marco Aurélio decidiu monocraticamente pela suspensão da terceira demarcação da terra indígena Kaxarari, localizada nos Estados do Amazonas e Rondônia, sob os fundamentos seguintes:

[...] Como se vê, ficou determinado o início da terceira demarcação das terras pertencentes aos índios Kaxarari, sob o fundamento de que, no processo anterior, não haviam sido considerados todos os elementos obrigatórios. Foi precisamente com o escopo de evitar a perpetuação e a multiplicação de conflitos fundiários decorrentes da incidência do artigo 231, § 6º, da Carta Federal que o Supremo adotou o parâmetro mencionado. Nesse passo, a inobservância ao que estabelecido afronta a ordem jurídico-constitucional, bem como tem o condão de perpetuar controvérsias que já deveriam estar pacificadas. No mais, mostra-se evidente a insegurança jurídica gerada pela atuação do grupo administrativo instaurado pela Fundação Nacional do Índio, destinado a viabilizar a nova demarcação de terras dos índios Kaxarari. Além do potencial risco de conflito fundiário entre índios e produtores rurais, existe inegável prejuízo aos investimentos em atividades produtivas praticadas há décadas, à ordem no território e às finanças do ente federativo reclamante. 3. Ante o quadro, defiro parcialmente a medida acauteladora para afastar os efeitos da Portaria nº 407/2012 da Funai e da sentença proferida pelo Juízo da 5ª Vara Federal Ambiental e Agrária da Seção Judiciária de Rondônia na Ação Civil Pública nº 2008.41.00.007471- 1. [...].¹¹

Por outro lado, os sobreditos erros materiais incidentes sobre o processo de demarcação tornam nulos e extintos os atos incidentes sobre terras indígenas, não havendo que se falar em direito subjetivo a ser amparado pela segurança jurídica.

Tal o ocorrido durante o processo de demarcação da terra indígena Kayabi, localizada entre os Estados do Mato Grosso e Pará, cujo processo de revisão foi objeto de inúmeras impugnações judiciais, dentre as quais merece ser destacada a decisão da ministra Rosa Weber no Mandado de Segurança nº 31.901/DF, impetrado por pessoa jurídica supostamente proprietária de imóvel localizado dentro da área pretendida na ampliação:

[...] Em um relatório de 15.6.84, o então Delegado da 2ª DR propõe a 'reavivitação dos limites da reserva' (op. cit.: 164). No ano seguinte, o novo chefe do Posto Kayabi, Francisco José Brasil de Moraes, explicaria em um relatório, datado de 3.7.85, que houve erro durante os trabalhos de demarcação, em 1975/76, feitos pela PLANTEL/AGRITEC, firma que deixou alguns limites incompletos. Além disso, como já foi dito antes, o mapa da demarcação continha um erro básico

¹¹ STF. Ministro Marco Aurélio. Rcl 14473 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 21/09/2012. In: DJe-190 27/09/2012.

quanto à nomenclatura de alguns igarapés” (doc. 61, fl. 169). “A demarcação confinou os índios em uma área extremamente pequena, da qual permaneceram de fora áreas de caça e pesca, além do Salto Tatuí, de grande valor simbólico para os Kayabi do rio dos Peixes. Após anos de reivindicações, contando com o apoio da Missão Anchieta, os Kayabi e Apiaká conseguiram que a FUNAI identificasse a área em 1985, o que resultou na demarcação da Terra Indígena Apiaká-Kayabi em 1988, com 109.245 ha. Apesar da ampliação (...), a área demarcada continua representando uma ínfima porção do território de ocupação imemorial” (doc. 61, fl. 80). [...] Diante do exposto, indefiro a liminar, sem prejuízo de exame mais acurado em momento oportuno. [...]”¹²

Não poderíamos deixar de mencionar, ainda, o caso do povo *waimiri atroari*, que teve parte de seu território tradicional, localizado nos Estados do Amazonas e Roraima, alagado pela represa de Balbina, e excluído da área demarcada. Na ação civil pública proposta visando à continuidade dos estudos de revisão dos limites da terra indígena, o juízo da Seção Judiciária do Estado do Amazonas pontuou, em decisão que deferiu pedido de antecipação de tutela:

5. O povo Waimiri Atroari vem sofrendo um acelerado processo de desconstrução de sua identidade histórica, social e cultural a partir do final da década de 1960, pois foi aí que o governo federal iniciou o procedimento de construção do projeto que originou a UHE Balbina. [...]

7. Impossível negar que realmente o processo de demarcação da TI Waimiri Atroari sofreu, por parte do poder público, abusos e irregularidades injustificáveis ao longo da história, destacando-se constantes contradições de inclusões e exclusões de áreas [...].

8. [...] o Decreto nº 94.606/1987 de fato excluiu da zona territorial declarada de ocupação tradicional Waimiri Atroari as áreas utilizadas nas atividades relacionadas ao modo de vida daquele povo indígena. Assim, o vale do rio Uatumã, posteriormente alagado pela represa de Balbina, deixou de abranger território tradicionalmente ocupado pelos Waimiri Atroari há centenas de anos, quando o rio Uatumã seguia seu curso regular. [...]

10. Não obstante os incalculáveis prejuízos – não apenas ao povo indígena Waimiri Atroari, mas à própria identidade do Brasil – até a presente data a FUNAI não procedeu à realização dos estudos de revisão dos limites da TI Waimiri Atroari, supostamente motivada por “sobrecarga de trabalhos de demarcação e regularização fundiária de terras indígenas”. Enquanto o trabalho não diminui, o Brasil perde parte de sua história e sua identidade, danos totalmente irrecuperáveis. [...]”¹³

12 STF. Ministra Rosa Weber. MS 31901 MC, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 11/03/2014. In: DJe-051 17/03/2014.

13 Seção Judiciária do Estado do Amazonas. 1ª Vara. Juíza Federal Jaiza Maria Pinto Fraxe. Ação Civil Pública nº 6772-60.2013.4.01.3200. Julgado em 14 mai. 2013.

Os excertos até então reproduzidos partem da interpretação sistemática construída pelo Supremo Tribunal Federal no caso da terra indígena Raposa Serra do Sol, em julgamento de peculiar relevância na temática indígena, cuja análise passa a ser delineada no item seguinte.

4. O POSICIONAMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO CASO RAPOSA SERRA DO SOL

No ano de 2008, o Supremo Tribunal Federal enfrentou a questão da demarcação de terras indígenas no julgamento da Petição n.º 3388, relativa à demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, localizada no Estado de Roraima.

A referida terra indígena, ocupada pelos povos *taurepang*, *macuxi*, *wapixana*, *ingarikó* e *patamona*, teve seu processo de demarcação iniciado em 1977, e somente foi concluído em 2005. “Esse contexto de indefinição – que levou o caso ao julgamento do STF – deu continuidade a um processo histórico de ocupação da área por não-indígenas e de desrespeito aos direitos originários dos povos indígenas sobre as terras que ocupam.”¹⁴ No julgamento, o Supremo Tribunal Federal, assinalando o conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas, assim decidiu:

*[...] Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de parêntese com a regra de que todas essas terras “são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis” (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara inteligência de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. [...].*¹⁵

Ao final dos debates, porém, por iniciativa do então ministro Menezes Direito, o tribunal fixou dezenove ressalvas aplicáveis à demarcação e ocupação de terras indígenas,

14 MOTA, Carolina; GALAFASSI, Bianca. **A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol**: processo administrativo e conflitos judiciais. Acesso em 10 de Setembro de 2013, disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/565_Artigo_Carolina%20Mota_Bianca%20Galafassi.Pdf> p. 12.

15 STF, Tribunal Pleno, 2013. Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009. In: DJe-181 25/09/2009.

dentre as quais, incumbe-nos mencionar a condicionante nº 17, qual seja, “é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada”.

Em defesa dessa proibição, salientou o ministro Gilmar Mendes, em seu voto:

[...] A revisão deve estar restrita às hipóteses excepcionais, ante a constatação de grave e insanável erro na condução do procedimento administrativo e na definição dos limites da terra indígena. [...]

A variedade e a complexidade de interesses envolvidos na demarcação da terra indígena e a consolidação de situações e expectativas individuais constituem limites ao exercício do poder-dever de autotutela pela Administração Pública. [...]

A adoção da tese oposta daria azo a ampliações desmedidas e infundadas das dimensões das terras indígenas.

Tal possibilidade revela-se, de fato, preocupante. Principalmente em um contexto como o nosso, em que parcela considerável do território nacional encontra-se afetada – ou a ser afetada – a um sem-número de finalidades públicas (proteção do meio ambiente, dos povos indígenas e quilombolas, promoção da reforma agrária, por exemplo). [...]

Ante o exposto, conclui-se que, demarcada a terra indígena, o procedimento não é passível de revisão, salvo hipóteses excepcionais, em que verificada a existência de vícios insanáveis. Alterações dos limites da área demarcada fundadas apenas no juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública são, sob qualquer pretexto, vedadas. [...].¹⁶

Com base na referida decisão, a Advocacia Geral da União editou a Portaria nº 303, de 16 de julho de 2012, dispondo sobre “as salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3388 RR”.

A Portaria nº 303 da AGU determinava que as dezenove ressalvas às terras indígenas, fixadas pelo STF no caso Raposa Serra do Sol, seriam aplicáveis a todos os processos de demarcação em curso ou futuros. No que tange à ampliação de limites de terra indígena já demarcada, o art. 4º da portaria excepcionou os casos de vício insanável ou de nulidade absoluta.¹⁷

Em outras palavras, ao criar restrições à demarcação das terras tradicionais, a Portaria nº 303 da AGU acabou por atingir direitos assegurados constitucionalmente aos povos indígenas, razão pela qual foi motivo de constante repúdio por parte dos indígenas e também da sociedade civil, até ser suspensa pela Portaria nº 415, de 17 de setembro de

16 STF. Ministro Gilmar Mendes. Voto no julgamento da Petição nº 3388. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009. In: DJe-181 25/09/2009.

17 AGU. Portaria nº 415, de 17 de setembro de 2012. Altera o disposto no art. 6º da Portaria nº 303, de 16 de julho de 2012 e revoga a Portaria nº 308 de 25 de julho de 2012.

2012, da AGU, a qual fixou sua vigência a partir do julgamento dos Embargos de Declaração opostos nos autos da Petição 3388.¹⁸

Contudo, no julgamento dos aludidos Embargos de Declaração, em outubro de 2013, o Supremo Tribunal Federal decidiu que as condicionantes então fixadas seriam aplicáveis apenas à terra indígena Raposa Serra do Sol (grifo nosso):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL.

*1. Embargos de declaração opostos pelo autor, por assistentes, pelo Ministério Público, pelas comunidades indígenas, pelo Estado de Roraima e por terceiros. Recursos inadmitidos, desprovidos, ou parcialmente providos para fins de mero esclarecimento, sem efeitos modificativos. 2. Com o trânsito em julgado do acórdão embargado, todos os processos relacionados à Terra Indígena Raposa Serra do Sol deverão adotar as seguintes premissas como necessárias: (i) são válidos a Portaria/MJ nº 534/2005 e o Decreto Presidencial de 15.04.2005, observadas as condições previstas no acórdão; e (ii) a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231, da Constituição torna insubsistentes eventuais pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante à indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º). 3. As chamadas condições ou condicionantes foram consideradas pressupostos para o reconhecimento da validade da demarcação efetuada. Não apenas por decorrerem, em essência, da própria Constituição, mas também pela necessidade de se explicitarem as diretrizes básicas para o exercício do usufruto indígena, de modo a solucionar de forma efetiva as graves controvérsias existentes na região. Nesse sentido, as condições integram o objeto do que foi decidido e fazem coisa julgada material. Isso significa que a sua incidência na Reserva da Raposa Serra do Sol não poderá ser objeto de questionamento em eventuais novos processos. 4. A decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico. Nesses termos, os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. Sem prejuízo disso, o acórdão embargado ostenta a força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em que se cogite da superação de suas razões.*¹⁹

Embora o teor da decisão do STF no julgamento dos embargos de declaração acabe por elidir, no sentido material, as determinações da Portaria n.º 303 da AGU, ainda não houve resolução formal acerca de sua eficácia e aplicabilidade.

18 AGU. Portaria nº 415, de 17 de setembro de 2012. Altera o disposto no art. 6º da Portaria nº 303, de 16 de julho de 2012 e revoga a Portaria nº 308 de 25 de julho de 2012.

19 STF, Tribunal Pleno, 2013. Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009. In: DJe-181 25/09/2009.

Com efeito, tecidas as devidas considerações jurídicas relativas à possibilidade de ampliação de terras indígenas já demarcadas, passamos a analisar de que modo a hipótese aqui colocada se apresenta diante das peculiaridades culturais inerentes aos povos indígenas.

5. A DINÂMICA TERRITORIAL INDÍGENA EM FACE DO PROCESSO DE DEMARCAÇÃO

Mais que um direito constitucional, a terra, para os povos indígenas, possui um sentido tão peculiar que se confunde com a própria essência de ser de cada comunidade. Com a terra, o índio cultiva uma relação que vai além da mera habitação, constrói laços que regem o modo de ser, de viver e de relacionar com o mundo. Trata-se de verdadeiro “território de pertencimento”.²⁰

Esse modo de vida especial é que distingue os povos indígenas do resto da sociedade nacional, e que lhes garante direitos diferenciados, essenciais à sobrevivência da comunidade. Justamente esse modo de vida peculiar é que a Constituição Federal chamou de tradicional. Por isso, buscou proteger o bem primeiro da comunidade, porquanto requisito essencial para a manutenção de sua visão de mundo, qual seja, o território.

É também nesse sentido que a Constituição Federal considera como terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, não apenas as destinadas a posse permanente, mas também as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos naturais necessários ao seu bem-estar, e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

No entanto, não se pode admitir o equívoco de entender o termo “tradicional” como sinônimo de “costume”, de forma a denotar uma prática reiterada, tampouco como o que seja antigo ou remoto. O termo “tradicional” refere-se ao modo de ocupação da terra, e não ao sujeito que a ocupa.

Dessa forma, longe de ser estático, o modo de ocupação da terra está sujeito às contingências dos processos de territorialização. Segundo Almeida²¹:

20 ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terra de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livre”, “castanhais do povo”, faixinais e fundos de pasto**: terras tradicionalmente ocupadas. Alfredo Wagner Berno de Almeida. 2. ed, Manaus: PGSCA-UFAM, 2008, p.118.

21 ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terra de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livre”, “castanhais do povo”, faixinais e fundos de pasto**: terras tradicionalmente ocupadas. Alfredo Wagner Berno de Almeida. 2. ed, Manaus: PGSCA-UFAM, 2008, p.118 e 119.

O processo de territorialização é resultante de uma conjunção de fatores, que envolvem a capacidade mobilizatória, em torno de uma política de identidade, e um certo jogo de forças em que os agentes sociais, através de suas expressões organizadas, travam lutas e reivindicam direitos face ao Estado. As relações comunitárias neste processo também se encontram em transformação, descrevendo a passagem de uma unidade afetiva para uma unidade de política de mobilização ou de existência atomizada para uma existência coletiva. A chamada “comunidade tradicional” se constitui nesta passagem. O significado de “tradicional” mostra-se, deste modo, dinâmico e como um fato do presente, rompendo com a visão essencialista e de fixidez de um território, explicado principalmente por fatores históricos ou pelo quadro natural, como se a cada bioma correspondesse necessariamente uma certa identidade.

Inegável, portanto, que os processos de construção de um território de pertencimento sejam dinâmicos e sujeitos às contingências. Da mesma forma, o direito de manutenção de um modo de vida peculiar não leva a existência de institutos estáticos, pois esse modo de ocupação tradicional é construído permanentemente pelos próprios agentes.

Porque tem o direito de preservar seus traços culturais, não podem os indígenas permanecer inertes no tempo e no espaço, como se sujeitos estáticos fossem. Ao contrário, são as relações estabelecidas, seja entre os membros de uma comunidade, seja com a sociedade envolvente, que definem o grupo.

Nesse sentido, Barth²² sustenta que os grupos se distinguem pelos seus traços distintivos, os quais surgem a partir da interação com os demais grupos, e não pelo isolamento. Assim, a consciência da alteridade é elemento-chave para o nascimento de uma consciência coletiva, definidora de valores e características comuns.

Desse modo, os grupos não são distinguidos, necessariamente, pela ocupação de territórios exclusivos, mas pelas fronteiras sociais, culturais e geográficas que, quando associadas, criam um espaço de interação e, conseqüentemente, um campo de autoafirmação do grupo.²³

Em outras palavras, são as relações que definem a base de ocupação territorial, e não o contrário. Com efeito, tendo em vista que as relações demandam processos dinâmicos e constantes, também o modo de ocupação tradicional é dinâmico. Daí porque a demarcação de uma terra indígena, ao tempo em que garante o usufruto de um espaço exclusivo, também leva ao inevitável efeito de confinar a comunidade e limitar o campo de interação.

22 BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. In: **Teorias da etnicidade**. Tradução: Élcio Fernandes. UNESP, 1997.

23 BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. In: **Teorias da etnicidade**. Tradução: Élcio Fernandes. UNESP, 1997.

Seguindo esse raciocínio, os limites da ocupação tradicional nem sempre coincidirão com os pontos geograficamente definidos pelos marcos e placas estabelecidos na demarcação física, pois a noção de território está em constante construção pela própria comunidade.

Veja-se que, até que a demarcação da terra indígena seja homologada, o que já se logrou demonstrar custar anos, as relações construídas a partir do modo de ocupação tradicional sofreram mudanças inevitáveis. Portanto, a partir desse ponto de vista, a vedação à ampliação de terras indígenas já demarcadas é inadmissível.

A interpretação jurídica que se deu à hipótese parte do sentido contrário do processo de territorialização, pois impõe uma fronteira geográfica estática a um modo de ocupação que é dinâmico.

Dessa forma, não apenas o processo de demarcação, seus trâmites e suas formalidades, mas também a compreensão jurídica da questão, deve partir do que a própria Constituição quis proteger, ao chamar de “tradicional”, sob pena de a segurança jurídica, acessório do processo, se sobrepor à própria finalidade da demarcação das terras indígenas.

6. CONCLUSÃO

Sob o prisma jurídico, as terras indígenas são espaços constitucionalmente reservados ao uso exclusivo dos povos indígenas, que podem utilizá-los, bem como os recursos naturais neles existentes, para manutenção de seus modos de vida diferenciados. Por essa razão, esses espaços devem ser demarcados por meio de procedimento próprio, garantida a participação dos interessados e, uma vez concluído o processo, as terras indígenas somente podem ser ampliadas em caso de erro insanável ocorrido nesse procedimento.

Para o índio, a terra é um ente dotado de significado próprio, com o qual, não só ele, mas também a comunidade, estabelece uma relação cheia de simbologia e valores peculiares, inerentes ao modo de vida de um povo, modo de vida este que depende da manutenção dessa relação com a terra que, por tão especial, quis-se chamar “tradicional”.

A ocupação tradicional, porém, embora possa advir de práticas milenares, está longe de ser algo obsoleto ou estático. Isso porque os processos de territorialização são constantes e estão em permanente construção pela comunidade, o que faz com que os elementos dessa relação especial com a terra sejam constantemente ressignificados.

Com efeito, limitar um modo de ocupação que é, na sua essência, dinâmico, a uma fronteira geográfica estática, estabelecida no processo de demarcação, afigura-se inconcebível. E mais, vedar a revisão desses limites físicos, de modo a compatibilizá-los à relação com a terra, significa limitar a reprodução de um modo de vida especial, e condenar as comunidades à estagnação, no tempo e no espaço.

Portanto, não basta a constitucionalização formal, é preciso adequar a proteção dos territórios tradicionais à concepção das próprias comunidades indígenas, à luz dessa relação com a terra, de forma que a compreensão jurídica da questão parta, afinal, dos destinatários da norma, caso contrário seguirá inócua.

REFERÊNCIAS

AGU. Portaria nº 303, de 16 de julho de 2012. Dispõe sobre as salvaguardas institucionais às terras indígenas conforme entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal na Petição 3388 RR.

AGU. Portaria nº 415, de 17 de setembro de 2012. Altera o disposto no art. 6º da Portaria nº 303, de 16 de julho de 2012 e revoga a Portaria nº 308 de 25 de julho de 2012.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terra de quilombo, terras indígenas, “babaquais livre”, “castanhais do povo”, faixinais e fundos de pasto**: terras tradicionalmente ocupadas. Alfredo Wagner Berno de Almeida. 2. ed, Manaus: PGSCA-UFAM, 2008.

BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. In: **Teorias da etnicidade**. Tradução: Élcio Fernandes. UNESP, 1997.

BRASIL. Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/LIM/LIM601.htm>. Acessado em 12 mai. 2014.

CUNHA, Manoela Carneiro da. **Os direitos do índio**: Ensaio e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Terras indígenas: a luta judicial pelo direito. In: **Conflitos de direitos sobre as terras Guarani Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul**, Conselho Indigenista Missionário Regional Mato Grosso do Sul, Comissão Pró-Índio de São Paulo, Procuradoria Regional da República da 3ª Região [Orgs.]. São Paulo: Palas Athena, 2000.

MOTA, Carolina; GALAFASSI, Bianca. **A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol**: processo administrativo e conflitos judiciais. Acesso em 10 de Setembro de 2013, disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/565_Artigo_Carolina%20Mota_Bianca%20Galafassi.Pdf>. Acessado em 27 maio 2014.

PORTUGAL. Alvará de 1º de abril de 1680. In: Lei de 6 de junho de 1755. Para se restituir aos índios do Pará e Maranhão a liberdade de suas pessoas e bens. Disponível em: <<http://www.iuslusionariae.fch.unl.pt>>. Acessado em 12 maio 2014.

SANTOS, Sílvio Coelho dos. Direitos Humanos e os direitos dos povos indígenas no Brasil. In: **Ilha – Revista de Antropologia / UFSC**. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. V. 7, números 1 e 2 (2005) – Florianópolis: UFSC/PPGAS, 2005.

Seção Judiciária do Estado do Amazonas. 1ª Vara. Juíza Federal Jaiza Maria Pinto Fraxe. Ação Civil Pública nº 6772-60.2013.4.01.3200. Julgado em 14 mai. 2013.

STF. Tribunal Pleno. Súmula nº 473. DJ de 10/12/1969, p.5929. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>> Acesso em 26 mai. 2014.

STF. Ministro Marco Aurélio. Rcl 14473 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 21/09/2012. In: DJe-190 27/09/2012.

STF. Ministra Rosa Weber. MS 31901 MC, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 11/03/2014. In: DJe-051 17/03/2014.

STF, Tribunal Pleno, 2013. Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009. In: DJe-181 25/09/2009.

STF. Ministro Gilmar Mendes. Voto no julgamento da Petição nº 3388. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009. In: DJe-181 25/09/2009.

STF. Tribunal Pleno. Pet 3388 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2013. In: DJe-023 04/02/2014.

A NATUREZA COMO SUJEITO DE DIREITOS: A PROTEÇÃO DO RIO XINGU EM FACE DA CONSTRUÇÃO DA UHE DE BELO MONTE

*Felício de Araújo Pontes¹
Lucivaldo Vasconcelos Barros²*

Resumo: O artigo analisa as várias questões a serem enfrentadas pelo direito no processo de reconhecimento da natureza como sujeito de direitos. Essas questões se fazem presente nas ações judiciais referentes aos conflitos territoriais e ambientais suscitados pela construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, no Rio Xingu.

Palavras-chave: Proteção jurídica da natureza. Sujeito de direitos. Decisões judiciais. Usina Hidrelétrica do Rio Xingu.

1. O DIREITO DA NATUREZA

Quando os primeiros abolicionistas brasileiros do século XVIII proclamaram os escravos como sujeitos de direitos, foram ridicularizados. No mesmo sentido foram hostilizados, por exemplo, os defensores do sufrágio universal, já no século XX, ao lutar pela paridade de direitos no processo eleitoral, exigindo o voto para a mulher ou para os que eram hipossuficientes do ponto de vista financeiro. Foram tantas as lutas e conquistas, tendo elas ocorridas em várias dimensões da vida humana.

Na relação de trabalho, a qualidade de vida dos operários, o descanso, o direito de trabalhar apenas 44 horas semanais, maior atenção ao fator psicológico e a valorização da pessoa como ser intimamente ligado com o seu ambiente, eram questões distantes da pauta da responsabilidade social das empresas e instituições.

1 Membro do Ministério Público Federal no Brasil (MPF). Procurador da República na Procuradoria da República no Estado do Pará (PR-PA). Autor de várias Ações Cíveis Públicas (ACPs) em favor do Meio Ambiente no caso de Belo Monte. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Exerceu a docência na Universidade da Amazônia (UNAMA).

2 Professor adjunto e pesquisador da Universidade Federal do Pará (UFPA). Doutor em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília (UnB). Analista do Ministério Público da União (MPU) – especialidade Biblioteconomia. Assessor Especial de Estudos e Pesquisa Jurídica da Procuradoria da República no Estado do Pará (PR-PA). Bacharel em Direito pela Universidade da Amazônia (UNAMA) e em Biblioteconomia pela UFPA.

Até pouco tempo, no campo dos direitos dos seres não humanos, era impossível imaginar que esses animais poderiam alcançar um nível relativamente alto de proteção jurídica, como os que presenciamos hoje.

Em todos os casos, a sociedade obteve incalculáveis ganhos, não apenas para o ser humano, mas para o conjunto dos seres que compõem o universo vivo e não vivo, numa relação simbiótica de interdependência.

Agora a humanidade caminha para o reconhecimento da natureza como sujeito de direitos. A visão antropocêntrica utilitária está superada, significando dizer que os humanos não podem mais submeter os recursos da natureza a uma exploração ilimitada.

Se a consciência humanitária permitir, haverá um dia nesse século XXI em que os livros escolares esculpirão em suas páginas que o ar puro deixou de ser *res nullius*, para tornar *res omnium*.

É o que hoje preleciona Leite e Ayala³, ao desconstruir a visão antropocêntrica, quando o homem tratava o ar puro como coisa de ninguém (*res nullius*). Esse ponto de vista está superado, hoje este bem é considerado coisa de todos (*res omnium*). Para esses autores:

“a ideia do passado, enraizada entre nós, de que o homem domina e submete a natureza à exploração ilimitada, perdeu seu fundamento [...]. A tendência atual é evoluir-se em um panorama menos antropocêntrico, em que a proteção da natureza, pelos valores que representa em si mesma, mereça um substancial incremento [...]. Hoje a defesa do meio ambiente está relacionada a um interesse intergeracional e com necessidade de um desenvolvimento sustentável, destinado a preservar os recursos naturais para as gerações futuras, fazendo com que a proteção antropocêntrica do passado perca fôlego, pois está em jogo não apenas o interesse da geração atual”⁴

Na mesma linha de orientação, Furtado⁵ expõe que a velha doutrina antropocêntrica, de caráter e interesse utilitário, pode ser sintetizada como uma visão relacional do homem com a natureza que “nega o valor intrínseco do meio ambiente e dos recursos naturais, o que resulta na criação de uma hierarquia na qual a humanidade detém posição de superioridade, acima e separada dos demais membros da comunidade natural”.

3 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinariedade do direito ambiental e sua equidade intergeracional. **Revista de direito ambiental**, v. 6, n. 2, p. 62-80, abr./jun. 2001.

4 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinariedade do direito ambiental e sua equidade intergeracional. **Revista de direito ambiental**, v. 6, n. 22, p. 62-80, abr./jun. 2001, p. 67.

5 FURTADO, Fernanda Andrade Mattar. **Concepções éticas da proteção ambiental**. Direito Público, n. 3, p. 150-160, jan./mar. 2004, p. 151.

Para Bosselmann⁶, a visão antropocêntrica utilitária do direito ambiental subjugava todas as outras necessidades, interesses e valores da natureza em favor daqueles relativos à humanidade. As vítimas da degradação, em última instância, serão sempre os seres humanos e não o meio ambiente⁷.

Se a sociedade insistir nesse caráter utilitário, o meio ambiente se virá privado de uma proteção direta e independente. E para uma proteção ambiental integral e efetiva é necessário assegurar direitos fundamentais às vidas de todos os seres e conseqüentemente assegurar saúde e qualidade para essas vidas, como fatores determinantes para o próprio bem-estar humano e de outros seres, já que a natureza possui valor intrínseco, não apenas instrumental.

Era natural que a visão antropocêntrica utilitária transitasse para o antropocentrismo alargado ou moderado. Essa nova doutrina, portanto, surgiu da ameaça causada pela exploração irracional da natureza. Hoje, todos os povos e espécies vivas já sentem as conseqüências ambientais dessa exploração. A vertente antropocêntrica utilitária colocou em risco a própria humanidade, daí a necessidade de impor limitações éticas e ecológicas à ação humana.

No dizer de McCormick⁸, a compreensão sobre o ambiente natural emergiu de pesquisas concebidas nos séculos XVIII e XIX, afetando profundamente a visão do homem quanto a seu lugar na Natureza. O domínio sobre o meio ambiente era visto como essencial para o progresso e para sobrevivência da raça humana. Mas uma “consciência biocêntrica” foi surgindo gradualmente, reforçando o restabelecimento do sentido de inter-relação entre o homem e a natureza e a aceitação de uma responsabilidade moral voltada à proteção ambiental contra os abusos.

Nesse sentido, a obra do naturalista britânico Charles Robert Darwin forneceu um estímulo importante para esse ponto de vista. A evolução sugeria que o homem era parte integrante de todas as outras espécies e que, por sua própria conta e risco, se havia distanciado da Natureza.

6 BOSELDMANN, Klaus. Human rights and the environment: the search for common ground. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 35-52, jul./set. 2001, p. 42.

7 Tradução livre do texto: “An environmental right thus subjugates all other needs, interest and values of nature, to those of humanity. Finally, humans are the beneficiaries of any relief for infringement of the right. There is no guarantee of its utilization for benefit of the environment. Nor is there any recognition of nature as the victim of degradation”.

8 MCCORMICK, John. **Rumo ao paraíso**: a história do movimento ambientalista. Tradução de Marco Antônio Esteves da Rocha e Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

Trata-se, como afirma Furtado⁹ da conciliação entre os direitos humanos e os direitos da Natureza. Assim, diz a autora:

“a Natureza perde seu caráter instrumental, todos os seres vivos possuem valor próprio, que não podem ser mesurados de acordo com sua utilidade para as aspirações humanas. Da mesma forma, a biodiversidade também deve ser valorada por ela mesma, e não apenas por contribuir para o bem-estar humano [...]. Em termos econômicos, as restrições ao desenvolvimento com base no meio ambiente é a matriz básica. Os bens e serviços a serem produzidos devem ser apenas aqueles necessários para a sociedade, o parâmetro não deve ser a rentabilidade, e a eficiência econômica deve ser medida pelo grau de afetação aos recursos naturais”.

Nash, Fox e Serres *apud* Diegues¹⁰ também advogaram a tese de que tudo que há no mundo natural, independentemente da utilidade dada pelo homem, deve ter iguais direitos.

Da mesma forma, na obra intitulada “Contrato Natural”, Serres *apud* Cartaxo de Arruda¹¹ lembra exaustivamente sobre a importância da Natureza para os seres vivos ao poetizar que a bordo de um navio “reina uma só lei não escrita, essa cortesia divina que define o marinheiro, contrato de não agressão, pacto entre os navegantes, entregues à sua fragilidade, sob a constante ameaça do oceano que, com sua força, vigia inerte, mas formidável a paz”.

Como vislumbrou o filósofo Michel Serres, em sua renomada obra, o mundo atual precisa de uma sociedade que leve em consideração a Natureza, como um mecanismo de garantia da sustentabilidade da vida. Agora, é preciso não apenas um contrato social na forma como foi concebido por Rousseau, mas um “contrato natural” que resgate a solidariedade e a relação homem *versus* Natureza. Para o pensador francês, a economia deve se preocupar com o meio ambiente de forma sustentável, pois é da Natureza que advém os insumos para sustentar o moderno modo de vida.

Também é esse o sentimento de Polany¹², ao afirmar que a Terra e as instituições humanas estão entrelaçadas. Para ele, do ponto de vista da economia de mercado essa

9 FURTADO, Fernanda Andrade Mattar. Concepções éticas da proteção ambiental. **Direito Público**, n. 3, p. 150-160, jan./mar. 2004, 152.

10 DIEGUES, Antonio Carlos. **O mito moderno da natureza intocada**. São Paulo: Hucitec, 1996, p.35.

11 ARRUDA, Geovana Maria Cartaxo De. A participação pública na defesa do meio ambiente: implementação de um desenvolvimento sustentável. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 2., 1997, São Paulo. **Anais ...** São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 1997. p. 240.

12 POLANY, Karl. Mercado e natureza. **A grande transformação: as origens de nossa época**. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

separação talvez até seja possível, mas a função econômica é apenas uma entre as muitas funções da Terra.

Na história do ambientalismo muitos países prestaram a sua contribuição para o debate acerca dos grandes problemas ambientais. Mesmo em épocas de efervescência da produção e do consumo exacerbado, num período pré e pós-industrial, é possível identificar alguns avanços jurídicos no campo da proteção da Natureza.

De acordo com McCormick¹³, em 1273, a Grã-Bretanha aprovou o primeiro instrumento de legislação antipoluição do mundo, proibindo a queima de carvão mineral. Em período mais recente da história, em 1956, esse país tornou-se a primeira nação industrializada importante a aprovar uma Lei do Ar Limpo.

Não se está aqui defendendo uma mudança radical para o ecocentrismo profundo (*deep ecology*). A humanidade continuará sendo considerada, pois apenas o ser humano é capaz de reconhecer e respeitar a moralidade. Agora o homem não atuará mais como o centro da biosfera, como na visão anterior, apenas como um dos seres integrantes e importantes dessa relação.

É claro, como diz Furtado¹⁴ que “a proteção ambiental não pode escapar de um mínimo de antropocentrismo”, mas a grande questão está na inclusão do meio ambiente no código moral, gerando deveres de proteção ambiental para todos.

De acordo com Shelton *apud* Bosselmann¹⁵, “os seres humanos não são membros separados do Universo. Antes, são participantes interligados e interdependentes com a missão de proteger e conservar todos os elementos da natureza, sejam conhecidos ou não seus benefícios ou atual utilidade econômica. Essa finalidade antropocêntrica deve ser diferenciada do utilitarismo”¹⁶.

A primeira vez que a tese sobre os “direitos da Natureza” foi levantada remonta ao ano de 1972, quando foi publicado o artigo “*Should Trees Have Standing?*”, do professor Christopher Stone. Desde então, intensificaram-se debates entre juristas, teólogos, filósofos, sociólogos no sentido de admitir a Natureza como sujeito de direitos.

13 MCCORMICK, John. **Rumo ao paraíso: a história do movimento ambientalista**. Tradução de Marco Antônio Esteves da Rocha e Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

14 FURTADO, Fernanda Andrade Mattar. Concepções éticas da proteção ambiental. **Direito Público**, n. 3, p. 150-160, jan./mar. 2004, p. 155.

15 BOSSELMANN, Klaus. Human rights and the environment: the search for common ground. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 35-52, jul./set. 2001, p. 43.

16 Tradução livre do texto: “[H]umans are not separable members of the universe. Rather, humans are interlinked and interdependent participants with duties to protect and conserve all elements of nature, whether or not they have known benefits or current economic utility. This anthropocentric purpose should be distinguished from utilitarianism”.

Hoje, o reconhecimento e a influência da publicação se encontram estampados em diversas legislações municipais do Estado da Pensilvânia, nos Estados Unidos, até a Convenção sobre a Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro em 1992 e promulgada no Brasil pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998.

Na Constituição do Equador também é possível encontrar identificadores desses elementos, quando declara em seu artigo 71 que “a Natureza ou Pacha Mama, onde se reproduz e realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos”.

Diz ainda a Carta Equatoriana que “toda pessoa, comunidade, povo ou nacionalidade poderá exigir à autoridade pública o cumprimento dos direitos da Natureza”.

Ao comentar tal dispositivo constitucional, Acosta¹⁷ assim o faz:

“[...] nos direitos da Natureza o centro está posto na Natureza, que inclui, certamente, o ser humano. A Natureza vale por si mesma, independentemente da utilidade ou dos usos que o ser humano fizer dela. E isto que representa uma visão biocêntrica. Estes direitos não defendem uma Natureza intocada, que nos leve, por exemplo, a deixar de fazer plantações, pesca ou pecuária. Estes direitos defendem a manutenção dos sistemas de vida, os conjuntos de vida. Sua atenção se fixa nos ecossistemas, nas coletividades, não nos indivíduos. Pode-se comer carne, peixes e grãos, por exemplo, enquanto se assegure que haja ecossistemas funcionando com suas espécies nativas”.

E Gudynas arremata: “A nova Constituição reconheceu pela primeira vez os direitos da Natureza, definidos como o ‘direito em que se respeita integralmente sua existência, manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos’ (art. 71)3. É a primeira vez que se inclui esta perspectiva em um texto constitucional, pelo menos no hemisfério ocidental^{18”}.

2. A UHE DE BELO MONTE E SEUS IMPACTOS NA VOLTA GRANDE DO XINGU

A Usina Hidrelétrica de Belo Monte (UHE) atingirá de maneira especial a Volta Grande do Xingu, que possui área de 622 Km². Em um trecho de 100 km de extensão a vazão do rio

17 ACOSTA, Alberto. Por uma Declaração Universal dos Direitos da Natureza. Reflexões para a ação. **Ecodebate:** cidadania & meio ambiente, Rio de Janeiro, mar. 2011.

18 Tradução livre do texto: “La nueva Constitución reconoció por primera vez los derechos de la Naturaleza, definidos como el ‘derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos’ (artículo 71)3. Es la primera vez que se incluye esta perspectiva en un texto constitucional, al menos en el hemisferio occidental”.

vai diminuir drasticamente, ficando o ano inteiro nos níveis de forte estiagem, isso sem falar dos impactos causados às populações locais, como os milhares de ribeirinhos e indígenas que vivem na região. Tudo porque o barramento principal desviará o curso natural do Xingu em 100 km.

Como se sabe, os empreendimentos ambientais de grande porte deixam rastros negativos ao meio ambiente que se esvaem no espaço e se perdem no tempo. Em sua grande maioria, isso ocorre porque os responsáveis por essas atividades não conseguem dimensionar as relações existentes entre homem e natureza. Uma dessas consequências, por exemplo, é a extinção de animais, cuja relação para o equilíbrio da Natureza é de extrema relevância.

Estima-se que, no Brasil, em termos de espécies de animais, há ainda um admirável mundo desconhecido presente em nossa biodiversidade. Uma parte desses animais foi extinta sem sequer ter sido catalogada ou estudada.

Não raro, essa perda se observa com frequência nos grandes empreendimentos hidrelétricos. Segundo Ziober e Zanirato¹⁹, durante a concepção dessas obras, o pragmatismo das ações esvazia supostas preocupações ambientais. Mesmo com um inventário cuidadoso supõe-se haver perdas de espécies já conhecidas, bem como daquelas desconhecidas, ou até mesmo das que podem ter sido extintas sem que tenha havido tempo e interesse em seu conhecimento.

A Volta Grande do Xingu é considerada de “importância biológica extremamente alta” pelo Ministério do Meio Ambiente, conforme dispõe a Portaria n.º 9, de 23 de janeiro de 2007, do Ministério do Meio Ambiente (MMA). A causa para tanto é a singularidade, por haver espécies de peixes, por exemplo, somente encontradas nessa área.

O santuário do Rio Xingu possui cavernas que abrigam animais endêmicos de uma única e singular cavidade. Quanto às aves, nela se encontram 45 das espécies que foram tidas como extintas na região da Usina Hidrelétrica (UHE) de Tucuruí. Essa central hidrelétrica no Rio Tocantins, no município de Tucuruí, Estado do Pará, foi construída em 1984, portanto, antes da Constituição Federal de 1988, quando não havia nem sequer limitação ambiental para esse tipo de empreendimento ambiental e quando o Brasil e o mundo ainda não haviam despertado para o agir ético-ecológico.

Para Ziober e Zanirato²⁰, a construção da Hidrelétrica de Itaipu pelo Brasil e Paraguai, no período de 1975 a 1982, favoreceu o desaparecimento da flora e fauna na Mata Atlântica.

19 ZIOBER, Beatriz Ramalho; ZANIRATO, Sílvia Helena. Ações para a salvaguarda da biodiversidade na construção da Usina Hidrelétrica Itaipu binacional. **Ambiente & sociedade**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 59-78, jan./mar. 2014, p. 71.

20 ZIOBER, Beatriz Ramalho; ZANIRATO, Sílvia Helena. Ações para a salvaguarda da biodiversidade na construção da Usina Hidrelétrica Itaipu binacional. **Ambiente & sociedade**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 59-78, jan./mar. 2014, p. 59.

Ali, a intervenção humana provocou a formação de um reservatório de 1350km², a eliminação de quedas d'água, saltos e corredeiras, assim como a inundação de florestas e áreas agrícolas, cujos impactos ainda não foram suficientemente avaliados.

No que se refere à ictiofauna de Volta Grande do Xingu, o desastre está anunciado. O ecossistema possui centenas de espécies de peixes, alguns deles endêmicos. Daí seu reconhecimento de “importância biológica extremamente alta” pelo MMMA. Ao tratar do problema, os cientistas assim lecionam:

Esse trecho [VGX] do rio Xingu é formado por uma série de canais anastomosados, corredeiras e habitats únicos que terão sua funcionalidade perdida. A vazão reduzida irá provocar a mortandade de milhões de peixes ao longo dos 100 km ou mais da Grande Volta e não há medida a ser tomada que mitigue ou sequer compense este impacto. Conclusões comprometidas: apenas com base no caráter irreversível do impacto sobre a ictiofauna no Trecho de Vazão Reduzida (TVR) a conclusão técnica que deveria ser formalizada no EIA é de que o empreendimento hidrelétrico de Belo Monte, do ponto de vista da ictiofauna é tecnicamente inviável, visto que irá destruir uma grande extensão de ambientes de corredeiras tanto no TVR quanto na área do lago. Não existe compensação ambiental à altura desses impactos sobre a ictiofauna. Esta conclusão não é apresentada em nenhum momento no EIA Ictiofauna e demonstra que os impactos foram mencionados, mas não foram dimensionados na sua realidade e irreversibilidade.²¹

O fato se reveste de gravidade ainda maior ao se constatar que o acari-zebra (*Hypancistrus zebra*) e pacu-capivara (*Ossubtusxinguense*), “são registradas apenas na área da Volta Grande no rio Xingu e em nenhum outro lugar do planeta. Estas espécies constam da Lista de Espécies Ameaçadas de Extinção do Brasil”²², publicada na Instrução Normativa do Ministério do Meio Ambiente n. 5, de 21 de maio de 2004, na Lista Nacional de Invertebrados Aquáticos e Peixes Ameaçados de Extinção.

Sobre os quelônios, seu desaparecimento na VGX é certo. A vazão reduzida levará ao extermínio das principais áreas de alimentação:

21 CUNHA, Janice Muriel et al. Avaliação do EIA-RIMA: ictiofauna. In: SANTOS, Sônia Maria Simões Barbosa Magalhães; MORAL HERNANDEZ, Francisco Del (Org.). **Painel dos especialistas**: Análise crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte. Belém: ISA, 2009. p. 148-159.

22 CUNHA, Janice Muriel et al. Avaliação do EIA-RIMA: ictiofauna. In: SANTOS, Sônia Maria Simões Barbosa Magalhães; MORAL HERNANDEZ, Francisco Del (Org.). **Painel dos especialistas**: Análise crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte. Belém: ISA, 2009. p. 150.

Uma vazão adequada é capaz de inundar as florestas aluviais, possibilitando aos animais entrarem na floresta para se alimentar, é fundamental para garantir a estabilidade das populações dos quelônios, já que esta é sua principal estratégia de vida. Com a redução da vazão na volta grande do Xingu, é esperado que os animais fiquem confinados permanentemente na calha do rio, nos mesmos ambientes que utilizam durante o verão. Nessas condições, a viabilidade das populações ali isoladas fica comprometida pela falta de alimento, restando aos animais alimentarem-se do que estará disponível no substrato, de neustofagia (detritos que flutuam na superfície) e de animais mortos. Também deverá ocorrer uma maior pressão de captura desses animais semiconfinados, por parte das populações humanas que vivem, pescam ou caçam na região. Pior é que isso deverá ocorrer durante todo período do ano e não somente no verão, como sucede em condições normais²³.

Quanto à espeleologia, no mínimo, três das grandes cavernas serão inundadas, levando à extinção de espécies endêmicas. A perda do equilíbrio ecológico levará ao:

aumento da incidência de insetos que se alimentam de sangue humano em diferentes partes do reservatório e da área de vazão reduzida [...]. Experiências anteriores, como a Hidrelétrica de Tucuruí, resultaram explosões das populações de insetos vetores de doenças - em algumas populações a malária atingia mais de uma a cada quatro pessoas, chegava-se a experimentar 500 picadas por hora, alguns dos insetos nascidos no reservatório eram encontrados a 12 km no mesmo²⁴.

Como demonstra Fearnside²⁵ as “hidrelétricas emitem metano, um gás de efeito estufa com 25 vezes mais impacto sobre o aquecimento global por tonelada de gás do que o gás carbônico”. Portanto, a geração de energia hidrelétrica em si não pode jamais ser considerada limpa.

Pode-se concluir, portanto, que haverá a morte de parte considerável da biodiversidade que compõe o ecossistema conhecido como Volta Grande do Xingu. Além

23 SANTOS, Sônia Maria Simões Barbosa Magalhães; MORAL HERNANDEZ, Francisco Del (Org.). **Painel dos especialistas:** Análise crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte. Belém: ISA, 2009. p. 162

24 MEDEIROS, Hermes Fonseca de. Avaliação de impactos do projeto de Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte sobre a vida selvagem, incluindo implicações socioeconômicas. In: SANTOS, Sônia Maria Simões Barbosa Magalhães; MORAL HERNANDEZ, Francisco Del (Org.). **Painel dos especialistas:** Análise crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte. Belém: ISA, 2009. p. 181.

25 FEARNSIDE, Philip M. O novo EIA-RIMA da Hidrelétrica de Belo Monte: justificativas goela abaixo. In: SANTOS, Sônia Maria Simões Barbosa Magalhães; MORAL HERNANDEZ, Francisco Del (Org.). **Painel dos especialistas:** Análise crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte. Belém: ISA, 2009, p. 110.

disso, essa intervenção humana causará radical mudança no modo de vida dos povos que a habitam, especialmente os povos indígenas, que serão removidos de seu território.

Como se vê, os impactos causados por construções de usinas hidrelétricas contribuem de maneira significativa no desaparecimento de espécies que habitam o entorno desses empreendimentos. E isso é apenas um exemplo do que elas podem causar.

Na lição de Wilson²⁶ a importância da biodiversidade para o futuro da vida no planeta é extrema, e desaponta:

à medida que os habitats encolhem, as espécies diminuem de extensão e abundância no mundo inteiro. Descem toda a escala da Lista Vermelha e a grande maioria desaparece sem ser notada. Sendo distraídos e egoístas, como é nossa natureza, ainda não compreendemos perfeitamente o que estamos fazendo. As futuras gerações, porém, dispondo de muito tempo para refletir, compreenderão perfeitamente o que aconteceu, com todos os detalhes dolorosos. Quanto maior o entendimento, maior a sensação de perda.

De Itaipu, passando por Tucuruí até Belo Monte, são inúmeras as lembranças e as marcas históricas deixadas pelo modelo energético brasileiro. Por essa razão, nunca é demais o respeito e o cuidado especial com os seres desses habitats, como princípio norteador da responsabilidade socioambiental a ser zelado e compartilhado por toda sociedade.

3. A VOLTA GRANDE DO RIO XINGU COMO SUJEITO DE DIREITO

A aplicação do direito da Natureza não se coaduna com a destruição do ecossistema da Volta Grande do Rio Xingu, levando à extinção de espécies já ameaçadas ou endêmicas, algumas nem sequer catalogadas, identificadas, conhecidas ou estudadas pela Ciência.

Mas, nada disso deve parecer estranho ao profissional do Direito no Brasil. A legislação pátria já vem decretando o fim do antropocentrismo utilitário há tempos. Prova disso é o art. 225, § 1º, VII, da Carta de 1988, ao dispor expressamente sobre o dever do Estado e da coletividade em proteger a fauna e a flora. Tal dispositivo informa que para assegurar a efetividade desse direito incumbe ao Poder Público “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção das espécies ou submetam os animais a crueldade”.

26 WILSON, Edward Osborne. **O futuro da vida**: um estudo da biosfera para a proteção de todas as espécies, inclusive a humana. Tradução de Ronaldo Sérgio de Biasi. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 125.

A Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, ao instituir a Política Nacional do Meio Ambiente, considerou o meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3º, inc. I) e também impedidora ou pelo menos mitigadora da construção da UHE Belo Monte.

No plano internacional, merece destaque a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada pela UNESCO, em 15 de outubro de 1978, defendendo que todos os animais nascem iguais perante a vida e têm os mesmos direitos à existência. Em síntese, o texto destaca:

- cada animal é detentor de direitos;
- o desconhecimento e o desprezo destes direitos têm levado e continuam a levar o homem a cometer crimes contra os animais e contra a natureza;
- o reconhecimento pela espécie humana do direito à existência das outras espécies animais constitui o fundamento da coexistência das outras espécies no mundo;
- os genocídios são perpetrados pelo homem e há o perigo de continuar a perpetrar outros;
- todo o animal pertencente a uma espécie selvagem tem o direito de viver livre no seu próprio ambiente natural, terrestre, aéreo ou aquático e tem o direito de se reproduzir;
- todo o animal pertencente a uma espécie que viva tradicionalmente no meio ambiente do homem tem o direito de viver e de crescer ao ritmo e nas condições de vida e de liberdade que são próprios da sua espécie;
- toda a modificação deste ritmo ou destas condições que forem impostas pelo homem com fins mercantis é contrária a este direito.

No mesmo sentido é a multicitada Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizado no Rio de Janeiro (ECO-92), ocasião em que foi elaborada a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB). Essa Convenção foi promulgada pelo Decreto n.º 2.519/1998. Com a Convenção, o Brasil obriga-se a implementar medidas técnicas, jurídicas e políticas para levar a efeito o pacto central, a saber:

Artigo 8º - Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso:

a) Estabelecer um sistema de áreas protegidas ou áreas onde medidas especiais precisem ser tomadas para conservar a diversidade biológica;

b) Desenvolver, se necessário, diretrizes para a seleção, estabelecimento e administração de áreas protegidas ou áreas onde medidas especiais precisem ser tomadas para conservar a diversidade biológica;

c) *Regulamentar ou administrar recursos biológicos importantes para a conservação da diversidade biológica, dentro ou fora de áreas protegidas, a fim de assegurar sua conservação e utilização sustentável;*

d) *Promover a proteção de ecossistemas, habitats naturais e manutenção de populações viáveis de espécies em seu meio natural;*

e) *Promover o desenvolvimento sustentável e ambientalmente sadio em áreas adjacentes as áreas protegidas a fim de reforçar a proteção dessas áreas;*

[...]

g) *Estabelecer ou manter meios para regulamentar, administrar ou controlar os riscos associados a utilização e liberação de organismos vivos modificados resultantes da biotecnologia que provavelmente provoquem impacto ambiental negativo que possa afetar a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica, levando também em conta os riscos para a saúde humana;*

h) *Impedir que se introduzam, controlar ou erradicar espécies exóticas que ameacem os ecossistemas, habitats ou espécies;*

i) *Procurar proporcionar as condições necessárias para compatibilizar as utilizações atuais com a conservação da diversidade biológica e a utilização sustentável de seus componentes;*

j) *Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas;*

k) *Elaborar ou manter em vigor a legislação necessária e/ou outras disposições regulamentares para a proteção de espécies e populações ameaçadas.*

Portanto, o Brasil se obrigou a proteger os ecossistemas em risco. A Volta Grande do Xingu é um deles, tal como categorizada pelo órgão ambiental brasileiro.

Assim, a área foi destacada como merecedora de medidas especiais, como expõe dispositivo anteriormente transcrito (alínea “a”). Em conclusão, o projeto resultará na perda considerável da biodiversidade, inclusive com a extinção de espécies.

