



Direitos territoriais indígenas – a contribuição da teoria crítica

Adriana Biller Aparicio¹

Artigo submetido em: 29/01/2016

Aprovado para publicação em: 29/02/2016

Resumo: Após séculos de política assimilacionista, aos povos indígenas foi reconhecido, nacional e internacionalmente, o direito à diferença a partir de demandas que emergem na cena pública no final do século XX. A efetividade dos direitos territoriais indígenas hoje não mais se circunscreve a um espaço para a sua reprodução física, mas abrange também os aspectos culturais e simbólicos, de acordo com o novo paradigma adotado pela Constituição Federal de 1988. Este artigo, que é parte de inicial pesquisa maior, trabalha com a hipótese de que apesar da mudança do paradigma assimilacionista para o paradigma da diferença, os direitos territoriais indígenas ainda são pensados pelos juristas a partir de instituto jurídico de origem evolucionista, merecendo a discussão um aprofundamento com base na teoria crítica. Para tanto, posicionaremos os direitos indígenas ao lado de outras demandas culturais que clamam pela mudança do direito individualista e eurocêntrico. Em segundo momento, apresentaremos o Instituto do Indigenato para identificarmos na sua gênese a sua perspectiva colonizadora. Ao final, abordaremos a construção da teoria crítica dos direitos humanos e da crítica feminista à teoria da justiça para lançarmos bases para um novo olhar sobre os direitos territoriais indígenas, que respeite a alteridade e dinamismo das diferentes culturas.

Palavras-chaves: Direitos Humanos; Direitos Territoriais Indígenas; Pluralismo Jurídico; Teoria Crítica.

Indigenous Land Rights: a contribution of the critical theory

Abstract: After centuries of assimilationist policy, it has been recognized to the indigenous peoples - nationally and internationally - the right to be different due to demands that emerge on the public scene in the late twentieth century. The effectiveness of indigenous land rights today is no longer confined to a place for survival, but also includes

¹ Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide de Sevilha e Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. É membro fundador do Grupo de Pesquisa em Antropologia Jurídica (GPAJU/UFSC), coordenado pela Professora Dra. Thais Luzia Colaço. E-mail: dri_billier@yahoo.com.br

cultural and symbolic aspects, according to the new paradigm adopted by the Brazilian Constitution of 1988. This article, which is the initial part of a major research, is based on the hypothesis that despite the change from the paradigm of assimilationism to the paradigm of difference, indigenous land rights are still thought by legal experts from an evolutionary basis Institute, which requires a deeper discussion from the critical theory's point of view. In this way, we will set the indigenous right next to other cultural demands that also claim a change of individualistic and Eurocentric's right. Further, we will present the Indigenato Institute to identify its colonial perspective. At the end, we will discuss the construction of human rights critical theory and the feminist critique to the theory of justice to set bases for a new perspective on indigenous territorial rights, in a way to respect otherness and the dynamism of different cultures.

Keywords: Critical Theory; Human Rights; Indigenous Land Rights; Legal Pluralism.

1. INTRODUÇÃO

No processo da formação do Estado moderno operou-se a política de assimilação de povos e minorias existentes nas fronteiras do território nacional na busca de reduzir a diversidade cultural a uma única cosmovisão, bem como a tentativa de supressão do pluralismo jurídico pelo monismo estatal como única forma válida de juridicidade. Com relação aos povos indígenas, os objetivos da política ibérica e, posteriormente, dos Estados Independentes visaram a sua catequização e civilização.

Este ideário assimilacionista sofreu mudanças ao final do século XX, com o levantamento das identidades diferenciadas na arena pública, que cobrou dos Estados e da comunidade internacional outra forma de pensar e tratar as diferenças. Os povos indígenas, no avanço desenvolvimentista sobre suas terras, organizaram-se na América Latina e no Brasil, e passaram a exigir, além dos seus direitos territoriais, o respeito à sua cultura.