De acordo o Parecer Técnico Ibama n. 65/2011, espécies como o *Couratari Guianenses* (Tauari) e a *Pouteria Macrocarpa* (Abiu-cutite) são consideradas vulneráveis na lista das espécies ameaçadas da International Union for Conservation of Nature (IUCN). A *Protion Giganteum* (Breu amarelo) é classificada em deficiência de dados pela Instrução Normativa/MMA n. 6, de 23 de setembro de 2008, e vulnerável pelo Decreto paraense n. 802, de 20 de fevereiro de 2008. A *Lecythis laurida* (Jarana-folha-miúda) é classificada como dependente de conservação pela IUCN. A *Mezilaurus itauba* (Itaúba) é identificada como vulnerável

pela IUCN e pelo Decreto/PA n. 802/2008. Por fim, a *Vouacapoua Americana* (Acapu) é considerada criticamente ameaçada pela IUCN e com deficiência de dados pela IN/MMA n. 6/2008.

O Parecer Técnico analisa a solicitação de supressão de vegetação para ampliação do Sítio Pimental. O art. 1º estabelece que fica declarado de preservação permanente, de interesse comum e imune de corte a Castanheira (*Bertholletia Excelsa* H.&.B), no Estado do Pará, conforme o disposto nos artigos 1º, § 2º, II, 3º, 4º e 7º da Lei Federal n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965.

Ainda de acordo com o art. 2º da citada Lei, a supressão total ou parcial da Castanheira (*Bertholletia Excelsa* H.&.B) só será admitida mediante prévia e expressa autorização do órgão ambiental competente e do proprietário ou possuidor do imóvel, quando necessária à execução de obras, planos, atividades ou projetos de utilidade pública ou de relevante interesse social, bem como em caso de iminente perigo público ou comum ou outro motivo de interesse público.

No plano estadual, a Lei paraense n.º 6.462, de 4 de junho de 2002, que dispõe sobre a Política Estadual de Florestas e demais Formas de Vegetação, é enfática ao estabelecer em seu art. 33 que “fica proibido o corte e a comercialização sob qualquer hipótese da castanheira (*Bertholletia Excelsa*) e da seringueira (*Havea SPP*) em florestas nativas, primitivas ou regeneradas”.

Esse dispositivo foi modificado pela Lei Estadual n.º 6.895, de 1º de agosto de 2006, para permitir a supressão da castanheira em determinadas situações. Porém, a seringueira permaneceu com o corte proibido em qualquer circunstância.

Diante da legislação anunciada, não seria permitido juridicamente a supressão da vegetação para iniciar o UHE Belo Monte.

4. ELA, A NATUREZA, NA VISÃO DOS TRIBUNAIS

No Brasil, de acordo com Ferreira²⁷ “a defesa dos direitos da natureza foi apresentada pela primeira vez ao judiciário, na Ação Civil Pública, interposta pelo Ministério Público Federal do Pará (MPF/PA), no dia 17 de agosto de 2011, com pedido de paralisação das obras da hidrelétrica de Belo Monte, no rio Xingu”.

27 FERREIRA, Marcilene Aparecida. Pacha Mama: os direitos da natureza e o novo Constitucionalismo na América Latina. **Revista de Direito Brasileira**, v. 3, n. 4, p. 400-423, jan./abr. 2013, p.417.

A UHE Belo Monte encerra vários confrontos, a saber: a geração de energia hidrelétrica; os direitos indígenas; os direitos das populações tradicionais como os ribeirinhos; o interesse de empreiteiras; o direito ao crescimento econômico; os princípios de direito ambiental e o direito da natureza. A jurisprudência pátria já teve a oportunidade de enfrentar lides desse jaez neste século. E, é evidente, diante da necessidade de preservar a qualidade de vida neste Planeta para a presente geração e também as futuras, decidiu em prol dos princípios de direito ambiental.

Com efeito, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ), em memorável Recurso Especial (Resp. 588.022/SC - 2003/0159754-5), tendo como Relator o Ministro José Delgado, em julgado do dia 17 de fevereiro de 2004, via ação movida pelo MPF, em que se discutia impacto sobre a zona costeira e o mar territorial pela dragagem do Rio Itajai-Acu (SC), proclamou que:

O confronto entre o direito ao desenvolvimento e os princípios do direito ambiental deve receber solução em prol do último, haja vista a finalidade que este tem de preservar a qualidade da vida humana na face da terra. O seu objetivo central é proteger patrimônio pertencente as presentes e futuras gerações.

O respeitável Acórdão foi assim ementado:

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESASSOREAMENTO DO RIO ITAJAI-AÇU. LICENCIAMENTO. COMPETÊNCIA DO IBAMA. INTERESSE NACIONAL.

- 1. Existem atividades e obras que terão importância ao mesmo tempo para a Nação e para os Estados e, nesse caso, pode até haver duplicidade de licenciamento.*
- 2. O confronto entre o direito ao desenvolvimento e os princípios do direito ambiental deve receber solução em prol do último, haja vista a finalidade que este tem de preservar a qualidade da vida humana na face da terra. O seu objetivo central é proteger patrimônio pertencente às presentes e futuras gerações.*
- 3. Não merece relevo a discussão sobre ser o Rio Itajai-Acu estadual ou federal. A conservação do meio ambiente não se prende a situações geográficas ou referências históricas, extrapolando os limites impostos pelo homem. A natureza desconhece fronteiras políticas. Os bens ambientais são transnacionais. A preocupação que motiva a presente causa não é unicamente o rio, mas, principalmente, o mar territorial afetado. O impacto será considerável sobre o ecossistema marinho, o qual receberá milhões de toneladas de detritos.*
- 4. Está diretamente afetada pelas obras de dragagem do Rio Itajai-Acu toda a zona costeira e o mar territorial, impondo-se a participação do IBAMA e a necessidade de prévios EIA/RIMA. A atividade do órgão estadual, in casu, a FATMA, e supletiva. Somente o estudo e o acompanhamento aprofundado da questão, através dos órgãos ambientais públicos e privados, poderá aferir quais*

os contornos do impacto causado pelas dragagens no rio, pelo depósito dos detritos no mar, bem como, sobre as correntes marítimas, sobre a orla litorânea, sobre os mangues, sobre as praias, e, enfim, sobre o homem que vive e depende do rio, do mar e do mangue nessa região.

5. Recursos especiais improvidos.

Em determinado trecho do voto-condutor, está claro o acolhimento da nova doutrina que dota o Direito Ambiental de alargamento e eficácia, estabelecendo que esse ramo do Direito integra a terceira geração de direitos fundamentais, ao lado do direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e do direito de comunicação. A análise desses princípios e o alargamento dos seus efeitos permitem que, com base nas suas mensagens, possamos elencar que o Direito Ambiental tem as seguintes características:

- a) o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e um direito fundamental, com dimensões objetivas e subjetivas;*
- b) inexistem limites para o exercício do direito fundamental ao meio ambiente quando a sua aplicação está dirigida diretamente a alcançar os seus objetivos;*
- c) o confronto entre o direito ao desenvolvimento e os princípios do direito ambiental deve receber solução em prol do último, haja vista a finalidade que este tem de preservar a qualidade da vida humana na face da terra;*
- d) o seu objetivo central é proteger o patrimônio que pertence a humanidade;*
- e) a sua filosofia e de integração internacional é baseada na cooperação, “para que o direito de todos os povos ao desenvolvimento seja alcançado e, simultaneamente, sejam garantidas as condições de afirmação dos direitos humanos fundamentais e de proteção do meio ambiente global” (Cris Wold, em ‘Introdução ao estudo dos princípios de direito internacional’, capítulo do livro “Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada”, Ed. Del Rey, p. 12).*

E, adiante, conclama o Judiciário a não ter medo de realizar seu objetivo:

Após quinze anos de vigência da Constituição Federal, o que preocupa a sociedade brasileira é esse sistema nacional de proteção ao meio ambiente, não obstante os melhores princípios e regras que estão presentes na nossa legislação, não ter conseguido alcançar, com o êxito necessário, um estágio de eficácia e efetividade.

Não se pode ignorar quão tem sido valiosa a contribuição doutrinária para o aperfeiçoamento dos princípios e normas que protegem o meio ambiente. Os autores têm apresentado sugestões que se voltam para uma compreensão integral dos valores ecológicos e que alcançam os propósitos de valorização da cidadania e da dignidade humana.

A sociedade testemunha, contudo, que há, ainda, uma apatia do Estado com relação ao problema e uma ausência de conscientização educacional para a valorização do meio ambiente.

Do quadro legal que dispõe, percebe-se que o Brasil está preparado para aplicar os efeitos desse direito fundamental: o de proteção ao meio ambiente em prol de uma melhor qualidade de vida. O Poder Judiciário assume, portanto, uma gradual e intensificada responsabilidade para que os propósitos do Direito Ambiental vigente alcançados. Cumpre-lhe a missão de, com apoio na valorização dos princípios aplicados a esse ramo da ciência jurídica, fazer com que as suas regras alcancem o que a cidadania merece e está exigindo: um meio ambiente equilibrado convivendo em harmonia com o necessário desenvolvimento econômico.

Em Belo Monte a missão do Judiciário é a mesma. As normas e a doutrina existem.

5. PERSPECTIVAS FUTURAS: DAS LIÇÕES APREENDIDAS

Neste momento dezenas de hidrelétricas estão sendo construídas ou projetadas em solo brasileiro, como exigência do modelo utilitarista imposto pelo poder econômico nacional e internacional.

De um lado, uma parcela significativa da humanidade busca o progresso desenfreado, pensando única e exclusivamente no hoje e na rentabilidade gerada pelos serviços ambientais; de outro lado, uma parcela menor de pessoas se preocupa com o bem-estar e com o equilíbrio da vida.

Não há dúvida, e é fácil buscar registros na história do direito, que muito se evoluiu em termos de incluir novos sujeitos como detentores de direitos. Segundo Duprat²⁸, até pouco tempo, aqui no Brasil, mais precisamente no direito pré-constitucional “o Direito não era cego à qualidade e às competências das pessoas. Ao contrário, operava com classificações, com elementos binários, tais como: homem/mulher; adulto/criança/idoso; branco/outras etnias; proprietário/despossuído; são/doente”.

Se na própria espécie humana havia diferenciação de direitos que dirá em relação às outras espécies não humanas (animais irracionais, florestas, rios, enfim, os seres que compõem a Natureza).

Para Duprat²⁹, na sociedade hegemônica que vigia antes da Constituição de 1988 havia o “homem com direito” e o “homem sem direito”:

28 DUPRAT, Deborah (Org.). **Pareceres jurídicos**: direito dos povos e das comunidades tradicionais. Manaus: UEA, 2007, p.13.

29 DUPRAT, Deborah (Org.). **Pareceres jurídicos**: direito dos povos e das comunidades tradicionais. Manaus: UEA, 2007, p.13.

Ao primeiro elemento dessas equações, imprimia um valor positivo; ao segundo, negativo. A incapacidade relativa da mulher e a tutela dos índios são alguns dos emblemas desse modelo. Assim, o sujeito de direito, aparentemente abstrato e intercambiável, tinha, na verdade, cara: era masculino, adulto, branco, proprietário e são. Os vários movimentos reivindicatórios, a começar pelo feminista, revelam a face hegemônica do Direito e se põem em luta para alterá-lo. O quadro atual, resultado de todo esse processo, é de um Direito que, de um lado, abandona a visão atomista do indivíduo e o reconhece como portador de identidades complexas e multifacetadas. De outro, recupera o espaço comum onde são vividas as suas relações definitórias mais importantes.

A Carta Magna de 1988, rompendo o velho paradigma, inaugurou uma sociedade plural para reconhecer a todo cidadão a dignidade de ter direitos de toda ordem, independentemente de sua condição, categorização, opção religiosa, preferência afetiva etc.

Como dito antes, não importam as suas condições, podem ser homens, mulheres, ricos, crianças, pobres, negros, seringueiros, fundos de pasto, quilombolas, faxinais, pescadores, ciganos, quebradeiras de babaçu, obesos, pomeranos, índios, fanhos, surdos, cegos, caiçaras e tantas outras categorias ainda invisíveis aos olhos da sociedade.

E foi além disso! A nova Constituição rompeu também alguns paradigmas na área ambiental. O licenciamento que não era regra, hoje o é, para autorizar quaisquer empreendimentos de risco ambiental. Em seu art. 225 protegeu a fauna e a flora das práticas que coloquem em risco sua função ecológica e provoquem a extinção das espécies ou submetam os animais à crueldade.

Assim, a Constituição cidadã, também estabelece direitos ambientais alargados, abrangendo a Natureza com todas as suas funções ecológicas, em última análise, essenciais à vida do próprio homem.

A Natureza, como sujeito de direitos, não é, portanto, de discussão apenas teórica ou doutrinária, como adiantado numa decisão prolatada por magistrado de primeira instância em sede de Ação Civil Pública, processo n. 0028944-98.2011.4.01.3900³⁰:

Já a alegação de ofensa à natureza, em especial à Volta Grande do Xingu como sujeito de direito, não obstante seu apelo retórico, carece de suficiente grau de concreção, não podendo o Judiciário ser chamado a decidir sobre a matéria que ainda não ultrapassou o âmbito eminentemente teórico e que não se mostre ademais essencial para o deslinde da questão prática posta em juízo, ante a presença de outros argumentos dotados de suficiente concretude e aptos a sustentar as teses das partes postas em contenda. Falta, portanto, à alegação de ofensa à natureza como sujeito de

30 Ação Civil Pública para suspender as obras para evitar a remoção dos povos indígenas Arara e Juruna e para assegurar o respeito ao direito da natureza e das gerações futuras. Disponível em: <http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2010/noticias/Tabela_acoes_MPF-PA_Belo_Monte.pdf>. Acessado em: 27 jul. 2014.

*direito requisito que no direito norte-americano se chama de justiciability, e que visa, entre outros aspectos, evitar que o Judiciário venha a ser acionado simplesmente para opinar sobre discussão de cunho eminentemente teórico, vez que não é esse o seu papel como Poder constituído*³¹.

Com todo respeito à decisão judicial, mas, para estabelecer contrapontos aos argumentos consignados pelo magistrado, vale dizer que o que se vê em 2014, em São Paulo, no sistema de abastecimento de água Cantareira, já foi outrora uma discussão teórica.

Documentos de estudiosos já previam desde décadas passadas, que se o sistema de abastecimento de água de São Paulo continuasse a apresentar comprometimento em seu uso, sem atentar para questões ambientais associadas (aumento de temperatura, crescimento demográfico, desenvolvimento industrial e urbano etc.), poderia ocorrer um colapso em poucos anos³². Isso também foi historiado por Cordeiro *apud* (2007, p. 63) ao afirmar que as discussões datam do século XIX.

Para Ribeiro³³ “o quadro é desconfortável, pois é iminente a falta de água de qualidade [...]. Por isso, é necessário e urgente discutir os rumos do uso da água para evitar constrangimentos e acirramentos de tensões”.

O problema de abastecimento de água da cidade de São Paulo é transfronteiriço e representa apenas um dos muitos casos existentes pelo Brasil afora. O sistema Cantareira chamou a atenção até da grande mídia, que massificou o alarme junto à população local e à sociedade brasileira, para refletirmos juntos sobre o tratamento da Natureza de forma igualitária com os outros sujeitos de direitos. E aqui não se está nem falando das centenas de pequenos rios de nossas cidades que já sumiram ou morreram.

Quando a humanidade se depara com a escassez de recursos decorrentes de impactos ambientais, na maioria das vezes o tempo acaba sendo o único senhor implacável. Mais cedo ou mais tarde a Natureza dará os sinais a esses sintomas. É claro que o assunto em questão é muito mais completo, necessitando de uma discussão mais profunda para não correr o risco de uma análise simplista. O exemplo fica apenas como reflexão.

É hora, portanto, de se assegurar direitos sim à natureza, pois é dela que se extraem todos os insumos que move a vida, quer seja do ponto de vista social, cultural, econômico e ambiental.

31 Disponível em: <file:///D:/Downloads/2f2b6437a5364f4066442f17cf260be7.pdf>. Acessado em: 27 jul. 2014.

32 Relatos do Seminário sobre o Sistema Cantareira e o abastecimento de água na região metropolitana de São Paulo, realizado em 2007. Disponível em: <<http://www.aurelionomura.com.br/sistema-cantareira/sistema-cantareira.pdf>>. Acessado em: 27 jul. 2014.

33 RIBEIRO, Wagner Costa. Oferta e estresse hídrico na região Metropolitana de São Paulo. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 25, n. 71, p. 119-133, jan./abr. 2011, p. 131.

E Bobbio *apud* Furtado³⁴ menciona a possibilidade de se atribuir direito à natureza, baseado no fato de que os direitos fundamentais são o produto de conquistas históricas. Segundo o teórico, dentro desse processo de multiplicação de direitos há uma etapa em que

ocorreu a passagem da consideração do indivíduo humano uti singulus, que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos naturais (ou morais) – em outras palavras, da ‘pessoa’ –, para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto (como no atual debate, entre filósofos da moral, sobre o direito dos pósteros à sobrevivência); e, além dos indivíduos humanos considerados singularmente ou nas diversas comunidades reais ou ideais que os representam, até mesmo para sujeitos diferentes dos homens, como os animais. Nos movimentos ecológicos, está emergindo quase que um direito da natureza a ser respeitada ou não explorada, onde as palavras ‘respeito’ e ‘exploração’ são exatamente as mesmas usadas tradicionalmente na definição e justificação dos direitos do homem (p. 157).

Assim, “a bioética diz que a natureza tem valor intrínseco, de direito próprio, independentemente do seu valor para os seres humanos. Como tais, os seres humanos são moralmente obrigados a respeitar as plantas, os animais e toda a natureza, que têm direito à existência e a um tratamento humano”³⁵.

No sistema de proteção à vida não há que se falar em hierarquia. O homem é tão importante quanto a natureza. Ele, o homem, não pode se sentir superior em relação aos seres que existem no meio natural ao seu redor. É necessário que haja um sentimento de pertença por parte do ser humano, como uma peça de toda biosfera, e como tal deve se colocar. O respeito mútuo entre os seres humanos deve se estender para abranger o respeito aos seres vivos em geral, ou seja, o respeito a todos habitantes do mesmo espaço.

Como diz Freitas³⁶, ao discutir o assunto, o objetivo das ponderações colocadas não é para se ter “respostas, mas o de formular questionamentos”. Na verdade, diz o jurista, “as indagações são muitas e a possibilidade do Brasil adotar tal prática é pequena. Mas, não se olvide, não há muito tempo os escravos não eram considerados pessoas, não eram sujeitos de direitos. E a mulher também tinha uma série de restrições, como não poder votar ou ingressar em Juízo apenas com a assistência do marido ou do pai”.

34 FURTADO, Fernanda Andrade Mattar. Concepções éticas da proteção ambiental. **Direito Público**, n. 3, p. 150-160, jan./mar. 2004, p. 156.

35 FURTADO, Fernanda Andrade Mattar. Concepções éticas da proteção ambiental. **Direito Público**, n. 3, p. 150-160, jan./mar. 2004, p. 152.

36 FREITAS, Vladimir Passos de. A natureza como sujeito de Direitos. **Revista Online**: Constituição. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=96>>. Acessado em: 27 jul. 2014.

6. CONSIDERAÇÕES

Mais do que uma proteção baseada no formalismo jurídico, é necessário formar uma consciência ética ambiental como alternativa para garantir a perpetuação da vida num planeta sujeito a tantas agressões. A tutela da qualidade do meio ambiente com os seus múltiplos recursos, visa, em última instância, a garantia de vida como bem maior da existência e sobrevivência de todos os seres que compõem a grande teia.

Assegurar um direito aos seres que dependem da natureza, não importa que seja a flora, a fauna, os rios, o homem, os animais, confere um grau último de maturidade da civilização que já se encontra no século XXI.

Para a proteção da natureza, há necessidade de uma mudança sistêmica e profunda, com a quebra de paradigmas sociais, éticos e jurídicos, tendentes a construir um comportamento voltado para a preservação e para a sustentabilidade, e não mais um modelo baseado na exploração irracional dos recursos naturais.

A Ação Civil Pública n.º 28944-98-2011.4.01.3900, ajuizada em 2011 pelo Ministério Público Federal no Estado do Pará, foi a primeira do gênero a enfrentar em juízo e de forma direta a questão da “Natureza como sujeito de direitos”. O desafio é grande e há um longo caminho a percorrer. A discussão está apenas começando, mas acredita-se que um pequeno, mas importante, passo foi dado.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. Por uma Declaração Universal dos Direitos da Natureza. Reflexões para a ação. **Ecodebate**: cidadania & meio ambiente, Rio de Janeiro, mar. 2011. Disponível em: <<http://www.ecodebate.com.br/2011/03/31/por-uma-declaracao-universal-dos-direitos-da-natureza-reflexoes-para-acao-artigo-de-alberto-acosta/>>. Acessado em: 28 jul. 2014.

BOSELMANN, Klaus. Human rights and the environment: the search for common ground. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 35-52, jul./set. 2001.

CARTAXO DE ARRUDA, Geovana Maria. A participação pública na defesa do meio ambiente: implementação de um desenvolvimento sustentável. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 2., 1997, São Paulo. **Anais ...** São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 1997. p. 239-255.

CUNHA, Janice Muriel et al. Avaliação do EIA-RIMA: ictiofauna. In: SANTOS, Sônia Maria Simões Barbosa Magalhães; MORAL HERNANDEZ, Francisco Del (Org.). **Painel dos especialistas**: Análise crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte. Belém: ISA, 2009. p. 148-159. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/Belo_Monte_Painel_especialistas_EIA.pdf>. Acessado em: 28 jul. 2014.

DIEGUES, Antonio Carlos. **O mito moderno da natureza intocada**. São Paulo: Hucitec, 1996.

DUPRAT, Deborah (Org.). **Pareceres jurídicos**: direito dos povos e das comunidades tradicionais. Manaus: UEA, 2007. Disponível em: <file:///D:/Downloads/Pareceres-Juridicos_Direito-Comunidades-Tradicionais.pdf>. Acessado em 27 jul. 2014.

FEARNSIDE, Philip M. O novo EIA-RIMA da Hidrelétrica de Belo Monte: justificativas goela abaixo. In: SANTOS, Sônia Maria Simões Barbosa Magalhães; MORAL HERNANDEZ, Francisco Del (Org.). **Painel dos especialistas**: Análise crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte. Belém: ISA, 2009. p. 108-117. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/Belo_Monte_Painel_especialistas_EIA.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2014.

FERREIRA, Marcilene Aparecida. Pacha Mama: os direitos da natureza e o novo Constitucionalismo na América Latina. **Revista de Direito Brasileira**, v. 3, n. 4, p. 400-423, jan./abr. 2013. Disponível em: <http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/revistadireitobrasileira/article/view/19/18>. Acessado em: 28 jul. 2014.

FREITAS, Vladimir Passos de. A natureza como sujeito de Direitos. **Revista Online**: Constituição. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=96>. Acesso em: 27 jul. 2014.

FURTADO, Fernanda Andrade Mattar. Concepções éticas da proteção ambiental. **Direito Público**, n. 3, p. 150-160, jan./mar. 2004.

GUDYNAS, Eduardo. La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. **Tabula Rasa**, Bogotá, n. 13, p. 45-71, jul./dez. 2010.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinariedade do direito ambiental e sua equidade intergeracional. **Revista de direito ambiental**, v. 6, n. 22, p. 62-80, abr./jun. 2001.

McCormick, John. **Rumo ao paraíso**: a história do movimento ambientalista. Tradução de Marco Antônio Esteves da Rocha e Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

MEDEIROS, Hermes Fonseca de. Avaliação de impactos do projeto de Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte sobre a vida selvagem, incluindo implicações socioeconômicas. In: SANTOS, Sônia Maria Simões Barbosa Magalhães; MORAL HERNANDEZ, Francisco Del (Org.). **Painel dos especialistas**: Análise crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte. Belém: ISA, 2009. p. 167-183. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/Belo_Monte_Painel_especialistas_EIA.pdf>. Acessado em: 28 jul. 2014.

POLANY, Karl. Mercado e natureza. **A grande transformação**: as origens de nossa época. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

RIBEIRO, Wagner Costa. **Oferta e estresse hídrico na região Metropolitana de São Paulo**. Estudos avançados, São Paulo, v. 25, n. 71, p. 119-133, jan./abr. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v25n71/09.pdf>. Acessado em: 27 jul. 2014.

SANTOS, Geraldo Mendes dos. Impacto sobre quelônios e mamíferos aquáticos. In: SANTOS, Sônia Maria Simões Barbosa Magalhães; MORAL HERNANDEZ, Francisco Del (Org.). **Painel dos especialistas**: Análise crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte. Belém: ISA, 2009. p. 161-165. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/Belo_Monte_Painel_especialistas_EIA.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2014.

VILAR, Dalmo Dippold. **Água aos cântaros**: os reservatórios da Cantareira: um estudo de arqueologia industrial. 2007. 212 p. Tese (Doutorado em Arqueologia) – Museu de Arqueologia e Etnologia, Universidade de São Paulo, 2007. Disponível em: <file:///D:/Downloads/TeseDalmo.pdf>. Acessado em: 29 jul. 2014.

WILSON, Edward Osborne. **O futuro da vida**: um estudo da biosfera para a proteção de todas as espécies, inclusive a humana. Tradução de Ronaldo Sérgio de Biasi. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

ZIOBER, Beatriz Ramalho; ZANIRATO, Silvia Helena. Ações para a salvaguarda da biodiversidade na construção da Usina Hidrelétrica Itaipu binacional. **Ambiente & sociedade**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 59-78, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/asoc/v17n1/v17n1a05.pdf>>. Acessado em: 26 jul. 2014.

CONFLICTING RIGHTS

SOCIAL MOVEMENTS, RESISTANCE AND CASE LAW

ARTICLES AND ESSAYS • VOLUME 2



EDITORIAL COUNSEL

Bárbara Maisonnave Arisi – UNILA
José Juliano de Carvalho Filho – USP
Laymert Garcia Santos – UNICAMP
Liana Maria da Frota Carleial – UFPR
Pedro Rodolfo Bodê de Moraes – UFPR
Rodrigo Xavier Leonardo – UFPR
Vera Karam de Chueri – UFPR
Véra Maria Jacob de Fradera – UFRGS

CONFLICTING RIGHTS

SOCIAL MOVEMENTS, RESISTANCE AND CASE LAW

JOSÉ ANTÔNIO PERES GEDIEL • ADRIANA ESPÍNDOLA CORRÊA
ANDERSON MARCOS DOS SANTOS • EDUARDO FARIA SILVA
(ORGANIZERS)

ARTICLES AND ESSAYS • VOLUME 2

RESEARCH PROJECT:
LAW, PROPERTY AND CONFLICTS : CASE LAW STUDIES

Research and Organization Assistants:
Kellyana Bezerra de Lima Veloso e Carolina da Silva Crozeta

Tradução em inglês:
3BS MULTISERVICES LTDA - ME
Revisão da língua inglesa:
Marilda Teresa de Oliveira Ehlke

Depósito legal junto à Biblioteca Nacional, conforme Lei nº 10.994 de 14 de dezembro de 2004

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Bibliotecária responsável: Luzia Glinski Kintopp – CRB/9-1535
Curitiba - PR

D598 Direitos em conflito : movimentos sociais, resistência e casos judicializados :
artigos e ensaios - v.2 = Conflicting rights : social movements, resistance
and case law : articles and essays - v.2 / Organização de José Antônio Peres
Gediel ... [et al.]. — Curitiba : Kairós Edições, 2015.
340 p. ; 23 cm.

Vários autores
Texto também em Inglês
ISBN 978-85-63806-32-1

1. Direito. 2. Propriedade. 3. Movimentos sociais. I. Gediel, José Antônio
Peres. II. Corrêa, Adriana Espíndola. III. Santos, Anderson Marcos dos. IV.
Silva, Eduardo Faria . V. Título.

CDD: 342.12

IMPRESSO NO BRASIL/PRINTED IN BRAZIL



Coordenação Editorial

Antônia Schwinden

Assistente de Edição

Thaíssa Falcão

Projeto Gráfico e Capa

Glauce Midori Nakamura

Editoração Eletrônica

Ivonete Chula dos Santos

PRESENTATION

This book is the result of the inter-institutional cooperation and interdisciplinary theoretical efforts. The Ford Foundation and the Federal University of Parana - UFPR created the conditions for the research and meetings with the research staff around the themes: “Law, Property and Conflict: Study of Judicialized Cases”.

The theme indicates the social conflict persists over access and use of land in Brazil, sealed or hampered by legal forms of private property. The judicialization of these social conflicts reveals the presence, strength and strategies of social movement’s struggles of various cultural nuances, such as indigenous peoples, peasants and traditional peoples in search of their material or cultural survival.

The conflicts escalating to the Judicial Branch reaffirm the historical nature of the Brazilian State and its colonial roots, the insufficiency and denial of the right to private property in relation to the originally rights over the land, and the confluence of public interest, considered as such by the national State, with private national and international interests, in the economical development process that affects the lands traditionally occupied and the affected populations’ ways of life.

The accomplishments of those projects are carried out with forced removal or displacement of traditional communities without or with little recognition of their rights and full disrespect towards their livelihoods and their options for social reproduction, resulting in clear violations of fundamental human rights thus perpetuating and renewing the conflicts between “settlers” and “colonized”.

The publication hereby aims at emphasizing the subject complexity and the complexity of studies and debates. It’s first part contains reports of lawsuits and case studies, with clear legal character and purpose technique, aiming at providing support for social movements, human rights defenders and activists: Case 01: “Demarcation of Raposa Serra do Sol Indigenous Territory” (Anderson Marcos dos Santos) and Case Study “Raposa Serra do Sol: a critical analysis of the new (mis) leading decisions made by the Supreme Federal Court on indigenous people’s rights” (Domingos Sávio Dresch da Silveira); Case 02: “Quilombola Invernada Paiol de Telha” (José Antônio Peres Gediél), and Case Study “The constitutionality of the quilombola law” (Carlos Frederico Marés de Souza Filho); Case 03: “Duplication of the Carajás Railroad” (Adriana Espíndola Corrêa) and “Duplication of the Carajás Railroad: Case Study (Gilberto Bercovici); Case 04: “The construction of the hydroelectric power plant of

Belo Monte” (Eduardo Faria Silva) and Case Study “Indigenous Land, Property, Public Order and Convention No. 169 of the ILO: juridical mistakes in the approach of the Belo Monte dam” (Edson Damas da Silveira).

The second part consists of essays and studies of interdisciplinary character, namely: “The right to self-determination, as insurgent right of peoples and communities” (Jesús Antonio de la Torre Rangel); “The legal regime of land, convention 169 of the ILO and the performance of the judiciary against the territory rights” (Rosember Ariza Santamaría); “New colonialisms”: evanescent dialogues in a frontier in movement” (Alfredo Wagner Berno de Almeida); “Social movements, the struggle for land and the ways of invisibility” (José Antônio Peres Gediel and Giovanna Bonilha Milano); “The quilombola territorial rights in the Colombian and Brazilian *legal field*” (Daniel Pinheiro Viegas); “Strategies of territorial control: authoritarian convergence between military and corporate practices” (Henri Acserald, Juliana Barros and Rachel Giffoni Pinto); “The criminalization of the indigenous people social organization as a mechanism of weakening the resistance in the disputes with the state development model” (Adelar Cupsinski and Rafael Modesto dos Santos); “Indigenous Lands and territorial dynamics: analysis of sealing the expansion limits for Raposa Serra do Sol” (Isabela do Amaral Sales); and “The nature as subject of rights: protection of the Xingu River in face of the construction of the hydroelectric power plant of Belo Monte” (Felício Pontes de Araújo and Lucivaldo Vasconcelos Barros).

The work is prefaced by anthropologist Aurélio Vianna Junior, Senior Program Advisor to the Ford Foundation Office of Rio de Janeiro, with a refined sense of a person that has been acting in defense of the people’s rights for several decades.

José Antônio Peres Gediel
Curitiba, fall 2015

PREFACE

Aurelio Vianna Jr.¹

*Community lands*² in Brazil are indigenous lands, quilombos, extractive reserves, sustainable development reserves, agro-extractive settlement projects, sustainable development projects and forest settlement projects. They are lands (federal or state) that, from the implementation of policies, guarantee the rights of traditional communities (indigenous, quilombola, gatherers, riverine) over land and other natural resources, not where alienation is forbidden. The *common land* area, officially recognized worldwide, comes to a total of 513 million hectares, regarding forests exclusively³, with almost 160 million hectares in the Brazilian Amazon.

The promulgation of the 1988 Constitution, the enactment of additional legislation on access to land and the establishment of government agencies to support the recognition of community rights to land and natural resources all began with the democratization of Brazil in 1985. This occurrence created the legal and institutional conditions to meet the demands by peoples and traditional communities, represented by new institutionalized social movements, based on the assertion of ethnic, racial and gender association with the defense of territories and the traditional use of natural resources.⁴ Based on this transformation, a remarkable process of itemizing⁵ and destination⁶ of vacant public land,⁷ with the creation of

1 PhD in Social Anthropology.

2 Regarding “community relations”, “sense of belonging to the same group,” “communities”, “use of forests” and “land parcels”, see Weber (1991: 26; 248-249).

3 <http://www.wri.org/securingrights>

4 As is known, the majority of these claims were met by the 1988 Constitution and reaffirmed through decrees, State Constitutions and International Legislation, such as Convention 169 of the International Labor Organization, of which Brazil is a signatory.

5 “Land Discrimination” is the administrative or judicial proceeding (based on Federal Law n. 6.383 / 76) to separate privately owned land from vacant land (public).

6 The allocation of public lands comprises the process that begins with the breakdown of land, when the “public vacant land” is identified and demarcated subsequently considered a “levied public land” The next step is public registration by the government agency.

7 “The expression unclaimed lands means unoccupied public lands which are not recorded, are not held by the government and were not incorporated by it. Initially, the literal end of the expression ‘unclaimed’ originated from lands

protected areas - indigenous lands and protected areas, rural settlements, quilombos - and also with the titration of private property

At the same time, legislation is used for privatization of public lands, between⁸ 1988 and 2012, *community lands* were recognized and demarcated totaling, 158.208.888 hectares. These are inalienable areas, not formally divided, under different forms of community use and control of natural resources (indigenous lands,⁹ extractive reserves, sustainable development reserves, federal and state,¹⁰ differentiated settlements without installment lots¹¹ and quilombos¹²).

As a result of this formidable process, these lands are kept out of the market, as public lands of traditional communities usufruct, through a ratifying decree that demarcates indigenous lands through the concession of the right of use (extractive reserve; sustainable development reserve, national or state forest, agro-extractive settlement project, sustainable development project, forest settlement project) and the issuance of collective property titles (quilombo).

Comparing the current situation with that of 1988, it is possible to assess what maybe no legislator or visionary imagined when drafting the Constitution: in the beginning

that were unproductive, and as a consequence, were returned to the Kingdom of Portugal.” (free translation)”(http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5936).

8 “In Legal Amazon, the lands registered with the mistaken designation of ‘possession’ total 297.900 properties. Of this total, 62.300 properties classified as medium and large farms, could not be legitimized in accordance with current legislation. They occupy an area of 35.6 million hectares. The total area of the Legal Amazon is huge - with 508,8 million hectares. In this region, public lands, unoccupied or not, are under the jurisdiction of the Union and state governments, and there are also areas under private domain. [...] Areas declared by Inca as private property total 180.7 million hectares in the region. A group of farmers who detain 135 million hectares claim to have documentary evidence of ownership over them, and another, who detains 45.7 million hectares, only agrees to have ownership of these lands, without having legal documents for such “(OLIVEIRA, 2009).

“The program [Legal Land] will reach 436 municipalities in nine states that make up the Amazon. This means 67.4 million hectares of federal land with about 13% of the Legal Amazon. The program’s goal is to legalize the 300 thousand families by 2011” (<http://portal.mda.gov.br/terralegal.org.br/artigo.php?id=486>).

9 Available at: www.socioambiental.org from Funai data.

10 Available at: www.sociomambiental.org from ICMBio data, IBAMA, MMA and state departments of Environment (then including federal and state land), but not including the Conservation Unit of Environmental Protection Area (APA) category.

11 <www.ipam.org.br from Inca data>.

12 Data of the Palmares Foundation / Inca / Seppir available at:<http://www.seppir.gov.br/comunidades-tradicionais/programa-brasil-quilombola> ; <http://www.inca.gov.br/index.php/estrutura-fundiaria/quilombolas>

of the century XXI, natural resources under community control are not something residual, an anachronistic maintenance of preterit forms of “ property “or” ownership “of land and use of natural resources. On the contrary, a considerable portion of the Amazon (and also throughout Brazil) is protected from the land market¹³ with shared use and that can meet the social, environmental and development needs of the country.

However, even if recognizing the land rights of peoples and traditional communities in Brazil, and perhaps in the world, is a step forward, the challenges of maintaining recognition proceedings is huge, since only in the Amazon do the remaining *vacant land* total more than 70 million hectares, being disputed by public and private enterprises alike, which has provoked reactions from sectors of Brazilian society pushing for legislative review in favor of the territorial rights of peoples and traditional communities. Furthermore, the recognition that separates the market from millions of hectares of land does not safe keep these regions from other markets. Indeed, the almost 160 million *community lands* officially recognized today in the Amazon serve as natural reserves for resources, for both the present generation and future ones, enabling their sustainable economic exploitation, when subject to the social and cultural reproduction dynamics of traditional communities; but also potentially serving as mineral reserves and other natural resources for projects that are not always sustainable or fair, as social movements demanded and legislators formulated.

This is the general context of the research project coordinated by Professor Dr. José Antonio Peres Gediel, which seeks “to analyze the impacts of exploitation projects of natural resources on tribal, indigenous lands, traditionally occupied in Brazil, in other countries of Latin America, in South Africa, Zimbabwe and Mozambique, focusing on the legal experiences these peoples and communities, the national and international law, constitutional and international courts, with regard to the right to land and culture “, which still made the publication of this collection possible.

The articles offers a legal and sociological analysis of the constitutionality of quilombola law; the application of Convention 169 of the International Labor Organization (ILO); the indigenous right to autonomy; business strategies of territorial control; the expansion of boundaries of indigenous lands; the public interest in duplicating the Carajás railroad; the moving border; the judiciary measures taken under Convention 169. The authors analyze

13 Almeida makes a statement regarding the land market in the following excerpt: “The general rise in commodity prices [...] has led to a simultaneous expansion of large enterprises directed towards: livestock, soybeans, oil palm plantation, eucalyptus plantation, logging, and mining and steel activities, causing widespread havoc in the Amazon. [...] As a result, an impact of this process of devastation is registered in the land market of the Amazon “(ALMEIDA et al., 2005: 33-34) (Free translation).

the challenges faced by companies and governments of the countries who succeeded when allocating public lands to traditional communities so that they can be held as common good.

This book, organized by Professor José Gediel, certainly contributes to a further discussion about the use of natural resources of the *community lands* which are currently the subject of disputes, respecting community rights and compliance with environmental legislation. The challenge of maintaining, expanding and rationally and economically using natural resources of *community lands* in the Amazon continues to be one of Amazon's main agendas in the XXI century, seeking to give due attention to the defense of the commons, communities and interests of current and future generations of Brazilians simultaneously.

REFERENCES

ALMEIDA, A.W.B., SHIRIASHI NETO, J. & MARTINS, C.C. 2005. **Guerra Ecológica nos Babaçuais (Babaçuais Ecological War)**: Palm tree devastation, Commodities Price Increase and Amazon Land Market Boom. São Luiz: Lithograf. pp. 33-34.

OLIVEIRA, A. U. 2009. "A Raposa e o Galinheiro". **Le Monde Diplomatique – Brasil**, ano 2, n. 20, março de 2009. São Paulo: Editora Palavra Livre; Instituto Polis.

WEBER, M. 1991. **Economia e Sociedade**: Fundamentos da Sociologia Compreensiva (Economy and Society: Volume 1) Brasília: Editora Universidade de Brasília.

SUMMARY

PRESENTATION.....	179
José Antônio Peres Gediel	

PREFACE	181
Aurelio Vianna Jr.	

VOLUME 2
ARTICLES AND ESSAYS

THE RIGHT TO SELF-DETERMINATION, AS INSURGENT RIGHT OF PEOPLES AND COMMUNITIES	187
Jesús Antonio de la Torre Rangel	

LAND LEGAL REGIME, THE CONVENTION 169 OF THE ILO AND THE JUDICIARY PERFORMANCE AGAINST THE TERRITORY RIGHTS	199
Rosembert Ariza Santamaría	

“NEW COLONIALISMS”: EVANESCENT DIALOGUES IN A FRONTIER IN MOVEMENT	215
Alfredo Wagner Berno de Almeida	

SOCIAL MOVEMENTS, THE STRUGGLE FOR LAND AND THE WAYS TO INVISIBILITY	235
Giovanna Bonilha Milano, <i>José Antonio Peres Gediel</i>	

THE QUILOMBOLA TERRITORY RIGHT IN THE COLOMBIAN AND BRAZILIAN LEGAL FIELD.....	253
Daniel Pinheiro Viegas	

STRATEGIES OF TERRITORIAL CONTROL: AUTHORITARIAN CONVERGENCE BETWEEN MILITARY AND CORPORATE PRACTICES	271
<i>Henri Acselrad, Juliana Barros, Raquel Giffoni Pinto</i>	

THE CRIMINALIZATION OF INDIGENOUS PEOPLES SOCIAL ORGANIZATIONS AS A MECHANISM FOR WEAKENING THE RESISTANCE IN DISPUTES WITH THE STATE DEVELOPMENT MODEL.... 285

Adelar Cupsinsk, Rafael Modesto dos Santos

INDIGENOUS LANDS AND TERRITORIAL DYNAMICS: ANALYSIS OF THE LIMITS OF EXPANSION SEALING IN THE RAPOSA SERRA DO SOL CASE..... 301

Isabela do Amaral Sales

THE NATURE AS SUBJECT OF RIGHTS: PROTECTION OF THE XINGU RIVER IN FACE OF THE CONSTRUCTION OF BELO MONTE HYDROELECTRIC POWER PLANT..... 319

Felício de Araújo Pontes, Lucivaldo Vasconcelos Barros

THE RIGHT TO SELF-DETERMINATION, AS INSURGENT RIGHT OF PEOPLES AND COMMUNITIES

Jesús Antonio de la Torre Rangel¹

Summary: This article analyses the procedures adopted by transnational companies for the execution of great works of infrastructure and problematizes the impacts that these projects produce on life and the rights of indigenous peoples in Mexico. The article brings restrictive consequences to the rights of peoples produced by judicial and legislative action.

Keywords: Self-determination. Right to autonomy. Megaprojects in Mexico.

INTRODUCTION

“Why to condemn our peoples to death? Why so much evil on our children and grandchildren? Why such vileness of our authorities to dive free path to these companies that will poison waters, rivers, air, the lands of their ancestors?” These words soaked with tears are the words of Professor Toño Camacho, of the town of Alpuyeca, affected by the mining company Esperanza Silver of Mexico, since their activities are endangering the archaeological zone of Xochicalco, in the State of Morelos, and agricultural activities, social tissues and water from the indigenous communities of the region, as denounces Javier Sicilia.²

This is just one example of the many works, which are being made in Mexico, by mining companies and by the so-called “mega-projects” of different types, which severely affect, especially the indigenous communities.

On this I will say a few words.

1. ON MINING AND MEGAPROJECTS IN MEXICO.

As in the rest of the world, in Mexico, the works of transnational mining companies and mega-projects that develop large infrastructure projects in order to produce tourism

¹ Law Profesor at University of Agua Calientes, México.

² Cfr. SICILIA, Javier. “Mineras y Crimen Organizado”, *Process* N° 1911, México, June 16, 2013.

corridors, the construction of cargo ports, highway construction and power generation, generate huge money profits to the companies that produce them and their collateral.

However, it only generates minimum benefits to a sector of the local population, as “in many cases, implementation is made with high costs in terms of environmental impact and implications on the regional social tissue, as well as the triggering of social conflict spaces.”³

The indigenous people, precisely the native land owners of native land, its resources, and water, are most threatened by the mining and energy megaprojects. They are stripped of their possessions, displaced from the place they live and run over their dignity. Besides, there is the aggravating circumstance that they are the poorest of the poor. It is a situation of maximum marginality and vulnerability.

Indigenous peoples, in this situation, are subject to violation of many of their rights; the main one is the right to a decent life, which is expressed as the right to development⁴, and what enables it: land and water. As Liliانا López, points out “exclusion in the project decision, lack of consultation and participation, exclusion of benefits and services generated by the projects, degradation of the environment and multiple violations of rights.”⁵

2. MINIMUM SAMPLE OF SOME CASES IN MEXICO.

I refer some cases of the Mexican reality.

2.1 Violation of the sacred territory of Wirikuta.

In November 2011, the federal Government granted to the Canadian mining company First Majestic Silver, 6,327 (six thousand three hundred twenty-seven) hectares of the Natural Protected Area of Wirikuta in the municipality of Catorce, San Luis Potosí. It also granted new concessions to the mining West Timmins Mining in Las Margaritas, within the same natural

3 LÓPEZ, Liliانا López. “Autonomía, derechos colectivos y megaproyectos”. In: **Redhes** Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales N° 2, Faculty of law of the Autonomous University of San Luis Potosí, Department of Philosophy of Law at the University of Seville, Department of Law of the Autonomous University of Aguascalientes, State Commission of human rights of Aguascalientes, State Commission of human rights of San Luis Potosí, July-December 2009, p.149.

4 Declaration on the right to development by the General Assembly of the UN, in 1986.

5 LÓPEZ, *Op. Cit.* p. 150.

area, where the wixaritari or huichol, deposit their offerings and collect peyote. It is one of the most important sacred sites of the world.⁶

Juan Pablo Delgado writes:

“The site is sacred to the Huichol people since, according to their beliefs, creation of the world took place at that site. It is the place where they have made the pilgrimage from immemorial times to recreate the steps of their ancestors in the creation of the world and the universe. It is the place where the heart of the ancestors known as peyote, sacred plant representative of the Huichol culture grows. Each year, between songs and dances that penetrate the Earth and soar to heavens through the eagle feathers, the tasters dialogue and make agreements with the ancestors so that together they continue to build the Earth fertility of Earth and allow corn germination. The Wirikutas keep in themselves the very existence of life and the universe, traditional forms of a people, their organization, their festive cycle, giving sense and forming the everyday rituals from where the Huichol conceive life and where they keep all their organic relationship as culture. Their walk as people makes sense in this relationship and life bound, that preserve they origin and ancestors.”⁷

Before the protest of Huichol peoples by looting and poisoning of their territory, the Government has responded with unfulfilled promises, deceptions, and more concessions to mining companies.

2.2 THE DANGERS OF MEGA-PROJECTS IN THE MONTAÑA DEL GUERRERO.

A very valuable experience of indigenous autonomy, in recent years occurred in the Guerrero Mountains, participating communities belonging to several villages: Tlapaneco, Mixteco, Nahuatl and Amuzgo.

Community organization begins developing various economic, social and cultural projects; and, also, greater awareness policy and participation.

6 Cfr. ZAMORA, Graciela y AMBRÍZ, Rodolfo, “La Batalla por Wirikuta”. In: **Process** 1857, México, June 3, 2012, p. 34. Wirikuta was declared a protected Area and historical and Cultural Heritage by the Government of San Luis Potosí in 1994 and part of the worldwide network of natural sacred sites of the UNESCO in 1998.

7 MIRANDA, Juan Pablo Delgado. “Wirikuta amenazada, análisis de las potenciales violaciones a los Derechos Humanos del Pueblo Huichol”, en **Epíkeia. Derecho y Política**, N° 19, Electronic Journal of the Iberoamerican University, León. <<http://amoxcalli.leon.uia.mx/Epíkeia/>>.

In front of a huge climate of uncertainty in this area, in October 1995, some municipalities consisting of several communities of these peoples, decided to establish what has resulted in a Community Safety System, Delivery of Justice and Re-education.

Establishing a regulatory system inspired by their traditions and customs, these indigenous communities have created a Community Police that prosecutes offences, seeks justice through a body that administers justice, judging and imposing sanctions that have as objective not punishment, but rehabilitation and damage repair.

In these actions of safety, justice and re-education one can rescue the wisdom aspect of the Law; the legitimacy returns to its original sense as case-law, since the standard action is addressed to set and apply justice cautiously, looking for balance and fairness. On the other hand, this system of safety, justice and re-education, always seeks to respect human rights acknowledged by the international community.⁸

While this experience of indigenous autonomy has produced an exemplary system of safety and law enforcement, it has a continuous development of organization and political consciousness and economic projects. Therefore, it makes allegations of violations of their rights, both current as potential, derived from the implementation of megaprojects. Here are some approaches:

- *Mining companies will bring disastrous consequences and we must not allow that. We must fight for the preservation of nature to future generations*
- *It seems that mining companies are already a fact because they already have concessions and are already starting their works, as in Paraje Montero*
- *We do not have enough information and therefore we are vulnerable. We need to strengthen the information for the peoples.*
- *We are owners of the land and of our territory, laws protect us. We can prevent access of mining companies through assemblies in the agrarian centers, formally, in accordance with the laws and agricultural procedures*
- *We must avoid and be vigilant against the division in the agrarian centers, as well as the possibility of agricultural representatives being corrupted.*
- *We inform that today and tomorrow it is taking place the National Indigenous Congress, in the State of Jalisco, with the participation of the CRAC Committee giving information about the problem of mining companies in our territory.*

8 Cfr. RANGEL, Jesús Antonio de la Torre. "A justiça, comunitária como expressão do pluralismo jurídico no México". In: **Pluralismo Jurídico. Os novos caminhos da contemporaneidade**, Organizatos Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto e Ivone M. Lixa, Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, pages. 301-319.

- *We must not be divided with strategies of the Government, support programs, repression to the leaders. An invitation is made in the meetings to children and young people who will continue to defend the mountain.*
- *The CETEG, stands in solidarity with the struggle of peoples against the mining companies. The Social Congress is taking place in Cuernavaca, to find out and analyze the problems of the country. Leaders and social activists should be very careful, since it is one of the weak points of the movements, repression. We must act in coordination with all social organizations; be united to be stronger in the struggle for our trade or specific demands, but all for the demands or general needs of the people of our State and country.*
- *CECOP exposes that it depends on the peoples to permit that the capitalist projects take place or not. We must strengthen the link with other fights against mining companies in other States and countries; link the struggles of the environmentally affected.*
- *Capitalist projects and the presence of companies are in the entire Sierra Madre del Sur, from Jalisco to Oaxaca, in the territories of native peoples.*
- *Decision rests with the peoples. Based on the Constitutional Article 39, we have basis to demand that people is consulted and that the sovereignty of the people is respected.*
- *The Center of Politic Studies of Section 22 of the SNTE-OAXACA shows solidarity with the mountain people struggle and Costa Chica against the mining companies and offers to spread the agreements of this Assembly and to continue working in the coordination.⁹*

2.3 Resistance to mega-projects by indigenous of Totonaca and Nahuatl, at Sierra Norte de Puebla

Tiyat-Tlalli Congress - “land” or “territory”, in nahuatl and totonaca languages respectively composed of several indigenous organization¹⁰, sent news release to the National Coordination of Agents Binding of Indigenous Pastoral (EAPI), for its knowledge and support. We present the first paragraphs showing the aggressions to the communities on their rights and the mood and attitude to resist:

9 Act of the Assembly of Community Authorities, held on February 5, 2011, in the Auditorium of the community Colombia de Guadalupe, municipality of Malinatepec, Gro, Community territory.

10 The *Tiyat-Tlalli* Council is integrated by UNITONA (Totonaca - Náhuatl Indigenous Unit), Social Pastoral in the North Area of Arquidiócesis de Puebla, Unitierra in Puebla, IMAEC, Timomachtikan, Tozapan Titoniske Union of Cooperatives, CESDER, Center of Ecumenical Studies, COPEVI, Nakuskgoy, Tetela hacia el future Association, CORDESI, Indigenous Organization of Azan de Bienvenido.

Grace and peace in the Lord

We are at a time in which there is evidence of the strength of the neo-liberal or capitalist project imposition in the world and we are witnessing a moment of greed of those who have the economic power to impose a worldwide scheme. We are experiencing globalization depriving others of their property by concentrating the wealth in a few hands.

This is not a development for all, but an unequal development involving dispossession. New transnational companies are arriving at our country, as mining companies, hydropower plants, etc. that want to take away our wealth, with or without law, they want to impose, that is why we are fighting everywhere.

It is clear that Governments are supporting this model creating and reforming our Constitution laws to facilitate the implementation and business operations of transnational corporations; this implies making it easy for them to be established.

This is the reason why we are sending this statement, because we have lived very special and difficult moments in our indigenous communities of this corner of our country, the Sierra Norte of the State of Puebla, especially in the community of Zaragoza, belonging to the municipality of Olintla, suffering attacks and violations of rights over their territory, by their authorities.

We have clearly and blatantly seen the violation of our rights as indigenous Totonaca and Nahua peoples and communities, when we were imposed these death projects, as mining and hydroelectric power projects; without consulting us, or telling us the truth about the effects that these projects brings; the decisions are taken by the Governments (federal, State and municipal) and private companies.

Our consultants and specialists have dedicated to inform us about the negative and few positive effects of these projects. We have heard the same engineers of the Comexhidro hydroelectric company, and from this, the indigenous communities actually knowing the real impacts have made the decision to reject these projects.

However, this defense of our territories, have brought us strong and serious problems, our rights have been violated and we have been forced to sell our land under threats; to do this, we want to tell you what happened last Saturday 26 and Sunday 27 of January of the current year, so that you can show us solidarity and encourage our Totonaca Indigenous brothers in Zaragoza.

2.4 On hydroelectric power projects in particular

The last federal executive administration inherited the current administration seventy (70) hydroelectric projects in nineteen (19) States of the Mexican Republic, in addition to dams - *barragem*, in Portuguese--in three States of the country. These projects have displaced more than one hundred seventy thousand (170,000) people out into poverty.¹¹

¹¹ Cfr. RAMÍREZ, Érika. "70 megaproyectos hídricos. Abuso, Autoritarismo y Despojo." (Reportage), In: **Contralínea**

According to the document *Han destruido la vida de este lugar. Megaproyecto, violaciones a derechos humanos y ambientales en México* (they have destroyed the life of this place. Megaproject, violations of environmental and human rights in Mexico), developed by the Miguel Agustín Pro Juárez Human Rights Center, these large hydroelectric power projects: Generated a wide range of problems to people living in affected areas. In the worst-case scenario, they displace members of the community, livelihoods are damaged, the social network is destroyed and it breaks cultural ties with the geographic area.

“The displaced persons, if they cannot return, then have to struggle to obtain adequate compensation and minimum conditions to relocate to a new place, get a new house and restore the family, although for the people affected, there is no way to fully repair the damage caused by forced displacement.”¹²

2.5 Charges to the Mexican State of the Permanent Peoples’ Tribunal (PPT)

The Permanent Peoples Tribunal, international institution heir to the Russell Tribunal, created to judge crimes against humanity committed in the Viet Nam war and subsequently in Latin American dictatorships, installed the Mexico Chapter of October 21, 2011. Its general theme is “free trade, dirty war, impunity and rights of peoples”. An Introductory General Audience was held in Ciudad Juárez, Chihuahua, in May 2012, where a general accusation and seven charges of each of the seven thematic hearings that make up the Mexico Chapter of the PPT were presented.

One of these thematic hearings refers to the “environmental devastation and rights of peoples”; 14 pre-audiences were carried out in this area and the General Audience from 15 to the 17 of November 2013 took place. It was decided to accuse the State of Mexico and as stewards its partners in the North American Free Trade Agreement (NAFTA), and as stewards, also to companies and private, Mexican and international bodies in this way:

- For the violence unleashed against different indigenous, agricultural, and neglected populations, forcing them to live in deteriorated environments or to the total exodus to enforce massive dispossession of their lands
- For committing malicious ecocide or murder of the Earth, premeditated and blatant reflected in multiple environmental damage in order to increase the profits of some companies and corporations.

N°318, México, from 21 to 27 January 2013, p.40-50.

12 Cited by RAMÍREZ, *Op. Cit.* p.44.

- For unfulfilment of its duties taking care on the natural conditions for a life with dignity of peoples and communities.
- For the reckless, permissive or remiss attitude in relation to the elevation of the levels of vital environmental and socially tolerable risk, which lead, in addition, to the increase in irreparable or almost irreparable ecological damage and inability to prevent environmental catastrophes.
- For deliberately contradictory regulation or indifference of the basic principles of environmental law, full of misrepresentation, suspension and cancellation in fact, as well as at the consecration of a perpetual state of environmental emergency.
- For the massive and systematic violation of the right to a healthy and appropriate environment for the sustainable development of mankind.
- For the imposed and opaque mode that has characterized the formulation, implementation and evaluation of government policies related to environmental management and the regulation of the activities of exploitation of natural resources.
- For the structural inability to secure access to those environmental affected to have justice, specifically to make judicial protection of environmental rights of the population and the reparation of environmental damage and the derivatives and related wrongs caused, as well as to ensure the comprehensive enforcement of sanctions, penalties and security measures for the non-repetition of the acts.
- For the use of public force and recourse to violence against those who peacefully defend the nature, the territories and the environmental conditions of their own life and other lives, through local knowledge or scientific knowledge, traditional practices and legal strategies.
- For the repressive policy of criminalization and prosecution of social conflicts as mechanisms of concealment and disarticulation of the environmental protest.
- For allowing, encouraging and developing architecture of impunity that does not punish the crimes against peoples and nature, without allowing access to justice or the recognition of the responsibility of perpetrators

3. AND WHAT ABOUT THE LAW?

Against both dispossession and so many abuses and violations of the rights of indigenous Mexican peoples, as critical and committed lawyers we must be constantly asking ourselves the way in which the law can support the resistance.

In Mexico, although limited, the rights of indigenous peoples are recognized in Article 2 of the Political Constitution of the Mexican United States. The Mexican Government has also accepted and ratified Convention 169 of the International Labor Organization (ILO), on indigenous and tribal peoples in independent countries, which increases the rights of peoples and communities to the interior of Mexico since, by its ratification, it constitutes part of the domestic law. This is the case, for example, that the Constitution recognizes the right to land, but not to the territory of the peoples, and, in this sense, the Convention 169 is broader in the acceptance of this vital right (Articles 13, 14, 15 and 16); the ILO Convention also establishes the right of peoples to be consulted when their interests or rights may be affected, and the Mexican Constitution does not establish this right explicitly.

On June 10, 2011 Article 1 of the Mexican Constitution was reformulated, establishing that all persons shall enjoy the human rights recognized by the Constitution and the international treaties in which the Mexican State is a part of, as well as guarantees for their protection; the reform adds that the rules concerning human rights is interpreted in accordance with the Constitution and the treaties “favoring people at all times with the broader protection”; and it adds that all the authorities, within the scope of their powers, have the obligation to promote, respect, protect and guarantee human rights in accordance with the principles of universality, indivisibility and interdependence and progressivity.

Some of us have commented that this reform establishes a new constitutional paradigm, since it implies a new vision of law, with hermeneutic and ontological implications that is, in terms of being and the interpretation of law. Thus, the priority appears to be the right to human rights and not the law, and the interpretative key is the rights themselves.

Seen from this perspective, the constitutional reform will help the defense of the rights of peoples and communities. However, the good news is that it stops with the judiciary intervention.

The Supreme Court of Justice of the Nation, when solving the Contradiction of Thesis 293-2011, set the criterion of interpretation to define the hierarchical position of the international treaties regarding human rights in relation to the Constitution, establishing that human rights recognized in the international treaties have constitutional level, but in the case of antinomies the restrictions provided in the Constitution will prevail.¹³

Another example of the conservatism of the Court, and in particular in relation to rights of peoples, is as follows. The Yaqui People of Vicam, Sonora, applied for legal protection against the resolution in terms of environmental impact, on February 23, 2011, containing the authorization for the construction of the project called “Independence Aqueduct in English”.

13 Cfr. ALONSO, José Luis Macías, “Derechos Humanos Heterarquicos”, in his column “Sin Jiribilla”, of **El Heraldo**, Aguascalientes, September 7, 2013.

On their demand, they considered that such action of the authority violated their rights to the flow of the Yaqui River, because they were not called to assert their rights, violating the guarantee of hearing and the right of consultation, among other rights.

The Yaquis obtain the ruling and protection of federal justice. However, for technical reasons, the resolution came to court to clarify the ruling, and the supreme judicial authority restricted the scope of the judgment to the degree that it invalidates the rights of the Yaqui People, continuing the hydraulic works that takes away from the Yaquis their right to water, and sets a serious precedent “that weakens the incentives for the authorities to carry out in the future prior consultations informed and in good faith, such as indicated by the guidelines contained in the legal protection judgment.”¹⁴

Against these legal and other legislative obstacles – such as recent modifications to the Legal Protection Law which restricts the rights of the agricultural communities in general-, the indigenous peoples and communities must be strengthened internally and so conserve an important consistent law in which fundamental decisions that concern them as a collective are taken in Assembly, which is the highest Community authority.

The right to self-determination, exercised as autonomy, is essential for the protection and exercise of all other rights; for the resistance against the aggressions of the State and Capital. This right to autonomy is constructed with the force that gives the unity of the community and is expressed in the fundamental decisions of the assemblies.

Thus seen, the right to autonomy is an insurgent right. (Saying this I remind the great fighter and Brazilian jurist Miguel Pressburger).

This insurgent right comes from the people, strengthens it and gives it life. That right is the one that can defend communities from aggressions, asserted internally, and politically and legally, before the authorities.

BIBLIOGRAPHY

ALONSO, José Luis Macías; “Derechos Humanos Heterarquicos”, in his column “Sin Jiribilla”, from **El Heraldo**, Aguascalientes, September 7, 2013.

DÍAZ, José Ramón Cossío; GARZA, Raul M. Mejía; ZAMUDIO, Laura Patricia Rojas; LÓPEZ, Carmen Vergara y VILLA, Luz Helena Orozo and; “Derecho al agua y el conflicto Yaqui”, in **Derecho Ambiental y Ecología**. N°57, México, October-November, 2013, p. 11.

14 DÍAZ, José Ramón Cossío, GARZA, Raul M. Mejía, ZAMUDIO, Laura Patricia Rojas, LÓPEZ, Carmen Vergara and VILLA, Luz Helena Orozo y. “Derecho al agua y el conflicto Yaqui”. In: **Derecho Ambiental y Ecología**. N°57, México, October-November 2013, pág. 11. José Ramón Cossío is a Minister of the Court and was the only one who voted against this negative resolution of rights.

LÓPEZ, Liliana López; “Autonomía, derechos colectivos y megaproyectos”, in **Redhes** Journal of human rights and social studies N° 2. Faculty of law of the Autonomous University of San Luis Potosí, Department of Philosophy of Law at the University of Seville, Department of Law of the Autonomous University of Aguascalientes, State Commission of human rights of Aguascalientes, State Commission of human rights of San Luis Potosí, July-December 2009, p. 149.

MIRANDA, Juan Pablo Delgado; “Wirikuta amenazada, análisis de las potenciales violaciones a los Derechos Humanos del Pueblo Huichol”, in **Epikéia. Derecho y Política**, N° 19, Iberoamericana University Electronic Magazine, León.

RAMÍREZ, Érika; “70 megaproyectos hídricos. Abuso, Autoritarismo y Despojo.” (Reportage). In: **Contralínea** N°318, México, from 21 to 27 January 2013, p.40-50.

RANGEL, Jesús Antonio de la Torre; “A justiça, comunitária como expressão do pluralismo jurídico no México”. In: **Pluralismo Jurídico. Os novos caminhos da contemporaneidade**, Organizers Antonio Carlos Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto e Ivone M. Lixa, Ed. Saraiva, São Paulo, 2010, pages. 301-319.

ZAMORA, Graciela y AMBRÍZ, Rodolfo; “La Batalla por Wirikuta”. In: **Proceso** 1857, México, June 3, 2012, p. 34.

LAND LEGAL REGIME, THE CONVENTION 169 OF THE ILO AND THE JUDICIARY PERFORMANCE AGAINST THE TERRITORY RIGHTS

Rosember Ariza Santamaría, PhD¹

Summary: This analysis aims at reviewing the land and territory legal developments and law cases in Colombia and identifying the status of collective rights and the right to prior consultation. According to the Colombia viewpoint particularities, it also intends to highlight the main advances and difficulties that these subjects have in court.

Keywords: Indigenous property. Reserve. Territory. Land. Collective right. Autonomy.

Latin American countries in general have a common land regime inspired by the Napoleon code and civil law; however, in several States the right of Castile or the so-called colonial right has effect in the particular form of qualification and by the Spain approach against indigenous matters.

Each State has its nuances, but one could argue that notion of private property in these last two centuries has no variation.

From the colonial period to the issues raised by article 286 of the 1991 Colombian Constitution, that establishes where the indigenous territory is considered “Territorial Entity”, it is implied a historical tour with multiple shocks concerning this and other contemporary land and territory concepts.

The Inter-American Court of human rights has also reviewed issues related to territorial and land rights and has some significant advances which we will approach herein.

We start with the question, what is meant by indigenous territory? The 2001 Decree of 1988 Article 2 inc 3 defines: “It is understood by indigenous territory those areas owned by Indians including not only inhabited and exploited lands, but also those that constitute the traditional scope of their economic and cultural activities”.

This definition includes the concept of bias that, as we will see later, ends up being the category that encompasses indigenous property. Special communities which are manifested, first of all, in the distribution of lands, in usufruct, and later in property, as set in Law 89 of 1890, establish the elements of this important element in the legal setting of the property.

¹ Lawyer, Ph.D. in legal sociology, Professor in the Department of sociology, National University of Colombia. Member of Prujula-Clacso, Relaju and the Network of Democratic Constitutionalism of Latin America.

Most of Colombian indigenous communities live in reserves, which is a special socio-political and legal institution consisting of one or more indigenous communities that, with a collective title, enjoys the guarantees of private property, have their territory and are govern for handling this land and its internal life by an autonomous organization under the indigenous jurisdiction and its own regulatory system. (Art. 21 Decree. 2164/95).

The division of Indigenous Affairs of the Ministry of the Interior registered a total of 710 reserves in the country, with an area of approximately 34 million hectares (29.8% of the national territory). From this fact it is important and relevant revising the historical course of this notion and its development in Colombia, a country where people have this significant percentage of entitled land.

1. HISTORICAL RECOGNITION OF THE INDIGENOUS PROPERTY OF RESERVES

Spanish laws from the outset considered Indians as free men, subjects of the Crown, with ample capacity to own and enjoy property of any kind; the Indians were thus subjects of all kinds of rights, including that of property, without any exception. But considering that they were persons in need of guardianship in the likeness of incompetents, certain obstacles to the free exercise of their proprietary capacities on their land were imposed with the aim of supporting and defending them. But these limitations did not mean that the lands were given to the Indians only in usufruct, reserving the Crown its property; it only meant that then as now there was a distinction between the concepts of the enjoyment and exercise of the rights, which correspond: the first to be the right holder, and the second to the restrictions introduced by the law on the exercise of the right in response to the inability of the person by reason of age, lack of discernment or civil status.

The Colombian Republic laws were less explicit in recognizing the indigenous full capacity and thus their “legal” personality. With respect to the right of ownership of all kinds of goods, it was widely granted according to Spanish law. In this regard, they did not settle Indians in inferior conditions. Therefore the full right of property they had in reserves were continued to be recognized without restrictions or limitations.

The liberator Simon Bolivar was clear in the decreeing that the Indians were the rightful owners of their lands and reserves. The Congress of Cúcuta in turn, ratified the same principle.

And if this Congress used the expression that reserves “would be distributed to them in full right of property” to the Indians of the respective bias, was not because the legislator of Cúcuta was enshrining the idea that the right of Indians on reserves was precarious,

limited to usufruct – as confirmed by three dissident judges of the full Court judgment that immediately, will be quoted –; thus the expression in quotation marks clearly refers to the fact that the distribution of the reserves was an operation provided with all characters of the division of other communities in which condominium acquires the full individual domain of the assigned portion; in contrast to what was prescribed, according to the same Article 3 of Law October 11, “the Libertador Presidente regulation of May 20, 1820” provides that the reserves division was “in portions distributed to their families just for crop”.²

Several rulings pronounced by the Colombian Supreme Court of Justice throughout the 20th century, in order to sustain the domain of land reserves in favor of the Indians, invariably quote among other provisions, Law XXVII, Title XII, Book 4° of the compilation of Indies, 14 of the same title and book and 19 of the Title and book mentioned, as well as with respect to national legislation the Decree of Libertador Simon Bolivar dated October 15, 1820 and the Laws of 21 October 1821, March 6, 1832, June 1834 and 89 of 1890, in addition to the later handed down on the same triple principle of recognition of ownership of the land in favor of the bias i.e., of the Indians to the enjoyment of the lands for themselves for a while and the division of the land, among the bias members.

From these rulings it is concluded that it has been national doctrine that Reserve land domain belongs to the respective indigenous groups, special communities that manifest, first of all, in the distribution of lands, usufruct, and then property, such as established by Law 89 of 1890, 104 of 1919, 38 of 1921, 19 of 1927, 81 of 1958 and the Extraordinary Decree No. 1421 of 1940.³

The State Council in line with the Supreme Court points out: “... without doubt that the lands of the indigenous territories never belonged to the Spanish Crown, nor to the Republic in such a way that one can say that these lands came out of the national heritage at any time.”⁴

Despite these advances of jurisprudential type, currently situations arise in relation to the indigenous reservation titles of colonial origin and their registration thereof without being these all the situations existing today on the subject:

- 1) Indigenous communities that preserve authentic copies of the titles of their reserves (handwritten and signed by the King of Spain (or copies of colonial and republican lawsuits which recognizes indigenous ownership and boundaries are

2 Supreme Court - Judgment of 10 October 1942 - Legal Gazette, vol. LV, No. 1993

3 Judgement, on September 24, 1962 Civil Cassation Chamber.

4 Council of State - ruling of July 6, 1972, in Ordinario de Minas introduced by Acerías Paz del Río S.A., against Cementos Boyacá S.A.

designated), which are protocolled in the corresponding notaries and recorded in the Registry Offices of Public and Private Instruments in the old system of registration, and in the document one can see the registration. But those offices only issue copies or certificates of registration; they not issue certificates of tradition and freedom on these properties.

- 2) Indigenous communities that reconstituted their lost reserve titles, based on the provisions in Art. 12 of Law 89 of 1890, protocolled and recorded the statements.
- 3) Indigenous communities that reconstituted their lost reserve titles, based on the provisions in Art. 12 of Law 89 of 1890, protocolled and did not record the statements.
- 4) Indigenous communities that protocolled with notary, documents of colonial origin such as Real Supplies, Legal Protection, Process recognizing possessions (property), decisions of the Real Hearings and did not report them.
- 5) Communities that retain administrative and or court decisions in which they are entitled to the ownership and possession on areas or portions of land did not protocol or recorded them.
- 6) Notaries and registrars have elevated to public deed many award documents in usufruct and have registered them with the note of false tradition; also the judges ordered the notarization and registration as individual private property of reserve areas, as a product of possession, executive and succession processes.

It is not very clear the procedure and regulations for updating of records and obtaining certificate of tradition and freedom on the reserves of colonial and republican origin, but this is part of the collection of outstanding and to solve problems in Colombia.

It is worth pointing out what the peace processes will imply, and what arouses such agreements, land and victims' poor developed law and so many other standards that certainly have the issue of lands and ancestral territories.

2. THE TERRITORY AND THE RIGHT TO COLLECTIVE OWNERSHIP OF THE LAND

The 1991 Constitution recognizes the ethnic and cultural diversity of the Colombian nation (CP, art. 7). Far from being a purely rhetorical statement, the fundamental principle of ethnic and cultural diversity projects legally the democratic, participatory and pluralistic character of our Republic. Indigenous communities – groups of families of Amerindian descent who share feelings of identification with their aborigine past and maintain features

and values of their traditional culture, forms of internal government and social control that distinguish them from other rural communities (D.2001 of 1988, art. 2^o) –, enjoy a special constitutional status. They form a special constituency for the election of Senators and representatives (CP arts. 171 and 176), they exercise jurisdictional functions within their territory in accordance with their own rules and procedures, as long as they are not contrary to the Constitution or law (PC, art. 246), they are governed by indigenous councils according to their traditions and customs in accordance with the Constitution and the law (PC, art. 330) and their territories or reserves are collectively owned and have inalienable, imprescriptible and un-attachable nature (PC arts. 63 and 329).

Collective property rights exercised over indigenous territories have an essential importance for Aboriginal people cultures and spiritual values. This circumstance is recognized in international conventions approved by the Congress, where it highlights the special relationship of indigenous peoples with the territories occupied, not only for being their primary mean of subsistence but also because it constitute an integral part of the Aboriginal people worldview and the religiousness. In addition, the Assembly stressed the fundamental importance of the right to the territory of indigenous communities. Judgment T - 188 of 1993 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz says:

“Without this right, the above (rights to cultural identity and autonomy) are just formal recognitions. The ethnic group requires the territory in which it is settled to survive and develop its culture. It presupposes the recognition of the right to ownership over traditional territories and those who configure their habitat.”⁵

In this same line, Judgment C-891 of 2002 with presentation by Jaime Araujo Renteria affirms:

(...) it is clear that the right of indigenous peoples to have their own social, economic and cultural life as well as to profess and practice their own religion and to use their own language (Art. 27 of the Civil and Political Rights International Covenant), should be understood tied to the right to own their own territory, on which these people can build their ethnic foundations. It is noteworthy that the indigenous territory and its resources, as well as tradition and knowledge, “constitute a legacy that bounds – as a whole – the present and future generations.”

It can be seen then that the indigenous participation is a sustenance that overflows the purely political sphere of the concept, to the extent that it makes part of a cosmogony

5 Asamblea Nacional Constituyente. Ponencia Los Derechos de los Grupos Etnicos. Constituyente Francisco Rojas Birry. Gaceta Constitucional No. 67. p. 18.

according to which this value is related to the respect for living beings, to never take more than what is needed and to always return to the land something that is taken.

In synthesis, from the holistic conception of territory that indigenous peoples hold, it can be concluded that the exploitation of natural resources in ancestral territories is part of their vital sphere and their form of relating directly with the nature, as well as their cultural and socio-economic legacy. In this way, the participatory principle enshrined in Article 2 of the Political Constitution acquires more intense shades in relation to indigenous communities.

Judge Jorge Iván Palacio in sentence T-601 of 2011, says:

At the level of territorial organization, he determined that the indigenous territories are territorial entities (Art. 286), which enjoy autonomy for the management of their interests within the limits of the Constitution and the law. For this purpose, they are entitled to the following rights: (i) be governed by own authorities; (ii) exercise the powers which they are entitled to; (iii) to manage resources and establish taxes necessary for the fulfillment of their functions; and (iv) participate in the national incomes (Art. 287). Also, the constitutional framework provides that the establishment of indigenous territorial entities will be subject to the provisions of the organic law of territorial planning, and its delimitation will be made by the National Government, with participation of the indigenous communities' representatives, prior concept of the territorial planning commission.

Those indigenous territories shall be governed by councils formed and regulated according to the habits and customs of their communities, with the following responsibilities: (i) ensuring the application of legal rules regarding soil uses and bending of their territories; (ii) designing policies and plans and programs for economic and social development within their territory, in harmony with the national development plan; (iii) promoting public investment in their territories and ensuring its proper implementation; (iv) collecting and distributing their resources; (v) ensuring the preservation of natural resources; (vi) coordinating the programs and projects promoted by the various communities in their territory; (vii) contributing to the maintenance of public order within their territory in accordance with provisions of the National Government; (viii) representing the territories against the National Government and other entities; and (ix) other ruled by the Constitution and the law (Art. 330).

The Constitution also points out that the reserves are collective property and not alienable (Art. 329) and that the exploitation of natural resources in indigenous territories will be without detriment to the cultural, social and economic integrity of the indigenous communities. In the decisions to be taken with regard to such exploitation, the Government will include the participation of the representatives of the respective communities (Art. 330 paragraph).

To the Court, that constitutional framework should be complemented and reinforced with the ILO 169 Convention *"Regarding indigenous and tribal peoples in independent*

countries”, approved by the Congress by law 21 of 1991 which, in addition, is part of the constitutional block, convention that has *“an approach of respect for differences and promotion of the Aboriginal people autonomy and for the recognition of certain rights as the prior consultation and collective territory, among others.”*

Similarly, this collegiate body understands that the United Nations Declaration of the Indigenous People Rights approved by the United Nations in 2007 reflects the current position of the international community on the autonomy of indigenous communities, declaration that, to the constitutional judge, constitutes an important interpretation of the tribal community fundamental rights.

As a result and for what matters now, in the Colombian law among the present guarantees there is the special relationship of indigenous peoples with the territory in which they live, from which has emerged the need for guaranties, as well as the organization and the possibility that life inside the territory is governed by their own rules, Art. 246 of the Constitution; it is directed by traditional authorities, Art. 330 of the Constitution; and their conflicts are resolved by the authorities and based on procedures established by them, Art. 246 of the Constitution, Judgment T-513 of 2012, Humberto Antonio Sierra Porto.

The right to territory is directly related to the right to self-determination and to existence, both physical and cultural, which makes it mandatory to recognize them as culturally distinct peoples, because in certain territories they define how they want to live, what they can do and the geographical characteristics that determine significantly the activities they may carry out, as well as their crops, livelihood activities, food and rituals. Judge Humberto Antonio Sierra Porto in sentence T-513 of 2012 determines:

(...) the territory of an indigenous community is part of the cultural events guaranteed by the constitutional order, as well as by the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights that, as an agency with jurisdiction recognized by the Colombian State, constitutes criteria with binding interpretation of the constitutional rights.

The Constitutional Court, when dealing with the fundamental right to indigenous people collective ownership, pointed out that there is a basis in the Constitution of that right and some sub-rules that are summarized in:

According to the precedents of this Court, the indigenous people fundamental right to collective ownership includes: (i) the right to establish reserves; (ii) protection against acts of third parties; (iii) according to the precedents, this right is also a mean to ensure the indigenous people survival and ethnic integrity. Maria Victoria Calle Correa Judgment T-387 of 2013

3. THE RIGHT TO PRIOR CONSULTATION

This right is recognized in Colombia Law 21 of March 4, 1991 approving the ILO Convention 169 concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries. Ratified on August 7, 1991. Article 17 of the Convention states establishes explicitly that:

1. The modes of transmission of rights over the land to the concerned peoples and established by these peoples shall be respected.
2. The concerned peoples should be consulted whenever their capacity to alienate their lands or otherwise transmit their rights over the land outside their community is considered.
3. It must be prevented that outsiders benefit from the customs of these peoples or their ignorance of the laws by its members to arrogate ownership, possession or use of land belonging to them.

And the sixth article points out that when applying the provisions of this Convention, Governments shall:

a) Consult the peoples, through appropriate procedure and in particular through their representative institutions whenever legislative or administrative measures that may affect them directly are foreseen;

From this regulation incorporated into the constitutionality block, Colombian jurisprudence has developed this area like no other country in the region. One of the most significant rulings is without a doubt Judgment C-196 of 2012 presented by Judge María Victoria Calle Correa, establishes the jurisprudential rules to carry out the consultation in terms of legislative measures.

General jurisprudential rules regarding prior consultation of legislative measures to ethnic communities can be summarized in the following terms: (i) prior consultation is a fundamental right; (ii) there is a clear bound between the realization of prior consultation and the protection of cultural identity of ethnic minorities; (iii) the completion of prior consultation is mandatory when the measure affects ethnic communities directly; (iv) Government has the duty to promote the consultation in the case of law drafts of its initiative or not; (v) its omission configures a violation of the political Charter; and (vi) the consultation must be made at a time prior to filing the law draft in the Congress of the Republic, so that the results of the participation process affect the content of the initiative that is subject to consideration, without prejudice to the participation envisaged for citizens in general during the legislative process.

The Court reiterated the nature of the ethnic community fundamental right to prior consultation and the correlative state duty of advancing it, synthesizing its characteristic features as follows: (i) On the ownership of the right pointed out, in accordance to ruling C-461 of 2008, which resides in the Colombian case, not only in the indigenous communities, but also in the Afro-descendants according to Article 1 of the ILO Convention 169 (ii). In relation to the thematic scope of the inquiry, it is based on Judgment SU-383 of 2003 that this must be done regarding any aspect that directly affects the ethnic community. I.e., prior consultation is not limited to the case of the natural resources exploitation in the indigenous territories (Article 330 PC) nor to the delimitation of indigenous territorial entities (Article 329 PC), which were those expressly provided by the Constitution, because the ratification of ILO Convention 169 by our country, by Law 21 of 1991, extended its spectrum to any measure likely to directly affect ethnic communities.

In this Provision, there is an emphasis on the wording of article 6 of the Convention, pointing out that it does not contain any thematic restriction. (iii) With respect to the type of measures which must be previously consulted with ethnic communities, according to Article 6 of the ILO Convention 169 the court reiterated that it is not only about administrative measures but also legislative measures, including the laws approving international treaties and constitutional reforms. (iv) In relation to the moment in which prior consultation should be done according to the principle of good faith, which informs the consultative process, it is reiterated that consultation must be timely, i.e. that must be done prior to the adoption of measures, because once taken, the participation of ethnic communities would not have any use since they could not influence the decision-making process.

In terms of international treaty incorporation of in the Colombian domestic law, it means that prior consultation should be conducted before the President refers the treaty and its law approved by the Senate (v). Finally, on the effects that the omission of prior consultation has on the legislative process, it is stated that it configures a violation of the political Charter, reason why, under a law that should have been consulted, demand for unconstitutionality proceeds. Thus, the omission of prior consultation “is a habit [that] prevents to declare the law constitutional”; result that does not lose applicability in the automatic control practice, through which the Court must verify compliance with the requirement of prior consultation as regards rules directly affecting ethnic communities.

However; when analyzing the Prior Consultation accomplishment as a fundamental right in the decisions directly affecting indigenous communities, the Court concluded:

In what has to do with the scope and content of the duty of consultation laid down in subparagraph a) Article 6 of ILO Convention 169, particularly in relation to the consultation of legislative measures capable of directly affect indigenous communities, answered three

essential questions formulated in the following terms: (i) when is it mandatory, in accordance with subparagraph a) of the ILO Convention 169, the prior consultation of a legislative measure? (ii) in what conditions of time, place and mode must that consultation occur? And (iii) what is the legal consequence of failure against the duty of consultation?

Regarding the first question: the duty of consultation does not arise against any legislative measure that is likely to affect indigenous communities, but only with respect to those which may affect them directly, unless it is limited to the exploitation of natural resources in indigenous territories (Art. 330 PC) and the delimitation of territorial entities (Art. 329 CP), cases that were those expressly provided for in the Constitution. This based on fact that to Court ILO Convention 169, ratified by Colombia through Law 21 of 1991, expanded the spectrum of prior consultation to “*any measure likely to directly affect ethnic communities*”, since Article 6 does not contain any thematic restriction. The point of direct involvement and treatment in this statement will be addressed in the subsequent section.

With regard to the second question, concerning the requirements of mode, time, and place that must comply with the completion of the consultation, the Court established the following parameters:

With regard to the time in which the consultation must be done and responsible authority must carry it out, the Court noted that the Government has the duty to promote consultation in all cases, both in the case of law drafts that are of its initiative as in the case of law drafts originated in subjects other than the Government’s (Art. 155 PC) which content is capable of directly or specifically affect indigenous communities or people of African descendants.

In this second hypothesis, as soon as the Government identifies the deployment of a law draft in relation with which consultation must occur, it should contact the instances laid down in the legislation for such effects, as the Permanent Table of Concertation with Peoples or Indigenous Organizations created by Decree 1397 of 2006, to define in that scenario the instances and consultation mechanisms that are more appropriate before continuing the legislative procedure; but in addition, if the project is a Government initiative, it must comply with prior consultation before submitting the relevant law draft to the Senate of the Republic.

For the Corporation, the consultation process can be understood as fulfilled when there is evidence that before filing the law draft in the Congress of the Republic, its text has been reported among the communities concerned, there has been progress in the illustration of such communities on its scope, and proper discussion scenarios have been opened.

Finally, as to the legal consequence of the omission of the consultation duty, on the basis that there is a very wide international commitment of the Colombian State, which

ignorance would generate a situation of non-compliance liable to assessment and control through appropriate international bodies (Judgment C-169 of 2001), the Court has held that the rules on duty of consultation of the ILO Convention 169 are integrated into the Constitution, and that to the extent that the consultation duty there foreseen has been considered as an expression of a fundamental right of participation, bounded in this specific case to the fundamental right to economic, social and cultural integrity, the omission of the consultation in those cases in which the same is imperative in the light of the Convention, has immediate consequences in the domestic order.

4. THE INTERNATIONAL LEGAL FRAMEWORK FOR THE RIGHT TO LAND

Custom is the fundamental criterion to determine the right to collective ownership of indigenous peoples. The principle governing this statement is the principle of the inherence of indigenous rights. I.e. those indigenous peoples under its original pre-existence, and their social and cultural continuity in the contemporary States, have a special situation, an inherent condition which is the legal basis of rights.

And among the rights in which it is observed more clearly this special situation, there are the property rights that would not be thus considered as a mere concession of the State. In this sense, the Colombian jurisprudence is rather broad in its interpretation of the principle of inherency⁶.

The importance of the tradition is reflected in the fact that the traditional land ownership should be enough so that indigenous communities that do not have a royal title on the property obtain official recognition of it.

The ancient occupation of the community lands is based on oral tradition since the relationship of indigenous peoples with the territory is something that is not necessarily written, but it is lived on a daily basis.

Indigenous customary law is then generically a number of different real practices in different communities for their internal organizations. The relationship with the land has to be considered as a spiritual element that indigenous peoples should enjoy thus preserving their cultures.

In this context, it must not be forgotten the important role played by the Inter-American Commission on Human Rights – entity of the Organization of American States

⁶ See more on: CINELLI, Claudia. **La dimensión colectiva del derecho a la propiedad de la tierra. Breve recensión sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana.**

(OAS) – responsible for the protection and promotion of human rights in member countries – in the *Mary Carrie Dann v. United States* case and in the case *Maya Indigenous Communities of the District of Toledo Belize 2002 and 2004* respectively.

The Commission clarifies the meaning of the indigenous people rights collective aspect claiming that they “are made through its guarantee to groups or organizations” and considers that “the general international legal principles applicable in the context of the indigenous people human rights include” among others “the recognition of the right of ownership and possession with respect to land, territories and resources that they have historically occupied”.

However, while it is true that customary law is a primary source of international law and that it has been defined by the International Court of Justice as crystallization of legal norms from the general assent, the adoption of international universal and American conventions in which it is collected specifically (or either indirectly) the collective right to property. However this fundamental right should be considered as a step forward for the recognition in formal instruments.

The *Awas Tingni* case⁷ is a case without precedent in which the Inter-American Court has failed for the first time in favor of collective rights to land and natural resources of an indigenous community. The central point of the dispute submitted to the IACHR is the lack of protection by Nicaragua of the use and enjoyment of the right to the community property on their ancestral lands, even when not only customary law but also the Constitution of Nicaragua and the Nicaraguan domestic law expressly guarantees the indigenous community communal property.

Before declaring the violation of Article 21 of the American Convention on Human Rights by Nicaragua, the Court affirms that *Awas Tingni* has the right to communal ownership over the lands that usually inhabits, main and greater impact element of the ruling. The Court considering the community as legitimate owner of their ancestral lands and, therefore, declaring Nicaragua responsible for not having ensured the use and enjoyment of this right, uses three means of interpretation.

Firstly, the Court calls on the *travaux préparatoires* of Article 21 of the ACHR in which stands out the existence of an obligation of State behavior that goes beyond simple abstention from interference (negative obligation).

7 See more at: Anaya y Grossman, *el caso Awas Tingni vs. Nicaragua: un nuevo paso en el derecho internacional de los derechos humanos en instituto de derechos humanos, el caso Awas Tingni contra Nicaragua, nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas*,

In this sense, the ratio legis of the norm is to guarantee a series of positive obligations, i.e. identify, delimit, demarcate and title lands so that the right to collective ownership is effective and not illusory.

In second place, the Court adopts what it calls an interpretative “evolutionary” method through a contrary reading of the prohibition of the restrictive interpretation of Article 29 letter b) of the Convention.

In third place, the Court clarifies the prohibition of a restrictive interpretation of rights, since – as established in Article 29, letter b) of the ACHR – no provision can be interpreted in the sense of “limiting the enjoyment and exercise of any right or freedom that may be recognized in accordance with the laws of any of the States or according to another Convention where one of those States is part of”⁸.

Positive decision on the property rights of the indigenous territories in the framework of International Law and the aforementioned jurisprudence of the Court are hopeful for future territorial claims of indigenous peoples⁹.

In agreement with Claudia Cinellis, and despite these notable advances in the development of a positive law for indigenous peoples and civil society impulse increasingly aware of the historical particularities of these peoples, most States continue ignoring its international obligations and promoting continuity or directly regressive policies.

5. THE PERSPECTIVE OF THE RIGHT TO LAND AND TERRITORY

As Professor Carlos Mares proved,¹⁰ the Government, especially the judiciary, has been negligent in the application of the guarantees against the right to land in the Brazilian Constitution. The professor states that the Constitution included the use of the land on the concept of property, but not any use, but one that makes it productive and protective of the environment. For this reason, the owner does not fulfill the social function is not owner; and the occupant that enforces it deserves comprehensive system protection, even if not proprietary.

This finding against the Brazilian Constitution is applicable for Latin American States that have rules and case law developments in the field of property rights of the land

8 *Awas Tingni Case*, judgement cit., para.145.

9 CINELLI, Claudia. La dimensión colectiva del derecho a la propiedad de la tierra. Breve recensión sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

10 See at: *A função social da terra*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor.

recognized for indigenous peoples, collective rights and of course the application of the principle of the inherence of indigenous rights in greater or lesser extent.

The question lies in the kind of negligence of the judicial powers and the institutional resistance that also exists in countries with more restricted constitutional frameworks.

Judicial activism, so popular in Latin America regarding these rights, is rather cautious, even the Inter-American system has broad developments that States do not assume as a probable doctrine for their own internal affairs.

The prospect of land and territories at this stage of capitalism or in the so-called capitalism epoch is played today in judicial scenarios, however, judicial operators are unaware of jurisprudence developments of the Inter-American Court and of some constitutional Courts that perform a wide and extensive interpretation of these rights.

The set of rulings on prior consultation in Colombia is pretty blatant and all starts from the belief that the Colombian Constitutional Court judgments are binding and that they accept judicial decisions without any discussion, but in practice is not like that. The judgment is only a document that requires a second legal fight because the executors of these sentences are confronted with all kinds of obstacles and economic, political, international and military interests that prevent its enforcement.¹¹

The legal scope of land and territory collective rights of land and territory in the next few years obviously tend to be increasingly more restricted and, in countries that do not have an acceptable international standard it is unlikely, the perspective is to increase the rhetoric and keep in limbo the materiality of these rights.

BIBLIOGRAPHY

ANAYA, Los pueblos indígenas en el derecho internacional, Andalucía International University, Editorial Trotta, Madrid, 2005.

ANAYA y GROSSMAN, El Caso Awas Tingni vs. Nicaragua: un nuevo paso en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS, Case Awas Tingni against Nicaragua, nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas, Deusto University, Bilbao, 2003, p. 11.

ARIZA Rosember. **Consulta Previa. Dilemas del ejercicio de un derecho, Minería, Territorio y Conflicto en Colombia**, National University of Colombia. Bogotá, 2012.

¹¹ See at: Ariza Rosember. Consulta Previa. Dilemas del ejercicio de un derecho, Minería , Territorio y Conflicto en Colombia, National University of Colombia

CINELLI, Claudia. La dimensión colectiva del derecho a la propiedad de la tierra. Breve recensión sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana. At: <<http://www.portalfio.org/inicio/repositorio/ CUADERNOS/CUADERNO3/Derecho%20a%20la%20Propiedad%20de%20la%20Tierra.pdf>>.

MARÉS, Carlos Federico. **Bens Culturais e Proteção Jurídica**, 2. ed., Unidad Editorial de Porto Alegre, 1999.

_____. **O Renascer dos povos indígenas para o direito**, Curitiba: Juruá, 1998.

_____. **A função social da terra**, Sergio Antonio Fabris, Editor. Porto Alegre, 2003.

“NEW COLONIALISMS”: EVANESCENT DIALOGUES IN A FRONTIER IN MOVEMENT

Alfredo Wagner Berno de Almeida¹

Summary: This paper was originally presented in a workshop opening to discuss the relationships between Government and collective identities focusing upon social movements, with deep environmental awareness and expressive movement around territorial rights. It also analyzes the confrontation between neoliberal policies and the democratic experience of these movements, partly referenced by the Declarations of Rights produced by international organizations, such as the Convention 169 of ILO, dated from 1989.

Keywords: Social movements; Collective identities; Culture of resistance; Government; Convention 169 of ILO.

Under the conditions of opening ceremonies in scientific events, which are doors for discussions, I invite you for a critical reflection about territorial rights, culture and environment concerning the Brazilian international relations in the last decades. A preponderant factor, under these relations, concerns the so called “sector dialogues” between Brazil, on one side, and European Union and the United States, on the other side, focusing upon themes associated to culture and environmental factors. These relations gained strength from the Convention on Biological Diversity (CBD), enacted during Rio-92, carried out in Rio de Janeiro, on June 05, 1992, and from Universal Declaration on Cultural Diversity, adopted by UNESCO on May 21, 2001, both in compliance with United Nations and admitted by Brazil. The strengthening of these political initiatives, engendered in the direction “North/South” and “dialogues”, established boundary lines tightly drawn in a background of seeming understanding. We say seeming, because of the divergent interpretations and positions concerning phenomenon related to biodiversity and to social and environmental conflicts, as we will see hereinafter.

More recently, new reflection modalities have opposed to this “geographical trend”, which mainly strengthen relations classified as “South/South”, in other words, mainly between Asian, African, and South and Central American countries. Such relations mark, differently from the relationship previously mentioned, interpretations close to the environmental issue standpoint. To some interpreters of works and field researches biodiversity is understood

¹ Anthropologist. Professor visitor of the University of Amazonas. Fapeam Researcher.

as not separated from social diversity especially through the new “social actors” who use natural resources according to a deep cultural self-awareness. They build their respective collective identities abandoning the meanings of “ethnicity”, “tradition” and other identity factors that have effects related to environmental preservation linked with rites of passage, which outlining a deep cultural action in time and physical spaces. The Amazon and Atlantic forests or the Congo Basin and Southeast Asian rainforests could not be understood as dissociated from people and communities that traditionally occupy those lands and make a sustainable use of their natural resources.

Other interpreters, who incorporate such dissociation, show to be more attuned to a radical environmentalist reasoning, in which an absolutely predominant natural picture explains social life. Under this aspect, the characteristics of the physical medium would be determinant to define the principles of any environmental policy where preservation is always understood as “integral”, in other words, without the presence of social units.

The clarification of this double frontier reveals more than a conflict of interpretations. Circumstantially, it makes the use of the usual harmony model as the “dialogue” technique that silences differences and calls attention for social conflicts leading to social and economic transformations in this turn of century. This transitory situation has been also classified as a deep rupture with the authoritarian measures inspired in the neocolonial project². However, a similar transition does not already have a finished explanation. Their interpretations, even the most improved, show as constant “loss of direction” evidencing an analytical difficulty to understand the social process dynamics in course. Therefore, it is necessary to review the interpreters and interpretations that show this perplexity considering there is a premise for their own explanation.

Supported by this premise, I intend to expose the theme openly, inviting you to reflect freely and accurately on the decisions of a cultural and environmental policy and on the territorial rights in the people and traditional community agendas. Thereunto, I seek to submit interpretations of different authors describing conditions to possible access to conceptual provisions, arguments and explanatory schemes able to provide a triple rupture: i) with the self-evidences³, ii) with the evolutionary dictates and iii) with the dualism common sense (traditional X modern, primitive X avant-garde, rural X urban, the outskirts X downtown,

2 This analysis also refers to reflection of Laura Nader and Ugo Mattei about the plunder and the rightful and legal government. See: Pilhagem. **Quando o Estado de Direito é Ilegal**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

3 Here I refer to the sociological studies on post-colonialism, whose criticism is summarized on Vivek Chibber – “Postcolonial Studies as Analysis and Critique”. In: **Postcolonial Theory and the Specter of Capital**. London/New York: Verso, 2013. pp.1-27.

former colonies X metropolises, late X advanced, raw material X industry), which, historically, have dominated the issue interpretations.

A initial warning is that “stories of cultural differences”, always emphasized, should not be read as hastily as the evolutionary precepts suggest, after all the concepts of “homogeneous national cultures”⁴, ethnic identities and environmentalization processes, as well as the general notion of “post-colonialism” considered outmoded, which hampers the contrast comparative exercises and initiative. We witness the loss of conceptual force and capacity of inducement, notions once hegemonic, and the relations “North/South” or those “South/South” here emphasized, should be examined from these current conditions.

Homi Bhabha⁵ analysis in *O Local da Cultura* imposes to set a critical distance between continuity historicisms and illusions, which ground unofficial interpretations.

*“The border culture work requires to meet ‘the new’, which is not part of a continued past and present. It creates an idea of the new as an insurgent act of cultural translation. This act does not simply recognizes the past as social cause or aesthetic precedent; it renews the past, resetting it like an “in-between” contingent, which innovates and interrupts the action of the present.”*⁶

In addition, concerning territorial rights of traditional people and communities, culture and environment, there are distinct approaches which cannot be ignored.

To field researches biodiversity is understood as not separated from social diversity through, especially, new “social actors” who make use of natural resources according to a deep cultural self-awareness, building their respective collective identities (indigenous, quilombo people, riverines, caçara people, babaçu coconut breakers, faxinal people, piassaba palm extractors, pasture back communities, tidewater settlers) and their specific territorialities. It is about collective identities objectified in social movements, with deep environmental awareness and expressive movement around territorial rights. Culture forsaking has implications on the reorganization of physical space and appropriation affecting environment preservation together with rites of passage, which builds time and physical space hierarchy outlining a deep intrinsic cultural action. The rainforests could not be understood as a whole if dissociated from people and communities that traditionally occupy them. The space reorganization, in this regard, would consist in an acknowledgement of the intrinsic forms of natural resources common use.

4 Cf. BHABHA, Homi K. **O Local da Cultura**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p.24.

5 Cf. BHABHA, Homi K. **O Local da Cultura**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

6 BHABHA, Homi K. **O Local da Cultura**. Belo Horizonte. Editora UFMG. 2010, p.27.

Unlike, for other interpreters, more attuned with a radical environmentalist reasoning inspired in the precepts of the old metropolises, the absolute predominance of the natural picture prevails, which would be determinant to define the principles of any official policy. Under this standpoint, as was already outlined, the preservation is classified as “integral” dissociated of any social units or agents considered predators or “intruders”. There has been a non-legitimation of the traditional ways to use the resources, evidencing social conflicts. In the European Union this non-legitimation is associated to several restrictions to social diversity that worsens stigmas in face of former colonies, and in addition immigration laws become increasingly severe with restrictions to ethnic identities and free movement of the social agent. The stigmatizing guidance, contributing to decolonization complexity, is surrounded by notions of the so called “environmental racism”. Demographic arguments of Malthusian ground are tragically reissued, and tension is clearly shown in the successive tragedies in Lampedusa Island, Italy, with the death of more than 20 thousand clandestine people in the last two decades, mainly trying to enter Europe as passengers of precarious vessels. The claims of the so called “sans-papiers” and the increasing problems in the acknowledgement of Roman people in France should be added, in the opposite direction, to the fact that in Brazil we witness the concomitant emergence of collective identity plurality that is conscious of its territorial, cultural and linguistic rights^{7 8} (for example: the indigenous people, Pomeranians and Rome). Thus, we can notice more open and flexible immigration laws due to the rigid legal provisions adopted in the United States and European Union.

Considering those officially so called “sector dialogues” we face a clear mismatch, with abyssal: while one opens, the other closes, while one acknowledges rights, the other restricts them, while one privileges acknowledgement policies, the other insists in a restrictive identity policy, while one increases tolerance, the other reduces it. Furthermore, while one maintains a preservationist perspective, the other has as preponderant conservatism and emphasis to “ecological fears” (pollution, climate change), providing an intense sales of “environmental services” and commercialization of technical measures tied to environment protection policies.

The clarification of these multiple frontiers and their development translates contrasting social situations, which circumstantially holds in abeyance the use of the usual harmony as dialogue and difference silencing technique calling attention to social

7 Cf. Decree No. 6.040, dated from February 07, 2007, which establishes the National Policy of Sustainable Development of Traditional People and Communities.

8 Cf. Decree No. 7.387, dated from February 09, 2010, which establishes the National Inventory of Linguistic Diversity and gives other arrangements.

antagonisms shown in social and economic transformations in this “turn of century”, which affect unevenly countries and continents, economic blocs and “international communities. Under this prism, “sector dialogues” demand a critical analysis dissociating the claim agenda from the State action social movements.

1. THE IMPLICATIONS OF A “LOSS OF DIRECTION”

“We are entering a new century without using a compass”.⁹

There is a consensus in the discussion between interpretations of the twentieth century transition to twenty-first emphasizing a widespread “loss of direction” and a general “bewilderment” on what directions to take concerning economy, knowledge production and cultural life. Political decisions and market circuits delimit the field of symbolic goods production by deciding that cultural goods and services must be funded and what should be produced. A deep crisis finds a complex situation of passage with uncertainties, forecast problems and not reliable estimates for the near future. In addition there are issues such as “where are we going?” or “does the space overlaps as time goes by?” as well as “Is there is a shortening of the time regarding physical spaces, which become tightly ranked?”

The explanatory speeches about these uncertainties, full of metaphors, refer not to economic or cultural nature provisions, but to lack of the accurate instruments addressed to geographical location and measurement of the multiple dimensions. There is a change in the territory and collective identity meanings. The frontiers of the present are not self-evident and there are many thinkers that register this. Map no longer get along to the territory, in the words of Baudrillard¹⁰.

For historian Amin Maalouf¹¹ 2009, in the beginning of the new century there was no instrument to serve as guide for an accurate location, not even an old compass to show the path to be followed. The thinker say we move into the new century with a false step. The “loss of direction” would be bound, according to the title of his book, to a general “deregulation” crisis or to the end of the rules that discipline business activities and the multilateral agency policies.

9 MAALOUF, Amin. **Le Dérèglement du Monde**. Éditions Grasset & Fasquelle, 2009. p. 10.

10 F. BAUDRILLARD, Jean. **Cultura y Simulacro**. Barcelona: Editorial Kairós, 2012. pp.9-11.

11 Cf. MAALOUF, Amin. **Le Dérèglement du Monde**. Éditions Grasset & Fasquelle, 2009.

"We are entering the new centuries without a compass."¹²

The financial crisis and the collapse of the triumphalism policies of neoliberal inspiration, from 2008 and 2009, cause a distrust before the ideas of "deregulation", spreading a general suspicious of its purpose to "free" the growth of the productive forces, which "naturally" would take place with the neutralization of the State action. With this widespread failure of the neoliberal policies of "deregulation" and with dramatic signs of prolonged economic crisis, the thinking heads of multilateralism avoiding the potential conflictive situations are proposing to set up a "dialogue" in "new" bases internationally. In other words, the initiative of "dialogue" occurs in a moment of transition and uncertainties in which the effects of a later decolonization are rethought and replaced with unpredictable developments.

In the preface of *Fractured Times*, posthumous book of Eric Hobsbawm¹³ launched in 2013 soon after his death, English historian shows to be in harmony with this interpretation developing an analogous reasoning, but putting the focus in which was implied by the lack of the old instrument and not in there itself.

"(...) this book also refers to a time in history that lost its way and that, in the first years of the new millennium, with more perplexity than I remember to have seen an already long life, waits ungoverned and disoriented an unrecognizable future."¹⁴

Although the vaunted "loss of direction" refers seemingly to physical space, it also has a notion of time and culture, which shows that crisis has triple dimension concerning essential and permanent categories in the thought systems.

In the first chapter of *Local da Cultura*, Homi K. Bhabha, in line with the previous interpreters, describes his standpoint in details:

"It is the troppo of our times is to put the cultural issue in a sphere beyond. In the turn of the century, we were less concerned with annihilation – the 'author' death – or the epiphany – the 'agent'. Now our existence is marked by a dark sense of survival, to live in the borders of the 'present', for which there seems no proper name besides the current and controversial slip of the prefix 'post': postmodernism, post-colonialism, post-feminism...