As suas reivindicações foram abraçadas nas diversas constituições latino-americanas, tais como a colombiana, equatoriana, boliviana, brasileira, dentre outras, e em normas internacionais, com destaque para a Convenção n.º 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), passando os juristas e antropólogos a apontarem a mudança de paradigma dos direitos indígenas e da política indigenista no final do século XX que abandona o ideal da assimilação para passar a aceitar o direito à diferença.

Na atualidade, aos povos indígenas são reconhecidos seus direitos identitários e a garantia de suas terras, diferentemente do passado, que visava apenas a sua integração à

comunhão nacional, abrangendo hoje os aspectos culturais e simbólicos do modo de ser do grupo étnico em questão.

Contudo, a mudança paradigmática ainda não tem o necessário respaldo teórico no meio jurídico, sendo que os operadores do direito ainda operam com institutos passadistas e a nova perspectiva de respeito à alteridade tarda a se consolidar.

Neste trabalho, que é parte de pesquisa que se realiza em sede de doutoramento, analisamos os direitos territoriais indígenas, desde o ponto de vista da teoria crítica, tomando por hipótese que o seu fundamento jurídico intitulado Instituto do Indigenato ainda se localiza no quadro do colonialismo, necessitando ser rediscutido com base na nova perspectiva da realização da diferença.

Assim, abordaremos, em primeiro lugar, como a mudança de paradigma dos direitos indígenas insere-se em cenário mais amplo de reivindicações das identidades culturais, entendido pelas ciências sociais como novos movimentos sociais, sem deixar de reconhecer as suas particularidades. Em seguida, analisaremos o fundamento jurídico dos direitos territoriais indígenas, o Instituto do Indigenato, retomado pelo constituinte brasileiro do pensamento do jurista João Mendes Junior, contextualizando o seu local de fala de forma a visibilizar a necessidade de descolonizar e repensar os direitos territoriais indígenas no quadro da realização dos direitos étnico-culturais.

Ao final, buscaremos promover o encontro da teoria crítica dos direitos humanos, conforme elaborada por Joaquín Herrera Flores, com a crítica feminista à teoria da justiça como uma plataforma para situar os direitos territoriais indígenas em um novo patamar de análise, que respeite o dinamismo de sua cosmovisão.

2. UMA NOVA EPISTEMOLOGIA PARA OS DIREITOS INDÍGENAS

Os juristas especializados no campo dos direitos indígenas e também os antropólogos são unânimes em apontar as mudanças da legislação indigenista ocorridas no plano nacional e internacional no final do século XX, indicando o fim do longo período assimilacionista no qual o objetivo era o fim da identidade indígena, visando uma homogeneidade cultural.

Em obra coletiva sobre os novos direitos no Brasil, organizada por Wolkmer e Morato (2003), Colaço (2003, p.76-93) discorre sobre a emergência do novo paradigma

surgido na Constituição Federal de 1988 de respeito à alteridade dos povos indígenas, implicando em direitos étnico-culturais e de autonomia.

No campo antropológico, José Alcina Franch (1990, p.11) esclarece que a defesa dos povos indígenas na América Latina – desde Antonio de Montesinos, passando por Las Casas ao indigenismo oficial da década de 1940 – teve como objetivo central a sua desapareição.

Em um contexto de denúncias às violações dos direitos indígenas em especial no Brasil e Colômbia, teve lugar a Primeira Reunião de Barbados de 1971, realizada por antropólogos e indigenistas, onde, pela primeira vez, proclamou-se em declaração final o direito indígena de autogoverno (FRANCH, 1990, p.13).

Passadas quase três décadas da promulgação da Constituição brasileira, ao lado de outros marcos fundamentais na implementação dos direitos indígenas sob esta nova ótica, tais como a Convenção n.º 169 da OIT (1989), o que se verifica não é somente a perpetuação da mentalidade assimilacionista, mas o aumento da violência contra os povos indígenas, como indica o Relatório da Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil, de 2014, do Centro Indigenista Missionário (CIMI, 2014).