12 MAALOUF, Amin. **Le Dérèglement du Monde**. Éditions Grasset & Fasquelle. 2009. p.10.

13 Cf. HOBBSAWM, E. **Tempos Fraturados. Cultura e Sociedade no século XXI**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

14 Cf. HOBBSAWM, E. **Tempos Fraturados. Cultura e Sociedade no século XXI**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 9, 10.

The “beyond” is neither a new horizon, nor an abandonment of the past... Beginnings and ends are the myths that support the years in the middle of the century, but in this fin-de-siècle, we are in a moment of passage in which space and period crosses to produce complex figures of difference and identity, past and present, interior and exterior, inclusion and exclusion. That is because there is a sense of bewilderment, a direction disorder, in the “beyond”: an incessant exploratory movement, which is very well captured by the French term au-delà – here and there, from all sides, there and here, forward and backward.”¹⁵

Fredric Jameson¹⁶, American thinker doctorate in Yale, talks specifically of a “cultural sheer” or the postmodern culture dynamics derived from the effects of the successive wars and “later capital”. This resulted in the controversy about the “end of art”, reference to Hegel, and places the last decades of the last century as an age of great performances and a tragic theater of war operations with effects on the way of thinking social changes. With postmodernism there was occur a change in thought categories, both in political and scientific production terms. Reason, science, time and space faced new semantics or became relative as the political categories did: sovereignty, citizenship and territory new categories. Jameson¹⁷ included neologisms like “de-territorialization”, taken from Deleuze, linked to the real estate speculation crisis. The passage situation, as the uncertain transition, implies the abandonment of certain categories to the advantage of others, fully modifying the interpretative schemes or the way to notice the phenomenon.

Upon the “loss of direction”, the authors seek a choice. This choice has converged on an academic training capable to provide accurate coordinates and on a type of professional, whose criteria of competence and knowledge enables to give “direction” or even reverse “direction”.

The Argentine thinker Tomás Eloy Martínez¹⁸ summarizes this convergence. He considers cartography as a science that, ideally, can unravel “paths” and provide the proper guidance in a moment of crisis, removing “uncertainties” and re-encountering the “direction”:

*“If it was his wish, a cartographer could revert the directions of the world”.*¹⁹

15 BHABHA, Homi K. **O Local da Cultura**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010, p. 19.

16 JAMESON, Fredric. **Le postmodernisme, ou la logique culturelle du capitalisme tardif**. Paris: ENSBA, 2007.

17 JAMESON, F. **A virada cultural: reflexões sobre o pós-modernismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. pp.227-245.

18 Cf. MARTINEZ, Tomás Eloy. **Purgatório**. São Paulo: Cia. das Letras, 2009.

19 MARTINEZ, Tomás Eloy. **Purgatório**. São Paulo: Cia. das Letras, 2009.

Considering the recent perplexities it would be possible to put a question mark at the end of Martinez statement, pointing out that at the same time that cartography delivers an idea of full objectivity referring to transition situations, his action is also marked by analytical obstacles and interpretative problems when understanding such subjectivities.

2. AN UNCERTAIN AND RISKY TRANSITION: “THE NEW IS NOT YET BORN AND THE OLD IS NOT DEAD”

Another group of thinkers formulates an interpretation of the “turn of the century” based on this type of transition risks showing that beyond the “loss the direction” it would be in border and marginal situation, between rituals of separation that are not completed and lie unfinished. Such rituals of separation are related to elaboration and waiting for birth and death ceremonies.

Philosopher D. Bensaïd²⁰ points out this marginal condition of a non-concluded passage or incomplete ceremonial sequence of “rites of passage” contrary to predictions that they would be completed by the “turn of century”. This unfinished movement is described as follows:

“We experience an uncertain transition in which the old agonizes without being abolished, and the new suffers to hatch between an unsurpassed past and the stammering discovery of a new world in gestation.”²¹

“Under the impact of the capitalist globalization, the notions of nation, territory, people, sovereignty and citizenship and the international law parameters were shaken. Shaken, but not exceeded. We live this great transition, this great interval between two extremes, between the “no longer” and the “not yet”, in which the old did not finish to die, while the new suffers to be born and run the risk to perish even before to have lived.”²²

20 BENSALD, Daniel. **Os irredutíveis. Teoremas da resistência para o tempo presente**. São Paulo: Editorial Bontempo, 2008.

21 BENSALD, Daniel. **Os irredutíveis. Teoremas da resistência para o tempo presente**. São Paulo: Editorial Bontempo, 2008. p. 22.

22 BENSALD, Daniel. **Os irredutíveis. Teoremas da resistência para o tempo presente**. São Paulo: Editorial Bontempo, 2008. p. 11.

The Polish sociologist Zygmunt Bauman²³ shares this interpretative scheme and well sets his inspiration in A. Gramsci in a paper published in the Italian journal *Il Manifesto*:

“At the end of the 1920 and beginning of 1930 Antonio Gramsci wrote in one of the several notebooks he filled during his stay in carcere di Turi: “The present crisis precisely consists in the fact that the old is dying and the new has not yet born; in this intermission several morbid symptoms have appeared.”(...)

“I propose consider the modern planetarium conditions as a pause. In fact, according to Gramsci, “The old is dying”. The old “triple” order, comprising territory, State and Nation Concept as the key to the planetarium distribution of sovereignty with the State as the only active agency, is already dying – autonomy is not anymore connected to entity elements and “triple” principle but, in some way, it is linked to a part that is constantly being reduced, despite the fact that the apparently undestroyable marriage between power and politics is marching towards separation and divorce. Sovereignty is not anchored and floating. Its allocation criteria tend to be strongly contested, although the regulamentation succession and its application in a great number of cases have failed (that’s to say, the rule was reduce to an retrospective explanation of a State already finished).”²⁴

In line with Bauman, the journalist Serge Halimi²⁵, director of *Le Monde Diplomatique*, invites us to enjoy the same reflections when opening his paper with an inquiring verse of *Poésie Ininterrompue*, from Paul Éluard:

“I want to know where I am leaving to keep so much hope”, and complemented with the following: “...in the last decades, the transformation of the world has been so fast that exceeded our capacity to analyze it. The Berlin Wall fall as well as BRICS emergence (Brazil, Russia, India, China and South Africa), new technologies, financial crises, Arab revolts and the European decline make experts take turns to announce the end of history or the birth of a new world order.

Beyond these premature burials or uncertain births, three universal big trends emerged and it is important for us to make a balance, in a first moment: social inequality increase, political democracy decomposition and national sovereignty shrinkage.”²⁶

23 BAUMAN, Z. “Non più e non ancora. Transizione di um continente a rischio di paralisi”. **Il Manifesto**. Anno XL. N.74,28 marzo de 2010. (Traduzione Marina Impallomeni)

24 BAUMAN, Z. “Non più e non ancora. Transizionedi um continente a rischiodiparalisi”. **Il Manifesto**. Anno XL. N.74,28 marzo de 2010. (Traduzione Marina Impallomeni).

25 See HALIMI, Serge. “Para preparar a reconquista”. **Le Monde Diplomatique**. Brasil, de maio de 2013. pp.20,21.

26 HALIMI, Serge. “Para preparar a reconquista”. **Le Monde Diplomatique**. Brasil, de maio de 2013. p. 20.

The metaphors for the biological time and its finite works are once more just explanatory mechanism of social changes. The explanation development results converge to literary figures and particularly one of them is worth mentioning: the one that refers to the Tomasi de Lampedusa book entitled *Il Gattopardo* adapted to a film by Luchino Visconti. In the novel, as it happens nowadays in the island of Lampedusa, there are changes explained by mechanisms called “gatopardism” that in a free translation could be summarized as follows²⁷: “If we want everything to remain as it is, it is necessary to transform or change that everything.” Or yet for everything stay as it is, it is necessary that everything changes.

3. “DIRECTION EAST, DIRECTION SOUTH”: OLD UNMADE CERTAINTIES

For centuries and until the past two decades there seemed to be no doubt that the course of the world would remain the same. West would always be the “direction” of the civilizing process. An accurate summary of the Portuguese writer Eça de Queiroz reasserts this “irrefutable truth”, in 1878, in the *Cartas de Inglaterra*. It was a correspondence regularly sent by Eça to the Brazilian newspaper “*Gazeta de Notícias*” and the Porto newspaper “*A Actualidade*” between 1878 and 1882. The author reproduces one of the certainties of the imperialist expansion age, what today seems absolutely undone: the constant dynamics in the “West” direction.

*“As civilization goes to West, this will pass here for eighteenth century in New Zealand or in New Australia, when us, in our turn, are the old races of the East, our languages are dead languages, and there are piles of truncated columns in London and Paris as now are Palmira and Babylon, where the Zealander and the Australian will visit in balloon, with round-trip ticket...”*²⁸

The expectation of the set of ruins may even be the same, but the projections and estimates of “direction” radically change in this beginning of the twentieth century. The spatial representation problematization tends to become more pronounced since, from an

27 In Italian we have: “Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi.” (Tomasi de Lampedusa, pag. 50). In the Lampedusa’s book, which portrays his aristocratic family, this is what the Prince of Salinas says for his nephew Tancredi about the struggle for the Republic, which shows clear signs of victory. See: Lampedusa, Tomasi di - // *Gattopardo*. Milano. Giangiacomo Feltrinelli. 2009. Universal e Economica Feltrinelli. (Prima edizione 1963, conforme al manoscritto del 1957).

28 Cf. QUEIROZ, Eça de. **Cartas de Inglaterra e Crônicas de Londres**. Lisboa: Edição “Livros do Brasil”, 2000, p. 63.

economic standpoint, the world gravity would change. For Hobsbawm, with the current economic depression, the world moves not towards West, but from West (North America and Europe) to South (Africa, Central America and South America) and to East Asia. The old metropolitan and hegemonic areas accumulated wealth allowing people living in those areas to ensure during decades a higher standard of living than that of emerging countries, like BRICS, for instance.

One of the deductions would show that we will not have big cartographic changes in the world maps in the short term, although the social tension in the “central countries” (USA and Europe) keeps an upward trend, according to the English historian. However, geographers, historians and anthropologists do not see the possibility of putting Africa, Asia and South America in the top of the world map and the countries of now called “northern hemisphere” in its lower part²⁹.

4. CRITICISM TO EUROCENTRISM

The European Union thinkers are the main interpreters of the Eurocentrism effects on the intellectual life of the old colonies. For British historian Jeremy Black, the rupture with Eurocentrism is a prominent issue in the block of intellectual and political re-conceptualization. The results cartography and religion relations are historically recovered by anthropologist Jack Goody in an accurate documentary survey in which he seeks to disassemble the Eurocentric speech produced by the classic Renaissance. Goody³⁰ finds there was loss of the scientific information under the Christian hegemony. He analyzed its negative effects on scientific thought and, in particular, on cartography:

“For example, regarding to cartography, the Christian maps had poor information if compared to the detailed Greek and Roman maps – and in some way if compared to the Islamic maps, as the Al-Idrisi in the book of Rogério (1154), and later to Mercator maps in the sixteenth century north Europe. The Christian map from beginning of the seventeenth century (“T-O”) was called “diagram quite poor”. Ptolomeu had to be rediscovered, as well as most of the sciences had to be reborn. This is another example of the lack of information under Christianity.”³¹

29 See BLACK, Jeremy. **Mapas e História. Construindo Imagens do Passado**. São Paulo: Edusc, 2005.

30 Cf. GOODY, Jack. **Renascimentos: um ou muitos?** São Paulo: Editorial UNESP, 1995.

31 GOODY, Jack. **Renascimentos: um ou muitos?** São Paulo: Editorial UNESP, 2011. p.95.

Criticisms to Eurocentrism are extend to the artistic production process, as well as to maps and atlas, which privileged deforestation of rainforests, pollution of rivers and seas, desertification and destruction of grasslands and savannas, to the detriment of traditional people and community representation. Cartography was far from highlighting ethnographic research as it currently happens in South America, Africa and Asia. In this context, the critical views led to “new cartographers”, according to Deleuze ³², that redesigned maps pursuant to the social agent representation system, thus strengthening the cultural self-awareness process and reorienting social life “new directions”.

The scholarly arts, according to Hobsbawm, remain Eurocentric as it is clear evidenced by the installations, new collections and exhibitions in great museums, including those of fine arts, like the well known “biennials”. They remain the same, even in a globalized planet in which museums and exhibitions, as “biennials” and “great collections”, transmit an idea of cultural dissemination provided by intellectual and artistic production. The economic development, pursuant to Hobsbawm, would enable a cultural scene grounded in the criticism of “colonial societies” in which the collection repatriation institutes work as a “natural” measure of compensation.

The repatriation of works of art obtained in the wars, which refers to colonialism, started in the last decades when great European museums gradually weakened their “national” feeling and when, on the other hand, emerging countries search to consolidate “nationalist projects” in terms of cultural policy. A chapter of tensions revealed intense controversies.

5. COLLECTION “REPATRIATION” AND ITS PROBLEMS

In Hobsbawm detailed analysis of “The contents of these museums (with reference to two museums of OskarReinhardt of Wintesthrue (...), independently of where they are located are not national and do not belong to any national cultural heritage no matter what means were used do accumulate them (robbery, conquest, monarchy, money or sponsorship). Collections of this type may or may not become property of museums officially appointed as national, but anyway their intention is supranational.”³³

The Musée du Quai Branly, in Paris, a mix of colonization and postmodernism, would be an extreme illustration of this by belatedly exposing the collections of “savage people”,

32 Cf. DELEUZE, Gilles. “Um novo cartógrafo”. In: **Foucault**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2005. pp. 33-56.

33 HOBBSAWM, E. **Tempos Fraturados. Cultura e Sociedade no século XXI**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

obtained in the great scientific expeditions³⁴, as “the mission” Dakar-Djibouti, dated from 1931. This little late example symbolizes the possible and deep effects of the collections tendency on traditional people and community cultural self-awareness. Those Museums became models of neocolonialism and works linked to bookstores, galleries, “native” handcraft stores and production of exotic pieces and mass consumption, revealing the force of different mercantile circuits that now include the symbolic market of goods.

According to Hobsbawm: “A new problem appeared in the decolonization world and modern globalized tourism, namely, the concentration of collections of great universal art almost always in museums of the old Western imperial powers (until the twentieth century basically European) and in the accumulations of their rulers and rich people.”³⁵

One of the most relevant effects of this type of heated and motivated commercial circuit, which combines technological innovation and mass consumption with “commoditization” of cultural goods, valuing them and accentuating their exchange value, concerns to reissue of a nationalist inspiration posture that claims those usurped goods are “national heritage”.

In other terms, as underlines Hobsbawm: “This caused a demand by repatriation of these works, like in Greece, Turkey and West Africa”.³⁶

Upon the problems implied in these said “compensations”, which would need to be better examined, we have a contrasting exercise that claims for a relativization of Eurocentrism as pre-condition to begin these called “sector dialogues”. And this does not seem simple or easy, because it does not only depend on political will and the sum of individual desires. Even to conduct a careful distinction between “national culture” and “universal culture”, it is necessary to pay attention to a historical exercise revisiting the industrial revolution, the flowering of a tendency to “collect” and its variants in the end of the twentieth century. According to the Brazilian anthropologist Castro Faria³⁷, in this end of century the “biological”, “botanical”, and “geological” classifications were rethought orchestrated by naturalists, who re-write the relation between nature and culture since the end of the eighteenth century. He exemplifies with the interpretation of Foucault on “classification” and shows that, in the same way, were put in abeyance the criteria of Maecenas and collectors, which led museums and

34 See GRIAULE, Marcel. **Dieu d'eau. Entretiens avec Ogotemmêli**. Paris: LibrairieArthèmeFayard, 1966.

35 HOBBSAWM, E. **Tempos Fraturados. Cultura e Sociedade no século XXI**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 176.

36 HOBBSAWM, E. **Tempos Fraturados. Cultura e Sociedade no século XXI**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

37 CASTRO FARIA, Luiz de. **Antropologia: duas ciências. Notas para uma história da antropologia no Brasil**. Rio de Janeiro: CNPq/MAST, 2006 (org. por Alfredo Wagner e Heloisa M. B. Domingues).

galleries to specialize in “art schools” produced by aesthetic precepts founders of complex periodization: art galleries, museums of modern art, galleries and botanical gardens. The “national acceptance” many times emptied the meaning of certain claims to cultural goods repatriation. There is not, for example, who claims the collections of Curt Nimuendaju, ordered by E. Nordeskiold at the end of the nineteenth century and beginning of the twentieth century that are exhibited in the Museum of Gothenburg (Sweden). Also, there is no one who claims the property of artifacts from indigenous people collections held by clergymen and missionaries, which now are in Turim, Italy, and if any of them demonstrates purposes to repatriate the collections it would be difficult to protect them here. The idea of repatriation being spread, one has a repertory of relations combining past and present, seeking to reverse hierarchies between nations, indicating that usual concepts of “national culture” show a deep restoring process.³⁸ Some authors even talk about new modality of “internationalism” with the advent of symmetrical relations. At this point when there is an assumption of equality between nations, the idea of “dialogue” is transformed in successive questions and intellectual and political mobilizations, which lead to a critical reading of both “post-colonialism” as “neocolonialism” with the near future been unpredictability, which deserves to be examined with accuracy and in a detailed way, beyond a simple lecture, what an event of this order can allow.

6. A RADICAL RUPTURE OF THE POLITICAL RELATION STANDARDS

On the other hand, in the political plan we are witnessing transformations that re-design the “policy - rights” relationship. When there are crisis and threats to democracy, we also witness the social construction of this democracy itself. In the twentieth century first decade the South-American continent and, in particular, Brazil is going through deep social changes and radical ruptures due to the previous decades’ events. Economists have highlighted that the MERCOSUL and Pan-Amazonian countries’ growth in the last ten years was much higher than that happening by the time of Washington Consensus, in 1989 and the beginning of the twenty-first century. Furthermore, it has been a situation of social and economic progress with democratic governments elected by the people that are sensitive to popular claims, instead of the scenario of recession and unemployment of other regions of globe. One of the main factors responsible for these results may be ascribed to the

³⁸ BHABHA, Homi K. **O Local da Cultura**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p. 24.

merit of the governmental policies that have abandoned the neoliberal principles, which “methodically destroyed collectiveness”, as analyzes Bourdieu³⁹, and are consolidating a democratic experience with social mobilization, including subscribing Declarations, like UN Declaration of Indigenous People Rights in 2007, and ratifying international Conventions that ensure the acknowledgement of cultural diversity, like Convention 169 of ILO, dated of 1989, but that only was recognized by Brazil in 2002/2003.

Amid these transformations, some authors do talk in legal terms about a “new South-American constitutionalism”, illustrated mainly with the experiences of Bolivia, Ecuador, Venezuela and Brazil, who are discussing it solely amid street mobilizations and protests questioning the usual political mediations considered democratic instruments of direct participation.

The discussions about political participation, tied to a broad idea of “consultation”, now are on the agenda of the Brazilian social life mainly after June 2013 with popular mobilizations in streets and squares of hundreds of cities. Although diffused and not focusing immediately on the State power, such mobilizations, by virtue of their proclaimed autonomy, heterogeneity of their composition and dispersion of their claims, points out there are not only new meanings of “policy”, but principally new standards of political relations. They joined economic claims with identity statements and ethical principles, “irreverent cultural acts” with radical slogans of environment defense, signaling they wanted the incorporation of direct and collective action ephemeral practices not set forth in the electoral and party apparatus, as well as differentiated and collegial forms of representativeness equally not set forth in the electoral legislation. In response to these claims placed persistently by force and mobilization intensity the main point of agenda prepared by the Executive and Legislative departments was called “political reform”. The Judiciary Department would provide broad participation highlighting the effectiveness of the Convention 169 of ILO. This actuality, somehow, transcends to national policy and begins to strengthen the relations “South/South”.

22 countries ratified Convention No. 169 until June 2013, 15 of them are in the American continent, being eight in South America and the other in Central America, except for Mexico. Only Norway, Denmark, Spain and Netherlands, in the European continent, ratified it. In Africa, the first and only country to recognize it is the Central African Republic and in other countries (Kenya, Mozambique and Zambia) it is starting a discussion around defense

39 Pierre Bourdieu speeches explicitly in a “program of methodical destruction of the collectives”. In: **Contrafogos. Táticas para enfrentar a invasão neoliberal**. Rio de Janeiro: J. Zahar Editor, 1998, p. 137.

of territorial rights of tribal peoples. In the case of Pan-Amazonian, only two countries are not signatories of the Convention 169, namely: Suriname and the Republic of Guyana. It is possible to assert that 24 years after Convention No. 169 was adopted by ILO, it is maintained as a current instrument in the agenda of claims related to human rights of traditional people and communities. This does not mean it was being driven late, but this is the time when social agents are realizing it as an instrument of resistance. The awareness of the possibility to use this legal provision, which privileges social agents with awareness itself, becomes a chapter always coeval of certain degree of political perception.

In the Brazilian case, the ratification per se has not served as guaranty for effectiveness of the traditional people and community territorial rights linked to the right of previous consultation. Given that successive governments have privileged a model of development supported by the commodity agro-export economy, the peasant family-based economy and the territories of common use of traditional people and communities were sacrificed. The relaxation of the territorial rights has been recurrent, which has resulted in situations of serious social conflicts. Similarly, mechanisms of direct participation were addressed to the affected people and communities by implementing infrastructure megaprojects (highways, ports, airports, waterways, dams) directed to large homogeneous crops with industrial purposes (soybean, palm, sugar cane, pine, eucalyptus and acacia), artificial pastures of large farming enterprises and timber, and mineral and oil extraction. When maintained under systems of common use of the natural resources, the lands historically occupied by traditional communities (cf. Article No. 14 of the Convention No. 169) counteract the basic land market rule because they are not subjected to purchase and sale acts and are not part of different mercantile exchange circuits. The exclusive usufruct, case of the indigenous people, and the definitive land protection, case of the quilombo remaining communities, are held by community organizational forms and not by individuals and their use are family units' common interests, thus preventing their "free" acquisition or sale.

The infringement of Convention No. 169 provisions has been registered in the Belo Monte hydroelectric implementation, in the implementation of the Alcântara rocket launch base and other countless situations.

The acknowledgement of social diversity by Decree No. 6,040 was consolidated through an operation carried out by the Traditional People and Community National Committee. In the committee meetings between 2007 and 2013, the representatives strengthen their association executing tacit covenants of solidarity. The guaranty of social diversity is an instrument of plural characteristics, which moves the Committee. Although the political potential of this committee was not yet triggered appropriately, it can be said

that it has supported the State Committees and the Technical Chambers (see Bill No. 7447). The representation relevance of a database on traditional people and communities and the National Committee expansion to several Councils is a product of this political capacity.

It is not simple or easy to match national representations with the local entity representations. The issue of the different representativeness and their implications are on the agenda of the social movement discussions, upon the difficulty to approach what is placed under the sign of differences. A new standard of political relations would have to overcome this type of obstacle, as suggest the agenda of claims of the social movements.

However, there are obstacles that are difficult to be overcome. The disproportionate exaltation of the primary product statistical results has led to agribusiness triumph feeling and vainglorious rhetoric with harsh criticism and convictions towards: i) demarcation of the indigenous territories, ii) quilombo territory protection, iii) small agriculture family-based and iv) all forms of extractive activities that involve social agents referred to as: rubber tappers, chestnut people, babaçu coconut breakers, faxinal people, communities of pasture funds, piassaba palm extractors, açai catchers, liana extractors, tidewater settlers, caiçara people, artisanal fishermen and craftsmen. The ADC (Agriculture National Confederation) main artificer of this type of rhetoric and of this exaggerated media treatment, mobilized intellectual producers that made the laudatory registration of the so-called success, as well as a funereal pseudo-praise of the family farming and the extractive activities. Heralds of the “end of the peasantry” and the “end do extractive actions” use this redemptory language, which praises the large farming enterprises, the agribusiness, the primary economy return and land concentration, eliminating social conflicts and contradictions that mark the economic life. The concentration trend with formal restructuring transcends land high prices and leads to discussions to the meanders of a factor inherent the “sustainable development”, namely the called “food sovereignty”, which is seriously threaten in a historic framework in which there are seven companies that produce 70% of the world seeds⁴⁰. The pressure on traditionally occupied lands, which is intended to food crop production, aims at flexible traditional people and community territorial rights providing conditions to land market expansion more directly linked to agricultural commodities.

40 We are facing an oligopolistic trend that, in the Brazilian case, coexists with an aggravating factor: the country is importing rice and beans in the right moment in which conservative forces seek to make the territorial rights of the indigenous, quilombo people and other traditional people and communities flexible and weaken the small farmers referred to specific circuits of the land market. This information is complemented by fact of the flour price is reaching very high prices in this second half of 2013, harming the basic diet of the population of North and Northeast regions.

7. RESISTANCE CULTURE

Different evolutionary interpretations, of clear primordialism inspiration, the theoretical choices, in the sense of a “new social cartography”, criticize any essentialism of traditional people and communities, placing a dynamic counter narrative addressed to the identity plan and territory construction as opposed to the official cartography fixity. By opposing this immutability, the choices show that proclamations in defense of rights recognition emphasizing certain diacritical signs, reasserting historical facts and a certain “origin”, cannot be understood as they were the main options of resistance movements. According to Paoliello⁴¹, when accepting this uncritical means one runs the risk of making the effects of the colonial society authoritarianism seem honest with its racial, religious and identity divisions historically imposed through provisions since at least 1872, date of the first census in Brazil. Reiterating the Paoliello approach, it would not be necessary the demands for recognition, but the claims of territory possession made in a collective way in the present, which constitutes “the trigger that sets off the ethnogenesis process.” The “trigger” metaphor that leverages the passage from a condition to another brings about a proposition that is in line with the premise that ethnology, by conceptualizing the “new ethnicities” and the social agent self-definition criteria, opened the doors to a critical instrument to understand the conflicts for natural resources, with emphasis on territory mobilization. These mobilizations transcend the geographical particularities, runs through different ecosystems and can refer both to the Amazon biome as southern plateau or to the semiarid backwoods. We can say, according to Edward Said⁴² arguments, that political-organization criterion of ethnic mobilization of do not leave the political world “at metaphysics of the essences” anymore. The collective actions oppose the rigid repertory of procedures that cool ethnic identities crystallizing their components and having power to found a permanent discord among social movements, weakening any attempt to resist. Paoliello faces such challenges and produces a criticism of these stereotyped views, political myths and animosities, analyzing the agendas of social movement claims, ethnic resistance programs and distinguishing the strategies of those who define themselves as indigenous or quilombola.

41 PAOLIELLO, Tomas, Pacheco de Oliveira. **Revitalização étnica e dinâmica territorial- alternativas contemporâneas à crise da economia sertaneja**. Rio de Janeiro: Contracapa, 2012.

42 Said works with the expression “resistance culture”, warning that the slow restoration of the territory, which would be in the core of the decolonization process “was preceded – as in the case of imperialism- by mapping of the cultural territory. After the period of “primary resistance”, literally fighting against the external intrusion, comes the period of the secondary resistance, i.e., ideological, when trying to rebuild a “shattered community, to save or restore the meaning and the concreteness of the community against all pressures of the colonial system”, as states Brazil Davidson.” (Said, 2011: p.328). For more information, see: SAID, E. **Cultura e Imperialismo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2011.

Social movements that associate ecological awareness with deep local roots and claims for territories and collective identities make evident the cultural self-awareness increasingly intense process through intense mobilization, thus well describing the contours of this frontier. Self-conscious also means self-confidence and self-respect the requires the confirmation of one another, which allows to set up close ties of solidarity setting a “resistance art” built daily⁴³ with symbols and express practices, in the situation herein mentioned, by collective identity and rupture of the essentialist criteria imposed by colonialism and its renewed versions.

It is for this rupture and their changes that I would like to call your attention renewing the invitation to take it as object of analysis and apologizing right away with the brevity that is being presented.

REFERENCES

- BAUDRILLARD, Jean. **Cultura y Simulacro**. Barcelona: Editorial Kairós, 2012. pp.9-11.
- BENSAID, Daniel. **Os irredutíveis. Teoremas da resistência para o tempo presente**. São Paulo: Editorial Bontempo, 2008.
- BHABHA, Homi K. **O Local da Cultura**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.
- BLACK, Jeremy. **Mapas e História. Construindo Imagens do Passado**. São Paulo: Edusc, 2005.
- BOURDIEU, Pierre. **Contrafogos. Táticas para enfrentar a invasão neoliberal**. Rio de Janeiro: J .Zahar Editor, 1998. p. 137.
- CHIBBER, Vivek. “Postcolonial Studies as Analysis and Critique” in *Postcolonial Theory and the Specter of Capital*. London/New York: Verso, 2013. pp.1-27.
- DELEUZE, Gilles. “Um novo cartógrafo”. In: **Foucault**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2005. pp. 33-56.
- GOODY, Jack. **Renascimentos: um ou muitos?** São Paulo: Editorial UNESP, 1995.
- HOBBSAWM, E. **Tempos Fraturados. Cultura e Sociedade no século XXI**. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- JAMESON, Fredric. **A virada cultural: reflexões sobre o pós-modernismo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006. pp.227-245.
- JAMESON, Fredric. **Le postmodernisme, ou la logique culturelle du capitalisme tardif**. Paris: ENSBA, 2007.
- LAMPEDUSA, Tomasi di. **Il Gattopardo**. Milano: Giangiacomo Feltrinelli, 2009.

43 See SCOTT, James C. **Weapons of the Weak. Everyday forms of peasant resistance**. New Haven and London: Yale University Press, 1985.

MAALOUF, Amin. **Le Dérèglement du Monde**. Éditions Grasset & Fasquelle, 2009.

MARTINEZ, Tomás Eloy. **Purgatório**. São Paulo: Cia. das Letras, 2009.

PAOLIELLO, Tomas, PACHECO DE OLIVEIRA. **Revitalização étnica e dinâmica territorial - alternativas contemporâneas à crise da economia sertaneja**. Rio de Janeiro: Contracapa, 2012.

QUEIROZ, Eça de. **Cartas de Inglaterra e Crônicas de Londres**. Lisboa: Edição "Livros do Brasil", 2000. p. 63.

SAID, E. **Cultura e Imperialismo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2011.

SCOTT, James C. **Weapons of the Weak. Everyday forms of peasant resistance**. New Haven and London: Yale University Press, 1985.

SOCIAL MOVEMENTS, THE STRUGGLE FOR LAND AND THE WAYS TO INVISIBILITY

Giovanna Bonilha Milano¹

José Antonio Peres Gedie²

Summary: This article has as its premise the struggle for land and the participation of indigenous peoples, traditional communities and social movements in constitutional changes in several Latin American countries, and in Brazil since the 1980s. During this same period, the economic globalization process driven by neoliberal policy formulations reorganized and hierarchized spaces dedicated to the supply of materials, being them raw, agricultural or mineral, while intensifying the exploitation and advances on large areas occupied by indigenous and other traditional communities. This process resulted, concretely, in a “new cycle of colonization”. The article also analyzes the gap between constitutionally affirmed rights and the economic processes of contemporary capitalism that cause new land conflicts and revive old local ones, which, when litigated, reinforce the invisibility of peoples and traditional communities.

Keywords: Social movements. Constitution. Fundamental rights. Judiciary power.

INTRODUCTION

The Federal Constitution of 1988 included a series of rights, and incorporated historical agendas and new demands of social movements, such as the territorial rights of “quilombo” communities³ and rights to indigenous traditional lands⁴, in addition to asserting the social function of rural and urban land⁵.

1 Doctoral student linked to the Post-Graduate Program in Law from the Federal University of Paraná.

2 Professor of Civil Law at the Federal University of Paraná.

3 BRAZIL. Constitution of the Federative Republic of Brazil enacted in 1988. Article 231

4 BRAZIL. Constitution of the Federative Republic of Brazil enacted in 1988. Articles 186 and 182, paragraph 2.

5 VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos da judicialização da política. **Tempo Social**, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2. , p.39-85. Novembro/2007. p.41.

Most Latin American Constitutions promulgated as of that decade, also acknowledged the presence of indigenous peoples in their territories, secured rights to these peoples over their lands and ways of life, constituting implicitly or explicitly, polyethnic multicultural societies and States in formation.

From then on, the realization of those constitutionally recognized rights came under overt attacks by neoliberal policies that were partially or fully assimilated by national States. Meanwhile, the revindication of indigenous peoples and traditional communities were intensified, thus demanding the implementation of public policies to guarantee their permanence and access to land.

In this process of recognition, affirmation, execution and denial of rights, the judicialization of conflicts concerning the use, possession and ownership of land grew being the Judiciary increasingly called upon to analyze and judge these claims.

As stated by Luiz Werneck Vianna, there is a growing judicialization process of social relations and politics underway worldwide, and that began in the 1970s, including countries that adopt *civil Law* as their legal systems.⁵ The state agents need to control and punish in light of human rights violations during the Second World War linked to the development of the “democratic constitutionalism”, strengthened the building of “a judiciary endowed with the ability to exercise jurisdiction over the legislation produced by sovereign power”⁶.

On the other hand, the *Welfare State* disposal and the resurgence of neoliberal strategies led to the easing of social rights and the weakening of unions and instances of association. In this new scenario of traditional political institutions’ fragmentation and destabilization, the Judiciary is fundamental to implement rights already secured and mediate social conflicts.

The invasion of law over social aspects advanced in the regulation of the most vulnerable sectors, in a clear process of replacement of the State and institutional resources that were classically considered as republican by the judiciary, in order to provide coverage to children and adolescents, the elderly and the physically disabled. The judge became directly involved in the social matter. Without politics, political parties or an organized social life, the citizen turns to this figure, mobilizing the arsenal of resources created by the legislature in order to provide him with alternative routes for the defense and achievement of any accomplishment of rights.⁷

6 VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos da judicialização da política. **Tempo Social**, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2. , p.39-85. Novembro/2007. p.41.

7 VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos da judicialização da política. **Tempo Social**, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2. , p.39-85. Novembro/2007. p.41.

The Brazilian political-legal experience follows the same trend and, according to Barroso, democratic reopening under the framework of the 1988 Constitution brought the wake of an unprecedented place for adjudication, permeated by the emergence of “new” rights; increasing demand for justice; and the rise of an institutional judiciary. As a result of this trend came the “legalization of political and social issues, which consider the courts the final decision-maker.”⁸

It can be said that there was a kind of “reinvention” of the judiciary, which was seen as a privileged space for the ongoing flow of conflicting social dynamics, implying therefore, a redefinition of the place of judgment within jurisdictional action, in face of the accomplishment of fundamental rights, such as access to land and territories. The traditional peoples, communities and social movements noticed this change in the space for political struggle and began to demand their rights with greater intensity and frequency before the Judiciary.

When we observe the legal treatment given to conflicted agrarian situations, however, we are faced with a scenario formed by conceptual continuities deriving from the centrality that the right of private property occupies in Law, opposed to the “new rights” affirmed constitutionally.

As observed by Jacques Alfonsin, the treatment of multiple problems related to access to land in Brazil remains bound to an individualistic and private vision, disregarding constitutionally affirmed rights, which occupy a position as fundamental rights within the legal system.⁹ An example of this conceptual inversion is the appraisal of real estate registration, in order to verify land ownership, eliminating any form of analysis that can, in one way, assert collective rights, and in another, point to fundamental rights violation or misuse of land in dispute, by the owner.¹⁰

This distortion of legal treatment, resulting in devaluation of constitutionally asserted collective rights and the valorization of individual property rights, is highlighted in the analysis of certain exemplary cases. In these cases, the invisibility of peoples and traditional communities is reinforced, due to the fact that court decisions are funded, implicitly or explicitly, on interpretations of the legal system that gives decisive individual importance to the economical and productive functions of property, in detriment of Constitutional social obligations.

8 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 407.

9 ALFONSIN, Jacques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 115.

10 ALFONSIN, Jacques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 116.

1. SPECIFIC TERRITORIALITY AND THE BRAZILIAN AGRARIAN STRUCTURE

The existence of local realities in which specific territorial relations develop based on the bond of belonging that go beyond a simple private individual appropriation of land and that expresses itself culturally, going against the logic of individual property and the economic productivity geared towards the market. In addition, these realities reveal the existence of cultural diversity in different ways of life and inspire a critical review of their national land structure.

It is about recognizing the existence of “social territories”¹¹ or “specific territoriality”, which adapt through multiple social processes and have in common the fact that they represent forms of appropriation of space in which the “control of basic resources is not exercised freely and individually by a certain group of domestic direct small producers, or by one of its members”,¹² but by the community.

In order to reflect on the contours that characterize these multiple territorial configurations, Alfredo Wagner de Almeida points out that the common use of territorial space occurs through social standards agreed upon by the communities, which combine the collective access to natural resources with the individual appropriation of goods, depending on the policies and community relations established in each situation. Moreover, they may refer to situations of greater stability in access to land, when referring to more historically consolidated occupations, or to the circumstances of transience in greater territorial ties in recent situations of occupation.¹³

In all cases, the dynamics referred to are usually boosted from the identity cohesion of the subjects, which is constructed on the basis of conflicts and antagonisms shared by the community. Also according to Alfredo Wagner, through this dynamic character - closely connected to the experience of social status of a certain group - “specific territoriality” refers to the result of “social processes of territorialization”, which limits the collective space that will come to be known as territory.¹⁴

11 The term “social territories” is used by the anthropologist Paul Little to define multiple territorial experiences made by other people and traditional communities. Refer to: LITTLE, Paul E. **Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade**. Série Antropologia n. 174. Brasília: Departamento de Antropologia, 2002.

12 ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terra de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livre”, “castanhais do povo”, faxinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas**. 2. ed. Manaus: PGSCA-UFAM, 2008. p. 28.

13 *Idem*.

14 ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terra de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livre”, “castanhais do povo”, faxinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas**. 2. ed. Manaus: PGSCA-UFAM, 2008, p. 29.

The stability and guarantee of community permanence in that specific territoriality are, therefore, closely linked to the correlations of strength that take place in material conflicts faced by the community, in a game of interests in which territory plays a decisive role in the condition of “mobilization unit”.¹⁵

This definition of “specific territoriality”, to which we refer here, is not to be confused with the notion of land as real property, nor with the conceptualization of territory as jurisdictional space of the State. In fact, the boundaries separating these three concepts – land, territory and specific territoriality – are not very clear, because the State submits this “shared territoriality”¹⁶ and the subjects that build it to legal treatment that takes state territory, private property and the subject of individualized rights as a basis, relegating them to invisibility, as exposes Souza Filho:

The name “territory” was never used. On the contrary, it was intentionally denied. Of course, there is a not very subtle difference between calling it “land” and “territory”: “Land” is the legal name given to the individual property, whether public or private; “Territory” is the legal name given to a judicial space. Thus, territory is a collective space that belongs to a people. The same ideology that denies the existence of people (...) denies the use of the term territory.¹⁷

“Social territories” actually correspond to territoriality experiences that coexist in the same nation-state, which constituted the historical path of Brazilian and Latin American territorial formation, or claim to be and continue to be, in the present moment, opposed to “the agricultural exporting model, supported by the monopoly of land, slave labor and other forms of workforce immobilization.”¹⁸

15 *Ibidem*, p. 30.

16 The term “shared territoriality” is used by Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Cf. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Multiculturalismoe direitos coletivos*. In: SANTOS, Boaventura de Souza. (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

17 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Multiculturalismo e direitos coletivos*. In: SANTOS, Boaventura de Souza. (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 102.

18 ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terra de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livre”, “castanhais do povo”, faxinais e fundos de pasto**: terras tradicionalmente ocupadas. 2. ed. Manaus: PGSCA-UFAM, 2008.p. 50. Regarding the performance of the Brazilian territorial movements and conflicts regarding the struggle for land, the experiences of Contestado (PR / SC) and Canudos (BA) are exemplary and represented well the reaction of those who lived and depended on the land in face of the territorial expropriation supported by formal property titles that were granted at the time.

As summarized by Andrea Alves De Sa, these territories can be understood as a way of “making a living as a community”, in a comprehensive movement that builds belonging and ownership of the space under the combination of a number of elements of several kinds, such as climate, common history, geographical location and also family ties, religion, shared values, ways of producing and relations of power.¹⁹

The plurality of these manifestations in ways to manage and organize the territory, strongly influenced by cultural patterns that define them, is presented under a range of names accompanying the collective characteristics that star in the corresponding social processes.

In an illustrative list of traditional territories and communities, we can mention tappers, chestnut, babaçu coconut breakers, artisanal fishermen, coastal, islanders, wood gatherers, pastures, indigenous peoples and the remaining quilombo communities. For its uniqueness, diversity and its sturdiness the impositions of the political and legal culture of the State and national society, these peoples and communities are decimated, forced to integrate the national community or become invisible.

2. EXEMPLARY CASES OF RESISTANCE AND INVISIBILITY OF PEOPLES AND TRADITIONAL COMMUNITIES

2.1. “Quilombo” territory - Barra do Parateca

As noted, the judicial interpretation tends to value the right to private property, but also serves to make the existence of collective subjects in judicial proceedings invisible, ignoring its constituent fundamental characteristics that should be taken into consideration for the appropriate legal treatment of land issues in which they are listed as parts of lawsuits, as occurred in the territorial dispute involving the “quilombo” community Barra do Parateca, located in the municipality of Carinhanha, State of Bahia.

After creating the Agropastoril Quilombo Association of Barra do Parateca in 2008, ten possessory actions were proposed by owners of the region, claiming the repossession and the withdrawal of 250 families that occupied the territory. Note that the said Community already had recognition by the Palmares Cultural Foundation and was party to an

¹⁹ ALVES DE SÁ, Andréa. **Território de uso comum das comunidades tradicionais**: uma visão jus socioambiental do criar, fazer e viver dos fundos de pasto da Bahia/Brasil. Doctorate Thesis: Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2010. p. 91.

administrative proceeding at the National Institute of Colonization and Agrarian Reform - INCRA for demarcation and titling of lands.²⁰

The demands were filed - and judged - as if they were land conflicts between individual owners, disregarding any cultural specificity and not recognizing the social organization of the “quilombo” and the significant number of people affected. The granting of the preliminary injunction claim for repossession and the respective warrant execution led to the withdrawal of families, their homes and gardens, on behalf of legal certainty and the protection of the rights of the alleged owners.

In the interlocutory appeal to this injunction, the “quilombo” community reinforced the need for the observance of the Constitution, which provides protection to territories that are being occupied by “quilombo” communities, and drew attention to the “underlying social conflict of the possessory demand, particularly when the existence of an administrative proceeding for the recognition of the area as traditionally occupied by “quilombo” communities is shown in the records”.²¹

In the decision of the interlocutory appeal, however, the arguments that had been previously put forward were reinforced whensoever the preliminary injunction was approved, where the “quilombo” community’s characteristics were disregarded and the demand was limited dogmatically to “the denial of the disturbance of calm and peaceful possession being exercised by the proprietor, holder of the registered Title Deed”²²

What is interesting, yet, in this decision, is that the judge had examined the possessory dispute solely based on the Civil Code, disregarding the Constitutional rules and claiming a split between the constitutionally guaranteed social rights and the entire non-constitutional legal system.

By adopting this perspective of analysis, the judge states that “(...) The transformation of a discussion of possession in means to resolve an issue that demands effective action of the Government in order to give effect to constitutional principles, should not be allowed.” This clearly exempts the judicial branch from its duty to fulfill Constitutional content, including within its promotional functions.

20 CHASIN, Ana Carolina da Matta. Direitos étnicos, conflitos fundiários: a judicialização da disputa pelos territórios quilombolas. **Revista Olhares Sociais**, Universidade Federal do Recôncavo da Bahia. v.1, n.1, jan./2012. p.3.

21 BRAZIL. Regional Federal Appellate Court 1 AI 2009.01.00.048663-2/BA. Judge-Rapporteur Federal Court Appellate Judge Selene Maria de Almeida. Tried on 14 April 2011.

22 BRAZIL. Tribunal Regional Federal 1. AI 2009.01.00.048663-2/BA. Rel. Federal Court Appellate Judge Selene Maria de Almeida. Tried on 14 April 2011.

The legal discourse grounded in the trial court decision subsidizes the understanding adopted by the court when judging the interlocutory appeal, in the sense that only the possessory disturbance would be considered as an object of analysis in the process, the invocation of territorial constitutional rights not being considered applicable, the implementation of which would be the sole responsibility of the other branches.

The argument presented by the “quilombo” community highlighted that even in legal disputes between private owners the social function of property should be taken into consideration. This argument was not accepted by the judiciary because the decision ruled that such “reasoning (...) echoed in some academic circles, does not represent, however, understanding that is upheld by the National Courts, and should be good sources of study with the purpose of contributing to the construction of a balanced interpretation of the matter”.²³

This exemplary case exposes the Judiciary’s position in regards to territorial rights of the “quilombo” communities, through an interpretation of the law that results in the denial of right to land, if that law does not provide relation to one individual alone and if it does not result in economic exploitation considered productive, as provided by the State through the agrarian policy.

2.2.Raposa Serra do Sol Indigenous Land

With different nuances, the judicialized land conflicts involving indigenous peoples territories are also faced by the Judicial Branch with the same canons and interpretative records used in actions relating to “quilombo” territories, and result in the denial of land rights and disregard or invisibility of the legal existence of these peoples.

In Brazil, the Indians were badly affected by the development and national security policies during the military dictatorship (1964-1984). Their lands were torn apart by colonization and mining projects in strategic and border areas, but they identified in the constitutional process and in the Constitution of 1988 the moment, space and appropriate tool for their struggle over original rights and the rupture of the invisibility cycle, which historically hid them.²⁴

23 BRAZIL. Tribunal Regional Federal 1. AI 2009.01.00.048663-2/BA. Rel. Federal Court Appellate Judge Selene Maria de Almeida. Tried on 14 April 2011.

24 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. 1ª ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 1999.

To counteract the action of indigenous peoples in this new domestic political context, the sectors linked to business interests advanced on indigenous lands and used legal instruments to resume discussions previously pacified in national law regarding land issues, with obvious injury to all rights granted to these people.

Such use focused on deconstruction of rights already recognized was exemplarily applied to the debate about the procedure of demarcation of Raposa Serra do Sol, in Roraima state, long approved by the Union in favor of the natives.

Through Citizen Suit 3388²⁵, political sectors linked to farmers sought to blame the National Indian Foundation (FUNAI) for the demarcation of a large area in favor of Ingarikó, Makushi, Patamona, Taurepang and Wapixana indigenous peoples, located in Vale do Rio Branco in the northwest of the State of Roraima, extreme north of the Brazilian Amazon.²⁶

The authors of the Citizen Suit challenged not only the good faith of administrative demarcation proceedings and the extension of the demarcated area, but also the methodology of this procedure.

The action makes the conflict of relevant geopolitical issues visible, for the indigenous territory is located on the border with Venezuela and indigenous peoples have their territory comprised in both countries, although governed by different national laws. Furthermore, this indigenous territory has extreme economic relevance, be it due to the size of the area, to its subsoil's mineral wealth, or the unauthorized occupation by non-indigenous farmers. In virtue of these characteristics, the case tried by the Supreme Court was a broad target for political debate and has been the subject of numerous legal and anthropological analyses.

The analysis of discussions before the Supreme Court highlights the ambiguity with which the Brazilian Constitution of 1988 has been applied by the judiciary, and evidences that the indigenous issue is not resolved in a Democratic State Ruled by Law in Brazil, and that the rights constitutionally affirmed in favor of indigenous lose their strength, due to a Eurocentric reading of fundamental rights. In short, the Executive Branch, in the planning and implementation of policies, and the Judiciary Branch, in rendering their decisions, adopt the unitary liberal view of the sovereign nation-state and the prospect of homogeneous national development, in detriment of the original rights and cultural diversity of people and traditional communities.

To better view the decision of the Supreme Court involving this set of problems around the fundamental rights, under the Brazilian Constitution of 1988, just analyze the treatment received by the Indians, subjects who composed the defendants of the suit and

25 BRAZIL, Supreme Court. Citizen Suit N. 3388 - Vote Justice-Rapporteur Carlos Ayres Britto. Tried on 27 August 2009.

26 AB´SÁBER, Aziz. A região da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol: prévias para seu entendimento. In: **Estudos avançados**. [online]. 2009, v.23, n.65, p. 165.

that are not recognized as people or collective subjects, but only as individuals or Brazilian citizens, and sometimes considered legally incapable by the Civil Code²⁷.

Regarding this central aspect of the matter, with reflections on the right to land, the Justice Rapporteur's argument exposes the position to which the indigenous are relegated to by the State and Brazilian society, when discussing the meaning of the noun "Indians".

In this particular debate, the Federal Constitution was always invoked, but the interpretation given to it is guided by a liberal point of view, Eurocentric and state-centralized, previously appointed, in the following terms:

"Let it be said in continuity that the plural noun 'Indians' was collected by the Constitution in the same sense that the word has in our colloquial language. Therefore, the term translates the collective Indian, meaning 'America's Indigenous'. Being shined as evidence that indigenous America can only be the "native", the "aboriginal", the "indigenous" within the meaning of primitive inhabitant of this or that American Country. This in differentiation with key human contingents coming from other countries or continents, sometimes to act as colonizing agents, sometimes to serve as labor, slave labor, as in the case of Brazil, with the Portuguese and African, respectively."²⁸

The Appellate Decision differentiates, deliberately or inadvertently,, within the nation-state and ranks, the different peoples who make up that State, failing to use the terms indigenous or peoples. Continuing with the analysis, we see that the "Indians", although differentiated among themselves, make up the Brazilian people, diluting in this melting pot of ethnic backgrounds. One can see from this "integration", the key to invisibility and the denial of original rights, because, after all, as Brazilian citizens, they are granted access to land through the right to property provided by the Constitution as a fundamental right, and can enjoy the national culture together "with other large groups or larger human groups, they form a single political and cultural reality: the Brazilian nation reality, being Brazilian nation understood as this kind of imaginary line that ties the present, the past and the future of our people. This defines Brazilian people as one human continent today, yesterday and tomorrow (...)"²⁹

With the adoption of this analysis perspective by the Supreme Court, any possibility of thinking about Brazil as a society and multicultural, polyethnic State vanishes. Furthermore,

27 BRAZIL. Civil Code. Article. 4, single paragraph.

28 BRAZIL, Supreme Court. *Citizen Suit* N. 3388 - Vote Justice-Rapporteur Carlos Ayres Britto. Tried on 27 August 2009. p. 24.

29 BRAZIL, Supreme Court. *Citizen Suit* N. 3388 - Vote Justice-Rapporteur Carlos Ayres Britto. Tried on 27 August 2009. p. 25-26.

the said internal homogeneity serves to affirm a nationality that is opposed to other countries, especially in view of economic interests coated with speeches of national sovereignty, refusing to it the identity of these people. The reasoning of the Appellate Decision is clear in this sense:

“These and other constitutional provisions, listed below, are normative anchors that we use to describe as Brazilian the Indians who Articles 231 and 232 of the Constitution refer to, non-foreign Indians “resident in the country”, because for all and any foreigner resident in Brazil, there is already the general protection of the head provision of Article 5 of our Constitution.”³⁰

The text of the decision leaves no doubt of the purpose of denying the cultural identity of the indigenous, through an argumentation and interpretation always supported by the Constitution, merged with clichés and authors of various aspects of legal theory, as seen in the following excerpts:

“And it has been shown that indigenous land and federative entities are legal categories of distinctive nature. As water and oil, they do not mix. “ Continued: There is no doubt that this is a fundamental difference - the one between indigenous lands and territories - because only territory can be put forth as the precise spatial scope of incidence of a given sovereign Legal System, if not, autonomous (Kelsen, always him). The locus par excellence of the primary relations between rulers and ruled, which are relations of a political nature.”³¹

This same type of reasoning and interpretation will be seen in the State Court decisions, in cases that discuss the use and occupation of land by rural and urban social movements.

3. LAW AND SOCIAL EXPERIENCE: INVISIBLE COLLECTIVE SUBJECTS

The ambiguities, paradoxes and contradictions that affect Brazilian law are symptoms of a crisis that affects the contemporary State and Law in face of the need to understand and respond appropriately to the demands lined by the new collective rights that diametrically oppose the old rationality built from the individual-owned rights.

Carlos Frederico Marés explains that this crisis is different from the others that had taken place so far, but warns that even the advances of social rights, although functionalizing

30 BRAZIL, Supreme Court. *Citizen Suit* N. 3388 - Vote Justice-Rapporteur Carlos Ayres Britto. Tried on 27 August 2009. p. 27.

31 BRAZIL, Supreme Court. *Citizen Suit* N. 3388 - Vote Justice-Rapporteur Carlos Ayres Britto. Tried on 36 August 2009. p. 36.

of the property and State interference in the economic order represent important advances caused by the realization of attempts to accomplish the social welfare State, did not profoundly affect the modern legal-state essence, precisely because it was founded from the very strengthening of the elements that constitute them as such.³²

In Latin America, the weakness in mitigating the negative effects of capitalism brought by this “social rule of law” is noticeable, as exposes Jesús Antonio De La Torre Rangel

*Además, “há reducido la desigualdade de los ingresos pero no disminuyó la desigualdad en la propiedad”. Nuestros populismos y democracias sociales latinoamericanas constituyen, en cuanto a ciertos principios jurídicos, una versión, sin abundancia económica, pobre, del Estado de bienestar social del primer mundo, y puede hacerseles la misma crítica e incluso ampliarse, pues nuestras “instituciones democráticas” adolecen de muchos defectos o bien son muy frágiles.”*³³

Despite its fragility, the “new collective rights”, in turn, destabilize the fundamental pillars of that old order to resize the core system for the public field, instead of the former prevalence of a private nature, in a sequence, still in course, which leads the individual to the collective.³⁴

The modern legal system; unitary, universal and generalized, whose elaborations acquired such a sophisticated level of abstraction - and detachment from reality - that they intended to account for all possible situations, not having been able to respond to the demands of social movements. Private law in this process is constructed of incredibly detailed, aggregating individual rights, driving all others to the state plan.

As stated by Paolo Grossi, rationality under which is based the transition to legal modernity is built for simplicity. Understanding that such simplicity corresponds, in fact, to a reduction in the complexity of social dynamics, plastered in the legal order “in a scenario where actors are solely the individual subjects: on one side, the macro-political subject, on the other, the private micro-subject”.³⁵

32 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, Francisco de e PAOLI, Maria Célia. (Org). **Os sentidos da democracia — Políticas do dissenso e hegemonia global**. Peirópolis, RJ: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999. p. 308.

33 RANGEL, Jesus Antonio de La Torre. **Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas**. México: Escuela Libre del Derecho, 1992. p. 200.

34 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, Francisco de e PAOLI, Maria Célia. (Org). **Os sentidos da democracia — Políticas do dissenso e hegemonia global**. Peirópolis, RJ: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999. p. 308.

35 GROSSI, Paolo. Para além do subjetivismo jurídico moderno. In: FONSECA, Ricardo Marcelo e SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite. **História do direito em perspectiva**. 1ª ed. 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2010. p 24.

The collective dimension, in face of this dualism, is legally omitted, made invisible or restricted in its expression and demonstration of rights. In order for them to raise a legal place that could guarantee the representation of their interests, collective subjects found themselves compelled to narrow themselves under the form of “private micro-subject in its business scope” or even disperse on generic normativity such as the “public macro-subject”.³⁶ The collective, itself, therefore, remains with no legal place in modernity.

The planned socialist economy meant the counterpoint of this construction, and caused market economy to forcefully give some space to the State - not that it mattered in the prevention of profit measurement that gives meaning to their own existence, of course. However, with the end of the Soviet Socialist experience, privatism resumes its forces and seeks to gain back the public, in a move that paradoxically destabilizes a few foundations of the bourgeois state, allowing the emergence of certain collective rights.³⁷

Seeing itself compelled to solve determined problems and demands that transcend individual rights, such as common property and commercial property, for example, the Law took advantage of formal qualifications and distinctions, such as those separating public and private law, placing common property at the State legal level and creating a legal fiction nominated “legal person” to account for collective productive activities. The creation of the legal entity is emblematic in showing the effort of permanent individuation, arising from the individual-patrimonial rationality that guides the entire system.

In this logic, the non-state collective remains in a non place in the legal system, just as the rights that are not based on material and tangible objects. As stated by Tides, this is because , “every time we talk about law, one has to search for the system logic, one owner, a person, a subject of rights, individual, even if it is a fiction.”³⁸ Furthermore, all rights are priced, including life, and translated into indemnification possibilities.

36 *Idem.*

37 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, Francisco de e PAOLI, Maria Célia. (Org). **Os sentidos da democracia — Políticas do dissenso e hegemonia global.** Peirópolis, RJ: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999. p. 315. Both the market and the state should be understood as social institutions that influence each other whereby inserted in the historical process and determined by economic, political, social and ideological variants. It is what Avelãs Nunes teaches: (...) the history of human societies shows that the market is not a pure *natural mechanism of efficient and neutral* effect over scarce resources and *automatic regulation* of the economy. The market must first consider itself as the State, a *social institution*, a product of history, a *historical creation* of humanity, which emerged in certain economic, social, political and ideological circumstances. An institution that came to serve (and serves) the interests of some (but not the interests of all), a *political institution* designed to regulate and maintain certain *power structures* that ensure the prevalence of the interests of certain social groups. (...) I mean: the market and the state are both *social institutions*, which not only coexist as they are interdependent, building up and reforming each other in the process of their interaction. NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 64.

38 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, Francisco de e PAOLI, Maria Célia. (Org). **Os sentidos da democracia — Políticas do dissenso e hegemonia global.** Peirópolis, RJ: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999. p. 311.

Collective rights precariously embraced by modern law, either correspond to the sum of individual rights, or act as a simple means to achieve other purposes, which will be individual. They are, therefore, transitional collectivities that will act within bankrupt estates, inventories and other similar legal situations, on the satisfaction of individual interests, invariably.³⁹

We should not forget that this State and this right was created from a particular mode of production, capitalism, and therefore, consolidated around the almost absolute guarantee of individual property rights.⁴⁰ And, as highlighted previously, this conformation unfolds in a necessary causal relationship between the centrality of private property in the organization of the legal system, and the lack of rights that plagues a large proportion of the people, as explained Avelãs Nunes:

This behavior is explained by the lack of rights (or lack of power). The economic organization of capitalist societies is a certain power structure, based on bourgeois property. And this is a perfect, absolute and exclusive property, enshrined in law and through the coercive power of the state, which excludes non-proprietary access to that which, while in their reach, they have no right (power) to touch.⁴¹

Although a great effort has been made - including legislative - to promote the exclusion of all intermediate bodies that come between state and citizen, and that could hinder the exercise of individual interests, dynamics and diversification of corporations have made it so that, in given time, they exceed the purely commercial character and become collective rights of political representation. This is the case of trade unions and political parties.⁴²

We must also mention those said “collective” rights that, due to their “trans-individuality”, correspond not only to the individual but also to the entire community, among

39 *Ibidem*, p. 312.

40 The irreconcilable antagonism between the achievement of equality and individual private property is commented by C.B. Macpherson: “Such is the inevitable consequence of transforming everything into exclusive property and putting everything on the market. This is clearly incompatible with the basic principles of a democratic society, which I believe is the safeguarding of equal opportunities for all with regard to the use, development and enjoyment of his faculties. (...)”. Cf. MACPHERSON, C.B. **Rise and fall of economic justice and other tests: the role of the state, classes and property in democracy of the twentieth century.** Translation. Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 106.

41 NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 116.

42 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, Francisco de e PAOLI, Maria Célia. (Org). **Os sentidos da democracia — Políticas do dissenso e hegemonia global.** Peirópolis, RJ: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999. p. 314.

which we highlight consumer rights and the right to a healthy environment⁴³, Which are subdivided into three categories, namely: the “diffuse rights”; “*Strictly speaking* collective rights” and “homogeneous individual rights.” The first, identified by their indivisibility and indeterminate ownership consists of “factual circumstances”, concerning the right to the environment, the right to culture and the right to health.⁴⁴

The homogeneous individual rights are those who, in fact, correspond to individual rights that can be assigned to specific individuals, but that, because they represent an identity of interests, can be claimed together. It is the case of the example cited by Luiz Guilherme Marinoni, with regard to the possibility of taxpayers to challenge certain tax requirement regarded as unconstitutional.

The *strict sense* collective rights, on the other hand, are also distinguished for its indivisibility and present a corresponding title to “groups, categories or classes of people connected to each other or to the opposing party by a legal relationship base.”⁴⁵ The examples cover a wide range of possibilities ranging from the rights of a particular class of workers to decent work conditions to the right of consumers to adequate information and even the territorial rights of traditional peoples.⁴⁶

Peoples and traditional communities, in turn, also have rights that are essentially collective and correspond to the possibility of self-determination; to own territory, culture, freedom, faced directly with the social organization accepted by state law. The factual relations, which give collective rights its character, are trampled in identity elements among the subjects that make it up and significantly distinguish it from other collective rights, the rights of consumers, for example, to the extent that the satisfaction of interests can only be guaranteed if enjoyed individually in their collective dimension.

43 MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHARDT, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 723.

44 *Ibidem*, p. 724-725. The diffuse rights and collective rights are defined in Article. 81, single paragraph and Items, of the Consumer Protection Code (Law 8.0878 / 90). According to the law. “Article 81. The defense of the interests and rights of consumers and victims may be exercised either individually or collectively. Single paragraph. The collective defense shall be exercised in the case of: I - *interests or diffuse rights*, so understood for purposes of this Code, the trans-individual, of indivisible nature, of which are holders indeterminate people, linked by factual circumstances; II - *collective interests or rights*, so understood for purposes of this Code, the trans-individual, of indivisible nature to which a group, category or class of persons are linked together or to the opposing party by a basic legal relationship and are entitled to their claim; III - *homogenous individual interests or rights*, arising from common origin so understood. “ [Emphasis added]

45 MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHARDT, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 724.

46 *Ibidem*, p. 725.

This new generation of rights also imposes certain limitations, changing the relationship between the subject and its objects, in a manner that it must conform to the interests arising from cultural, environmental, historical, aesthetic issues, among others. This movement catches its breath from the very social dynamics, as Marés points out:

*The society and the state come to recognize the existence of increasingly intermediary bodies, not only as a requirement for democracy, such as political parties, but in the internal struggle of society and its collectivized structure whilst production process.*⁴⁷

The most important feature of these new rights, however, regards its ownership. It is not ownership that can be personalized, or that matches a specified or ascertainable subject. This is where the greatest shock to the modern legal system lies. They are the collective rights of “abstract functions of the law”, whose implementation is independent of the will of those involved.⁴⁸

The incorporation of collective rights to the positive law system is found in the Constitution of 1988, its legal framework par excellence. As previously mentioned a series of rights that could be classified as “collective rights”, diffuse rights and strictly speaking collective rights, were acknowledged and embodied by the Constitution, acquiring normative effectiveness and legal force for their fulfillment.

With regard to land rights, guarantee of the right to the lands traditionally occupied by indigenous people (Article 231), and the final recognition of property rights to the former “quilombo” communities (Article 68 of the ADCT) represent important achievements and continuing challenges in the expansion of collective rights before the fences of private property and individual rights.

4. CONCLUSION

The demand for rights of peoples and traditional communities and social movements in Latin America and Brazil, appears, at first, as resistance to secular oppression of colonial States and guided by private interests. These movements made up of Indians, blacks, poor, landless and homeless placed them in political processes of democratization and rebuilding of nation-states emerging from dictatorships in several countries of the continent. The

47 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos invisíveis. In OLIVEIRA, Francisco de e PAOLI, Maria Célia. (Org). **Os sentidos da democracia — Políticas do dissenso e hegemonia global**. Peirópolis, RJ: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999. p. 316.

48 *Ibidem*, p. 319.

strengthening of these movements occurs in tune with the demands of other social groups, and even the national elites, who postulated the return of a merely formal democracy.

This process of rebuilding democracy allowed the inclusion of fundamental social rights, foreign to the liberal matrix of previous Constitutions, without meaning the elimination of rights classically granted to citizens by the modern Rule of Law, as the individual right to property, of imperative character. Social movements seen in the welfare state promised a privileged space for demand and began to claim the realization of these rights.

If the observation of the political arena of the legislative branch and the executive branch reveals the oscillation between advances and setbacks in the consolidation of these demands, it is not as evident when examining the decisions, which have been entered by the Brazilian judiciary branch. This branch, by its institutional profile and in the exercise of its contentious function, must have as raw material for its decisions the Constitution and the law.

However, the analysis of the set of decisions reveals several interpretive trends that, with rare exceptions, result in the failure of the constitutional social commitments. Instead, they base their reasons of decision in individual rights protection, similar to the classic liberal rights.

The duality of the dilemmas of political and ideological matrices that support the Constitution of the Federative Republic of Brazil are evident with greater force in the Judiciary Branch, because this has become the locus in which the company is awaiting the final word for enforcement of fundamental rights.

In the twenty-first century, the intense judicialization of social relations and politics trend is noticed, but also in an international scenario, that exacerbates the pressure on the land and the natural resources of countries like Brazil. In addition, this fact forced social movements to open new fronts of contend to meet new challenges of economic globalization.

For all of these reasons, the evaluation of the land conflicts' becoming judicial and the way the Judiciary Branch operates the constitutionally to guarantee fundamental rights is of particular importance for understanding the struggle of social movements in Latin America and Brazil, its ways and non-ways in building democracy.

REFERENCES

- AB´SÁBER, Aziz. **A região da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol: prévias para seu entendimento**. In: Estudos avançados.[online]. 2009, vol.23, n.65, p. 165.
- ALFONSIN, Jacques Távora. **O acesso à terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.
- ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terra de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livre”, “castanhais do povo”, faxinais e fundos de pasto: terras tradicionalmente ocupadas**. 2. ed. Manaus: PGSCA-UFAM, 2008. p. 28.

ALVES DE SÁ, Andréa. **Território de uso comum das comunidades tradicionais**: uma visão jus socioambiental do criar, fazer e viver dos fundos de pasto da Bahia/Brasil. Tese de Doutorado: Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Popular nº 3388 – Voto Relator Min. Carlos Ayres Britto. Julgado em 27/08/2009.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1. AI 2009.01.00.048663-2/BA. Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Julgado em 14/04/2011.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 1. AI 2009.01.00.048663-2/BA. Rel. Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Julgado em 14/04/2011.

CHASIN, Ana Carolina da Matta. Direitos étnicos, conflitos fundiários: a judicialização da disputa pelos territórios quilombolas. **Revista Olhares Sociais**, Universidade Federal do Recôncavo da Bahia. Vol.1, n.1, jan/2012.

FACHIN, Luiz Edson. “Homens e mulheres do chão levantados.” In: **Questões do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 18.

FERNANDES, Bernardo Mançano; STEDILE, João Pedro. **Braza gente**. São Paulo: Perseu Abramo, 1996.

KLOPPENBURG, Boaventura. **Concílio Vaticano II**. v. V, Quarta Sessão. São Paulo: Vozes, 1966.

LITTLE, Paul E. **“Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade”**. Série Antropologia n. 174. Brasília: Departamento de Antropologia. 2002.

MACPHERSON, C.B. **Ascensão e queda da justiça econômica e outros ensaios**: o papel do Estado, das classes e da propriedade na democracia do século XX. Trad. Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHARDT, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RANGEL, Jesus Antonio de La Torre. **Del pensamiento jurídico contemporâneo. Aportaciones críticas**. México: Escuela Libre del Derecho, 1992. p. 200.

SANTOS, Boaventura de Souza. (Org.). **Reconhecer para libertar**: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. 1. ed. 2ª tiragem. Curitiba: Juruá, 1999.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos invisíveis. In: OLIVEIRA, Francisco de e PAOLI, Maria Célia. (Org.). **Os sentidos da democracia — Políticas do dissenso e hegemonia global**. Peirópolis, RJ: Vozes; Brasília:NEDIC, 1999.

TEPEDINO, Gustavo; SCHEREIBER, Anderson. O Papel do Poder Judiciário na Efetivação da Função Social da Propriedade. In STROZAKE, Juvelino José. (Org.). **Questões agrárias. Julgados, comentários e pareceres**. São Paulo: Editora Método, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos da judicialização da política. **Tempo Social**, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2. , p.39-85. Novembro/2007.

THE QUILOMBOLA TERRITORY RIGHT IN THE COLOMBIAN AND BRAZILIAN LEGAL FIELD

Daniel Pinheiro Viegas¹

Summary: *The Colombian Constitution of (1991) and the Brazilian Constitution of (1988) brought in their pages different protection forecasts of rural “quilombolas communities” (African descent), which gave rise to distinct legal systems, notably by dubiousness and uncertainties of the Brazilian standard. Analyzing the case-law resulting from both systems, however, a similarity was found between the interpretations the Magistrates gave to the territorial recognition of these rural black communities. From the beginning the trial of ADI 3239, filed by the Political Party named Democrata (DEM) against Decree No. 4.887/2003, an effort in using the legal capital to back the legal advances consolidated in Brazil was identified. Thus, based on Pierre Bourdieu’s theory of the legal field, an attempt is made to uncover the jarring understanding of the Justice-Rapporteur. The main question being if it was just a very peculiar, isolated understanding or a confluence of interests, beyond those considered juridical, that balance the autonomy and neutrality of the legal field.*

Keywords: *Brazil. Colombia. Quilombolas communities (African descent). Territorial rights. Pprecedents.*

INTRODUCTION

This article is intended to allow a comparative study of the differences between legal systems and the precedent understanding related to communities of African descent in Brazil and Columbia, which was raised from the unrest fueled by the debate in the Working Group “*International Seminar Dialogues between Latin America and Africa: property, conflicts and exploitation of indigenous tribal and traditional lands*” and, in particular, the lines on Colombian Chocó² from teachers Alfredo Wagner Berno de Almeida and Rosembert Ariza Santamaria.

1 Master’s Degree Graduate student in Environmental Law at Amazonas State University - UEA, Lawyer and Amazonas State Attorney

2 Created in 1945, the department El Chocó was the first political-administrative division predominantly black that gave the African-Colombian people the possibility of building a black territorial identity and some power of autonomous decision-making based on the Colombian Constitution of 1991.

In fact, the dialogue between the two teachers about the Colombian Chocó reminded me of the autobiographical book “*Living to tell*,” from Gabriel García Márquez, in which the author narrates his serendipitous experience as a journalist of *El Espectador*, when he was appointed to cover popular demonstrations against the government of General Rojas Pinilla, who had determined the division of the Department of Chocó among its prosperous neighbors (Antioqui, Caldas and Valle).

Thus, after an intrepid travel by plane to Quibdó, the capital of Chocó, Gabo met with the journalist and correspondent, Primo Guerrero, responsible for the first news about the large manifestations, peacefully taking a nap in his home in a hammock under one of the plants. This was when he discovered that after the events of the first days, no one discussed the matter anymore, leading Guerrero to mount theatrical techniques to send pictures of popular demonstrations and patriotic speeches, to keep alive protests in the newspapers.

So, having to choose between the complaint that the protests did not exist anymore or help to keep them alive and fulfill its objectives, the young García Márquez did not hesitate to support the “portable” manifestation of Guerrero, and sent his piece together with the photos of his colleague Guillermo Sánchez to Bogota. The news spread through newspapers and radio stations, mobilizing the entire political class to pressure the military government who, in two days, backed the idea of sharing the Chocó.

Moreover, Gabo spent the next ten days covering the region, which he called “fantasy world”, and went on to have a deeper understanding of one part of the country, unknown to the Colombians themselves and which was revealed in four long chapters published in *El Espectador*, who treated the “magic homeland of flowering jungles, eternal floods, where everything seemed to be an unlikely version of everyday life.”³

Gabriel Garcia Marquez died on April 17, 2014, but the “fantasy world” that he saw still charms for being one of the most important guaranteed experiences of ethnic diversity and legal pluralism in Latin America, especially in regard to populations of African origin, brought as slaves during the colonial period and even today, not rewarded properly for the shameful choice.

Thanks to the choices of these journalists, the Chocó still exists and inspires us in the comparative analysis between the legal systems of Brazil and Colombia, the identification of regulatory differences and the similarities of precedent interpretations given by judicial branches of both. Thus, from the theory of the *legal field* of Pierre Bourdieu, an attempt will be made to see how the control of the *legal capital* can also be used to hold more archaic

3 MÁRQUEZ, Gabriel García. **Viver para Contar**. Tradução de Eric Nepomuceno. 10th ed. Rio de Janeiro: Record, 2012, p. 439.

positions, contrary to the emancipation of communities of African descent and the legal constitutional pluralism.

1. THE COLOMBIAN STATE AND THE RECOGNITION OF LAND RIGHTS OF COMMUNITIES OF AFRICAN DESCENT

The Constitution of Colombia, in the head of its Article 1, establishes a republican form of government founded on pluralism and respect for human dignity, while in Article 7 it determines the recognition and protection of identity and cultural integrity when expressly stating that the State recognizes and protects the ethnic and cultural diversity of the Colombian nation⁴.

Following these same principles, there are numerous rules throughout the constitutional body that reinforce the promotion of diversity, ensuring respect for different cultural events in support of their own nationality, recognizing the equality and dignity of conviviality of all (Article 70) and determining the adoption of measures in favor of discriminated or marginalized groups (Article 13)⁵.

In Article 55 of the Transitional Provisions, the Colombian Constitution explicitly references Afro-descendant communities, determining that Congress conduct a study in the years following the entry into force of the Constitution, through a special committee in order to issue a law that recognizes black communities occupying the Pacific coastal region, as follows:

“Transitional Article 55: Within the two years following the entry into force of the present Constitution, the Congress will issue, prior study by a Special Commission that the Government will create for this purpose, a law that recognizes black communities that have been occupying uncultivated land in coastal rural areas of the rivers of the Pacific Basin, in accordance with their traditional production practices, the right to collective ownership over areas that will demarcate the same law.

The property thus will only be recognized alienable in terms designated the law.

The same law shall establish mechanisms for the protection of the cultural identity and the rights of these communities, and the promotion of their economic and social development.

4 COLOMBIA. Constitution (1991). Constitución Política de Colombia. Available at: <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html> Access on 16 December 2013.

5 COLOMBIA. Constitution (1991). Constitución Política de Colombia. Available at: <http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html> Acessado em 16.12.2013.

Paragraph 1: The provisions of this article may be applied to other areas of the country that have similar conditions, by the same procedure and previous study and favorable concept of the Special Commission here provided.

Paragraph 2: If at the expiration of the term designated in this article the Congress have not issued the law, the Government will proceed to do so within six months, by force of law standard.

It is also observed that in addition to the very up to date participation in the Special Committee of representatives elected by the communities involved (*caput* of Article 55) paragraph 1 of that article establishes an extension clause that can be applied in other areas of country with similar conditions.

Thus, as a result of this legislative provision, the Colombian National Congress decreed Law No. 70 on August 27, 1993 which included different devices in favor of black communities, setting them in Article 2, numeral 5 as “the set of families of Afro-Colombian ascendancy who possess an own culture, share a history and have their own traditions and customs within the field-town relationship, which reveal and preserve awareness of identity that distinguish them from other ethnic groups⁶.

Law No. 70/1993 is based on four fundamental principles, according to Article 3: 1) The recognition and protection of ethnic and cultural diversity and the right to equality of all cultures that make up the Colombian nationality; 2) Respect to the integrity and dignity of the cultural life of black communities; 3) The participation of black communities and their organizations, without detriment to their autonomy in decisions that affect them and the entire nation equally, according to law; 4) The protection of the environment in view of the relations established by black communities with nature.⁷

Another breakthrough was the identification of black communities as a collective subject of rights, with the recognition of collective ownership of the black communities, contemplating mechanisms to ensure the uses of the land and the protection of natural resources, as seen in the provisions of Articles 19 through 25.⁸

6 “The set of African-Colombian descendants of families who have their own culture, a common history and have their own traditions and customs within the relationship village field-that demonstrate and maintain awareness of identity that distinguish them from other ethnic groups. (Free translation)

7 COLOMBIA. Law No.: 70 of August 31, 1993. Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55de la Constitución Política Available in <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0070_1993.html>. Access: March 10, 2014.

8 COLOMBIA. Law No.: 70 of August 31, 1993. Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55de la Constitución Política. Available in <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0070_1993.html>. Access: 10 March 2014.

The cited law also includes different mechanisms for the development of the cultural identity of these communities, establishing the right to an educational process in accordance with their needs and ethno-cultural aspirations (Art. 32); the obligation of the State to punish and prevent “any act of intimidation, segregation, discrimination or racism against the black communities (...)” (Art. 33); the requirement that “measures that enable the black communities to know their rights and obligations, especially in relation to the work, economic opportunities, education and health, social services and rights arising out of the Constitution and the laws” are adopted (Art. 37); the right to have “technical, technological and vocational training means that put them on equal terms with other citizens”, which “shall be based on the economic environment, social and cultural conditions and the specific needs of black communities” (Art. 38); the duty of the State to support “by the destination of the resources, the organizational processes of the black communities in order to recover, preserve and develop their cultural identity” (Art. 41).⁹

2. THE DUBIOUS RECOGNITION OF THE BRAZILIAN STATE

The recognition of land rights of rural black communities is relatively recent in Brazil and is far from reaching the relative precision seen in the Colombian case (ARRUTI, 2000). The right of communities of African descent were only recognized for the first time in 1988 when the enactment of the current Constitution in Art. 68 of the Constitutional Provisions (ADCT) established:

Article 68: The remainder of quilombo communities who are occupying their lands, the ultimate ownership is recognized, and the State must issue them their titles.

In Article 68 of the ADCT those who are the subjects of the new rights are defined by a residual category: the “remaining”, in view of the historical category of “quilombos”, which refers to a

⁹ The cited law also includes different mechanisms for the development of the cultural identity of these communities, establishing the right to an educational process in accordance with their needs and ethno-cultural aspirations (Art. 32); the obligation of the State to punish and prevent “any act of intimidation, segregation, discrimination or racism against the black communities (...)” (Art. 33); the requirement that “measures that enable the black communities to know their rights and obligations, especially in relation to the work, economic opportunities, education and health, social services and rights arising out of the Constitution and the laws” are adopted (Art. 37); the right to have “technical, technological and vocational training means that put them on equal terms with other citizens”, which “shall be based on the economic environment, social and cultural conditions and the specific needs of black communities” (Art. 38); the duty of the State to support “by the destination of the resources, the organizational processes of the black communities in order to recover, preserve and develop their cultural identity” (Art. 41).

sort of historical social formation that is missing, together with slavery itself, and which was characterized precisely by the search for invisibility before the State.¹⁰ ALMEIDA notes that the constitutional norm is put in a “frame of past worshiping, however, there were doubts and problems encountered first, breaking with the idea of monumentality and archaeological sites that had dominated the ideological universe of legislators.”¹¹

In November 1995, the first initiative for standardization of land regularization procedures belonging to the quilombola communities happens. Ordinance No. 307 from INCRA, which determined that the quilombola communities had their areas demarcated and titled, through the concession of Deed recognition, with a *pro undivided* clause, as suggested by Article 68 of the Temporary Constitutional Provisions of the Federal Constitution.

In November 2000, the Provisional Presidential Decree 2.123 / 28 was published, amending Law No. 7.668/88 and setting the attribution of Palmares Cultural Foundation (IFCP), under the Ministry of Culture, in order to carry out the identification of the remaining communities of quilombos, proceed to the recognition, delimitation and demarcation of the lands occupied by them and giving them the corresponding Deed.

On September 10, 2001, Decree No. 3.912 was issued regulating the procedure for quilombo land registration and establishing that Article 68 would contemplate “land that was occupied by quilombos in the year 1888” and that were “occupied by the remaining communities of quilombos on October 5, 1988”.

Under this legal regime, a flagship contradiction of ethnocentrism of the Brazilian legal system was created, since, as a community that from a collective experience identifies as African descent, it would need to demonstrate that the possession of the lands is dated at least one hundred (100) years before. Any individual citizen who has no other property becomes owner of the property that is possessed, without opposition, with only five years of factual exercise of this right¹².

On the other hand, the Federal Constitution also provides in paragraph 1 of Article 215 that “the state protects the expressions of popular, indigenous and African-Brazilian, and other groups participating in the national civilizing process” which, together with the

10 ARRUTI, José Maurício Andion. Direitos étnicos no Brasil e na Colômbia: notas comparativas sobre hibridização, segmentação e mobilização política de índios e negros. **Horizontes antropológicos**, Porto Alegre, v. 6, n. 14, Nov. 2000.

11 ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Quilombo e as novas etnias**. Manaus: UEA Editions, 2011, page. 58.

12 Débora Duprat argues that “strictly speaking, the time frame, rather than harmonizing, definite subverts the constitutional system. This is because, at all times when the constitutional legislator conditioned the right to property the expiration of a certain period of time, it did so expressly, as established by Articles 183 and 191 of the Federal Constitution, given the simple reason that any restriction of the constitutionally guaranteed right can only result from the constitutional text itself “(2007: 33).

anthropological research that reveals the lack of a “generic quilombo” has been reinterpreted causing the expression “quilombo communities.”

In 2002, Congress approved Bill No. 129/95, which was intended to regulate “the right of ownership of the lands of the remaining quilombo communities and the procedure of the formal registration of real estate, in accordance with Article 68 of the Constitutional Provisions “, adopting a closer concept built by the own quilombola communities, considered as” ethnic groups of black preponderance, findable nationwide, identifiable according to categories of self-definition, generally known as ‘Black Lands’, ‘Rural Black Communities’, ‘Mocambos’ or ‘Quilombos’”(Article.2).¹³

This project has been fully vetted by the President, through presidential message No. 370 on May 13, 2002, on the grounds of unconstitutionality and violation of public interest, mainly because, according to President Fernando Henrique Cardoso, in Art. 68 ADCT the expression ‘remaining of quilombo communities’ has a narrower meaning than at first one might imagine. In reality, the device has only addressed those remaining ‘who are occupying their lands’ at the time of promulgation of the 1988 Constitution. Therefore, those remaining who, on 5 October 1988, no longer occupied the land, which until the abolition of slavery constituted those communities, were excluded. It is then concluded that the 1988 constituent aimed to benefit solely the residents of quilombos who lived until 1888, on the land where those communities were located, and who continued to occupy them, or their remnants, after the said year until October 5, 1988.

Interestingly, among the various reasons of President Fernando Henrique Cardoso’s full veto is the fact that, considering Decree No. 3912, of September 10, 2001, already regulated the provisions relating to the administrative procedure for identifying the remaining quilombo communities and for the recognition, delimitation, demarcation, titling and registration of lands occupied by them.

Subsequently, on November 20, 2003, Decree No. 4.887 / 2003 repealed Decree No. 3.912 / 2001 and regulated “the procedure for identification, recognition, delimitation, demarcation and titling of lands occupied by the remaining communities of quilombos dealt with by Article 68 of the Constitutional Provisions “, establishing in Article 2 the criterion of self-identification, as shown:

Art. 2 Remnants of quilombo communities are, for the purposes of this Decree, the ethnic-racial groups according to self-definition criteria, with historical background and having specific territorial relations, with presumption of black ancestry related to resistance to historical oppression.

13 BRASIL. Federal Senate. Veto message No. 370/2002, of 13 May 2002, Federal Gazette on 14 May 2002. Available in <www.senado.gov.br/Relatorios_SGM/RelPresi/2003/050-CN-Vetos.pdf> Access 05 July 2014.

Paragraph 1: For the purposes of this Decree, the characterization of the remnants of quilombo communities will be attested by self-definition of the community.

Paragraph 2: Lands occupied by the remaining communities of quilombos are those used for the guarantee of their physical, social, economic and cultural reproduction.

Paragraph 3: For the measurement and demarcation of land, territoriality criteria indicated by the remnants of quilombo communities will be considered, being the presentation of this data by the interested community optional in order to guarantee the procedural instruction.

Finally, one cannot fail to mention that this change in the legal regime lead to internalization, by Decree No. 5051 of April 19, 2004, Convention 169 of the International Labor Organization (ILO) which deals with: *“Tribal peoples in independent countries whose social, cultural and economic conditions distinguish them from other sectors of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special legislation”*(Article 1, a) and has supra-legal status in national law.¹⁴

3. THE SIMILARITIES BETWEEN THE COLOMBIAN AND BRAZILIAN LEGAL PRECEDENTS

The Constitutional Court of Colombia, which considers Convention 169 / ILO contained in the constitutional block, has several decisions about the right to equality and the principle of non-discrimination, under which any exclusion or restriction on the access of people to benefits or services as a result of their ethnic identity or racial distinctions is unconstitutional¹⁵. The Colombian Constitutional Court, however, recognizes the historical exclusion and segregation faced by African-Colombians, consequently admitting the positive discrimination of Law 70, permitting the exercise of special protection by the State to these communities¹⁶.

14 In the judgment of Extraordinary Appeal No. 466343-1 / SP, in historic decision, the Supreme Court has positioned itself as unconstitutional civil prison of an unfaithful trustee and recognized the nature of “supra-legal norm” of international human rights treaties in the Brazilian State.

15 For example, Judgment T-375 of 2006. MP Marco Gerardo Monroy Cabra, the court protected the right to education equality providing that a student had access to a University medicine course, which was already denied because the student was afro-descendant. In the aforementioned decision the court reminded that due to the OIT Convention 169, that is part of the constitutionality block, there is a clear provision determining that black community members have access to education that cannot be denied or hindered by obstacles by the authorities in charge of programs addressed to develop education. To the same effect: judgments T-586 of 2007, MP Nilson Pinilla Pinilla, judgment T-422 of 1996, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

16 For example: Decision T-1095 of 2005. MP Clara Inés Vargas Hernández, C-169 of 2001. MP. Carlos Gaviria Díaz and T-422 de 1996. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. In the latter decision, concerning the special treatment that should be

In a logical consequence, the Colombian Court has recognized, on several occasions, the ethnic group nature of African-Colombian communities and highlighted the importance of this recognition to ensure “effective integration into the political and economic life of the country”¹⁷ Leaving agreed that the definition of members of the black communities, cannot be based solely on criteria such as “color” of the skin, or the location of members of a particular part of the territory, but from “(i) an objective component “, i.e. the existence of cultural and social features shared by group members, separating them from other social groups, and (ii) a ‘subjective’ element, namely the existence of a group identity that lead individuals present themselves as concerned community members”¹⁸.

With regard to the territorial rights of these African-Colombian communities, the constitutional precedent has insisted that they are fundamental rights holders to collective ownership of their ancestral lands, the use, conservation and management of natural resources, constitutional rights and the holding of consultation prior to the measures which affect them directly and specifically¹⁹.

With this understanding, a number of precedents is identified, such as sentence T-955 from 2003²⁰, In which the Court recognized the diversity as fundamental and protected the ethnic and cultural integrity, rights of collective ownership for participation and livelihoods of African-Colombian communities.

In Brazil, between 20 November 2003 (Decree No. 4.887 / 2003) on 18 April 2012 (start of the trial of the direct action for the declaration of unconstitutionality - ADI 3239),

provided to the afro-Colombians, the court declared: *“The differentiation corresponds to the recognition of a social marginalizing situation reflecting negatively in the economic, social, cultural and development opportunities. As it happens to social groups that were persecuted and received unfair treatment in the past, which explains their present breakdown, the special legal treatment addressed to creating new life conditions tend to establish social equality and restore internal peace, thus obtaining constitutional legitimacy”.*

17 Sentencia C-169 of 2001. MP. Carlos Gaviria Díaz. In this decision, the Court reviewed the constitutionality of statute law project No. 25-S/99 and 217-C/99 *“That regulates article 176 of the Political Constitution regarding the participation of the ethnic group Representative Council, political minorities and Colombians living abroad”.*

18 See among others judgement C-169 de 2001, MP: Carlos Gaviria Díaz; T-586 of 2007. MP Nilson Pinilla Pinilla y T-375 de 2006. MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

19 Judgment C-461 of 2008. MP. Manuel José Cepeda Espinosa. In judgment 006 T-549. MP. Jaime Araujo Rentaría, duly declared: *“Thus, no doubt black people communities recognized and protected specially by the Constituents in National Constitution article 17, the same as in Law 70 of 1993, issued to meet what is established in the transitory article 55 of the Political Chart, are qualified entitled to a series of fundamental rights derivative of the State obligation of respecting and ensuring the Nation ethnic and cultural diversity”.*

20 MP. Álvaro Tafur Galvis.

it is possible to find several precedents in the legal system that impress by the similarity with those found in the Colombian Constitutional Court, and demonstrate an advanced perspective in the sense effectively installing ethnic pluralism in the Brazilian Constitution, to repel “the annihilation of universally recognized rights, among which is the right to survival”²¹.

In some precedent there is a clear perception that “the land access guarantee is related to ethnic identity as an essential condition for the preservation of these communities” but also a “way to offset or minimize the historical injustice committed against the black population in Brazil, combining dignity and social preservation of tangible and intangible heritage Brazilian”²².

This was based on the understanding of some magistrates that “the term quilombo does not refer to archaeological remains or traces of temporary occupation or biological evidence. It is also does not refer to isolated groups or a strictly homogeneous population. Similarly, they not always formed through insurgent or rebel movements, but mainly consist in groups that developed daily practices of resistance in the maintenance and reproduction of their characteristic ways of life and the consolidation of its own territory”²³.

Judicial precedent understand that the State has a constitutional duty to protect due to the fundamental objectives of the Federative Republic of Brazil, amongst which is to promote the well-being of all, irrespective of origin, race, sex, age, and all forms of discrimination (CF / 88, Art. 3, IV). Consequently, the Brazilian State shall “establish public

21 Judgment No. 027/2007 / JCM / JF / MA, issued on February 13, 2007 in Writ of Mandamus No. 2006.37.00.005222-7, pending in the Federal Court, Judicial District of São Luis, by Federal Judge Jose Carlos Valley Wood, in which members of the Quilombo Community of Trajan, Peptal, Marudá and Peru called for the abstention of the Director General of the Alcântara Launch Center to stop them collecting or implanting their subsistence fields, in areas traditionally occupied by remnants of quilombo, but located on public lands.

22 Preliminary Decision on Writ of Mandamus No. 2008.70.09.002352-4 / PR, issued on October 10, 2008, by Justice Antonio Caesar Bochenek, the Judicial District of Ponta Grossa, in the records of the case where a farmer wanted the suspension of administrative proceedings for the regularization of Quilombo Community Serra do Apon.

23 Judgment rendered 14 May 2011, in the records of Case No 2008.85.00.001626-6, the Judicial District of Aracaju - SE, Federal Judge Edmilson da Silva Pimenta, in which the Judge notes that the concept of Quilombo “cannot be linked to the colonial slave legislation, considering that: a) historiography recognizes cultural diversity and organization of quilombos, which were not formed only by fugitive slaves; b) the Brazilian Anthropological Association built conceptual framework based on empirical studies, to be used as foundation for the legal treatment; c) the constitutional provision, with a clearly inclusive character and exercise of rights, cannot be interpreted in light of a reality of black communities considered excluding; d) the remaining are not “left” or “waste” of past situations where the constitutional command is protection for the future; e) the diversity of possessions, by the black communities, since before the 1850 Land Law, examples of which are the so-called “holy land”, “land of Indians” and “black land”, is determined. “

policies aimed at combating discrimination against traditional ways of life of indigenous and tribal peoples, as of the issue of Legislative Decree No. 143/2002, ratifying Convention 169 / ILO, which provides in Article 14 that “property rights and possession of the peoples concerned over the lands they traditionally occupy should be recognized”²⁴.

Among the legal grounds found in the precedent is Convention 169 / ILO, which provides in Article 14 that “property rights and possession of the peoples concerned over the lands they traditionally occupy should be recognized”²⁵.

Precedent responded to questions regarding the formal constitutionality of Decree No. 4.887 / 2003, which would have directly regulated Article.68 of the Transitional Constitutional Provisions Act without the need for a specific law, clarifying that the constitutional rule is self-administered and does not depend on any regulation, as the “Decree, in fact, serves only to detail the process and administrative proceedings without affecting any rights, as this is affected by force of the ADCT provision and not the mere, purely administrative procedural regulatory rule,”²⁶.

Therefore, by precedent, Decree No. 4.887/2003 did not regulate any right provided for in Article. 68 ADCT, but only the administrative process of recognition of this right, whose general rule is the Law 9.784 / 99, from which specific regulatory decrees for each type of process is emitted²⁷.

24 Judgment No. 027/2007 / JCM / JF / MA.

25 The Appellate Decision of Interlocutory Appeal No. 2008.04.00.010160-5 / PR, tried on 08 July 2008 by the Federal Court - 4th Region, under the Judge-Rapporteur Maria Lucia Light Leiria, recognizes the full applicability of Convention 169 / ILO, consonant with the key parameters of Decree No. 4,887 / 2003: a) self-attribution of the communities involved; b) the concept of territoriality as guarantor of cultural rights; c) the recognition of national poly-ethnicity.

26 Appellate Decision of Interlocutory Appeal No. 2007.01.00.052659-8 / DF, judged by the Federal Court - 1st Region, in Brasilia on January 25, 2008, under Judge-Rapporteur convened by TRF1, Cesar Augusto Bearsi in which the preliminary decision of the Magistrate first instance that had determined the suspension of the administrative process of recognition of Community Quilombo Pedra do Sal (RJ), at the request of the Venerable Third Order of St. Francis of Penance.

27 Also common in the precedent, the records in the field of Compared Constitutional Law, such as the vote of the Federal Court judge LUCIA MARIA LUZ Leiria Judge-Rapporteur of Federal Court - 4th Region in Interlocutory Appeal No. 2008.04.00.010160-5 / PR, where there are references to: the Constitution of Ecuador (1988) which assures black or African-Ecuadorian people the same rights as indigenous to keep (Articles. 84, items 2 and 3 w / Art. 85); the Constitution of Nicaragua (1987), which set bolder parameters, to ensure the “communities of the Atlantic coast” the right to “preserve and develop their cultural identity in national unity, equip themselves with their own forms of social organization and manage their local affairs according to their traditions “; In addition to the Garifuna communities of Honduras and Belize, and the “brown” Suriname and Panama, which are in the process of recognition in their respective countries.

4. THE OPEN DISAGREEMENT WITH THE START OF THE TRIAL OF ADI 3239 BY THE SUPREME FEDERAL COURT

On April 19, 2012, the judgment of ADI 3239 began in the Supreme Court, filed by the Democrata Party (DEM) against Decree No. 4.887 / 2003, when only the vote of the then Justice Cezar Peluso was collected, him being the Justice-Rapporteur, and then suspended because of the request to see the records by Justice Rosa Weber.

The vote of the Justice Peluso marked a departure from the case law that had been consolidated, based on the existence of a formal constitutionality and various material unconstitutionality. According to the Judge, the formal vices was a result of the understanding that the Decree intends to regulate Article 68 of the ADCT, which in the Brazilian legislative systematic would be impossible, since the Brazilian Constitution only allows its regulation to be provided by formal law, and therefore, the expedition of a Decree by the chief of the Executive Branch could only exist in cases expressly provided for.

However, the Justice ignored the fact that Law 7.668 / 88, in its Article 2, item III, determines the competence of the Palmares Cultural Foundation to “carry out the identification of the remaining communities of quilombos, proceed to the recognition, the delimitation and demarcation of the lands occupied by them and give them the appropriate titration” whose sole paragraph provides that the Foundation is also “a legitimate party to promote the registration of property titles in their real estate registries.”

He also left aside the fact that law 9.649 / 98, in its Article 14, sub item c, provides as competence of the Ministry of Culture, whom the Palmares Cultural Foundation is bound under Article 1 of Law 7.668 / 88, to “approve the division of the remaining lands of quilombo communities and to determine their boundaries, which will be approved by decree.” *This shows that the Decree 4.887 / 2003 does not directly regulate legal provisions as the Justice Rapporteur said, but rather it stems from the legal system, which also includes Convention 169 / ILO, approved by Decree No. 5.051 / 2004, with a status of supra-legal and Law 12.288 / 2010, establishing the Statute of Racial Equality.*

Being that the entire body of law was not sufficient, Justice Peluso also dismissed the precedents of the Supreme Federal Court, which in the judgment of the Extraordinary Appeal 203954-3 / CE unanimously recognized the validity of the Ministry of Finance prohibiting the importation of used cars,²⁸ as well as, in the judgment of the Direct Action for the Declaration

²⁸ The DECEX Ordinance 8/91 in its Article. 27, did not regulate any formal law and withdrew its plea of validity directly from Article 237 of the Federal Constitution, which granted the Ministry of Finance control and supervision of foreign trade, in the defense of national interests.

of Constitutionality No. 12, which declared the perfect validity of the National Council of Justice that banned nepotism within the judiciary without the intermediation of formal law in this sense²⁹.

Regarding the material unconstitutionality, the Justice-Rapporteur understood that such vices would be present: a) within the land identification criteria; b) in anticipation of expropriation; c) in the collective title.

In Justice Cesar Peluso's understanding, by establishing it is the remnants of quilombos themselves who indicate the extent of their own lands, Decree 4.887 / 2003, would be reversing the supposed will of the constituent legislature, which would be to give out the properties to blacks who occupied land throughout the period of abolition, being that area of "all known people"³⁰.

As for the prediction of expropriation, the Minister surprises when claiming that the property had already been granted by the constitution, not existing any compensation to be made due to transfer. Finally, in regards to the collective title, Justice Peluso, in disregarding one of the greatest virtues of the Constitution of 1988, which was the recognition of collective subjects of law, held that the Constitution does not admit collective property and should be held by individual title, impossible to be recorded with the provisions of unseizability, inalienable and imprescriptible.

But what makes a Justice of the highest court build an understanding of the case law that had been consolidated guaranteeing it is contrary to anthropological studies and recent history? Why is the Justice vote associated with the concept which, as stated by Almeida³¹, is descriptive and boxed since the Overseas Council of 1740, in response to the King of Portugal³²? *Is there actually a decision of a single judge, or does the understanding reflect the understanding of a group?*

To attempt to understand the reason for the understanding to be so dissonant, it is necessary to resort to the *legal field* theory of Pierre Bourdieu, according to which, the precedents are not built from isolated understanding of Magistrates, but from the confluence

29 At the time, the Ministers concluded that the act of CNJ withdrew his plea of validity of the constitutional principles of impersonality and morality, which would require no law, in the strict sense, to be hired.

30 It should be clarified that the Decree, in its Article. 2, paragraph 3, says the statement of ground measurements by Quilombo will be "taken into account", not being the only criterion that leads to the Justice opinion's understanding.

31 ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Quilombo e as novas etnias**. Manaus: UEA Editions, 2011, p. 59.

32 Quilombo is formally defined as "any housing of runaway slaves, with over five people, in an unpopulated location, even though they have no raised ranches or pylons." (ALMEIDA, 2011:59)

of meta-legal interests that relativize the autonomy and neutrality of that *legal field*. This means that the true responsibility for implementing the law does not belong to this or that singular magistrate, but the whole set of agents, often put in competition undertaking the detection and marking of the offender and the offense, just as the true legislator is not the editor of the law, being this role played by all the agents that, determined by the interests and specific constraints associated with their positions in different fields (legal field, religious, political, etc.) prepare aspirations or private and unofficial claims, make them ascend to the state of ‘social problems’, organize the expressions (printed goods, works, associations platforms or parties, etc.) and pressures (demonstrations, petitions, steps etc.) to “make them move.”³³

Bourdieu believes that the practice of officials to produce the law and apply it owes much to the affinities that unite the owners par excellence of the form of symbolic power to the holders of the temporal power, political or economic³⁴. With this, Bourdieu offers an analytical substrate which helps to understand the opinion of Justice from the investigation of the possible *confluences of meta-legal interests* that led the interpretation of rules in a peculiar way.

Initially, it is pointed out in his biography³⁵, that Justice Cesar Peluso was guided in his specialization course in Philosophy of Law by the jurist Miguel Reale, at University of São Paulo (1967) Law School, and Doctoral Course in Civil Procedure, by the jurist Alfredo Buzaid in the same University (1975).

Miguel Reale, a recognized legal philosopher and practicing attorney since 1934, with dozens of publications of legal opinions and reasons, has an opinion attached to the Civil Action 278, originated in the Supreme Court, which deals with indirect expropriation of property within the Xingu National Park, in which he interprets that the Constitution of 1969 was intended solely to defend the possession of the Indians still living there at the “edge of the national civilization, forming settlements of primitive culture”³⁶.

33 BORDIEU, Pierre. “A força do direito. elementos para uma sociologia do campo jurídico”. In: **O poder simbólico**, 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. p. 247.

34 BORDIEU, Pierre. “A força do direito. elementos para uma sociologia do campo jurídico”. In: **O poder simbólico**, 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, p. 241-242.

35 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Biografia do Ministro César Peluso. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaMinistro&pagina=CezarPelusoCurriculoBiografia>>. Acessado em 11.05.2014.

36 BRAZIL. Supreme Federal Court Quarterly Journal of Precedents 107. February. 1984 Available in <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/107_1.pdf>. Accesson 11 May 2014.

Therefore, the orienting Justice understands that, although Article 186 has replaced the term “*possession of forest lands that are found permanently located in them*” (1967 Constitution), for “possession of the lands where they live” (1969 Constitution), only those plots which could be considered “inhabited by indigenous people, in them located, with all the characteristics of a tribe, sedentary or not, integrated the assets of the federal.” So to him, nomadism or the mobility of forest inhabitants did not allow the Union to extend the spaces for indigenous peoples³⁷.

Alfredo Buzaid, who was Minister of Justice of President Emilio G. Medici, during one of the most violent periods of the military dictatorship, with countless cases of torture, is best known as author of the draft bill which is the main antecedent of the Brazilian Code of Civil Procedure, but was also founder of the Indian Statute, Law 6001, published on December 19, 1973.

The Indian Statute reaffirmed the integration of assumptions, following the Geneva Convention, of which Brazil is a signatory³⁸ bringing the ideology of adding the Indians around attraction points such as border battalions, airports, colonies, indigenous posts and religious missions, focusing on isolating them and driving them away from the areas of strategic interest. To carry out this project, the military deepened its protective monopoly: they centralized assistance projects, health, education, food and housing; co-opted indigenous leaders and factions to obtain consent; and limited access of researchers, supporting organizations and sectors of the Church to indigenous areas.³⁹

Aside from this intellectual formation, the Justice is married to a legitimate descendant of the “four hundred years” Family (Toledo Piza), which integrates the traditional São Paulo elite, that is the aristocracy and oligarchy of São Paulo, mostly of Portuguese origin, originating in low and middle nobility of Portugal, including the Lusitanian nobility.

Thus, these few elements confirm Bourdieu’s theory, according to which “the interpretation of the law is never a lonely act of a magistrate busy to support within legal

37 REALE stressed that to admit the lack of a “proportional relationship between the tribes and the territory, to them indispensable, in order to keep whole and untouched the kind of life to them that is specific to themselves, would mean for there to no longer remain any vacant lands for many states, or for there to be any space for private property left”. However, the operative part of the judgment, according to which domain titles granted before the advent of the 1934 Constitution would be covered by the declaration of nullity of the Constitution 1969, in fact, prevailed in the Supreme Court.

38 CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. Política indigenista no século XIX. In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela (Org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras; Secretaria Municipal de Cultura/FAPESP, 1992. p. 102.

39 SANTILLI, Márcio. 1991. Os direitos indígenas na Constituição brasileira. In: **Povos Indígenas no Brasil 1987/88/89/90**. São Paulo: CEDI, p. 11.

reason a somewhat strange decision at least in its *genesis*, to reason and right and that would act as a hermeneutist concerned with producing a faithful application of the rule"⁴⁰. In fact, "the judge, rather than a single executer who would conclude from the law that the findings are directly applicable to the particular case, has disposed previously of a piece of his autonomy that is undoubtedly the best measure of his position in the distribution of the specific structure of capital legal authority"⁴¹.

Therefore, in his opinion, Justice Peluso did nothing more than exercise his judgment, inspired by a logic and values that were very close to the *meta-legal interests* shared, associated with his position not only in the legal field, but also academic, political and family wise.

5. CONCLUSIONS

From what is observed of the legal regime established in Colombia and Brazil, it appears that in the Brazilian case there is an ambiguity in the provision of Article 68 of the ADCT where, by adding the "remnant" expression, tries to bind itself to a cultural unconsciousness, as elaborated by Bourdieu, where the definition of quilombo is fossilized since the Overseas Council of 1740⁴², Ignoring the socio-historical and anthropological content derived from the socio-historical fact and above all, disregarding the identity self-definition of maroon communities, whose diversity does not justify the will to ensure land rights only to those that have the characteristics of the centennial possession.

The "shyness" of the Brazilian legal system possibly stems from the fact that Brazil was one of the last countries to abolish slavery in the Americas, "late capitalism with its institutions supported in the immobilization of the workforce and debt peonage, facilitated authoritarianism and land concentration"⁴³. It is no accident that the Land Law and Law Eusébio de Queiroz, canceling the slave trade, were passed in the same year: 1850. The Golden Law itself abolished slavery with a single article, without any mention of territorial law.

40 BORDIEU, Pierre. "A força do direito. elementos para uma sociologia do campo jurídico". In: **O poder simbólico**, 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. p. 224.

41 BORDIEU, Pierre. "A força do direito. elementos para uma sociologia do campo jurídico". In: **O poder simbólico**, 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007. p. 224.

42 ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Quilombo e as novas etnias**. Manaus: UEA Edições, 2011.

43 ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Quilombo e as novas etnias**. Manaus: UEA Editions, 2011, page 56.

However, despite the differences in constitutional and legal provisions of the territorial rights of Afro-descendant communities in Brazil and Colombia, the case law of both countries shares the same perception that quilombos are ethnic and racial groups, which self-assess their peculiar historical trajectories, in which they established specific territorial relations, related with resistance to oppression suffered as a result of their black ancestry.

However, the dispute over territorial areas still continues, as advances and retreats for groups that antagonize and that move more strongly from each achievement of its opposite No. 3.912 and the consolidation of recognition of the case law of the land rights of the Quilombo communities.

The opinion of the Justice gave new impetus to the economic groups linked to agribusiness and the base represented by parliamentary, leading to the recent convening of public hearings in the Committee of Agriculture, Livestock and Supply to discuss the revocation by Brazil of the subscription to Convention 169 / ILO requested by Congressman Paulo Cesar Quartiero (DEM / RR), on April 16, 2014.

The concern of the Congressman is also due to recent decision of the Special Court of the Federal Court of the 4th Region which declared the constitutionality of Decree 4.887/2003, under the Rapporteur of the Appellate Decision by Federal Judge Luiz Carlos de Castro Lugon, in whose vote recorded that “when it comes to remaining quilombo societies, one wants to avoid a discussion about the real presence of quilombos today. If respected the difference, if preserved the right to difference, we will also have the Quilombo of the future”, so that to “continue with the harmful historic political pursuance of bleaching, would be denying the quilombos the right to be themselves, to keep their customs, their history, their culture”⁴⁴.

The judgment of the Federal Court strikes due to the revelation in Brazil of the same “fantastic” and invisible world as was that of the Chocó described by García Márquez. Unveiling a political scenario in which the resistance of rural black communities in their right to collective survival in a given territory (re) positioning the antagonistic political and economic forces, which use the legal capital to categorize these people and delete rights.

REFERENCES

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Quilombo e as novas etnias**. Manaus: UEA Edições, 2011.

ARRUTI, José Mauricio Andion. Direitos étnicos no Brasil e na Colômbia: notas comparativas sobre hibridização, segmentação e mobilização política de índios e negros. **Horizontes Antropológicos**, Porto Alegre, v. 6, n. 14, Nov. 2000.

44 Allegation of Unconstitutionality No. 5005067-52.2013.404.0000 / TRF.

BORDIEU, Pierre. "A força do direito. elementos para uma sociologia do campo jurídico". In: **O poder simbólico**, 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BRASIL. Senado Federal. Mensagem de veto nº 370/2002, de 13.05.2002, DOU de 14.05.2002. Disponível em <www.senado.gov.br/Relatorios_SGM/RelPresi/2003/050-CN-Vetos.pdf>. Acessado em 07.05.2014.

BRASIL. Senado Federal. PROJETO DE LEI DO SENADO, Nº 129 de 1995. <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1401>. Acessado em 31.03.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Revista Trimestral de Jurisprudência 107. Fevereiro de 1984. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/107_1.pdf>. Acessado em 11.05.2014.

BRASIL. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos DECRETO Nº 4.887, DE 20 DE NOVEMBRO DE 2003. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal Biografia do Ministro César Peluso. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.sp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaMinistro&pagina=CesarPelusoCurriculoBiografia>>. Acessado em 11.05.2014.

BRASIL. Conselho Justiça Federal. Jurisprudência Unificada. Disponível em <<http://www.jf.jus.br/juris/unificada/>>. Acessado em 10.05.2014.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela. Política indigenista no século XIX – In: CARNEIRO DA CUNHA, Manuela (Org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo, Companhia das Letras; Secretaria Municipal de Cultura/FAPESP, 1992.

COLÔMBIA. Constituição (1991). Constitución Política de Colômbia. Disponível em: <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html>. Acessado em 16.12.2013.

COLÔMBIA. Lei nº. 70, de 31 de agosto de 1993. Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55de la Constitución Política. Disponível em <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1993/ley_0070_1993.html>. Acessado em: 10 março 2014.

CONVENÇÃO Nº 169 sobre povos indígenas e tribais em países independentes e Resolução referente à ação da OIT sobre povos indígenas e tribais. 2. ed. Brasília: OIT, 2007.

DUPRAT, Deborah. Pareceres Jurídicos – Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais. Deborah Duprat, org. Manaus: UEA, 2007.

GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. **Viver para contar**. Tradução de Eric Nepomuceno. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

LEME, Luiz Gonzaga da Silva. **Genealogia Paulistana**. v. V - p. 445 a 485. Disponível em: <http://www.arvore.net.br/Paulistana/TolPizas_1.htm>. Acessado em: 10 maio 2014.

SANTILLI, Márcio. 1991. Os direitos indígenas na Constituição brasileira. In: **Povos Indígenas no Brasil 1987/88/89/90**. São Paulo: CEDI.

STRATEGIES OF TERRITORIAL CONTROL: AUTHORITARIAN CONVERGENCE BETWEEN MILITARY AND CORPORATE PRACTICES

Henri Acselrad¹

Juliana Barros²

Raquel Giffoni Pinto³

Summary: the present text deals with the political conditions of important projects implementation for the Brazilian development in a context where the state plays, eminently Schumpeterian role supporting companies' competitiveness. It specifically highlights the increasing weigh of the big private corporations in land management, as well as the entrepreneurial intake of formerly public functions for providing collective goods such as health and education in order to disarm the critical mobilization of local populations in the democratic debates about social, environmental and territorial conditions for implementing these projects. Finally, it identifies on the part of companies the presence of authoritarian practices born in the dictatorial times, when the welfare policies aimed at preventing the population from accessing, criticizing and speaking about social movements, like the emergency of a "private intelligence" destined to directly monitor, without mediation of the state, the activities of these movements.

Keywords: development projects. State. Company. Social movements. Authoritarian strategies.

Recent debates, on the occasion of the 50 years of the 1964 Coup d'état, have motivated several statements about what is called the dictatorship remains, authoritarian "legacies" still present in legal structure, political practices and in the violence of our country police forces. From the dictatorship remained the police militarization and torturer impunity. High officials remaining from tyranny times, like Delfim Netto and Celio Borja, used press freedom to deny the coup d'état – usurpation, by force, of a legitimate government. But it is also necessary to bring to light the fact that a large interest group profited from the coup, in

1 Professor at the Institute of Research on Urban and Regional Planning of the Federal University of Rio de Janeiro (IPPUR/UFRJ) and researcher at the National Council for Scientific and Technological Development (CNPq)

2 Lawyer and doctorate of the IPPUR/UFRJ

3 Sociologist and doctorate of the IPPUR/UFRJ

addition to having been involved with supporting its completion, with the continuation of the State of exception that derived from it, and, in certain cases, with the repression and torture funding. After all, the coup has been struck to block the popular demonstrations to prevent the implementation of reforms that threatened big interest groups, as multinationals, of large landholding and financial capital sectors. It is worth reminding that this last one had one of its representatives, Magalhães Pinto, regarded as one of the “civil leaders” of the *putsch*.

On the other hand, a more vigilant observation would allow to emphasize elements yet under-discussed of the relation between the current operation mode of large economic interest groups and the practices of military origin, regular under the regime of exception. This happens because today there are similar proceedings based on perceptual schemes and operation logics emanating from the military thinking itself forged during the tyranny times, that we now see being applied to the territorial control of areas required to implement big investment projects.

Take, for instance, recent news concerning a big petrochemical project under construction in the State of Rio de Janeiro. Regarding the way the workers on strike were treated, a worker said: “we are not thieves. We suffered the greatest humiliation during the strike (...) in the way the police treated us”. In addition, the journalistic report carries on “the companies’ guards questioned, as far as on the public roads⁴, what the reporting team was doing”. Alongside authoritarian features like these expressed in the exercise of violence against social movements and in the disrespect of the journalists freedom to work, it is worth pointing out an increasing appeal to private actions so-called “corporate intelligence” applied to the land upon which are built dams, industrial poles or mining projects, bearing in mind the obtainment of information about communities, social movements and local leaderships.

1. THE TERRITORIAL CONTROL CORPORATE STRATEGIES

The espionage activity practiced upon social movements revealed in the cases of the Belo Monte hydroelectric plant and the duplication project of the Carajás Railroad⁵ is already

4 “Dilema petroquímico – As mãos que erguem o complexo”, Newspaper O Globo, 6/4/2014, p. 17.

5 In 24/10/ 2013, in a public hearing at the Commission of Human Rights and Participative Legislation of the Congress, a former employee of VALE S.A. presented evidences that the company maintained an espionage network on employees of the corporation, politics and social movements; Cf. Commission of Human Rights and Participative Legislation of the House of Representatives, 2013. Espionage and infiltration of the Vale S.A, from <http://www12.senado.gov.br/ecidadania/visualizacaoaudiencia?id=841>). This former employee showed bills of payments made to a company that has been founded by an ex-member of the DOI-CODI. Cf. Otávio, Chico; Duarte, Alessandra. Agents of

known. Such practices feed on a specialized market in private monitoring, intelligence and security services, the owners of the companies that work in it include retired military men and dictatorship ex-officials. In other words, it was configured a process of privatization of the espionage activity that, during the leaden years, was operated by political repression agents of the regime of exception.

Beside the infiltration of private information agents in the social movements, publicly denounced in 2013, we have as well seen a type of “science” constituted and designed to confront and demobilize these movements: for example, they carry out studies called “of social risks”, to determine to what extent the populations affected by the large projects can come to engender risks to the enterprises in case they succeed in mobilizing for debating and the questioning the projects. Social scientists and communicators are contracted to study the concerned groups and develop communitarian relation programs. Thus, a strong relationship can be observed between the actions called “of corporate social responsibility” and those that are known as “civic-social actions” of the armed forces.

During the dictatorship, the strategy of the so-called civic-social actions was created by the army, in the name of meeting the so called “marginalized” population needs. In the fighting of the Araguaia guerilla, such actions were executed, moreover by the intelligence organisms of the armed forces⁶. Among the principles of such actions we found the requisite of the “thorough study of the values, beliefs, traditions and customs of the populations to be affected” and the promotion of the “population participation in the work designed to integrate the Armed Forces with the community in all their activities”⁷.

Well, the practices of social assistance are, in principle, so strange to the war actors as to the agents of steel and mineral exploration or petrochemical production addressed to

the dictatorship create a network, newspaper O Globo, 25/04/2011; Amaral, Marina, “Leak of information exposes espionage of Vale”, Publica Agencia de Reportagem e Jornalismo Investigativo, 13/09/2013, from: <http://www.apublica.org/2013/09/abrindo-caixa-preta-da-seguranca-da-vale/>). The denunciation of an illegal espionage scheme and invasion of privacy effectuated by the Consortium Constructor of Belo Monte (CCBM) against militants of the Xingu Vivo Movement (MXVS) was made on the 24th of February 2013, when one of the participants in a meeting of the movement in Marabá was discovered recording the discussions with a spy pen. He recognized having been contacted by the security team of the Consortium to infiltrate the Xingu Vivo Movement, receiving for this a monthly pay Cf. representation offered at the Federal Public Minister by members of the Xingu Vivo Movement on the 25/02/2013, from: http://xa.yimg.com/kq/groups/24805135/3296795/name/UNKNOWN_PARAMETER_VALUE

6 Civil Public Action of the Federal Public Ministries of Pará, São Paulo and Federal District, relative to the location of the remains of the victims of the repression of the Araguaia guerilla, 8/8/2011, from: <http://www.prsp.mpf.mp.br/prdc/area-de-atuacao/torviopolis/ACP%20-%20Acesso%20aos%20registros%20sobre%20o%20Araguaia.pdf>.

7 Ministry of Defence, Brazilian Army, Command of Land Operations, Caderno de Instrução, s/l, 2009, p. 2-2.

private profit. However, armed forces and big corporation speeches and practices are similar to what they say concerning their relations with the populations that occupy areas of interest for their own operations. Everything indicates that they have in common the vocabulary of a certain “science” – the so called “modern revolutionary war”.

In the military period, the mention of actions of social assistance emerge in the midst of the strategic discourse transformations visible in the 1960s, especially in the analyses developed by the strategists of the colonial domination in the French colonialism defeat in Vietnam. According to such analyses, the wars in Vietnam and in Algeria are different from the anterior ones for they involved “everything that thinks, everything that lives, and everything that breathes”. Concerning the “war that takes into account the minds as well as the bodies”, “the first of its principles is the territorial operation supremacy”⁸. Since the so called “operational art” was seen as insufficient to report “the peace-keeping operations where there is emphasis on the humanitarian assistance, in the fight against terrorism and in the information war”. In these cases, the mission theatre will become the whole territory and the essential would be to annihilate the possibility that the population comes to hear and support the resistance movements⁹.

In the entrepreneurial field, in turn, the actions of social assistance are part of the strategies labeled as “non-market”. Paradoxical in appearance only, throughout the liberal reforms, the big corporations have increasingly evocated the need to adopt strategies – political, of course – “to combat the risk of institutional instability”, the one “that can seriously affect business opportunities”. Thus, such actions aim at “affecting the political and social environment” in order to, in the terms of private administrators, “increase corporate capabilities of value capture through the management of its institutional, political and social interactions”¹⁰. We understand that such interactions “are those mediated by the public”,

8 Coronel Lacheroy, Conference “Guerre révolutionnaire et arme psychologique” pronounced in July 1957 at the Great Amphitheater of Sorbonne. from <http://www.cobaye.in/Exclu-Conference-de-Lacheroy-de>

9 “During the Algeria War, the French Army Chief of Staff definitely adhered to the revolutionary war doctrine. His obsession: suppress the National Liberation Front from it rearguard, which means the entire population”, cf. Entrevista do General General Paul Aussaresses a Marie-Monique Robin, in *Escuadrones de lamuerte -ladoctrina francesa y el terror en América Latina*, from <http://www.elortiba.org/soja.html>, In Brazil, the called “psychological action” of the Land Forces together with the civils was inaugurated by the Decree n° 67.487 of 06/11/1970, that, in the middle off the authoritarian period, amplified the attributions of the 5th deputy of the EME.

10 RUFIN, C. PARADA, P. SERRA, E. The paradox of the multi-domestic strategies in a globalized world: testimony of the “non-market” strategies in developing countries. In: **Revista Brasileira de Gestão dos Negócio**, v. 10, n. 26, jan. mar. 2008, p. 63-65.

that is to say, by the “non-customers, non-suppliers, non-competitors, governments and regulatory authorities”¹¹.

Anthropology researchers¹² have labeled those entrepreneurial endeavors made with the intention to neutralize social criticism and popular discontent as “resignation policies”, looking to offer limited replies by means of symbolic gestures for compensation or mitigation, exploiting, in general, the absence of the State in ensuring the rights to education and health¹³. That is how a representative of the big mining company stated the situation of a national economic periodic: “before, the social movements criticized us for closing the mine and leaving, on-site, a big hole. Now, we as well leave a school and a health center”. In other words, the intention do demobilize the critical movements is at the very origin of such strategies defined as “social”.

Activities of communitarian relations, as “monitoring of surrounding populations” and studies called “of social risks” seek to anticipate the possibility that social movements organize populations affected by the large enterprises. They also seek to identify leaders, assess the image of the companies together with the groups that have any geographical proximity relations and, in view of the firm harmful effects, have the tendency to adopt a potentially critical position – with monocultures, equipment and installations. Exploiting the absence of the State in ensuring basic rights, the big corporations seek to legitimate the damages by offering as a favor what is the State’s duty. Programs named “social responsibility” thus seek to boost the named “reputational capital stock” of the companies, obtaining what they designate by a “social license to operate”.

In the last 20 years, as the Brazilian State abandoned actions inspired by the *Keynesian* theories and assumed an expanding role labeled as *Schumpeterian*, concerned with supporting company competitiveness, there was a big retraction of governmental actions from the areas defined as “non-market”. Concurrently, it was observed an increased relative occupation of these areas by big interest groups – under the form of

11 D. Baron, Integrated strategy: Market and nonmarket components. In: **California Management Review**, v. 37, n. 2, 1995, p. 47-65, apud Rufin, C. Parada, P. Serra, E., op. cit. p. 65.

12 BENSON, P. KIRSCH, S. Capitalism and the politics of resignation. In: **Current Anthropology**, v. 51, n.4, august 2010.

13 Concerning the social programs of the Vale in Maranhão, it can be affirmed that “an asymmetry of powers between a company and the precarious social conditions of the municipalities of the region (...) subjugate the inhabitants as beneficiary of a system that is not of rights, but of assignments, the clientele (word increasingly more common between the NGOs and the providers of social assistance)”.cf. I.Pantoja, “Planejamento Privado Social: práticas da CVRD (Vale S.A.) em municípios do Maranhão”, Diss. Mestrado IPPUR/UFRJ, Rio de Janeiro, 2012.

“almost-State” – committed to define, punctually and usefully, what are the population rights and the State obligation, like schools and health centers, in order to obtain social local acceptance for their enterprises. Thereby, the hypothesis of the anthropologist James Ferguson is confirmed, who sustained, in his work on the Lesotho, that the projects called “development” activate a type of “anti-political machine” that has for purpose to depoliticize the poverty and the State itself. Symptom of this depoliticization process would be, for instance, the adoption of accounting categories like “indigenous cost” and “Quilombola cost” by the planning departments of the big companies that possess interests in frontier areas where big projects were implemented. Understand the presence of certain social subjects – citizens with territorial identity and implementation rooted in some parts of the national space endowed with resources needed for the investment projects – is translated in categories of cost accounting by a part of the corporations. Thus, what the firms try to determine, ultimately – in possession of legitimating arguments of the developmentalism, and, frequently, with the help of the loosening of the expedients of the environmental licensing -, the conditions of use of the referred areas. In addition, they will do so alleging they will be compensating the traditional people with monetary resources whose specified territorialities are perturbed by the big projects. That is how, in the new model of growth within a context of economy liberalization, a relative depoliticization of the governmental public action and a parallel politicization of the action entrepreneurial tend to happen– strengthened in its ever more explicit strategies called “of non-market”. The persistence of the resistance of social movements, people and traditional communities could explain, on the other hand, what the same accountants design by “indigenous and Quilombola costs”¹⁴, whose evocation presuppose the perception of the possibility for the movements to come to refuse such offers entrepreneurial supposedly compensatory.

The firms’ intervention in the land management does not properly constitute a novelty. A novelty would reside in the role they play today in the context of the transformations of the capitalism – in this case, of the neoliberal reforms – that come favoring their growing participation in territorial policies. A few authors marked, in this regard, the residual nature attributed to electoral procedures in the situation of “governance” in which the private actors tend to assume a greater space of decision¹⁵, as we will see now.

14 FERNANDEZ, Claudio. “O Estado é o responsável pela eclosão do custo indígena”. In: **Revista Custo Brasil**, 2009, Modal Informática, Rio de Janeiro. From <<http://www.revistacustobrasil.com.br/pdf/06/Rep%2003.pdf>>.

15 AMILHATSZARY, Anne-Laure La prise de position des acteurs privés dans la gouvernance territoriale: enjeux, opportunités, risques – Territorial “share-taking” en Amérique Latine , in Les Acteurs privés dans la gouvernance en Amérique Latine: firme et territoire em Amérique Latine, mars 2010.

2. THE “SOCIAL RISK” FROM THE POINT OF VIEW OF THE CORPORATIONS

Considering the new operating conditions of the corporations in the liberalized economies, the think-tanks entrepreneurial have adopted a new type of speech on risks. From the perspective of some business consultant, the relations of interdependence created in this context had a double effect: at the same time that they enabled the conquering of the market and bigger commercial efficiency, they also turned the companies more vulnerable. Those ones are more subject to environmental, social and labor pressure than before. In such pressures emanating from the civil society, the authors call “social risk” the ones that occur “when an empowered stakeholder raises a social question and exerts pressure for the corporation exploration its vulnerability through reputation, corporate image”¹⁶. For these consultants, teachers at Harvard, the probability of a social risk to spread rose with the proliferation of the NGOs’ power and the new forms of media.

Outlining a type of “social seismology” of the threats to the companies, Kytle and Ruggie sustain that the society organized can offer social risk by different routes: the investors can mobilize “shareholders” to change the policies of the company; the customers can demand changes in the company’s environmental policies; employees can question the outsourcing of the employment abroad and solicit a health plan coverage etc. The one that has been before like a “good entrepreneurial decision”, can, under the critical action of the society, become a source of social risks. *“The search of cheap labor to reduce the costs can be a good deal based on the competitive benefit. However, the decision to employ workers in a developing country, without the commitment to the international labor standards, could cause undesirable results, like public criticism of your production chain”*¹⁷.

Various manuals in the business field designate the programs the social responsibility as tools to face this “new type of risk”. They sustain that the extent in which the social risk affects the companies’ reputation, the social responsibility programs should gain strategic position in the environment of corporate decision. For Kytle and Ruggie (2005b), in past contexts, the companies could consider the social responsibility as a form to fulfill civic

16 KYTLE, B, RUGGIE, J. “Corporate social responsibility as risk management: A model for multinacionals”. Corporate social responsibility initiative, **Working paper** n° 10. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University. 2005.

17 KYTLE, B, RUGGIE, J. “Corporate social responsibility as risk management: A model for multinacionals”. Corporate social responsibility initiative, **Working paper** n° 10. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University. 2005.

obligations. However, like the most presence of social movements in the public space, new practices are necessary:

“While technological, economic and political risks are mainstays of corporate risk management, social risk must now be treated with equal importance on risk agendas. A social risk is initially isolated in a department, but as civil society and media attention increase, it may spread throughout the company to affect the core business operations and functions.”¹⁸

To relate with the stakeholders – interested parties – were thus developed various initiatives, in the environment of the multilateral agencies, consultants and institutes with a view to the entrepreneurial interests of what is commonly called de “engagement” of stakeholder. In the terms of business consultants, the analysis and the process of this “engagement” would establish:

“A relation of mutual trust, dialog, exchange and influence so that every parties may work risk questions (conflicts, strikes, loss of license), potential opportunities (local suppliers, support of the community, synergies etc) and even as far as the formation of partnerships in which there were shared objectives and a “win-win” situation establishes”¹⁹.

This process aims to confer to the company the support of the social actors (communicators, political power etc.) at the enterprise, enabling an environment politically stable, so that the company obtains the called “social license to operate”. According a large mining company, the “social license to operate” is “a concept used to describe the importance of the broad communitarian consent for big projects”, bearing in mind that “stopping from dealing with the communitarian interests and thus lose the support of the community (the license to operate) already led to serious troubles, or closing of many big investment projects, including in the mining industry”²⁰.

It is known that the legislation oblige that the company, to obtain its environmental license, present solutions for the management and the minimization of environmental impacts

18 KYTLE, B, RUGGIE, J. “Corporate social responsibility as risk management: A model for multinacionals”. Corporate social responsibility initiative, **Working paper** nº 10. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2005.

19 **Painel de stakeholders: uma abordagem de engajamento versátil e estruturada**. From: <<http://www3.ethos.org.br/cedoc/painel-de-stakeholders-uma-abordagem-de-engajamento-versatil-e-estruturada/>>.

20 **Anglo Social Way. Padrões de Gerenciamento de Sistema**. From: <<http://www.angloamerican.com.br/sustainable-development/-/media/47D640D6694D4201B3BDE905DED7208F.pdf>>.

that will result from its operating. We can suppose that the “social license to operate” could be obtained in similar ways. In this case, though, the companies would act – themselves – on the management of the society, using the studies of the communities the most critical in regard of the enterprise, analyses of how are organized such communities, of who are their leaders and in the establishment of “social programs” in order to manager and mitigate possible “impacts” on the company’s profitability.

The notion of “social corporate risk” is as well today present in the global guideline of the United Nations for the theme “business and human rights”. Teacher John Ruggie, aforementioned, was nominated in 2005 by the then Secretary-General of the UN, Kofi Annan, to be the special representative of human rights and multinational companies. Over the last six years, Ruggie coordinated a research named “Cost of Conflict with Communities”, motivated by a paper of the bank Goldman Sachs that analyzed 190 projects of the oil industry and verified that the time between the first approval of the project and the beginning of the operations doubled in the last ten years due to lawsuits and community political resistance to what is called stakeholder-related risk. Ruggie, and his team asked the extractive sector, particularly the large mining and oil companies, to observe and calculate the risks to what they were subjected, answering to questions like “how much would it cost the fact that the only access road to the mine is blocked by the community for one, two or three weeks?”²¹.

There are a great number of articles, from that perspective, engaged in building a risk cost science addressed to companies with productive activities that strongly depend on territory resources. The article “The costs of conflict with local communities in the extractive industry”, shows the result of forty interviews carried out with directors of extractive companies, corporate lawyers, insurers and research institutes on the cost of social conflicts for mining companies²². Among the principal “types of costs”, the most frequents for these companies were “the time administrators waste when dealing with risk and conflict”, “administrative costs of dispute procedures”, “production interruption” and “public relation expenses”²³.

One of the several suggestions made by the UN representative to avoid those costs is to establish a relationship with the communities by the implementing what he called “complaint

21 **John Ruggie on Business Practice and Human Rights**. Entrevistado by Molly Lanzarotta, on April 29, 2011. From: <<http://www.hks.harvard.edu/news-events/publications/insight/markets/john-ruggie>>.

22 DAVIS, Rachel e FRANKS Daniel M. The costs of conflict with local communities in the extractive industry. <http://shiftproject.org/sites/default/files/Davis%20&%20Franks_Costs%20of%20Conflict_SRM.pdf>. Acessado em 18.08.2015.

23 DAVIS, Rachel e FRANKS Daniel M. The costs of conflict with local communities in the extractive industry. <http://shiftproject.org/sites/default/files/Davis%20&%20Franks_Costs%20of%20Conflict_SRM.pdf>. Acessado em 18.08.2015.

of local level mechanisms”, a sort of complaint office to be created by the companies in order to let the populations know “where to go” to make complaints, and the company, in turn, knows how to “manage the charges”. Ruggie mentioned an interview that he made with a communitarian leader in Peru where he encouraged him to suggest this mechanism:

(...) I met with him afterwards and asked: “So what brought you to this point? Why did you close down the mine?” He said something I’ll never forget: “They wouldn’t listen to us when we came to them with small problems, so we had to create a big one”²⁴.

The consultants thus suggested that the social entrepreneurial responsibility programs offer, by means of a contact with the “surrounding communities”, “*information, awareness and insights about what are the social risks, and at the same time, an effective way to answer them*”. They defend that the firm social programs should be income generation, education or health, by providing better social conditions for the communities to reduce the probability of risks by companies. It would be fundamental for the survival of the corporation to anticipate the “social risks”, through the creation of management systems that include “connection with the communities, information sharing and integration of social entrepreneurial responsibility as its commercial operations”. According to corporate strategists, such as Braga *et al* (2007), it has to analyze the context in which the enterprise will be carried out, “calculating every possible risk” in order to “reduce the surprises, anticipate or simulate defensive or aggressive behaviors”.

Bezerra (2004:235) confirmed empirically the adoption of strategies in that sense, by identifying how a waste processing corporation in Rio de Janeiro State had to redirect the ventilation equipment in order to direct the polluting emissions to other areas, because of the neighborhood inhabitant complaints. By means of such practices, it was created what Bezerra called a “just in time” model to resolve conflicts – or of “social risk management” – based on constant demand monitoring. What the company looked for, in this case, was to achieve a “stock zero” of protests, based upon the involuntary and free collaboration of the inhabitants in a way to avoid additional environmental control costs and prevent eventual penalties.

In the fields of relations between the representatives of the companies and the potential carriers of criticism regarding the entrepreneurial practices, the objective of the consultant specialized in “social risk” is to convince its clientele that this type of risk – of “non-market” – is as strategic as the traditional market risks. They seek to justify their

²⁴ **Business and Human Rights:** Entrevista com John Ruggie, 30 de outubro de 2011. From: <<http://business-ethics.com/2011/10/30/8127-un-principles-on-business-and-human-rights-interview-with-john-ruggie/>>.

services alleging that the impacts of social risks associated to protests and boycotts can ruin a company because its daily productive and commercial operations are affected. A high manager of a leading company in management and technology consultancy of the USA used a climatic metaphor to enhance the importance of anticipating social risks:

“Bad weather requires, typically, a moderated standard protection. Few and simple elements such as an umbrella and a coat are appropriate in general for facing an inclement weather; but what if you were hit by a tornado, a cyclone or a typhoon? Most of the companies wouldn’t suffer more of a storm or a blizzard, but if some of them were hit by a significant social risk, that could be fatal.”²⁵

Therefore, this business climatology is a lot more relevant to firm sectors than to the preoccupation with the climate changes understood as an environmental risk. That is the reason why certain corporations establish private information espionage systems capable of providing a better “meteorological forecast” of social climate and social movement capacity of mobilization.

3. SOCIAL MOVEMENTS AS SUBJECTS OF PRIVATE SYSTEMS OF INFORMATION AND CORPORATE SECURITY

With the end of the dictatorship in the country, remnant professionals of the National Information Service (SNI) – organ extinguished in 1990, at the beginning of Collor government – set up private service and training companies in the area called Corporate, Strategic or Entrepreneurial Intelligence. This “civil community of information” began, thus, to operate in the surveillance, security and disinformation areas, however maintaining key channels of access to the State apparatus.²⁶

Aligned with the military logic that inspired the governmental security and intelligence institutions, grounded on the national security doctrine, such companies suggested to “control the risks” by monitoring social movements that criticize and mobilize against enterprises that they judge harmful for the communities.

The field of “private intelligence” spread in the country without any legal regulations, operating informally and nominating themselves for services – electronic system monitoring,

25 Speech of Chris Kelly, vice chair at Booz Allen, in 2005, at the Association of Americans for Civic Responsibility (AACR) roundtable conference. Washington, DC. From: <www.boozallen.com/>.

26 Between various texts and reports published about the subject, see: “Agentes da Ditadura criam redes de arapongas”, Newspaper **O Globo**, 24/11/2011. From: <<https://online.journalism.utexas.edu/2012/presentations/Doria.pdf>>.

personal data collection, information anticipation, tracking, risk control, euphemistically renamed competitive intelligence – a lot of them playing roles reserved to the State only allowed under certain legal conditions or judicial authorizations. In most cases, they imply fundamental rights violations linked to democratic freedoms like right to honor, to privacy, to intimacy, informational self-determination (the right of each and every one to know who holds information about themselves), political organization and freedom of association, among others.

The unregulated performance of this sector, intensified with the help of technological innovations and the widespread use of the digital network, motivated the presentation of a bill under revision at the House of Representatives (Bill 2542-A/2007) “on the Private Intelligence Activity and other arrangements”²⁷. The development of such activities is facilitated, in turn, by a fruitful network of relations established inside of the public machine, especially the one from the repressive coercive apparatus of the State. There are reports of “partnerships” or public agents’ participation in monitoring and surveillance operations developed together with private firms. Marketing strategy of the private intelligence and surveillance companies include even a good relationships with public power – considering that their executives were once State officials – as guaranteeing elements of success in the operations.

If on the one hand no specific legislation exists for the private intelligence services, we can verify that on the other there is an intern tension in the Brazilian Intelligence System (Sisbin), regulated by Law 9883/99 under Fernando Henrique Cardoso government, having the Brazilian Intelligence Agency (Abin) as its principal organ. This tension originated from the fact that Abin had been linked to the Institutional Security Office (GSI, former Military Department²⁸) that is headed by a military man²⁹. The subordination of the country civil intelligence system to an organ that is mandatorily commanded by a military man, the

27 Extract of the justification of the PL 2542-A/2007; “Such activities include from behavior investigation to scenario elaboration, risk control, industrial espionage, infiltration, finally every type of violation techniques and of people privacy and intimacy investigation, physic or legal, promoting conduct, secrecy of their intimacy unblinding (legitimate or not) with the most different goals. In contrast, it is necessary to consider the facility of commercialization of modern technologies employed in the Intelligence field, involving this practice in the trivialization of people and private and public institution privacy violations. Emergency actions are recommended to begin a rigorous control of this use, under penalty of undesired uncontrolled growth rights violation and constitutional guarantees. This are the principal reasons that motivated us to submit this proposition, so that the State comes to exert its regulatory and supervisory power upon the activity that contains such an elevated level of danger to the people security thus providing legitimate guarantees that are constitutionally ensured to the people” From: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=42D2B30513062E79DD59B2C74D2E2519.node2?codteor=533938&filename=Avulso+-PL+2542/2007

28 <<http://www.gsi.gov.br/sobre>>. Alteration made by the Medida Provisória (MP) 1.91-10, on September 24, 1999.

29 <<http://www.abin.gov.br/>>.

interference and the centralization of the activity final reports to the Chief Minister and the issuance of service orders that orientate primary monitoring of the social movements are among the principal protests of the Abin employees “civil wing”.

Amidst this tension, classified documents of State intelligence organisms were disclosed in the press generating strikes and social movements listed as considered threats to national security³⁰. In 2011, the report 251/82260 of 09/05/2011 was made public. It identified the list of non-governmental organizations opposed to the Belo Monte hydroelectric plant³¹. In March 2013, reporters from the newspaper *O Estado de São Paulo* affirming that they had access to classified documents divulged that GSI had contacted Abin to monitor the social movements in the country ports, especially in the Suape port, in Pernambuco. Employees involved in the Intelligence Officials’ Association (AOFI), labor entity created to oppose the Abin Employees Association, which gathers the ex-employees of the former SNI, criticized such directives refusing the SNI legacy of old practices and defending “the need to restructure the organism”³².

4. FINAL CONSIDERATIONS

The conjunctures are, for sure, distinct. The difference between the dictatorship espionage and the one of big companies that contracted such services today is that, in the first case, it aimed at the criticizing and opposing agents in order to dismantle the resistance network; in the second case, it aimed at public in general to be “protected” from the effects of

30 SIQUEIRA, Claudio Dantas. “Como funciona o Serviço Secreto Brasileiro”, *Revista IstoÉ*, 14 de novembro de 2012 (http://www.istoe.com.br/reportagens/254013_COMO+FUNCIONA+O+SERVICO+SECRETO+BRASILEIRO): An X-ray of the ABIN performance, made by the magazine ISTO É, reveals that, after having undergone crises, the intelligence service reached its peak from the re-democratization period on. In only four years, the agency budget more than doubled, jumping from R\$ 220 million in 2008 to R\$ 527 million in 2012. In the same way, see the report of the newspaper Estado de São Paulo, of August 26, 2012 “Dilma dá a militares mais espaço dentro do planalto”. From: <http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,dilma-da-a-militares-mais-espaco-dentro-do-planalto,921773,0.htm>.

31 From: <http://www.conversaafiada.com.br/politica/2011/07/05/abin-identifica-as-ongs-estrangeiras-que-boicotam-belo-monte/>.

32 MONTEIRO, Tânia. “Agentes da Abin dizem que superior adota pratica da ditadura”, *Jornal O Estado de São Paulo*, 20 de novembro de 2012. (From: (<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,agentes-da-abin-dizem-que-superior-adota-pratica-da-ditadura,962477,0.htm>); Abin reconhece que investiga MST e outros movimentos sociais” (From: <http://www.redebrasilatual.com.br/politica/2009/10/abin-reconhece-que-investiga-mst-e-outras-movimentos-sociais>); CARDOSO, Helvécio. A Revolta dos Carcarás – Officials of the intelligence ABIN – don’t accept military commandment, refuse to spy social movements, found para-syndical entity and go directly to Dilma Rouseff reclaiming institutional changes in the organism. The new generation of secret agents won’t assimilate the past of the SNI, which legacy loathes and traditions disown”, 15/02/2011 (From: http://www.sinpefpe.org.br/Principal/Pagina_Default.asp?COD_NOTICIA=6558).

criticism. In the political regime of exception, the effect desired was, in priority, to silence the criticism; in the case of the private regime of exception in the corporations, in principle, the objective is to obtain elements to create effective social responsibility programs, neutralizing criticism of their projects and facilitating territorial control.

It is, however, through this convergence between territorial control techniques, developed under the dictatorship, and the repertory of actions destined to obtain a comparable control of big companies in big investment projects replicating authoritarianism and eroding democracy foundations. Since, for sure they are not compatible with the actions with democratic perspectives, since they have as objective to annihilate the possibility of the population – in general ignorant, uninformed and with little access to the decision-making structures – hearing from movements that question the large project impacts, in general dramatics and expropriating, on their life conditions. At least we understand by democracy a form of existence quite different from the one evoked rhetorically by the agents of French colonialism and by the intellectual officials of the Brazilian dictatorship.

REFERENCES

AMILHATZARY, Anne. La prise de position des acteurs privés dans la gouvernance territoriale: enjeux, opportunités, risques - Territorial “share-taking” en Amérique Latine, in *Les Acteurs privés dans la gouvernance en Amérique Latine: firme et territoire em Amérique Latine*, mars 2010.

BENSON, P. Kirsch, S. Capitalism and the politics of resignation. In: **Current Anthropology**, v. 51, n.4, august 2010, p. 459-486.

BRAGA, R; Bruni, A. L; MONTEIRO, A. Estratégia e as Decisões de Investimento em Condições de Risco: um Estudo na Veracel Celulose S/A. In: **Anais do XX Congresso Latino Americano de Estratégia**. SLADE, 2007, Barranquilla, Colômbia.

D. Baron, Integrated strategy: Market and nonmarket components> In: **California Management Review**, v, 37, n. 2, 1995.

FERNANDEZ, Claudio. “O Estado é o responsável pela eclosão do custo indígena”. In: **Revista Custo Brasil**, 2009, Modal Informática, Rio de Janeiro. Disponível em <<http://www.revistacustobrasil.com.br/pdf/06/Rep%2003.pdf>>. Acessado em 10/5/2010.

I. Pantoja, **Planejamento Privado Social**: práticas da CVRD (Vale S.A.) em municípios do Maranhão, Diss. Mestrado IPPUR/UFRJ, Rio de Janeiro, 2012.

DAVIS, Rachel e FRANKS Daniel M. The costs of conflict with local communities in the extractive industry. <http://shiftproject.org/sites/default/files/Davis%20&%20Franks_Costs%20of%20Conflict_SRM.pdf>. Acessado em 18.08.2015.

KYTLE, B, RUGGIE, J. **Corporate social responsibility as risk management**: A model for multinacionais. Corporate social responsibility initiative, Working paper nº 10. Cambridge, MA: John F. Kennedy School of Government, Harvard University, 2005.

RUFIN, C. PARADA, P. SERRA, E., O Paradoxo das estratégias multidomésticas num mundo global: testemunho das estratégias de “não-mercado” nos países em desenvolvimento. In: **Revista Brasileira de Gestão dos Negócio**, v. 10, n. 26, jan. mar. 2008, p. 63-65.

THE CRIMINALIZATION OF INDIGENOUS PEOPLES SOCIAL ORGANIZATIONS AS A MECHANISM FOR WEAKENING THE RESISTANCE IN DISPUTES WITH THE STATE DEVELOPMENT MODEL

Adelar Cupsinsk¹

Rafael Modesto dos Santos²

Summary: the text deals with the conflicts between the indigenous people and the State strategy for physic annihilation and domination addressed to the people implemented in the institution of Brazilian nationality process. It examines the various forms of violence against indigenous communities, their leaders and their resistance anchored in the reaffirmation of their territorial and cultural rights. It also analyses the strategies for the criminalization of the indigenous people and their representatives.

Keywords: Indigenous rights. State. Development model. Inter-ethnic conflicts. Denial of rights.

INTRODUCTION

Analyzing constitutional dispositions, more precisely article 231, we can perceive that the Constituent of 1988, knowing the indigenous reality, had the care to “acknowledge” the indian social organization, customs, languages, beliefs, traditions and the originating rights over the land that they traditionally occupied, leaving to the Union the responsibility of delimitating and protecting their lands, as well as ensuring respect for all their goods.

The legislator begins Chapter VIII – *of the Indians* – acknowledging the social organization, to subsequently carry out a set of rights really well outlined and linked. In addition, social organization is established in terms of the indian habits and customs (not non-Indian habits and customs)³.

And it couldn't be any different, since the maintenance of the Indigenous' social organization is what will guarantee the continuity of different groups scattered in every

1 Lawyer of the Indigenous Missionary Counsel – CIMI.

2 Specialized in Rural Social Rights by Universidade Federal de Goiás – UFG (Goiás Federal University), CIMI and MST Law Advisor.

3 Petition 3.388/RR. Relator Min. Ayres Britto – STF.

regions of Brazil, that, according to the IBGE's 2010 data, add up almost one million of individuals speaking 274 languages, organized in 305 different communities. The preservation of the indigenous people additional rights is closely linked to the maintenance of their form of social organization. Otherwise, the social groups become vulnerable.

In addition, each of those 305 people has its own social organization, in the form of clans or *Cacicados*, with their spiritual leaders generally identified as shamans, autonomous and independent from one another, thus resulting in a complex social organization. This way, they manage to maintain their traditions, with their own worldview perpetuate through the time.

However, even after the Democratic Constitution of 1988, the relation of these social groups with the Brazilian State structures was never harmonious, independently from the different governments which occupied or occupy the Branches of Power. As a first step, it can be said that the reasons for this disharmony are related to the state structures that are not prepared to deal with the diversity that represent the indigenous people. This observation is true and easily perceived by the fact that the indigenous do not have representatives in the National Congress and in the judicial power. Likewise, the relations with the executive power are asymmetric, since in it the indigenous people have only one weakened indigenous organism, controlled by non-Indians and structured on the tutor standards.

Nonetheless, the observations made above reflect only partly the disharmony between the Brazilian State and the indigenous people, components of the same State. Analyzing the various conflicts involving indigenous people, governmental actions and the society directly interested, we can easily perceive that they deal with different visions of the world; different values and that behind every dispute there are hidden economic interests. In these disputes, the state structures, impregnated with prejudices, have supported the interests of economic groups and private property to the detriment of collective rights and indigenous people cultural diversity.

Despite a quite advanced and really well outlined intern indigenous legislation in tune with international rights and resulting from five centuries of resistance, the indigenous people are being subjected to extreme violence directed to its social organization, like we will see in the examples analyzed.

1. INSTITUTIONALIZED CRIMINALIZATION: THE CASE OF THE XUKURU AS A PARADIGM

It is evident that, since the Portuguese invasion until now, the Brazilian Indians are suffering from an unrestrained attack to their life, culture, customs and languages, and even to their millennial ways to connect with nature and themselves, considering their large

capability of spatial structuring, as well as of wide religiosity and cultural treatment. The attack to their traditional form of social organization and their rights, including their own rights and constitutional rights, is a way to empty their capacity to resist as it weakens the whole group, concerning the urgent necessity to deliberate as a hierarchical society dependent of their alterity and religious and pyramidal governing elite.

It is certain that with the withdrawal of religious and governmental elements, the contenance is reaped of the organizational apparatus of these people. For such reasons, all the attacks begin with an offensive against its leaders, means that weakens the social organization and facilitates the suppression of rights. After invasion, the principal indigenous rights that were usurped and exploited, at times in sneaky and silent ways, are their natural wealth and the economic valuable goods that stirs up the non-Indian, who, for the Indian, is a fractional part of the cosmos and that substantially are depending from it.

The case of the Xukuru Indians, from Pernambuco, is pragmatic since they suffered a process of intellectual appropriation through a series of attacks to their political and religious leaders that possibly weakened the community⁴. It happened in the post-Lusitanian history in Brazilian territory because the Europeans noticed the physical and spiritual dependence of the locals on their leaders (*caciques* and shamans). The first *degredado*, that is to say convict exile, in Brazil was an Indian, according to the Missionary Indigenous Consul, showing that the Portuguese invaders already used to destroy the social organization by attacking directly its political leader:

In the beginning of the 17th century, Sorobobé (or Zoborébabé), Potiguara chief, suspected of inciting the indigenous against the Portuguese people, was imprisoned and sent to Bahia. In prison, they tried to poison him, but he saved himself by drinking his own urine. In 1603, he was transferred to a prison in Lisbon. Fearing an escape and a return to Brazil, the Portuguese transferred Sorobobé to the Évora prison, where he died. This cacique Potiguara is considered the first political exile of Brazil⁵.

Historically, the attack against leaders means an attack against the whole community. Thus, it launched a process of social disarticulation weakening the group and leading to rights

4 According to the Special Commission of the CDDPH (Regulation n°18/2003) report, that realized a detailed study on the deaths and attacks against indigenous Xukuru leaders, it demonstrated that everything occurred depending on the economic interests upon the lands traditionally occupied by the Xukuru, still knowing the existence of a project that aimed at the implementation of a touristic pole on this territory.

5 Conselho Indigenista Missionário, CIMI/CNBB. Outros 500. Construindo Uma Nova História. Editora Salesiana, São Paulo, 2001. p. 103.

usurpation. We can notice that in the Brazilian indigenous history truculent attitudes against the Indians depended on the economic situation and, until now, it is clearly perceivable. As aforementioned, the first political prisoner was and Amerindian, and, furthermore, a Potiguara chief.

The Xukuru clan, in Pernambuco State, case – to point out a specific case, but as we will see it is very representative, as it turned paradigm –, represents in the second quarter of the 20th century, a tentative of social cultural organization disarticulation by assassinating political and religious leaders.

Note that, in this context of rights recognition, associated with a process of delimitation of the usurped territory, entwined with the legal political and social situation, there is a determined prejudice, dissent and criminalization potentiation always impregnated with interests, even oligarchic, that also encouraged the institutionalized marginalization:

The process of recognition of an indigenous territory is always interrupted by strong resistances that involve from legal disputes, which are perfectly legitimate in a democratic State, to the most extreme form of violence⁶.

First, we have to agree with the assumption that legality must permeate the order maintenance and agree that there has been a whole process of rights recognition and its respective objectification. Second, disregarding the illegal violence, we have to take in consideration that legality fell with rights violation mechanism against the Xukuru.

It is fair to consider the compatibility of legality and its exacerbation in the context, needed for the legislator precision, but it is unfair to consider the incompatibility of claimed legal and administrative forms without proper care and good sense. Thus, we can see the criminalization of the Xukuru was skewed by two distinct reasons: first by legal channels and then, or before, we will explain further, by the anti-judicial channels.

According to the Report of the CDDPH Special Commission (Regulation No. 18/2003), milestones of geographic delimitations (estates) and oligarchic groups of the Pernambuco State still remain⁷. That is to say that the economic interests at stake are at a dangerous crossroad, since keeping the politic and economic structure serves as a structural mechanism,

6 Page 6 of the Report of the Special Commission of the CDDPH (Regulation No. 18/2003).

7 In the Nordeste, where the occupation was made based on estates and on the control of these lands by oligarchies that were established and conducted the practices that still today characterize the existing relations there, guaranteeing land possession to indigenous groups is a process extremely complex. Pgs. 6-7 of the Report of the Special Commission of the CDDPH (Regulation n.º 18/2003).

according to Bourdieu⁸, being a structure structured to structure. It means more; it means that the political forces act in a way that the State tools serve, in priority, the politic and economic influence holders.

The recognition of the Xukuru Indians' rights began in 1989, with an identifying phase of the indigenous territory. The declaration that the area of 27.555 ha was actually indigenous was made in 1992. In 1995, a physic demarcation was made and, finally, in 2001, the homologation decree was published, completing the cycle of procedures planned in Decree No. 1.775/1996.⁹

The Xukuru territory recognition, declaration and homologation process resulted in the ending of persecutions, much as was the procedural legitimation. Leaders were killed, by a group or another, and sued for crimes they did not commit. And when it comes to the *cacique* Chicão, leader that remained nationally recognized by the organization and the regrouping of Xukuru, there is this extract taken from the report, quoted several times: *"The Xukuru consider the hypothesis of the assassination of its leader having been "commanded" by landowners of the surroundings"* (p. 09).

There has been a continuation of actions that culminated with the criminalization of the community through its leaders. Inside this scope, actions are forms of violence that fall upon the *cacique* and reflect immediately on the whole community, since it weakens it, eliminating its strength and putting it into a situation of vulnerability.

We can observe how important the elaboration of the Report of the CDDPH Special Commission was, constituted by the Regulation No.18/2003, when it comes to the following elements:

The Xukuru history is marked by the expropriation of their right to guarantee their physical and cultural survival, what characterizes the structural violence, in other words, the basic structures of a social organization, such as historically established in Brazil, did not allow the guarantee of minimal conditions to ensure physical and cultural survival of indigenous societies. In a more incisive way, violence against the Xukuruwas was perpetrated by the assassinations of its members and related people and reached its apex with the death of the cacique Chicão, fact that precipitated the weakening of the intern mechanisms of the Xukuru social control.

This means that the Portuguese invasion brought a modern social and economic structure that uncharacterized culturally, politically and economically the one already existing.

8 BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil: 1998.

9 Report of the Special Commission of the CDDPH (Regulation n.º 18/2003), p. 08.

In the same way, the symbolic power¹⁰ of this new order had repressive consequences for the social organizations of the natives¹¹ throughout the Brazilian post-Cabral¹² history. The community weakening accordingly with the extract mentioned above depended on the accelerated substitution of a determined typically Indian structure by occidental modern one that still runs today, in other words, the adaptation by force is the most used means for the appropriation of rights, especially in the indigenous territories.

There are, according to Gramsci¹³, two common forms of structural conditioning one by consensus, and being impossible in case of consensual resistance, the other is forced by the State a belligerent way to repress the forms of resistance. Yet, the use of capital attacks to leaders of autochthons is clear. We can note that the removal of an indigenous leader weakens the whole community, enabling forms of pacific consensus, since consensus forms by repression often have a negative repercussion, becoming the most used ones.

After the events that culminated with the assassination of the *cacique* Chicão, Xukuru leader, the weakening of its social organization was visible. "During almost two years, the nomination of a new *cacique* remained suspended", concluded the report instituted by the Regulation No.18/2003 (p.10). It was only in 2000, almost two years after the chief murder that his son, Marcos Luidson, took the role. The report highlights: "the referred period of weakness lived by these indigenous was particularly sensitive to the effects of what we will call "institutional violence". (...) chief Chicão death "meant the annihilation of a charismatic leader that carried with him a sacred representation"¹⁴.

The symbolic and institutionalized violence, endlessly measured, associated with the community's feeling of sensibility and weakness exposes it to others that consider it is socially liable to be taken over. It is known that, in those conditions, *alter* does not appear like a latent strength in a dispute, but like a persuasive and disproportionate strength with domination capacity. So strong that the consequences of leadership loss, independently from the possibility of being provoked by official actions or marginal violence, spread within the social heart of the group the feeling of inutility and annihilation, physic or psychological.

The institutionalized violence against the Xukuru people from Pernambuco affected

10 BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil: 1998.

11 HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

12 Cabral was a Portuguese navigator, regarded as the discover of Brazil

13 GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**. Os intelectuais. O princípio educativo. Jornalismo. Tradução de Carlos N. Coutinho, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1999.

14 Idem.

the whole community, as it has already been explained, however, the people feelings are a lot stronger and directly affected when their political and (or) spiritual leader is struck. Therefore, the strategy of strength annihilation, common to the aboriginals, is the attacks to their leaders. Furthermore, *cacique* Chicão murder in 1998 was not an exception because in 1992 José Everaldo Rodrigues Bispo, Shaman Zequinha's son was murdered and in 2002 Francisco Barbosa dos Santos, known as Chico Quelé, was assassinated as well, both were linked to the community governance. Also, in 1995 FUNAI prosecutor General Rolim da Mota Filho was assassinated, and in 2002 there the murder attempt to Marcos Luidson, after he became *cacique*¹⁵.

Therefore, there were two forms of violence against the Xukuru, the first one being illegal, made clear by the assassinations of their leaders, meant to weaken the whole group. Apart from this illegal violence, there was the criminalization or the institutionalized violence. The report constituted by the Regulation No. 18/2003, shows the following conclusion that is ours as well:

14. Worrying points, that made evident the forms of institutional violence [Among them, by FUNAI]. Slowness in the identification, compensation and the no longer intrusion of the land holders (...) omission in the production of information about the events at the T.I. Xukuru, that resulted in the deaths of two Indians, the murder attempted murder to the cacique, and the destruction of homes and goods (...) violation of the duty to respect the Indians' rights to choose their lawyers [by the Federal Police]. The first report in the case of Chicão reveals the inefficiency and neglect on the Federal Police part that assigned the victim guilty for his own death, it is prejudiced and defamatory; Report in the case Chico Quelé reveals the non-adequate verification of the facts under investigation (motivations for the crime), and the evidence as well prejudiced against Indian leaders; (...) in the case of the double homicide of Indians at the farm Curral do Boi, prioritized verification of damaged equipment, and investigation against the cacique Marcos Luidson to arrest him; (...) excluding cacique Marcos Luidson of the victim condition and considering he was an agent-provocateur in the process that investigated, precisely, the attempt to life in the inquiry about the destructions, and the cacique indicator; of not considering adequately the case and the credibility of the witnesses, in an environment recognized as subject to polarization and suspicion

The Public Ministry had the same procedures, since the report pointed out insane irregularities, such as inviting witnesses to give testimony to the Republic Prosecutor in Pernambuco when it had already represented to its prisons, accepted the evidences

15 Relatório da Comissão Especial do CDDPH constituído pela Resolução nº 18/2003, p. 15.

produced by the Federal Police, without at least discussing possible irregularities and not highlighting the weakness or the inconsistency of the alleged motivation for the death of the Indian Francisco de Assis Santana, Chico Quelé, among other major errors, as made clear in the 38 pages of the Report already mentioned.

In other words, an institutionalized violence was installed against the Xukuru culminating in the continued process to criminalize people, what was clearly motivated by economic interests. It is known, furthermore, that this process of legitimated violence by legal and institutional channels is not restricted to the Xukuru, as it extends to many more other indigenous communities and as well to quilombolas, landless or other minorities.

2. VIOLENCE AGAINST THE TUPINAMBÁ INDIANS IN THE SOUTH OF BAHIA AS A MECHANISM TO NEGATE RIGHTS

The Tupinambá Indians in the State of Bahia were one of the first people to maintain contact with the Portuguese people. Nevertheless, they did not have yet a demarked territory and the Brazilian State only officially recognized its existence in May 2002¹⁶. Occupants of the coastline of the Atlantic Forest region, in the part that encompass the municipalities of Ilhéus, Buerarema and Una, in the State of Bahia, resisted to the invasions of their traditional lands by different forms, many of them related to the rich water resources and the forest¹⁷.

The village of Serra do Padeiro, one of the 22 scattered on the territory, formed by more than one thousand aboriginals, according to data of the Tupinambá Indians of Serra do Padeiro Association (AITSP), is situated in the homonym geographical region, in the most inner part of the territory, extending to three municipalities in the indigenous lands.

Serra do Padeiro soil is clearly more fertile than the other indigenous land areas, it was occupied from the end of the 19th century by cocoa monoculture, the principal motor of indigenous territorial expropriation since then.

At the foot of the Serra do Padeiro there is a place where the shaman, part of his extended family and the cacique lived. Numerous village members lived in small possessions (places), mainly located close to rivers Una, Cipó and Meio, that they managed to maintain despite the expropriation process carried out in the last 400 years¹⁸.

16 At this time, Brazil had not adopted the Convention 169 of the International Labor Organization (ILO) that determined the auto-identification as criteria of recognition of indigenous groups.

17 Summary of the report detailing the delimitation of the Tupinambá indigenous lands of Olivença, published in the DOU on 20th of April 2009.

18 ALARCON, Daniela Fernandes. **Retomadas de terras e ocupação militar**: A disputa pela aldeia Tupinambá de Serra do Padeiro, Bahia, Mimeo. 2014.

In 2004, responding to the indigenous demands, the National Indian Foundation (FUNAI) began the procedure of identifying and delimitating the Tupinambá indigenous territory of Olivença. The detailed report of delimitation was approved by the FUNAI and published in the DOU, on the 20/04/2009, with an area of 47.376 hectares.

Violence against the Tupinambá has its origins from the very first contacts with the Portuguese people, recorded in the facts that marked the history of the country, like, for instance, during the episode known as the “Curururpe Massacre” or the “Battle of the Swimmers”, under the government of Mem de Sá¹⁹ - third general governor of Brazil.

In the end of the 1920s until the end of 1930s, the Tupinambá *cacique* Marcellino tried to break the penetration of non-Indians in the territory, what was intensified with the arrival of the cocoa agriculture. As ways to contain the indigenous resistance actions, the governments decided to send the police force to the region. After successive confrontations with the police forces, Marcelinho disappeared in 1937²⁰. The Indians said that the *cacique* was imprisoned in Rio de Janeiro from where he never came back. The village Serra do Padeiro was his ultimate shelter.

Subsequently, the Indians had to face problems with alcoholism, intern violence and lack of space in consequence of territorial loss resulting in almost total loss of its cultural identity and in total dependence of the goods supplied by the FUNAI and other institutions²¹.

Serra do Padeiro was the village that most resisted the problems resulting from the intense territorial invasion managing to retake their dignity and guarantee its auto-sufficiency. The Indians reported that they also suffered with the drug dealers, wild animals and the woodsmen.

As a pressure mechanism, the Tupinambá Indians began an intense process to recover their traditional thus ensuring the survival and economic independence of the families. In this process, hundreds big landholder farms were seized. Indians finally entered into agreement with small farmers so that they could stay on their lands until the government provided the compensations and the resettlement of these families, which was never realized.

Those farmers had a fundamental importance for the Tupinambá resistance as when their fields were destroyed by the police. The traditional solidarity of the poorer was more significant and they divided the little they had with the indians. In the same way, the

19 Letter from Mem de Sá to the king of Portugal, the 31/3/1560. In: SILVA CAMPOS. **Crônica da capitania de São Jorge de Ilhéus**. Rio de Janeiro, MEC/Conselho Federal de Cultura, 1981. p. 44.

20 Carta Capital: O Retorno à Terra dos Tupinambá. <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/o-retorno-a-terra-dos-tupinambas-5708.html>>.

21 Report of the Tupinambá Special Commission of the Secretary of Human Rights of the Republic Presidency created by the regulation nº 15, on the 25th of August 2010.

Tupinambá allowed the farmers' children to study at the indigenous school and consequently have access to food that arrived through social programs linked to education.

As it happened in the process of the Tupinambá land demarcation promoted by the indigenous organism launched under the Indians pressure, these ones had to confront powerful groups formed by the invader landholders, housing sector, politics sector and a wide discriminatory campaign of the local media and big companies.

As a mechanism to enable the military interventions, the alleged owners of the indigenous lands led hundreds of possession reintegration actions to court actions, principally in Ilhéus. A big part of the preliminary decisions were conceded by the federal judge Pedro Rolliday without considering the viability the possession reintegration, but only their direct and indirect effects on the concerned population²².

As described by the Tupinambá Special Commission²³ (CDDPH), in a meeting carried out with the Magistrate on the decision of the Minister Joaquim Barbosa, "Doctor Pedro justified the uttered decisions alleging that they had for objective to 'discipline' the Indians that were complaining about the legal decisions on possession reintegration". This way, "the preliminaries were used as tools to educate and pacify the indigenous". The Magistrate also assumed "having decided in an ultra-petita way at least six procedures, without seeing any irregularity in his acts".

As observed in the different civil society and official reports²⁴, the violence against the Indians went growing. The Tupinambá Indians denounced that in certain reintegration actions the private militia acted with uniformed police officers. The possession reintegration conceded by the justice were mostly carries out by the Federal Police: using helicopters overflying the villages, police shock troops, vehicles equipped to transport corpses, lethal and non-lethal arms and stun grenades. With a strategy to hinder the identification of police officers, the Federal Police recruited agents from different States of the Federation.

The results of the operations were the imprisonment and the consequent criminalization of the leaders and *caciques*, injuries from rubber bullets and lethal bullets; the destruction of

22 SL 758/BA – Min. Joaquim Barbosa.

23 P. 32 – Report of the Tupinambá Special Commission of the CDDPH (01.04.2011).

24 Report of the Tupinambá people, Serra do Padeiro for the Submission of Security, Justice and Citizenship of the National Commission of Indigenous Policy/Ministry of Justice (9.12.2008); Report of Submission of Security, Justice and Citizenship – Visite to indigenous lands in Bahia by the National Commission of Indigenous Policy/Ministry of Justice (6.8.2009); Report Visite of the Commission for Human Rights of the Legislative Assembly of Bahia in the Villages of the Tupinambás Indians of the Serra do Padeiro (19.5.2010); Support campaign to the liberation of the leaders of Serra de Padeiros – CIMI and Amnesty Internacional (2010); Report of the Commission for the Human Rights of the House of Representatives (28.06.2011); Denunciation forwarded to the UN by the Indigenous Missionary Consul, Franciscans International, Vivat International (2014).

homes and goods, schools, school transportation vehicles and Indian plantations; violence against women, old people and children; as well as physical and psychological torture.

The most violent operations were carried out in the village Serra do Padeiro, where the Indians were more organized, for they had schools with more than 600 indigenous and non-indigenous students, indigenous director and the teachers, political and economic independence and a collective production model. Serra do Padeiro is the place where the Tupinambá Indians handled the biggest number of recovered lands and managed to maintain them under their control.

The defense strategies most used by the Indians are: territory knowledge, road blocking to hamper the police operations and flee to forest and mountain places of difficult access.

One of the most violent operations carried out by the Federal Police agents occurred on June 2, 2009 in a recovered area of the Santa Rosa farm. In the event day, the Indians were waiting for a local TV team, when they were surprised by a group of approximately twenty heavily armed police officers that arrived in various vehicles. Most of the Indians managed to flee to the woods, abandoning everything they possessed. Nonetheless, five indigenous (four men and a woman) were inside a cocoa dryer and did not manage to run away in time. Disarmed and surrounded by the police officers, they surrendered without resistance. Handcuffed, they received pepper spray in the eyes, were insulted, humiliated, received blows, slaps and knocks and had their hair tugged. In the end, they were taken, one by one, to an obscure room in the inferior part of the dryer. Kneeling against the wall, against what their head were pushed and hit, they received electrical shocks in the back, ribs, neck and principally on the genitals.

At the same time that they were tortured, the police officers led interrogatories: they wanted to know about the Indians' arms. A part of the horrors experienced by the Indians can be observed in the testimony of one of the victims, the Indian Alzemar Oliveira da Silva, delivered at the Federal Justice of Itabuna, in the State of Bahia.

“Here, at this moment that stopped, they were outside the dryer, understood? And here it goes, I was handcuffed and they asked about the arms. The sir had only confiscated the arms, when he approached us with the bows and arrows. And the beating started again, and beat the head it seemed like I was going to fly.

They searched me, there at the dryer there's the greenhouse, they took me there and gave me a shock in the ribs, this time that seemed like I was falling apart, that shock, and then there they asked for the arms again, and I told to him, the arms you already confiscated, our bow and arrow²⁵.”

25 ACP nº 1825-23.2010.4.01.3311 – Justiça Federal de Itabuna/BA. Extract from the testimony made by the Judge of Itabuna.

After the torture sessions inside the Santa Rosa farm, the Indians were thrown on small trucks, where, with arms pointed to their head, they were obliged to sing songs in tribute to the Federal Police. Under the burning sun, some of them were covered with plastic covers and taken to the Police Delegacy in Ilhéus, arriving only in the evening. Without the assistance of lawyers or representatives of the FUNAI, they signed documents and were liberated late at night, without the right to make a call and without money.

Arriving at the village, they told the events to the *cacique* that planned a trip to the city of Brasília. After giving evidence to the Federal Public Ministry – 6th Chamber, they were conveyed to the Technical and Civil Police Department to the Federal District where medical exams were carried out proving the told aggression and tortures.

As well as the physic and psychological violence against the Tupinambá Indians, the military operations resulted in legal procedures. In March 2010, *cacique* Rosivaldo Ferreira da Silva was imprisoned, accused of a crime spree, and among others of criminal conspiracy. Other leaders were imprisoned afterwards. Babauhad was imprisoned on April 17, 2008, accused of leading the manifestation of the community against the deviation of federal funds destined to health assistance of the indigenous by the Buerarema prefecture.

In April 2014, the Tupinambá *cacique* Rosivaldo received the invitation to the Brazilian Bishop National Conference (CNBB), to take part in the Mass of Thanksgiving for the canonization of São José de Anchieta, carried out on April 3, 2014 at the Santo Inácio Church in Rome.

With the passport issued by the Federal Police on April 15, 2014 and the flight booked, he was informed by the Defenders of the Humans Right Program (PPDDH/SDH) that he was part of three warrants of arrest that would stop him from traveling to Rome and to the Vatican. In analyzing the documents emitted by the Federal police, the lawyers of the *cacique* verified that they dealt with orders of arrest proceeded in 2008 and 2010, already filed. However, quickly after the *cacique* was informed of a new order of temporary imprisoning, this time by the Judge of the Una District²⁶, for being investigated upon the death of a farmer, event occurred on the 10th of February 2014. The legal decision was of February 20, ten days after the event. The *cacique* announced that he would go to the Federal Police in the National Congress, which he did on April 22, 2014. A *habeas corpus* was conceded on the following April 29, by the Minister Sebastião Reis Junior²⁷.

In the case of the last imprisonment of the *cacique* Babau, the conflict was discharged by the Civil Police of Bahia, exactly at the moment the indigenous territory was occupied

26 Process No.0000064-82.2014.8.05.0267.

27 Habeas Corpus 292.982 – BA – STJ.

by the big effective of the Federal Police, National Force and afterwards 500 soldiers of the Brazilian Army. A military base was built on the indigenous territory and two other are on the planning phase.

It is clear that the fight for the Tupinambá Indians' land involves the use of private militias, decriminalization on the press part, legal decisions on possession reintegration that gave the legitimacy to the use of police force culminating with the occupation of the area by a big effective of police force and subsequently by the Brazilian Army.

During this period, the FUNAI concluded an administrative process of demarcation of the Tupinambá indigenous land in Olivença. However, the process was paralyzed in the hands of the Justice Minister José Eduardo Cardoso, who chose for to use repressive forces, benefitting the political and economic group of south Bahia. Moreover, in this process, the indigenous leadership was criminalized.

3. CONCLUSION

The politic conjuncture where minorities are inserted, especially the indigenous communities in Brazil, is unquestionably violent. There is, on the one hand, anti-judicial or illegal repression, in which derogatory forms of Para-public organization or armed militias that mutilate life, kill leaders and force social and traditional indigenous disorganization, on the other hand, there is an inhuman and barbaric way founded on the disarticulation of the traditional indigenous organization, based on the governance hierarchy, politic structure, informed by the physic and spiritual presence of leadership or leaderships and on the traditional cultural life; they are attacks of the State official form of legitimating repressive forces.

When the criminalization affects the indigenous people political dimension, principally by murdering their politic and spiritual leaders, it brings about a feeling of weakness, according to the Report of the CDDPH, constituted by the Regulation No.18/2003, having as the studied community the Xukuru from Pernambuco.

As it happened to Xukuru, other traditional people suffered and are still suffering with this criminalization process and(or) institutionalized violence, as can be seen in the aforementioned case of the Tupinambá of Serra do Padeiro in the southern region of Bahia and in the cases of the Guarani and the Kaiowa of Mato Grosso do Sul, Tenharim in Amazon and many other indigenous communities that had their goods (lands and spiritual goods) expropriated and usurped by the State and individuals, solely for economic interests.

The Federal Constitution of 1998, in its Article No. 231 and 231 that especially deals with the protection of indigenous rights and their cultural and physic reproduction, even if slow and gradual, is an answer to greed of the non-Indian and is a concrete and real fact.

Accordingly, the strategy adopted by the State to criminalize leaderships is a process of usurpation of rights, for the uses of repressive forces, when they do not manage to obtain the consensus by politic channels. Aggressive forces are an effective way to obtain the consensus by repression. Therefore, the forced structuring to which the Indians are submitted by the sovereign State and its economic policy, allied to their irreparably unbridled and limitless aggression by legal, illegal, legitimated and illegitimate channels, losing their leaderships in their fight for life; they are socially ruined, since group identity is an element of high importance to these people, and lost in the middle of the intense attack suffered. Their leaderships are dead as well as their sacred, magic and vital communitarian identity based upon harmony and cosmic cohesion, since non- indian interference is aggressive and mixed to a negatively evaluated group form.

The State actions (official and legal) are in pernicious and unleash on the threshold of the indigenous relation a systematic annihilation. This leads to the ruining of an organization that does not stave by the occidental forms of sociability, that has in its nature and in the other sick alterity, such as that seen in the economic fundamentalism, while traditional people see nature to pure and cordial alterity, and so are the Indians in their essence.

REFERENCES

ACP nº 1825-23.2010.4.01.3311 – Justiça Federal de Itabuna/BA. Extract from the testimony made by the Judge of Itabuna.

ALARCON, Daniela Fernandes. **Retomadas de terras e ocupação militar**: A disputa pela aldeia Tupinambá de Serra do Padeiro, Bahia. Mimeo. 2014.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil: 1998.

Carta Capital: O Retorno à Terra dos Tupinambá. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/o-retorno-a-terra-dos-tupinambas-5708.html>>. Acessado em: 16/06/2014.

Letter from Mem de Sá to the king of Portugal, the 31/3/1560. In: SILVA CAMPOS. **Crônica da capitania de São Jorge de Ilhéus**. Rio de Janeiro, MEC/Conselho Federal de Cultura, 1981. p. 44.

Conselho Indigenista Missionário, CIMI/CNBB. *Outros 500, Construindo Uma Nova História*. Editora Salesiana, São Paulo: 2001. p. 103.

GRAMSCI, Antonio. **Cadernos do Cárcere**. Os intelectuais. O princípio educativo. Jornalismo. Tradução de Carlos N. Coutinho, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1999.

Habeas Corpus 292.982 – BA – STJ.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26. ed., São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

Petition 3.388/RR. Relator Min. Ayres Britto – STF.

Process nº 0000064-82.2014.8.05.0267.

Report detailing the delimitation of the Tupinambá Indigenous Lands of Olivença, published in the DOU on April 20, 2009.

Report of the Tupinambá Special Commission of the CDDPH of the 01.04.2011, p. 32.

Report of the Special Commission of the CDDPH constituted by the Regulation nº 18/2003.

Report of the Tupinambá Special Commission of the Secretary of Human Rights of the Republic Presidency created by the regulation No. 15, on the August 25, 2010.

SL 758/BA – Min. Joaquim Barbosa.

INDIGENOUS LANDS AND TERRITORIAL DYNAMICS: ANALYSIS OF THE LIMITS OF EXPANSION SEALING IN THE RAPOSA SERRA DO SOL CASE

Isabela do Amaral Sales¹

Humility to recognize that this interaction is a real two-way road , therefore, mutually beneficent .

(Ayres Britto)

Summary: This article was written with the purpose of venturing through the entanglements of the right to the protection of traditional territories occupied by indigenous peoples, analyzing it in face of the peculiarities of the relationship between the Indian and the land. The intention is to confront the static nature of the traditional territory demarcations and their exhaustive demarcation processes with the dynamic nature of the relationship between the Indian and the land. In order to achieve that goal, it explores the legal treatment given to the traditional territory protection, since the rules of the Portuguese Crown, with the indigene institution until its constitutionalization as a fundamental right of indigenous peoples, in the 1988 Constitution. It also analyzes the indigenous land demarcation administrative proceedings, regulated by Decree No. 1.775 / 96. Following that, it goes on studying the possibility of expanding indigenous lands already demarcated and factors of material order that may focus upon it. Then, it discusses the Supreme Court understanding of the Raposa Serra do Sol demarcation, in view of the judgment of Petition No. 3388, and their requests for clarification, which established guidelines on indigenous land rights in Brazil, among which the seal of indigenous land for expansion already demarcated.

Keywords: Indigenous lands. Demarcation. Raposa Serra do Sol. Effects of the judgment.

1. THE RIGHT TO INDIGENOUS LANDS IN THE CONSTITUTIONAL FRAMEWORK

Despite the more than five hundred (500) years of contact between Indians and non-Indians, the first Brazilian Constitution to incorporate rights aimed at indigenous communities

¹ Masters Degree Graduate student in Environmental Law at Amazonas State University - UEA.

was the Constitution of 1934, however, only with the Constitution of 1988 did the rights of indigenous peoples win systematic treatment within the Constitutional text.

Despite the late forecast, it was during the colonial government that the Portuguese Crown came to issue rules aimed at protecting the areas inhabited by the Indians. Such legal references, however, had as their scope to provide uniformity to the occupation of spaces inhabited by the indigenous with the entrenching of the colonizing process.

It is worth highlighting the contents of the Alvará Régio of April 1, 1680, which recognized permanently the possession of the Indians over occupied lands, proclaiming the Indians “primary and natural owners”², a provision that came to be corroborated by the Law instated on June 6, 1755, unveiling the so called “indigenato”:

“In order to permit that people coming from the inner part of the country have a better life and remain in their settlements: I establish that lands belonging to farm owners cannot be taken from them nor be subject to disturbances, as it happens in the inner country. And the Governor, with the support of religious people, provided those inner country people with convenient lands for them to cultivate and live, determining that they neither could be removed from their lands against their will nor could be forced to pay taxes on the aforementioned lands(...) because they are reserved rights of the Indians who are their first and natural owners (...)”³

Similarly, the Land Act, 1850 4 cautioned from the public lands of the Empire those that were under private domain of the Indians, so that the “original” possession could be legitimized as indigenous lands, regardless the titles already granted.

However, Article No. 12 of the Land Law shows the assimilationist character of the current legislation at that time when regarding the reservation of the Empire unclaimed lands for the necessary indigenous colonization.

With the move to the republican regime, the only significant change brought by the Constitution of 1891 was the transfer of unclaimed lands to the member States, which resulted in the intensification of dispossession on indigenous lands, since the responsibility for land control by oligarchies and landlordism increased.

The Constitution of 1934 acknowledged “the possession of forest land in them find themselves permanently located, with them, however, forbidden to alienate them”, for the

2 CUNHA, Manoela Carneiro da. **Os direitos do índio**: Ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987, p. 59.

3 PORTUGAL. Permit April 1, 1680. In: Law from June 6, 1755 To return to the Indians of Pará and Maranhão freedom of their persons and property. Available at: <<http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt>>. Access on 12 May 2014.

4 BRASIL. Law No. 601, of September 18, 1850. Available at <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03 /LEIS/LIM/LIM601.htm>. Access on 12 May 2014.

first time in its constitutional order Art. 129.” It also established the Union’s competence to legislate on “incorporation of forestry into the national community” in its Article 5, Item XIX, and Sub-item *m*. Both provisions have been incorporated into the Constitutions of 1937 and 1946 without major changes.

Note that, in addition to the assimilationist orientation, the Constitutions from 1934 to 1946 are strongly marked by formal guarantee of indigenous land integrity, which would only be recognized if remaining under the Indian permanent possession, focusing the prohibition of alienating them.

In turn, permanent possession appears in the 1967 Constitution as a right of “forestry” and not as a condition for recognition. Article 186 has also recognized the right of the Indians to the exclusive use of natural resources and all existing utilities on the land on which they live, which became part of the Union’s assets.

Constitutional Amendment No. 1 of 1969, however, maintains previous forecasts, innovated to provide for the nullity of incident acts on indigenous lands:

Article 198. The land inhabited by Indians are inalienable under terms determined by federal law, residing with them the legal option of permanent possession and recognition of their rights to the exclusive use of natural resources and all the utilities existing therein.

§1 The nullity and the extinction of legal effects of any kind with objectives towards domain, possession or occupation of lands inhabited by the Indians are hereby declared.

§2 The nullity and extinction in the previous paragraph do not give the occupants the right to bring any lawsuit or compensation against the Union and the National Indian Foundation. (Free translation)⁵

Beginning with the overcoming of the term “forestry”, it was with the 1988 Constitution that indigenous peoples’ rights, notably the right to territorial occupation, got broader treatment and progress.

Not only did the orientation of integrating forestry into the national community give place to the right of self recognition of people and the preservation of their cultural peculiarities, but also the protective regime of the Indians, founded in the Civil Code of 1916 and the Indian Statute, now recognized as part of the constitutive diversity of the Brazilian cultural heritage.

Thus, by addressing the Indians in a separate chapter, and honoring the traditional occupation of land, the Constitution provides:

⁵ BRAZIL. Law No. 601, of September 18, 1850. Available at <http://www.planalto.gov.br/CCVIL_03 /LEIS/LIM/LIM601.htm>. Access on 12 May 2014.

Article 231. Indians shall have their social organization, customs, languages, creeds and traditions recognized, as well as their original rights to the lands they traditionally occupy, it being incumbent upon the Union to demarcate them, protect and ensure respect for all of their property.

Paragraph 1 - Lands traditionally occupied by Indians are those on which they live on a permanent basis, those used for their productive activities, those indispensable to the preservation of the environmental resources necessary for their well-being and for their physical and cultural reproduction, according to their uses, customs and traditions.

Paragraph 2 - The lands traditionally occupied by Indians are intended for their permanent possession and they shall have the exclusive usufruct of the therein existing soil, the river and the lake riches.

Paragraph 3 - Hydric resources, including energetic potentials, may only be exploited, and mineral riches in Indian land may only be prospected and mined with the authorization of the National Congress, after hearing the communities involved, and the participation in the results of such mining shall be ensured to them, as set forth by law.

Paragraph 4 - The lands referred to in this article are inalienable and not-disposable and the rights thereto are not subject to limitation.

Paragraph 5 - The removal of Indian groups from their lands is forbidden, except ad referendum of the National Congress, in case of a catastrophe or an epidemic which represents a risk to their population, or in the interest of the country sovereignty, after decision by the National Congress, it is being guaranteed that, under any circumstances, the return shall be immediate as soon as the risk ceases.

Paragraph 6 - Acts with a view to occupation, domain and possession of the lands referred to in this article or to the exploitation of the natural riches of the soil, rivers and lakes existing therein, are null and void, producing no legal effects, except in case of relevant public interest of the Union, as provided by a supplementary law and such nullity and voidness shall not create a right to indemnity or to sue the Union, except in what concerns improvements derived from occupation in good faith, in the manner prescribed by law.

Paragraph 7 - The provisions of Article 174, paragraphs 3 and 4, shall not apply to Indian lands.⁶

Notice that the Constitution gives the Union the duty to demarcate, protect and respect all existing assets on indigenous lands considered as these, not only the lands inhabited on a permanent basis, but also the lands necessary for the physical and cultural survival of the community.

⁶ BRAZIL. Law No. 601, of September 18, 1850. Available at <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03 /LEIS/LIM/LIM601.htm>. Access on 12 May 2014.

It was thus recorded in the Constitution the manifest intention of the constituents to design standards for the recognition of the existence of indigenous peoples and the definition of pre-conditions for its reproduction and continuity within the legal field.. By recognizing the “original rights” of indigenous peoples over the lands traditionally occupied, the Constitution incorporated the theory of the existence of legal relations between Indians and these lands, prior to the formation of the Brazilian state.⁷

Moreover, by revoking definitively the protection of the Indians, and establishing in its place, the protection of rights, the Constitution recognizes the legitimacy of the Indians, their communities and organizations, “to sue and to defend their rights and interests.”⁸

The constitutional process of protecting indigenous lands was marked by the constant attack of non-Indians against those protected territories. While the legislation sought to ensure the indigenous ownership over their land, although for containment and “integration”, the estates, the agriculture and animal breeding and even the urban centers, advanced on indigenous lands and resources. The right to lands by the Indians was only completed in the inefficient law, never culminating as a concrete plan.

In this context, the demarcation of indigenous lands is more than a right to be achieved by communities; it is an obligation of the States that directly applies to survival conditions - physical and cultural - of the Indian people. Hence, the necessary considerations that make the following point.

2. THE PROCESS OF DEFINING INDIGENOUS LANDS

Adding to Article 231 of the 1988 Constitution, Article 67 of the Act of Transitional Constitutional Provisions determined a period of five years from the Constitution promulgation date for the State to conclude the definition of Indian lands.

Five years later, nothing had changed in this regard. The scenario of violations to Indian territorial rights was still the same. The consolidation of the indigenous land demarcation process only came seven years later with the publication of Decree No. 1.775 of 1996, which repealed Decree No. 608 of 1992.

7 SANTOS, Sílvio Coelho dos. Direitos Humanos e os direitos dos povos indígenas no Brasil. In: **Ilha - Revista de Antropologia / UFSC**. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. V. 7, number 1 and 2 (2005) - Florianópolis: UFSC/PPGAS, 2005, p. 77.

8 BRAZIL. Law No. 601, of September 18, 1850. Available at <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03 /LEIS/LIM/LIM601.htm>. Access on 12 May 2014.

Decree No. 1.775 of 1996 regulates the process of demarcation, with this process being understood as the administrative act to identify and signal the limits of the territory traditionally occupied by indigenous peoples, by imposing a specific protection regime.

Under the decree, the demarcation process starts and takes place under the guidance of the assistance to Indian federal agency, role currently played by the National Indian Foundation - FUNAI, autarchy created by Law No. 5.371 of 1967, which took over the duties the now extinct Protection Service of the Indians - SPI.

The beginning of the indigenous land demarcation process occurs by initiative of community claim or by FUNAI initiative. The first step consists of identification studies: the municipality appoints an anthropologist to perform preliminary studies to identify the indigenous land, which will explain the later works, in charge of the technical group (TG) which is specialized and responsible for carrying out historical, ethnic, sociological, legal, cartographic and environmental studies, as well as a land survey of the area to be demarcated.

Upon completion of the studies, the TG presents a detailed report of the area to be demarcated, which is now considered "land in the process of identification". The detailed report is brought to the assessment by the President of FUNAI and, if approved, shall be published in the Official Gazette and in the Official Gazette of the respective federal unit. The indigenous land is then given the status of "identified and approved land."

With the publication of the report in the official press, a stage of dispute or administrative contradictory is initiated. Since the beginning of the procedure and up to ninety days after the publication, interested parties, including public bodies, may manifest in the process and seek compensation. Once the period for objection was concluded, FUNAI shall, within sixty days elaborate reasoned opinions on the demonstrations presented, and forward the procedure to the Minister of Justice.

Then, the Minister of Justice has thirty days to review and decide on the demarcation, and may declare the area as "land of permanent possession", by ordinance which allocates its administrative demarcation, prescribes undertaking new steps or disapprove identification through a reasoned decision.

The permanent possession being declared, the process moves on to the physical demarcation stage, in which the limits of the indigenous land are physically identified, while the National Institute of Colonization and Agrarian Reform (INCRA), on a priority basis, proceeds to the registration of non-indigenous occupants, seeking their resettlement. At this time, a land survey for non-indian improvement is also held. Once this step is concluded, the area is called "reserved land".

After the publication of the Minister of Justice decree, the procedure is forwarded to the President to issue the administrative demarcation approval decree to be published in the official press.

The procedure is then carried out through removal of non-indigenous occupants, upon payment of compensation for the improvements considered in good faith, and resettlement of the occupants that meet the profile required by the agrarian reform programs. Once this step is overcome, FUNAI must finally perform the registration of indigenous land in its respective out-of-court notary and the Federal Property Registry, since the area becomes part of the Union's assets.

Note that, since the Federal Constitution recognizes the Indian original rights to their traditional lands, the indigenous land demarcation act has a merely declaratory and not constitutive nature. This is because the demarcation serves only to define a right of pre-existing occupation. In this sense, Dallari states⁹:

The right of the Indians to the lands they traditionally occupy does not depend on the demarcation because it results directly and immediately from the Constitution and is based on traditional occupation, this being the only requirement for the recognition of this right. Thus, the demarcation shall not be eligible or it is indispensable for its recognition, but, as experience has widely shown, the lack of demarcation makes the Indian occupation limits uncertain or, what happens often facilitates the use of pretext ignorance of it being indigenous land.

Other than that, note that the very course of the demarcation process reveals that it was a long and exhausting procedure. In fact, indigenous land demarcation processes tend to take years, sometimes decades, given the inherent complexity of, not only the technical studies required, but also the barriers arising from different interests that are tangent to the claim throughout the process.

Despite the declaratory nature, the absence of formal approval is a common argument used by non-Indians to justify the improper occupation of indigenous lands. If there is no demarcation the indigenous lands, its natural resources and therefore their community, are at the mercy of all sorts of explorers and invaders.

Thus, in addition to the administrative omission, time aggravates the effects of the demarcation lack, which is distorted and also serves as an impediment to access basic public policies for indigenous peoples, such as health and education.

9 DALLARI, Dalmo de Abreu. Terras indígenas: a luta judicial pelo direito. In: **Conflitos de direitos sobre as terras Guarani Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul**. Conselho Indigenista Missionário Regional Mato Grosso do Sul, Comissão Pró-Índio de São Paulo, Procuradoria Regional da República da 3ª Região [Orgs.]. São Paulo: Palas Athena, 2000, p. 32.

3. THE PROCESS OF DEFINING INDIGENOUS LANDS

As stated earlier, the indigenous land demarcation process is complex and a procedure full of mishaps, which tends to take years. It turns out that, given the passage of time; the scenario found at the conclusion of the process is, in most cases, significantly different from the picture that gave rise to the procedure.

It must be said that contingencies are natural effects, either of social relations or the relationship with the physical environment itself. Thus, both a natural phenomenon and a social conflict can be determinants of changes in the context of demarcation of indigenous lands.

It is known that the vast majority of indigenous land demarcation processes originates in the claims of the communities, as well as the claim processing time of a claim until it is formally initiated the process in itself is significant. In light of that, acts of indigenous land dispossession are common and consequentially the conflicts intensify as soon as the claim is made official.

These acts of dispossession generally consist of depredations, any invasions for exploitation of natural resources and uninterrupted occupations, which aim to acquire compensation for future improvements.

Thus, until the demarcation process is completed and the non-indigenous occupants are taken from indigenous land, which occurs after a long number of years, the community may be deprived of the use and even access to part of their traditional territory. Such changes in circumstances inevitably have an impact on the studies conducted in the process.

Within this logic, it is certain that several material errors may lead to the demarcation of indigenous lands in an erroneous or wrong way, so that the subsequent application for reviewing the boundaries becomes a natural result of these distortions, it being addressed to expanding the demarcated area in order to contemplate the traditional use in areas beyond demarcation, or addressed to mere adequacy of the community use areas.

In the legal field, the conclusion of the demarcation process causes “administrative res judicata”, so that the administrative decision that approves the demarcation can no longer be the subject to reform, unless vitiated by illegality of vice and as long as that protects the legal situations in good faith recorded from the decision.

The new analysis of the limits of the indigenous lands previously established collide with the need to confer legal certainty to social relations, and, only if effective in face of the principle of self-help, according to which the “administration may nullify its own acts, when embedded with vices that make it illegal, because from them come no rights; or revoke them,

for reason of convenience or opportunity, respected the acquired rights, with the exception, in all cases to legal appreciation” (free translation).¹⁰

In this sense, honoring legal certainty, in the records of the Complaint No. 14.473 / RO, the rapporteur Marcus Aurelius in his trial court decision determined the suspension of the third demarcation of Kaxarari indigenous land, located in the states of Amazonas and Rondônia, on the following grounds:

[...] As can be seen, the starting date for the demarcation of the Kaxarari Indian lands was determined on the grounds that in the previous process all required elements had not been considered. It was exactly with the purpose of perpetuation and multiplication of land conflicts resulting from the application of Article 231, paragraph 6 of the Constitution, from which the Federal Supreme Court adopted the parameters. At this point, the non observance of what was established clash with the legal constitutional order, as it carries the nature of perpetuating controversies that should have already been pacified. In addition, it shows the evident legal uncertainty generated by the actions of the administrative group created by the National Indian Foundation destined to make the new demarcation of Kaxacari indian lands viable. Besides the potential risk of land conflicts between Indians and rural producers, there is undeniable damage to investments in productive activities practiced for decades, the order within the land and the finances of the federation unit. 3. In view of this scenario, I partially defer remedial measure to remove the effects of Ordinance No. 407 of the year 2012 emitted by FUNAI and the judgment rendered by the 5th Federal Environment and Agriculture Court of the Judicial District of Rondônia, in the Public Interest Civil Action No. 2008.41.00.007471- 1. [...] (free translation)¹¹

On the other hand, the material errors mentioned that focused on the demarcation procedure make incidental acts over indigenous lands null and extinct, not existing any place for subjective rights to be safeguarded by legal certainty.

Such as the occurrence during the demarcation procedure of the Kayabi indian lands, located between the states of Mato Grosso and Pará, which review procedure was the object of a number of legal challenges, among which, the decision of Justice Rosa Weber regarding a writ of mandamus deserves a special observation No. 31.901/DF, filed by a legal person, supposable owner of the real estate located inside the desired area to be expanded.

10 STF. Full Court. Precedent No. 473. Official Gazet from 10/121969, page 5929 Available at <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&'base=baseSumulas>>. Access on 26 May 2014.

11 Supreme Court Justice Marcus Aurelius. Rcl 14473 MC, Rapporteur: Justice: MARCO, AURÉLIO, judged on September 21, 2012. In: DJe -190 9/27/2012.

[...] In a report from June 15, 1984, the then Chief of the 2nd DR proposes 'redefinition of reservation limits' (op. Cit. : 164). The following year, the new head of the Kayabi Station , Francisco José de Moraes Brazil, would explain in a report dated from July 03, 1985, that there was an error during the demarcation procedure in 1975/76, made by PLANTEL / AGRITEC, a firm that left some limits incomplete. Moreover, as has been said before, the map of the demarcation contained a basic error as to the nomenclature of some streams "(doc. 61. Page169). "The demarcation confined the Indians to an extremely small area, which remained outside areas for hunting and fishing, in addition to Salto Tatui, of great symbolic value for Kayabi from the Fish River. After years of claims, with the support of the Anchieta Mission, the Kayabi and Apiaká were able to make FUNAI identify the area in 1985, which resulted in the demarcation of the Indigenous Land Apiaká-Kayabi in 1988, with 109.245 ha. Despite the expansion (...), the area established still represents a very small portion of the territory of immemorial occupation "(doc. 61. page 80). [...] Given the above, I rule against the injunction, without a more accurate examination of prejudice in due course [...] (free translation)².

We could not fail to also mention the case of the *Waimiri Atoari* people who had part of their traditional territory, located in the states of Amazonas and Roraima, flooded by the dam of Balbina, and excluded from the demarcated area. In the public interest civil action filed in order to continue their studies to revise the boundaries of their land, the judgment of the Judicial Section of the Amazonas State pointed out in a decision granting the application for a preliminary injunction:

5. The Waimiri Atoari people have suffered a rapid deconstruction of its historical, social and cultural identity from the end of the 1960s, because that's when the federal government started the project construction procedure that originated the UHE Balbina. [...]

7. Admittedly, that the process of demarcation of the IT Waimiri Atoari suffered by the government, abuses and unjustifiable irregularities throughout history, especially constant contradictions of area inclusions and exclusions [...].

8. [...] Decree No. 94.606 of 1987 in fact excluded from the declared territorial area traditionally occupied by Waimiri Atoari, areas used in activities related to the indigenous people way of life. Thus, the river Uatumã valley subsequently flooded by Balbina Dam, ceased to cover a territory traditionally occupied by the Waimiri Atoari for hundreds years, when the river Uatumã followed its normal course. [...]

10. Despite the enormous damage - not only to indigenous people Waimiri Atoari, but the very identity of Brazil - to date FUNAI never conducted the study review of the IT Waimiri Atoari

¹² Supreme Court Justice Rosa Weber. MS 31901 MC, Rapporteur: Justice: ROSA, WEBER, judged on November 03, 2014. In: DJe -051 3/17/2014.

limits, supposedly due to “overload of demarcation and land regularization projects of indigenous lands”. While the work does not subside, Brazil loses some of its history and its identity, which constitutes totally irrecoverable damage [...] (free translation).¹³

The excerpts hitherto originated from the systematic interpretation constructed by the Supreme Court in the case of the Raposa Serra do Sol, in a judgment of special relevance to indigenous issues, the analysis of which happens to be outlined in the following section.

4. THE POSITIONING SIGNED BY THE SUPREME COURT IN THE CASE OF JUDGMENT RAPOSA SERRA DO SOL

In 2008, the Supreme Court faced the question of demarcation of indigenous lands in the judgment of Claim No. 3388 on the demarcation of the Raposa Serra do Sol, in the state of Roraima.

Such indigenous land, occupied by *Taurepang*, *Macuxi*, *Wapixana*, *ingarikó* and *Patamona* people, had its demarcation procedure initiated in 1977 and was only completed in 2005. “This context of uncertainty - which brought the case to the judgment of the Supreme Court - has continued a historical process of occupation of the area by non-indigenous, and disrespect to the original rights of indigenous peoples over the lands they occupy.”¹⁴ At trial, the Supreme Court, noting the positive content of the act of demarcation of indigenous lands, decided the following:

[...] Indigenous land in Aboriginal collective imagination, is not a simple object of law, but gains the dimension of being true or being which sums up the whole ancestry, current culture and all posterity of an ethnic group. Hence the constitutional prohibition to remove the Indians of the lands they traditionally occupy, as well as the recognition of the right to permanent possession and exclusive use to match the rule that all these lands “are inalienable and unavailable, and the rights which apply to them are imprescriptible” (Paragraph 4 of Article. 231 of the Federal Constitution). This is what ends up making this traditional type of possession a heterodox Constitutional Law Institute, and not an orthodox figure of Civil Law. Hence, the clear intellection that ARTICLES

13 Judicial District of the State of Amazonas. 1st Court. Justice Jaiza Maria Pinto Fraxe. Public Interest Civil Action No. 6772-60.2013.4.01.3200. Judged on 14 May 2013.

14 MOTA, Carolina; GALAFASSI, Bianca. A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais. Access on September 10, 2013 available at: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/565_Artigo_Carolina%20Mota_Bianca%20Galafassi.Pdf>, page. 12.

231 AND 232 OF THE FEDERAL CONSTITUTION FORM A COMPLETE LEGAL STATUS OF THE INDIGENOUS CAUSE. [...] (free translation).¹⁵

At the end of the debate, however, by initiative of the then Justice Menezes Direito, the Court set nineteen exceptions applicable to the demarcation of indigenous lands and occupation, among which, it is for us to mention condition N 17, which is, “the expansion of the indigenous land already demarcated is prohibited.”

In defense of this ban, minister Gilmar Mendes said in his vote:

[...] The review should be restricted to exceptional cases, before the serious finding and irremediable error in the conduct of the administrative procedure and defining the limits of the indigenous land. [...]

The variety and complexity of interests involved in the demarcation of indigenous land and the consolidation of individual situations and expectations are limits to the exercise of the power and duty to self-help by the Government. [...]

The adoption of the opposite view would lead to unreasonable and unfounded expansion of the dimensions of indigenous lands.

Such a possibility is revealed, in fact, to be worthy of preoccupation. Especially in a context like ours, in which a considerable portion of the country lies affected - or to be affected - by a multitude of public purposes (protection of the environment, indigenous peoples and “quilombos”, land reform promotion, for example). [...]

Based on the foregoing, it is concluded that, once the indigenous land is demarcated, the procedure is not open to review, only in exceptional cases, in which the existence of irreparable vices are verified. Changes in the limits of the demarcated area based only on the judgment of convenience and opportunity of public administration are, under any pretext, prohibited. [...] (free translation).¹⁶

Based on this decision, the Attorney General’s Office issued Ordinance No. 303 of July 16, 2012, regarding “institutional safeguards to Indian lands as considered fixed understanding by the Supreme Court in Claim RR 3388”.

Ordinance No. 303 of the Attorney General’s Office determined that nineteen exceptions to Indian lands, fixed by the Supreme Court in the Raposa Serra do Sol, would

¹⁵ Supreme Court, Full Court, 2013. Claim 3388, Rapporteur: Justice: CARLOS BRITTO, full court, ruled on March 03, 2009. In: DJe -181 9/25/2009.

¹⁶ Supreme Court Justice Gilmar Mendes. Vote in the judgment of Claim No. 3388. Rapporteur: Justice: CARLOS BRITTO, full court, ruled on March 03, 2009. In: DJe -181 9/25/2009.

apply to all ongoing or future demarcation procedures. Regarding the expansion of indigenous land boundaries previously demarcated, Article 4 of the Ordinance has made exception to those cases of incurable vice or those that are absolute null.¹⁷

In other words, when create restrictions on the demarcation of the traditional lands, Ordinance No. 303 of the Attorney General's Office finally resulted in guaranteed constitutional rights to indigenous peoples, reason for which it was constant cause for rejection by the indigenous as well as civil society, until it was suspended by Ordinance No. 415 of 17 September 2012, the Attorney General's Office, which has set its validity from the judgment of a Motion for Clarification in the records of Petition 3388.¹⁸

However, in the judgment of the Motion for Clarification, in October 2013, the Supreme Court ruled that the then fixed conditions would apply only to Raposa Serra do Sol (emphasis added):

MOTION FOR CLARIFICATION CITIZEN SUIT DEMARCATION OF INDIGENOUS LAND RAPOSA SERRA DO SOL.

1. Motion for Clarification filed by the author, by assistants, by the Brazilian federal chief public attorney, the indigenous communities, the State of Roraima and by third parties; Appeal not known, devoid or partially provided merely for clarification purposes without amending effects. 2. With the final judgment of the appealed judgment, all processes related to the Raposa Serra do Sol should adopt the following assumptions as necessary: (I) Ordinance / MJ No. 534/2005 and the Presidential Decree of April 15, 2005 are valid, with the conditions set forth in the judgment observed; and (ii) the characterization of the area as indigenous land for the purposes of Articles 20, item XI, and 231 of the Constitution makes possessory or proprietary claims of individuals, except with respect to compensation for improvements derived from occupation in good faith (Constitution of 1988, Article. 231, Paragraph 6). 3. The so called conditions or limitations were considered requirements for the recognition of the validity of the demarcation made. Not only because they arise, in essence, from the Constitution itself, but also due to the need to make explicit the basic guidelines for the exercise of indigenous usufruct, to effectively address the serious disputes in the region. In this sense, the conditions are part of the object of what was decided and are res judicata. This means that their impact on the Reserve Raposa Serra do Sol cannot be subject to inquiry in any new procedures. 4. The trial rendered in this class action is devoid of binding force in the technical sense. In these terms, the grounds adopted by the Court do not extend, automatically, to other procedures in which we discuss similar matters. Notwithstanding

17 Attorney General's Office Ordinance No. 415 of September 17, 2012. Amending the provisions of Article. 6 of Ordinance No. 303 of July 16, 2012 and repealing Ordinance No. 308 of July 25, 2012.

18 Attorney General's Office Ordinance No. 415 of September 17, 2012. Amending the provisions of Article. 6 of Ordinance No. 303 of July 16, 2012 and repealing Ordinance No. 308 of July 25, 2012.

*the foregoing, the judgment of the appellate decision bears the moral and persuasive force of a decision of the highest court in the country, from which runs a high argumentative burden in cases where overcoming their reasons is considered.*¹⁹

Although the content of the Supreme Court trial of motion of clarification eventually circumvents, in the material sense, the provisions of Ordinance No. 303 of the Attorney General's Office, there has been no formal resolution about its effectiveness and applicability.

Indeed, with proper legal considerations made relating to the possibility of extension of indigenous lands already demarcated, we began to examine how the hypothesis placed here stands before the cultural peculiarities inherent to indigenous peoples.

5. THE INDIGENOUS TERRITORIAL DYNAMICS IN THE FACE OF THE DEMARCATION PROCEDURE

More than a constitutional right, the land for indigenous peoples has a peculiar sense that merges with the very essence of each community existence. With the land, the Indian cultivates a relationship that goes beyond mere housing; they build ties governing the way of being, of living and relating to the world. This is true "belonging territory."²⁰

This special way of life is what distinguishes Indian people from the rest of the national society, and guarantees them differentiated rights, essential to the survival of the community. It is exactly this peculiar way of life that the Federal Constitution called traditional. For this reason, it sought to protect the community first, being it an essential requirement for maintaining their worldview, namely the territory.

It is in this sense that the Federal Constitution considers lands traditionally occupied by Indians, not just those for permanent possession, but also those used for their productive activities, those indispensable to the preservation of natural resources necessary for their well-being, and that necessary to their physical and cultural reproduction, according to their uses, customs and traditions.

However, it cannot admit the mistake of understanding the term "traditional" as synonymous with "customary" in order to denote a repeated practice, let alone with what is

19 Supreme Court, Full Court, 2013. Claim 3388, Rapporteur: Justice: CARLOS BRITTO, full court, ruled on March 03, 2009. In: DJe -181 9/25/2009.

20 ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terra de quilombo, terras indígenas, "babaçuais livre", "castanhais do povo", faixinais e fundos de pasto**: terras tradicionalmente ocupadas. Alfredo Wagner Berno de Almeida. - 2. ed, Manaus: PGSCA-UFAM, 2008, p. 118.

ancient or remote. The term “traditional” refers to the land occupation mode, and not to the individual who occupies it.

Thus, far from being static, the land occupation mode is subject to the contingencies of territorial processes. According to Almeida²¹:

The territorialization process is the result of a combination of factors involving the mobilization capacity around identity politics, and a certain power game in which social agents, through organized expressions, struggle and claim rights against the State. Community relations in this process are also changing, describing the passage of an affective drive to a mobilization policy unit or atomized existence for a collective existence. The so-called “traditional community” is constituted in this passage. The meaning of “traditional” reveals itself as a fact of this, breaking with the essentialist vision and rigidity of a territory, mainly due to historical factors or the natural frame, as if each biome necessarily corresponds to a certain identity.

Undeniable, therefore, that the processes of construction of a territory belonging is dynamic and subject to contingencies. Similarly, the right to maintain a peculiar way of life does not take to the existence of static institutes, as this traditional occupation mode is permanently built by the agents themselves.

Because they have the right to preserve their cultural traits, the indigenous cannot remain inert in time and space, as if they were static subjects. In contrast, it is the relationships established, be it among the members of a community or with the surrounding society, what define the group.

In this sense, Barth²² maintains that the groups are distinguished by their distinctive features, which arise from the interaction with other groups, not by isolation. Thus, the consciousness of alternation is the key to the birth of a collective consciousness, defining common values and characteristics.

Thus, the groups are not distinguished necessarily by the occupation of exclusive territories, but by social, cultural and geographic boundaries which, when combined, create a space for interaction and a field of self-affirmation.²³

In other words, it is the relationships that define the territorial occupation base, and not vice versa. Given that relations require constant and dynamic processes, the traditional

21 ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terra de quilombo, terras indígenas, “babaçuais livre”, “castanhais do povo”, faixinais e fundos de pasto**: terras tradicionalmente ocupadas. Alfredo Wagner Berno de Almeida. – 2. ed., Manaus: PGSCA-UFAM, 2008, p.118 e 119.

22 BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. In: **Teorias da etnicidade**. Tradução: Élcio Fernandes. UNESP, 1997.

23 BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. In: **Teorias da etnicidade**. Tradução: Élcio Fernandes. UNESP, 1997.

occupation mode is also dynamic. That is why the demarcation of indigenous lands, the time to ensure the enjoyment of a unique space, also leads to the inevitable effect of confining the community and limits the interaction field.

Following this reasoning, the limits of traditional occupation do not always coincide with the points geographically defined by landmarks and signs established in the physical demarcation, because the notion of territory is in constant construction by the community.

Notice that, until the demarcation of indigenous land is ratified, which was obtained after a cost of years, the relationships built from traditional occupation have suffered the inevitable changes. Therefore, from that point of view, sealing the expansion of indigenous lands already demarcated is inadmissible.

The legal interpretation to be given to the hypothesis of the opposite sense of territorial process imposes a static geographical boundary to an occupation so that it is dynamic.

Thus, not only the demarcation process, its course and its requirements, but also the legal understanding of the issue should, from what the Constitution wanted to protect, when naming as “traditional”, at the cost of legal certainty, adjunct to the procedure, overlap the very purpose of demarcation of indigenous lands.

6. CONCLUSION

From a legal perspective, indigenous lands are constitutionally reserved spaces for the exclusive use of indigenous peoples, who can use them, as well as the natural resources existing in them, to maintain their different ways of life. For this reason, these spaces shall be marked by a specific procedure, guaranteeing the participation of stakeholders, and once the process is completed, indigenous lands can only be extended in case of irreparable error occurred in this procedure.

To the Indian, land is a being endowed with its own meaning, with which not only him, but also the community, provides a full list of symbols and peculiar values inherent in the way of life of a people, this way of life, that depends on maintaining this relationship with the earth, and that for being so special, was named “traditional”.

The traditional occupation, however, although it may come from ancient practices, is far from being obsolete or static. This is because the territorial processes are constant and are in permanent construction by the community, which means that the elements of this special relationship with the land are constantly reinterpreted.

Therefore, limiting an occupation so that it is, in essence, dynamic, a static geographical boundary, established in the demarcation process, seems inconceivable. Moreover, sealing

the these physical limit review to make them compatible with the relationship with land, means limiting the reproduction of a particular way of life and condemning communities to stagnation in time and space.

Thus, it is not enough to formally constitutionalize, it is necessary to adapt the protection of traditional territories to the design of the indigenous communities themselves, in the light of this relationship with the land, so that legal understanding of the break may originate from those who the rule is applicable to, otherwise being innocuous.

REFERENCES

Attorney General's Office Ordinance No. 303 of Monday, July 16, 2012. Provides for institutional safeguards to Indian lands according to interpretations fixed by the Supreme Court in 3388 Petition RR.

Attorney General's Office Ordinance No. 415 of Monday, September 17, 2012. Amending the provisions of Article. 6 of Ordinance No. 303 of July 16, 2012 and repealing Ordinance No. 308 of July 25, 2012.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. **Terra de quilombo, terras indígenas, "babaçuais livre", "castanhais do povo", faixinais e fundos de pasto**: terras tradicionalmente ocupadas. Alfredo Wagner Berno de Almeida. – 2. ed., Manaus: PGSCA-UFAM, 2008.

BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. In: **Teorias da etnicidade**. Tradução: Élcio Fernandes. UNESP, 1997.

BRASIL. Law No. 601, of September 18, 1850. Available at

CUNHA, Manoela Carneiro da. **Os direitos do índio**: Ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Terras indígenas: a luta judicial pelo direito. In: Conflitos de direitos sobre as terras Guarani Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul, Conselho Indigenista Missionário Regional Mato Grosso do Sul, Comissão Pró-Índio de São Paulo, Procuradoria Regional da República da 3ª Região [Orgs.]. São Paulo: Palas Athena, 2000.

MOTA, Carolina; GALAFASSI, Bianca. **A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol**: processo administrativo e conflitos judiciais. Acesso em 10 de Setembro de 2013, disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/565_Artigo_Carolina%20Mota_Bianca%20Galafassi.Pdf> Acessado em 27 maio 2014.

PORTUGAL. Alvará de 1º de abril de 1680. In: *Lei de 6 de junho de 1755*. Para se restituir aos índios do Pará e Maranhão a liberdade de suas pessoas e bens. Disponível em: <<http://www.iuslusitaniae.fch.unl.pt>>. Acessado em 12 maio 2014.

SANTOS, Sívio Coelho dos. Direitos Humanos e os direitos dos povos indígenas no Brasil. In: **Ilha – Revista de Antropologia / UFSC**. Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social. v.V. 7, números 1 e 2 (2005) – Florianópolis: UFSC/PPGAS, 2005.

Seção Judiciária do Estado do Amazonas. 1ª Vara. Juíza Federal Jaiza Maria Pinto Fraxe. Ação Civil Pública nº 6772-60.2013.4.01.3200. Julgado em 14 maio 2013.

STF. Tribunal Pleno. Súmula nº 473. DJ de 10/12/1969, p.5929. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=473.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>> Acessado em 26 mai. 2014.

STF. Ministro Marco Aurélio. Rcl 14473 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 21/09/2012. In: DJe-190 27/09/2012.

STF. Ministra Rosa Weber. MS 31901 MC, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 11/03/2014. In: DJe-051 17/03/2014.

STF, Tribunal Pleno, 2013. Pet 3388, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009. In: DJe-181 25/09/2009.

STF. Ministro Gilmar Mendes. Voto no julgamento da Petição nº 3388. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/2009. In: DJe-181 25/09/2009.

STF. Tribunal Pleno. Pet 3388 ED, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2013. In: DJe-023 04/02/2014.

THE NATURE AS SUBJECT OF RIGHTS: PROTECTION OF THE XINGU RIVER IN FACE OF THE CONSTRUCTION OF BELO MONTE HYDROELECTRIC POWER PLANT

Felício de Araújo Pontes¹
Lucivaldo Vasconcelos Barros²

Summary: The paper analyzes the several issues to be faced by law in the process of recognition of nature as subject of rights. These issues are present in the lawsuits related to the territorial and environmental conflicts raised by the construction of the Belo Monte Hydroelectric Power Plant, in the Xingu River.

Keywords: Legal protection of the nature. Subject of rights. Court orders. Hydroelectric Power Plant of the Xingu River.

1. THE NATURE RIGHT

When the first Brazilian abolitionists of the eighteenth century proclaimed the slaves as subject of rights, they were ridiculed, in the same way defenders of the universal suffrage were harassed in the twentieth century. They struggled by parity of rights in the election process, demanding the women and financially weak parties' votes. The struggles and conquests were many and they occurred in several dimensions of the human life.

In the working relationship including the worker life quality and the right to work only 44 weekly hours, higher attention to psychological factors and the appreciation of the person as having an existence closely linked with his environment. They were distant issues of the social responsibility agenda of companies and institutions.

1 Member of the Federal Prosecution Service in Brazil (MPF). Federal Government Attorney in the Office of the Chief Federal Prosecutor in the Pará State (PR-PA). Plaintiff of several Public-Interest Civil Actions in favor of the Environment in the case of Belo Monte. MSc in State Theory and Constitutional Law by Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro (PUC-Rio). He taught at the University of Amazon (UNAMA).

2 Associate Professor and Researcher of the Federal University of Pará (UFPA). PhD in Sustainable Development by Brasilia University (UnB). Analyst of the Federal Prosecution Office (MPU) – expertise Library Science. Special Advisor of Legal Studies and Research of the Office of the Chief Federal Prosecutor in the Pará State (PR-PA). BA in Law by University da Amazon (UNAMA) and in Library Science by UFPA.

Until recently, in the field of the rights of the non-human, it was impossible to imagine that these animals could achieve a level relatively high of legal protection, as we see today.

In all cases, society obtained incalculable gains, not only for human, but for set of beings that comprises the universe alive and not alive, in a symbiotic relationship of interdependence.

Now humanity is heading towards the recognition of nature as subject of rights. The anthropocentric and utilitarian view is outdated, meaning that humans cannot submit the nature resources to an unlimited exploration anymore.

If the humanitarian awareness allows, we will reach a day in this twenty-first century in which the school books will carve on their pages that clean air is no longer *res nullius*, to become *res omnium*.

That is what today Leite and Ayala want to say³ by deconstructing and anthropocentric view, when the man addresses the pure air as a thing without an owner (*res nullius*). This point of view is outdated, now it is considered thing of all (*res omnium*). For these authors:

“The past idea was that man dominates and submits nature to unlimited exploration, has already lost its ground [...]. The current trend is evolving into a less anthropocentric panorama, in which nature protection, by values that represents itself, deserves a large increase [...]. Now the environment defense is related to an intergeneration interest needing a sustainable development, intended to protect natural resources for future generations, making the anthropocentric protection of the past lose steam, because it is not only the current generation interest that is at stake”⁴

In the same line, Furtado⁵ exposes that the old anthropocentric legal school of taught, of utility character and interest, can be summarized as a relational view of the man towards nature that “denies the intrinsic value of environment and the natural resources, which results in the creation of a hierarchy in which the humanity holds superior position, above and separated of the other members of the natural community”.

3 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinariedade do direito ambiental e sua equidade intergeracional. **Revista de direito ambiental**, v. 6, n. 22, p. 62-80, abr./jun. 2001.

4 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinariedade do direito ambiental e sua equidade intergeracional. **Revista de direito ambiental**, v. 6, n. 22, p. 62-80, abr./jun. 2001, p. 67.

5 FURTADO, Fernanda Andrade Mattar. Concepções éticas da proteção ambiental. **Direito Público**, n. 3, p. 150-160, jan./mar. 2004, p. 151.

For Bosselmann⁶, the environmental right subjugates all other needs, interest and values of nature, to those of humanity. Finally, humans are the beneficiaries of any relief for infringement of the right⁷.

If the society insists on this utility character, the environment will be deprived of a direct and independent protection. And for a whole and effective environmental protection it is necessary to ensure fundamental rights to all beings' lives. Consequently, to ensure health and quality for those lives, as determinant factors for human well-being and other beings, nature has to have an intrinsic value, not only instrumental.

It was natural that the utilitarian anthropocentric view was carried over to the extended or moderate anthropocentrism. Therefore, this new legal scholarship emerged from threat caused by irrational exploration of the nature. Nowadays, all people and living species feel the environmental consequences of this exploration. The utilitarian anthropocentric line put in risk the whole humanity, hence the need to impose ethical and ecological limitations to human action.

In the words of McCormick⁸, the understanding on natural environment emerged from researches designed in the eighteenth and nineteenth centuries deeply affecting the view of the man regarding to his place in the Nature. The domain on environment was seen as essential for progress and for survival of the human race. However “biocentric awareness” was gradually emerging, reinforcing the re-establishment of the meaning of interrelation between man and the nature, as well as the acceptance of a moral responsibility oriented to environmental protection against abuses.

In this regard, the work of the British naturalist Charles Robert Darwin provided an important stimulus for this point of view. The evolution suggests that man was integral part of all the other species and that, at his own risk, had become distant from Nature.

As asserts Furtado⁹, it is the settlement between the human rights and the Nature rights. So, the author says:

6 BOSSELMANN, Klaus. Human rights and the environment: the search for common ground. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 35-52, jul./set. 2001, p. 42.

7 Free translation of the text: “An environmental right thus subjugates all other needs, interest and values of nature, to those of humanity. Finally, humans are the beneficiaries of any relief for infringement of the right. There is no guarantee of its utilization for the benefit of the environment. Nor is there any recognition of nature as the victim of degradation”.

8 MCCORMICK, John. **Rumo ao paraíso: a história do movimento ambientalista**. Tradução de Marco Antônio Esteves da Rocha e Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

9 FURTADO, Fernanda Andrade Mattar. Concepções éticas da proteção ambiental. **Direito Público**, n. 3, p. 150-160, jan./mar. 2004, 152.

“Nature loses its instrumental character; all living beings are valuable and cannot be measured according to its utility for human aspirations. In the same way, biodiversity also should be valued by itself, and not only for contributing to the human well-being [...]. In economic terms, the constrictions to development based on environment are the basic matrix. The goods and services to be produced should be only those necessary for society, the parameter should not be the yield, and the economic efficiency should be measured against its effects on natural resources”.

Nash, Fox and Serres *apud* Diegues¹⁰ also defended the thesis that all there is in the natural world, regardless of the utility given by man, should have equal rights.

In the same way, in the work entitled “Natural Agreement”, Serres *apud* Cartaxo de Arruda¹¹ exhaustively reminds the importance of Nature for living beings by poeticizing that board of a vessel “reigns a single unwritten in law, this divine courtesy that sets the sailor, non-aggression agreement, treaty between the navigators, delivered to their fragility, under the constant threat of the ocean that, with its force, watch inert, but formidable peace”.

As glimpsed by philosopher Michel Serres, in his renowned work, the current world needs a society that takes Nature into consideration, as a mechanism of guaranty life sustainability. Now, it is necessary not only a social contract, as that designed by Rosseau, but a “natural contract” that rescues solidarity and the relation man vs. Nature. For the French thinker, economy should be concerned with environment in a sustainable way, because it is Nature that provides the intakes to support the modern way of life.

Polany¹² has the same feeling when asserting that Earth and the human institutions are intertwined. For him, from the market economy point of view this separation might even be possible, but the economic function is only one among the many functions of Earth.

In the history of environmentalism, many countries give their contribution to discussions on great environmental problems. Even in times of effervescence of the production and excessive consumption, in a pre and post-industrial period, it is possible to identify some legal advances in the field of Nature protection.

According to McCormick¹³, in 1273 Great Britain has approved the first instrument of antipollution legislation in the world, prohibiting the mineral coal burning. In a more recent

10 DIEGUES, Antonio Carlos. **O mito moderno da natureza intocada**. São Paulo: Hucitec, 1996, p.35.

11 ARRUDA, Geovana Maria Cartaxo De. A participação pública na defesa do meio ambiente: implementação de um desenvolvimento sustentável. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 2., 1997, São Paulo. **Anais ...** São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 1997. p. 240.

12 POLANY, Karl. Mercado e natureza. **A grande transformação**: as origens de nossa época. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

13 MCCORMICK, John. **Rumo ao paraíso**: a história do movimento ambientalista. Tradução de Marco Antônio Esteves da Rocha e Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

period of the history, in 1956, this country became the first important industrialized nation to approve a Clean Air Law.

Herein, we are not defending a radical change for deep ecology. The humanity continues to be considered because only the human is capable to acknowledge and abide morality. Now man will not act like the biosphere center anymore, as in the preceding view, only as one of the beings that are members and important of this relationship.

Of course, as Furtado says¹⁴ “the environmental protection cannot escape of a minimum of anthropocentrism”, but the great question is the inclusion of environment in the moral code, generating duties for environmental protection.

According to Shelton *apud* Bosselmann¹⁵, “Humans are not separable members of the universe. Rather, humans are interlinked and interdependent participants with duties to protect and conserve all elements of nature, whether they have known benefits or current economic utility. Such anthropocentric purpose should be distinguished from utilitarianism”¹⁶.

The first time that thesis about “Nature rights” was raised dates back to 1972, when was published the paper “*Should Trees Have Standing?*”, from Professor Christopher Stone. Since then, discussions between jurists, theologians, philosophers, sociologists to accept Nature as a subject of rights were intensified.

Nowadays, the acknowledgement and the influence of the publication are present in several municipal laws of Pennsylvania State, in the United States, until the Convention on Biological Diversity, signed in Rio de Janeiro in 1992 and enacted in Brazil by Decree No. 2.519, dated from March 16, 1998.

In the Ecuador Constitution it is also possible to find identifiers of these elements, when it states in its Article No. 71 that “Nature or Pacha Mama, which reproduces and conducts life, has to be respect its existence so that maintenance and regeneration of their vital cycles, as well as its structure, functions and evolutionary processes could be maintained”.

The Ecuador Constitution also states that “all person, community, people or nationality can require to public authority the fulfillment of the Nature rights”.

14 FURTADO, Fernanda Andrade Mattar. Concepções éticas da proteção ambiental. **Direito Público**, n. 3, p. 150-160, jan./mar. 2004, p. 155.

15 BOSSELMANN, Klaus. Human rights and the environment: the search for common ground. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 35-52, jul./set. 2001, p. 43.

16 Free translation of the text: “[H]umans are not separable members of the universe. Rather, humans are interlinked and interdependent participants with duties to protect and conserve all elements of nature, whether or not they have known benefits or current economic utility. This anthropocentric purpose should be distinguished from utilitarianism”.

By commenting such constitutional provision, Acosta¹⁷ so states:

“[...] Nature rights are centered in Nature, which includes, certainly, the human. Nature is worth by itself, regardless of the uses that human make of it, this represents a biocentric view. These rights do not defend an untouched Nature that leads us, for instance, to prevent the crops, fishery or livestock practice. These rights defend the maintenance of the life systems, the life sets. Its attention is fixed in the ecosystems, in the collectivities, not in the individuals. It is possible to eat meat, fishes and grains, for instance, provided it is ensured that there are ecosystems operating in harmony with their native species”.

And Gudynas concludes: “The new Constitution acknowledged for the first time the Nature rights, established as the ‘right in which its existence is fully respected, and maintenance and regeneration of their life cycles, structure, functions and evolutionary processes are guaranteed’ (Article No. 71)³. It is the first time that those rights are included thi in a Constitution, at least in the western hemisphere¹⁸”.

2. THE BELO MONTE HYDROELECTRIC POWER PLANT AND ITS IMPACTS ON THE FALL LINE OF XINGU

The Hydroelectric Power Plant of Belo Monte (HPP) will reach especially the Fall Line of Xingu, which has area of 622 Km². In a stretch of 100 km of extension, the flow of the river will reduce drastically, remaining the whole year at levels of strong drought, not to mention the impacts caused to local populations, which will affect thousands of riverines and indigenous who live in the region. That will happen because the main dam will divert the natural course of Xingu in 100 km.

As it is well known, the environmental enterprises of big size leave negative traces in the environment that vanish in the space and persist in the time. Mostly, this occurs because people responsible for those activities cannot measure the relationships existing between man and nature. One of these consequences, for instance, is the extinction of animals that are extremely relevant for the Nature.

17 ACOSTA, Alberto. Por uma Declaração Universal dos Direitos da Natureza. Reflexões para a ação. **Ecodebate:** cidadania & meio ambiente, Rio de Janeiro, mar. 2011.

18 Free translation of the text: “The new Constitution recognized Natures rights for the first, defining them as “the right to integrally respect its existence and of regenerating and maintaining its vital cycles , structures, functions and evolution processes” (Article No. 71)³. It is the first time that those rights are included thi in a Constitution, at least in the western hemisphere”.

It is estimated that, in Brazil, in terms of animal species, there is yet an admirable unknown world present in our biodiversity. A part of these animals was extinguished without even having been cataloged or studied.

It is not rare to note this loss usually in the big hydroelectric projects. According to Ziober and Zanirato¹⁹, during the design of these works, the pragmatism of the actions empties supposed environmental concerns. Even with a careful inventory, it is assumed to occur losses of species already known, and unknown, or even those which may have been extinguished without having been time and interest in their knowledge.

The Fall Line of Xingu is considered of “extremely high biological importance” by Ministry of Environment, as provides the Ordinance No. 9, dated from January 09, 2007, of the Ministry of Environment (MMA). The reason for this is the singularity, due to have species of fishes, for instance, only found in this area.

The sanctuary of the Xingu River has caves that house endemic animals of a single and singular cavity. Regarding to birds, there are 45 among the species that were taken as extinguished in the region of the Hydroelectric Power Plant (HPP) of Tucuruí. This HPP in the Tocantins River, in the municipality of Tucuruí, Pará State, was built in 1984, therefore, before Constitution of 1988, when there was not even environmental limitation for this kind of environmental project and when Brazil and the world not yet had aroused for ethical-ecological action.

For Ziober and Zanirato²⁰, the construction of the Itaipu Hydroelectric by Brazil and Paraguay, from 1975 to 1982, favored the disappearance of Atlantic Forest flora and fauna. Therein, the human intervention caused the formation of a reservoir with 1,350 km², the elimination of waterfalls and rapids, as well as the flood of forests and agricultural areas, whose impacts were not yet enough assessed enough.

Regarding to ichthyofauna of Fall Line of Xingu, the disaster is clear. The ecosystem has hundreds of fish species, some of them endemic. Thus, it is acknowledged as being of “extremely high biological importance” by MMA. When addressing the problem, some scientists declared:

This stretch [FLX] of the Xingu River is formed by several anastomose channels, rapids and unique habitats that will have their functionality lost. The reduced flow will cause the mortality

19 ZIOBER, Beatriz Ramalho; ZANIRATO, Sílvia Helena. Ações para a salvaguarda da biodiversidade na construção da Usina Hidrelétrica Itaipu binacional. **Ambiente & sociedade**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 59-78, jan./mar. 2014, p. 71.

20 ZIOBER, Beatriz Ramalho; ZANIRATO, Sílvia Helena. Ações para a salvaguarda da biodiversidade na construção da Usina Hidrelétrica Itaipu binacional. **Ambiente & sociedade**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 59-78, jan./mar. 2014, p. 59.

of millions of fishes along the 100 km or more of the Fall Line and there is no measure to be taken that mitigates or even compensates this impact. Conclusions: only based on the irreversible character of the impact on ichthyofauna in the Stretch of Reduced Flow (SRF) the technical conclusion that should be formalized in EIA is that hydroelectric project of Belo Monte, from point of view of ichthyofauna is technically unviable, whereas it will destroy a large extension of environments of rapids both in SRF as in the lake area. There is no environmental compensation that is enough for these impacts on ichthyofauna. This conclusion is not presented at any time in the EIA Ichthyofauna and shows the mentioned impacts were mentioned, but they were not measured against their reality and irreversibility.²¹

The fact is even more serious because zebra pleco (*Hypancistrus zebra*) and pacu-capybara (*Ossubtusxinguense*) were found in the area, and “they are only registered in the Fall Line of Xingu River area and nowhere else of the planet. These species are in the Brazilian Endangered Species List”²², published in the Normative Instruction of the Ministry of Environment No. 5, dated from May 21, 2004, in the National List of Aquatic Invertebrates and Fishes Threatened with Extinction.

Regarding the chelonians, their disappearance in the FLX is taken for granted. The reduced flow will lead to destruction of the main areas of food:

A suitable flow is capable to flood the alluvial forests, enabling the animals to enter the forest to feed, it is essential to ensure the stability of the chelonian populations, since this is their main strategy of life. With the reduction of the Fall Line of Xingu flow, it is expected that animals be confined permanently in the river channel, in the same environment they use during summer. In these conditions, the feasibility of the populations isolated therein is compromised by lack of food, remaining to animals feed of what will be available in the substrate, of neustophagy (debris that float on surface) and of dead animals. There will also be a higher pressure for capturing these semi-confined animals by human populations who live, fish or hunt in the region. The worst is that should happen during the whole year and not only in the summer, like normally happens²³.

21 CUNHA, Janice Muriel et al. Avaliação do EIA-RIMA: ictiofauna. In: SANTOS, Sônia Maria Simões Barbosa Magalhães; MORAL HERNANDEZ, Francisco Del (Org.). **Painel dos especialistas**: Análise crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte. Belém: ISA, 2009. p. 148-159.

22 CUNHA, Janice Muriel et al. Avaliação do EIA-RIMA: ictiofauna. In: SANTOS, Sônia Maria Simões Barbosa Magalhães; MORAL HERNANDEZ, Francisco Del (Org.). **Painel dos especialistas**: Análise crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte. Belém: ISA, 2009. p. 150.

23 SANTOS, Sônia Maria Simões Barbosa Magalhães; MORAL HERNANDEZ, Francisco Del (Org.). **Painel dos especialistas**: Análise crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte. Belém: ISA, 2009. p. 162.

Regarding speleology, at least, three of the big caves will be flooded, leading to extinction of endemic species. The loss of the ecological balance will lead to:

Increase of the incidence of insects that feed with human blood in different parts of the reservoir and the area of reduced flow [...]. Prior experiences, as the Hydroelectric of Tucuruí, resulted in explosions of the populations of insect vectors of diseases - malaria reached more than one each four people in some population, and came to occur 500 bites per hour, some of the insects born in the reservoir were found at 12 km in the same²⁴.

According to Fearnside²⁵, “hydroelectric plants discharge methane, a greenhouse gas with 25 times more impact on global warming per ton gas than carbonic acid gas”. Therefore, the generation of hydroelectric power itself can never be considered clean.

So, it is possible to conclude that great part of the biodiversity will die within the ecosystem known as Fall Line of Xingu. And, this human intervention will cause radical change in the way of life of the people who inhabit it, especially indigenous people, who will be removed from their territory.

As we can see, the impacts caused by constructions of hydroelectric power plants contribute significantly for the disappearance of species that inhabit the surrounding of these projects. This is only one example of what they can cause.

According to Wilson²⁶ the importance of the biodiversity for future life in the planet is extreme, as follows:

To the extent that habitats shrink species decrease in extension and abundance in the whole world. They lower the number of species in the Red List scale and most of them disappear unnoticed. Being distracted and selfish towards our nature, we do not yet understand perfectly what we are doing. However, the future generations, with a long time to reflect, will understand perfectly what happened, with all painful details. The higher the understanding, the higher will be the sense of loss.

24 MEDEIROS, Hermes Fonseca de. Avaliação de impactos do projeto de Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte sobre a vida selvagem, incluindo implicações socioeconômicas. In: SANTOS, Sônia Maria Simões Barbosa Magalhães; MORAL HERNANDEZ, Francisco Del (Org.). **Painel dos especialistas**: Análise crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte. Belém: ISA, 2009. p. 181.

25 FEARNSIDE, Philip M. O novo EIA-RIMA da Hidrelétrica de Belo Monte: justificativas goela abaixo. In: SANTOS, Sônia Maria Simões Barbosa Magalhães; MORAL HERNANDEZ, Francisco Del (Org.). **Painel dos especialistas**: Análise crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte. Belém: ISA, 2009, p. 110.

26 WILSON, Edward Osborne. **O futuro da vida**: um estudo da biosfera para a proteção de todas as espécies, inclusive a humana. Tradução de Ronaldo Sérgio de Biasi. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 125.

Due to Itaipu, Tucuruí and even Belo Monte, there are countless memories and historical marks left behind by the Brazilian energy model. For this reason, the respect and special care not to hurt the beings belonging to these habitats must be taken as guiding principle for social and environmental responsibility that should be shared by all society.

3. THE FALL LINE OF THE XINGU RIVER AS SUBJECT OF RIGHT

The application of the nature right is not in line with the destruction of the Fall Line of the Xingu River ecosystem, leading to extinction of species yet threaten or endemic, some not even cataloged, identified, known or studied by Science.

But, none of these facts should seem strange to the Law professional in Brazil. It is been a while that Brazilian legislation is already enacting the end of the utility anthropocentrism. An evidence of this is the Article No. 225, § 1, VII, of the Constitution of 1988 that provides expressly on the State and the collectivity duty to protect fauna and flora. Such provision states that to ensure effectiveness of this right entrusts to Government “to protect fauna and flora, prohibited, as set forth in the law, the practices that put in risk their ecological function, cause the extinction of the species or submit the animals to cruelty”.

Law No. 6.938, dated from August 1981, by instituting the Environment National Policy, considered the environment as “the set of conditions, laws, influences and interactions of physical, chemical and biological order, which allows, houses and governs all forms of life” (Article No. 3, item I) and prevents and or at least mitigates the construction of the HPP Belo Monte.

At the international level, it is worth to mention the Universal Declaration of Animal Rights, enacted by UNESCO, on October 15, 1978, defending that all animals are born equal towards life and have the same rights to existence. In summary, the text highlights:

- Each animal is holder of rights;
- Unawareness and contempt of these rights are taken and continue to take the man to commit crimes against animals and against nature;
- Acknowledgement by human species of the right to existence of the other animal species is the ground of the coexistence of the other species in the world;
- Genocides are caused by man and there is the danger to continue to cause others;
- All animal belonging to wild species have the right to live free in their own natural, land, air or water environment and have the right to reproduce;
- All animal belonging to a species living traditionally in the man environment have the right to live and to grow in the rhythm and conditions of life and freedom that are natural for their species;

- Every change of rhythm or conditions that are imposed by man with commercial purposes is contrary to this right.

In the same sense the multi mentioned United Nations Conference on Environment and Development conducted in Rio de Janeiro (ECO-92) elaborated the Convention on Biological Diversity (CBD). This Convention was enacted by Decree No. 2.519/1998. With the Convention, Brazil undertakes to implement technical, legal and political measures to the effect the central treaty, namely:

Article No. 8 - Each Contracting Party shall, as far as possible and as appropriate:

- a) Establish a system of protected areas or areas where special measures need to taken to conserve the biological diversity;*
- b) Develop, if necessary, guidelines for selection, establishment and management of protected areas or areas where special measures need to taken to conserve the biological diversity;*
- c) Regulate or manage biological resources important for conservation of the biological diversity, inside or outside protected areas, to ensure their conservation and sustainable use;*
- d) Promote the protection of ecosystems, natural habitats and maintenance of viable populations of species in their natural environment;*
- e) Promote the sustainable and environmentally sound development in areas surrounding to protected areas to reinforce the protection of these areas;*
- [...]*
- g) Establish or maintain means to regulate, manage or control he risks associated to use and release of living modified organisms resulting from biotechnology that probably cause negative environmental impact that may affect the conservation and the sustainable use of the biological diversity, also taking into account the risks for human health;*
- h) Prevent the introduction, control or eradicate exotic species that threaten the ecosystems, habitats or species;*
- i) Seek to provide the necessary conditions to match the current uses with conservation of the biological diversity and the sustainable use of their components;*
- j) In compliance with its national legislation, respect, protect and maintain the knowledge, innovations and practices of the local communities and indigenous populations traditional lifestyle relevant for conservation and sustainable use of the biological diversity and to encourage their broader application with the approval and participation of the holders of this knowledge, innovations and practices; and to encourage the equitable distribution of the benefits from use of this knowledge, innovations and practices;*
- k) Prepare or maintain in effect the legislation necessary and/or other regulatory provisions for protection of threaten species and populations.*

Therefore, Brazil undertook to protect the ecosystems in risk. The Fall Line of Xingu is one of them, like categorized by Brazilian environmental agency.

So, the area was highlighted as worthy of special measures, as exposes the provision previously transcript (subitem “a”). Concluding, the project will result in great loss of the biodiversity, including the extinction of species.

According to the Technical Opinion of IBAMA No. 65/2011, species like *Couratari Guianenses* (Tauari) and *Pouteria Macrocarpa* (Abiu-cutite) are considered vulnerable in the List of Threatened Species International Union for Conservation of Nature (IUCN). The *Protium Giganteum* (Tingulonga gigantea Kuntze) is classified with lack of data by Normative Instruction/MMA No. 6, dated from September 23, as vulnerable by Decree from Pará State No. 802, dated from February 20, 2008. The *Lecythis laurida* (Jarana-folhamiúda) is classified as dependent on conservation by IUCN. The *Mezilaurus itauba* (Meissner) is identified as vulnerable by IUCN and by Decree of Pará State No. 802/2008. Lastly, the *Vouacapoua Americana* (Acapu) is considered critically threatened by IUCN and with lack of data by Normative Instruction/MMA No. 6/2008.

Technical Opinion analyzes the request of vegetation removal for expansion of the Pimental Site. The Article No. 1 establishes that is stated as of permanent preservation, of common interest and immune to cut the Brazil nut (*Bertholletia Excelsa* H.&B), in the Pará State, as provided in the Articles No. 1, § 2, II, 3, 4 and 7 of the Federal Law No. 4.771, dated from September 15, 1965.

Still according to Article No. 2 of the Law mentioned, the total or partial removal of the Brazil nut (*Bertholletia Excelsa* H.&B) only will be accepted upon previous and express authorization of the competent environmental agency and the proprietor or possessor of the property, when necessary to execution of works, plans, activities or projects of public utility or relevant social interest, as well as in case of public or common imminent danger or another reason of public interest.

At State level, the law of Pará No. 6.462, dated from June 04, 2002, which provides for the State Policy of Forests and other types of vegetation, is emphatic when establishing in its Article No. 33 that “it is forbidden the cut and sales under any case of the Brazil nut (*Bertholletia Excelsa*) and the rubber tree (*Havea SPP*) in native, primitive or regenerated forests”.

This provision was modified by State Law No. 6.895, dated from August 1st, 2006, to allow the suppression of the Brazil nut in certain situations. However, the rubber tree cut remained as forbidden under any circumstance.

Given the legislation announce, it would not be legally possible allowed legally the removal of vegetation to start the HPP Belo Monte.

4. NATURE, IN THE VIEW OF THE COURTS

In Brazil, according to Ferreira²⁷ “the defense of the nature rights was presented for the first time to Judiciary Branch, in the Public-Interest Civil Action, filed by Federal Prosecution Office of Pará (Federal Prosecution Service/PA), on August 17, 2011, with request of stoppage of works of the HPP Belo Monte, in the Xingu River”.

The HPP Belo Monte has several confrontations, namely: the generation of hydroelectric power; the indigenous rights; the rights of the traditional populations, like riverines; the interest of contractors; the right to economic growth; the principles of Environmental Law and the nature right. Brazilian precedents ever had the opportunity to face disputes of this kind in this century. And, it is evident, before the need to protect the life quality in this Planet for present and future generations, it decided in favor of the Environmental Law principles.

In fact, the Illustrious Superior Court of Justice (SCJ), in memorable Special Appeal (Special Appeal 588,022/SC - 2003/0159754-5), which had as Judge-Rapporteur the Justice José Delgado, in tried on February 17, 2004, via action filed by Federal Prosecution Service, in which was discusses the impact on coastal zone and territorial sea by dredging of the Itajai-Acu River (Santa Catarina State), proclaimed that:

The confrontation between the right to development and the Environmental Law principles should receive a solution in favor of the last, in view of the purpose its purpose of protecting the human life on Earth. Its core purpose is to protect heritage belonging to present and future generations.

The reputable Appellate Decision had as syllabus:

ADMINISTRATIVE AND ENVIRONMENTAL. PUBLIC-INTEREST CIVIL ACTION. DREDGING OF THE ITAJAI-ACU RIVER. LICENSING. IBAMA 'S JURISDICTION. NACIONAL INTEREST.

- 1. There are activities and works that are important at the same time for Nation and for States and, in this case, there may even be duplicity of licensing.*
- 2. The confrontation between the right to development and the Environmental Law principles should receive a solution in favor of the last, in view of the purpose this has to protect the human life on Earth. Its core purpose is to protect heritage belonging to present and future generations.*
- 3. Not worth mentioning the discussion about the Itajai-Acu River is state or federal. The environment conservation is not related to geographical situations or historical references, extrapolating the limits imposed by man. Nature has no political borders. Environmental goods*

²⁷ FERREIRA, Marcilene Aparecida. Pacha Mama: os direitos da natureza e o novo Constitucionalismo na América Latina. *Revista de Direito Brasileiro*, v. 3, n. 4, p. 400-423, jan./abr. 2013, p.417.

are transnational. The concern that motivates this cause is not uniquely the river, but, mainly, the territorial sea affected. The impact will be large on marine ecosystem, which will receive million tons of debris.

4. All coastal zone and territorial sea are directly affected by dredging works in the Itajai-Acu River, imposing the participation of IBAMA and the need of previous EIA/RIMA. The activity of the state agency, in the case, FATMA, is supplementary. Only the study and depth monitoring of the issue, through public and private environmental agencies, can check which contours of the impact caused by dredging in the river, by waste deposit in the sea, as well as, on ocean currents, on coastal strip, on mangroves, on beaches, and, at long last, on man who lives and depends on the river, the sea and the mangrove in this region.

5. Special denied Appeals.

In certain part of the opinion-driver, it is clear the acceptance of the new legal scholars that gives to Environmental Law enlargement and effectiveness, establishing that branch of Law is part of the third generation of fundamental rights, besides the right to peace, to self-determination of people, to development, to conservation and use if historical and cultural heritage and the right to communication. The analysis of these principles and the enlargement of their effects allow that, based on their messages, we can list that Environmental Law has the following characteristics:

- a) Right to ecologically balanced environment and an essential right, with objective and subjective dimensions;*
- b) There are no limits for exercising the essential right to environment when its application is guided directly to achieve their objectives;*
- c) Confrontation between the right to development and the Environmental Law principles should receive a solution in favor of the last, in view of the purpose this has to protect the human life quality on Earth.*
- d) Its central purpose is to protect the heritage that belongs to humanity;*
- e) Its philosophy and international integration is based on cooperation, "for right of all people development is reached and, simultaneously, the conditions of assertion of the essential human rights and the protection of global environment are guaranteed" (Cris Wold, in 'Introdução ao estudo dos princípios de direito internacional, chapter of the book "Princípios de direito ambiental na dimensão internacional e comparada", Ed.: Del Rey, p. 12).*

And, hereinafter, we urge the Judiciary Branch to not be afraid to perform its objective:

After fifteen years of the Constitution effectiveness of the Constitution, the Brazilian society main concern is that the national system of environment protection, despite the best principles and

rules that are present in our legislation, was unable to reach a stage of effectiveness, with the necessary success.

One cannot ignore how valuable it has been the contribution of the legal scholars for improvement of the principles and rules that protect the environment. The authors have presented suggestions addressed to full understanding of the ecological values and to reach the purposes of appreciation of the citizenship and human dignity.

However, society witnesses that there is an apathy of the State regarding the problem and there was none educational awareness for environment appreciation.

From the legal Brazilian framework, one realizes that the country is prepared to apply this essential right: the protection to environment in favor of a better life quality.

Therefore, the Judiciary Branch assumes a gradual and intensified responsibility for purposes of the Environmental Law in force. It has the mission of, with support in the appreciation of the principles applied to this branch of the legal science, to make their rules reach what citizenship deserves and is requiring: a balanced environment living in harmony with the necessary economic development.

In Belo Monte the mission of the Judiciary Branch is the same. The rules and the legal scholars exist.

5. FUTURE PERSPECTIVES: FROM LESSONS LEARNED

At this time, dozens of hydroelectric plants are being built or designed in Brazil, as a requirement of the utilitarian model imposed by national and international economic powers.

On one side, a significant portion of humanity searches the rampant progress, thinking only in the present and in the yield generated by environmental services; on the other side, a lower portion of people is concerned with well-being and life balance.

There is no doubt, and it is easy to seek registrations in the history of law, which has evolved a lot in terms to include new subjects as holders of rights. According to Duprat²⁸, until recently, here in Brazil, more precisely in the pre-constitutional law “the Law was not blind to quality and to competencies of the people. Instead, operated with classifications, with binary elements, such as: man/woman; adult/child/elderly; white/other ethnicities; proprietor/dispossessed; healthy/sick”.

If in the human species has different rights, let alone in relation to other species non-human (irrational animals, forests, rivers, finally, the beings that comprises Nature).

28 DUPRAT, Deborah (Org.). **Pareceres jurídicos**: direito dos povos e das comunidades tradicionais. Manaus: UEA, 2007, p.13.

For Duprat²⁹, in the hegemonic society prior to the 1988 Constitution of 1988 there was the “man with right” and the “man without right”:

To first element of these equations, has a positive value; the second, negative. The relative incapacity of the woman and the protection of indigenous are some of the badges of this model. So, the subject of right, seemingly abstract and interchangeable had, in fact, a face: it was male, adult, white, healthy and proprietor. The several claim movements, starting by feminist, reveal the hegemonic face of Law and struggle to change it. The current framework resulting from all this procedure is the Law that, on one side, abandons the atomistic view of the individual and acknowledges him as bearer of complex and multifaceted identities. On the other side, recovers the common space where their most important defining relations lived.

The Constitution of 1988, breaking the old paradigm, opened a plural society to acknowledge to every citizen the dignity to have rights of all order, regardless his condition, categorization, religious choice, affective preference, etc.

As said before, conditions does not matter, they can be men, women, rich, child, poor, blacks, rubber tappers, pasture funds, quilombo people, faxinal people, fishermen, Rome, babaçu breakers, obese, Pomeranians, indigenous, snuffle, deaf, blind, caiçara people and many other categories yet invisible to the eyes of the society.

And furthermore! The new Constitution also broke some paradigms in the environmental area. The licensing that was not ruled, nowadays it is, to authorize any ventures of environmental risk. Its Article No. 225 protects fauna and flora from practices that put in risk their ecological function and cause the extinction of the species or submit the animals to cruelty.

So, the citizen Constitution also establishes extended environmental rights, covering Nature in all its ecological functions, ultimately, essential to Man's life.

Therefore, Nature as subject of rights does not discuss only theoretical and law cases, as early in a decision entered by judge of trial court in a Public-Interest Civil Action, process No. 0028944-98.2011.4.01.3900³⁰:

29 DUPRAT, Deborah (Org.). **Pareceres jurídicos**: direito dos povos e das comunidades tradicionais. Manaus: UEA, 2007, p.13.

30 Ação Civil Pública para suspender as obras para evitar a remoção dos povos indígenas Arara e Juruna e para assegurar o respeito ao direito da natureza e das gerações futuras. Available at: <http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2010/noticias/Tabela_acoes_MPF-PA_Belo_Monte.pdf>. Accessed on: 27 jul. 2014.

On the other hand, the allegation of offense to nature, in particular regarding the Fall Line of Xingu as subject of right, despite its rhetorical appeal, lacks enough concreteness, and the Judiciary Branch cannot be called to decide on a matter that did not surpassed an essentially theoretical scope and that is not shown essential for denouement of the practical matter put in court, before the presence of other arguments with enough concreteness and able to support the thesis of the controversy parties. Therefore, there is the lack of allegation of offense to nature as subject of the right requirement that in the American Law is called of justifiability, and that aims, among other aspects, to prevent that the Judiciary Branch just opines in discussion of eminently theoretical nature, once is not its role as constituted Power³¹.

With all due respect to court decision, but, opposing the arguments consigned by judge, it is worth saying that what was seen in 2014, in Sao Paulo, in the water supply system Cantareira once was a theoretical discussion.

Documents of scholars have predicted since past decades that if the São Paulo water supply system continues to present commitment in its use, without paying attention to environmental issues (temperature increase, demographic growth, industrial and urban development, etc.), a collapse could happen in few years³². It was also historicized by Cordeiro *apud* (2007, p. 63) by asserting that discussions dated from nineteenth century.

For Ribeiro³³ “the situation is uncomfortable because the lack of quality water is imminent [...]. Therefore, it is necessary and urgent to discuss the paths of the water use to prevent constraints and intensification of tensions”.

The problem of the São Paulo City water supply is trans-boundary and represents only one of the many cases existing in Brazil. The Cantareira system drew attention even the attention of mainstream media, which intensified warning to the local population and Brazilian society, to reflect on treatment of the Nature equally and other subject of rights. And here we are not talking of the hundreds of small rivers of our cities that are dying.

When the humanity faces with the shortages of resources arising from environmental impacts, the time is the only relentless lord, mostly. Sooner or later nature will give the signs to these symptoms. Of course that this subject matter is much more complete, requiring a deeper discussion to avoid the risk of a simplistic analysis. This example is only as reflection.

31 Available at: <file:///D:/Downloads/2f2b6437a5364f4066442f17cf260be7.pdf>. Accessed on: 27 jul. 2014.

32 Relatos do Seminário sobre o Sistema Cantareira e o abastecimento de água na região metropolitana de São Paulo, realizado em 2007. Available at: <<http://www.aurelionomura.com.br/sistema-cantareira/sistema-cantareira.pdf>>. Acessado em: 27 jul. 2014.

33 RIBEIRO, Wagner Costa. Oferta e estresse hídrico na região Metropolitana de São Paulo. **Estudos avançados**, São Paulo, v. 25, n. 71, p. 119-133, jan./abr. 2011, p. 131.

Therefore, it is time to ensure the rights to nature, because it is from nature that we extract all intakes that move the life, whether from social, cultural, economic and environmental point of view.

And Bobbio *apud* Furtado³⁴ mentions the possibility to attribute right to nature, based on fact that fundamental rights are the product of historical conquests. According to the theoretical view, within this right multiplication process there is a stage in which:

happens the consideration of the human individual, who was the first subject of natural rights (or moral) – in other words, ‘person –, for subjects different from the individual, like family, the ethnic and religious minorities, the humanity as a whole (like in the current discussion, between moral philosophers, on right of the future to survival); and, as well as for the human individuals considered peculiarly or living in the several real or ideal communities that represent them, even for subjects different of the men, like animals. In the ecological movements, the right of nature to be respected or non-explored is emerging, where the words ‘respect and ‘exploration are exactly the same traditionally used in the definition and substantiation of the rights of man (p. 157).

So, “bioethics states that nature has intrinsic value, of own right, regardless its value for human. Due to his nature, humans are morally obliged to respect the plants, the animals and the whole nature, which has right to existence and to a human treatment”³⁵.

In the system of life protection, one should not talk about hierarchy. The man is as important as nature. He, the man, cannot feel superior to beings that exist in the natural surroundings. It is necessary the existence the feeling of belonging on the human part, as a piece of the whole biosphere, and he should feel this way. The mutual respect among the humans should be extend to cover the respect to living beings in general, in other words, the respect to all inhabitants of the same space.

As states Freitas³⁶, when discussing the subject matter, the purpose of the weightings is not to have “answers, but to formulate queries”. In truth, the jurist asserts, “the queries are many and the possibility of Brazil to adopt such practice is small. But, do not forget, not long ago the slaves were not considered people, were not subject of rights. And the woman also had several restrictions, as not voting or to file suit only with the assistance of the husband or father”.

34 FURTADO, Fernanda Andrade Mattar. Concepções éticas da proteção ambiental. **Direito Público**, n. 3, p. 150-160, jan./mar. 2004, p. 156.

35 FURTADO, Fernanda Andrade Mattar. Concepções éticas da proteção ambiental. **Direito Público**, n. 3, p. 150-160, jan./mar. 2004, p. 152.

36 FREITAS, Vladimir Passos de. A natureza como sujeito de Direitos. **Revista Online**: Constituição. Disponível em: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=96>>. Acessado em: 27 jul. 2014.

6. CONSIDERATIONS

More than a protection based on legal formalism, it is necessary to form an ethical and environmental awareness as alternative to ensure the perpetuation of life in a planet subject to so many aggressions. The protection of the environment quality with their multiple resources, aims, ultimately, the life guarantee as greater good of the existence and survival of all beings that include the great web.

Ensure a right to beings that depend on nature, no matter if it is flora, fauna, rivers, man, or animals, grants a last degree of maturity to the civilization that is already in the twenty-first century.

For protection of the nature, there is the need of systemic and deep change, with the break of social, ethical and legal paradigms, tending to build model focused on preservation and sustainability, and no longer a model based on irrational exploration of natural resources.

The Public-Interest Civil Action No. 28944-98-2011.4.01.3900, filed in 2011 by Federal Prosecution Office in the Pará State, was the first of the kind to face in court and in a direct manner the issue of the “Nature as subject of rights”. The challenge is big and there is a long way to go. The discussion is only starting, but it is believed that as small, but important, step was given.

REFERENCES

ACOSTA, Alberto. Por uma Declaração Universal dos Direitos da Natureza. Reflexões para a ação. **Ecodebate**: cidadania & meio ambiente, Rio de Janeiro, mar. 2011. Disponível em: <<http://www.ecodebate.com.br/2011/03/31/por-uma-declaracao-universal-dos-direitos-da-natureza-reflexoes-para-a-acao-artigo-de-alberto-acosta/>>. Acessado em: 28 jul. 2014.

BOSELTMANN, Klaus. Human rights and the environment: the search for common ground. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 6, n. 23, p. 35-52, jul./set. 2001.

CARTAXO DE ARRUDA, Geovana Maria. A participação pública na defesa do meio ambiente: implementação de um desenvolvimento sustentável. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL, 2., 1997, São Paulo. **Anais ...** São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 1997. p. 239-255.

CUNHA, Janice Muriel et al. Avaliação do EIA-RIMA: ictiofauna. In: SANTOS, Sônia Maria Simões Barbosa Magalhães; MORAL HERNANDEZ, Francisco Del (Org.). **Painel dos especialistas**: Análise crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte. Belém: ISA, 2009. p. 148-159. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/Belo_Monte_Painel_especialistas_EIA.pdf>. Acessado em: 28 jul. 2014.

DIEGUES, Antonio Carlos. **O mito moderno da natureza intocada**. São Paulo: Hucitec, 1996.

DUPRAT, Deborah (Org.). **Pareceres jurídicos**: direito dos povos e das comunidades tradicionais. Manaus: UEA, 2007. Disponível em: <file:///D:/Downloads/Pareceres-Juridicos_Direito-Comunidades-Tradicionais.pdf>. Acessado em 27 jul. 2014.

FEARNSIDE, Philip M. O novo EIA-RIMA da Hidrelétrica de Belo Monte: justificativas goela abaixo. In: SANTOS, Sônia Maria Simões Barbosa Magalhães; MORAL HERNANDEZ, Francisco Del (Org.). **Painel dos especialistas**: Análise crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte. Belém: ISA, 2009. p. 108-117. Available at: <http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/Belo_Monte_Painel_especialistas_EIA.pdf>. Accessed on: 28 jul. 2014.

FERREIRA, Marcilene Aparecida. Pacha Mama: os direitos da natureza e o novo Constitucionalismo na América Latina. **Revista de Direito Brasileira**, v. 3, n. 4, p. 400-423, jan./abr. 2013. Available at: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/revistadireitobrasileira/article/view/19/18>>. Acesso em: 28 jul. 2014.

FREITAS, Vladimir Passos de. A natureza como sujeito de Direitos. **Revista Online**: Constituição. Available at: <<http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=96>>. Accessed on: 27 jul. 2014.

FURTADO, Fernanda Andrade Mattar. Concepções éticas da proteção ambiental. **Direito Público**, n. 3, p. 150-160, jan./mar. 2004.

GUDYNAS, Eduardo. La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. **Tabula Rasa**, Bogotá, n. 13, p. 45-71, jul./dez. 2010.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. A transdisciplinariedade do direito ambiental e sua equidade intergeracional. **Revista de direito ambiental**, v. 6, n. 22, p. 62-80, abr./jun. 2001.

McCormick, John. **Rumo ao paraíso**: a história do movimento ambientalista. Tradução de Marco Antônio Esteves da Rocha e Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

MEDEIROS, Hermes Fonseca de. Avaliação de impactos do projeto de Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte sobre a vida selvagem, incluindo implicações socioeconômicas. In: SANTOS, Sônia Maria Simões Barbosa Magalhães; MORAL HERNANDEZ, Francisco Del (Org.). **Painel dos especialistas**: Análise crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte. Belém: ISA, 2009. p. 167-183. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/Belo_Monte_Painel_especialistas_EIA.pdf>. Accessed on: 28 jul. 2014.

POLANY, Karl. Mercado e natureza. **A grande transformação**: as origens de nossa época. Rio de Janeiro: Campus, 1988.

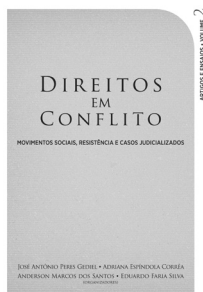
RIBEIRO, Wagner Costa. **Oferta e estresse hídrico na região Metropolitana de São Paulo**. Estudos avançados, São Paulo, v. 25, n. 71, p. 119-133, jan./abr. 2011. Available at: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v25n71/09.pdf>>. Accessed on: 27 jul. 2014.

SANTOS, Geraldo Mendes dos. Impacto sobre quelônios e mamíferos aquáticos. In: SANTOS, Sônia Maria Simões Barbosa Magalhães; MORAL HERNANDEZ, Francisco Del (Org.). **Painel dos especialistas**: Análise crítica do Estudo de Impacto Ambiental do Aproveitamento Hidrelétrico de Belo Monte. Belém: ISA, 2009. p. 161-165. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/Belo_Monte_Painel_especialistas_EIA.pdf>. Accessed on: 28 jul. 2014.

VILAR, Dalmo Dippold. **Água aos cântaros**: os reservatórios da Cantareira: um estudo de arqueologia industrial. 2007. 212 p. Tese (Doutorado em Arqueologia) – Museu de Arqueologia e Etnologia, Universidade de São Paulo, 2007. Disponível em: <http://pa.gov.br/O_Para/opara.asp>. Accessed on: 29 jul. 2014.

WILSON, Edward Osborne. **O futuro da vida**: um estudo da biosfera para a proteção de todas as espécies, inclusive a humana. Tradução de Ronaldo Sérgio de Biasi. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

ZIOBER, Beatriz Ramalho; ZANIRATO, Silvia Helena. Ações para a salvaguarda da biodiversidade na construção da Usina Hidrelétrica Itaipu binacional. **Ambiente & sociedade**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 59-78, jan./mar. 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/asoc/v17n1/v17n1a05.pdf>>. Accessed on: 26 jul. 2014.



Este livro foi impresso em papel Pólen Soft 80g/m².
Capa em papel Cartão Supremo Duo Design 300g/m².
Tiragem: 1.000 exemplares.

*This book was printed on Pólen Soft 80g/m² paper.
Paperback cover in Cartão Supremo Duo Design 300g/m² paper.
Number of copies printed: 1000*

ISBN 978-85-63806-32-1



9 788563 806321



FORDFOUNDATION

Na Linha de Frente das Mudanças Sociais

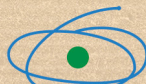


PPGD

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
Mestrado, Doutorado e Pós-doutorado



UFPR
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ



CAPES



**UNIVERSIDADE
POSITIVO**



SENGE-PR