O fato é que a mudança de paradigma ocorreu, porém as práticas e as categorias operacionais dos direitos indígenas seguem sendo pensadas no paradigma anterior. De acordo com Thomas Kuhn (2005, p. 116) isto acontece porque a mudança de paradigma não é um processo cumulativo:

A transição de um paradigma em crise para um novo, do qual pode surgir uma nova tradição de ciência normal, está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações. Durante o período de transição haverá uma grande coincidência (embora nunca completa) entre os problemas que podem ser resolvidos pelo antigo paradigma e os que podem ser resolvidos pelo novo.

Para se entender a mudança de paradigma da legislação indigenista nas décadas de 1980 e 1990 nas diversas constituições latino-americanas e normativas internacionais é preciso, de acordo com uma visão crítica do direito, não desvincular os aspectos formais (legislação) dos materiais (lutas sociais), de forma a visibilizar o contexto que precede a sua positivação.

Os direitos humanos são identificados por Herrera Flores (2005, p.95) como processos de luta pela vida digna, e não somente um rol de direitos positivados, ponderando que: “¿Podremos alcanzar alguna vez los bienes necesarios para vivir dignamente si nos preocupamos prioritariamente sobre el derecho y secundariamente sobre aquellos?”

A crítica da “apropriação dos direitos pelo direito” é também trazida por Goyard-Fabre (2002, p. XXXIV) como uma crença própria da modernidade na qual os direitos estariam presentes na natureza do homem cabendo ao Estado autenticá-los por meio do direito positivo. A autora indica que a filosofia implícita na Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão de 1789 é da necessidade de subsunção dos direitos pelo direito, tendo o Estado como garante, por meio de sua positivação.

Conforme leciona Wolkmer (2015, p. 27) o pensamento jurídico crítico descortina a falência do modelo de cientificidade do discurso jurídico, com o esgotamento dos seus dois paradigmas: o racionalismo metafísico natural (jusnaturalismo) e o racionalismo instrumental (positivismo jurídico).

A demanda pelo reconhecimento das diferenças é um desígnio dos movimentos sociais que surgem em cena no final do século XX², que foram ignorados pelo direito oficial de cunho liberal burguês que proclama o indivíduo abstrato. A exigência dos povos indígenas pelo seu reconhecimento está situada ao lado de outras lutas identitárias na busca do reconhecimento do direito à alteridade.

As ciências sociais elegeram o adjetivo "novos" para demonstrar o diferencial dos movimentos sociais surgidos a partir do final da década de 1960 na Europa, tais como o movimento de mulheres, pacifistas, ecológicos, minorias étnicas que gerou para os teóricos a necessidade de uma nova categoria de análise, tradicionalmente centrada no movimento operário clássico.

Para Touraine (1997, p.100) os atores destes novos movimentos sociais colocam no centro do debate público a dimensão cultural do sujeito histórico, que antes era considerado somente como a classe trabalhadora. Ilse Scherer-Warren (2000, p.41) explica

² Em artigo intitulado *Novos Atores e Movimentos Étnico-culturais: antropologia jurídica na rota das identidades* (2008, p.75-1) pudemos expor como os sujeitos de diversos movimentos unem-se em torno de um dado cultural específico, fazendo resistência às diversas formas de opressão e dominação cultural.

que os novos movimentos sociais visam à afirmação de identidades, o reconhecimento de seus valores, o respeito às diferenças culturais e conquista de novos direitos.

“Novos sujeitos” ou “novos atores” são expressões que surgem para indicar a emancipação de sujeitos que passam a ser criadores de sua própria história e se contrapõem ao sujeito individualista, abstrato e universal (WOLKMER, 2001, p. 237-238), aclamado pelo direito burguês.

Se desde o ponto de vista dos teóricos do norte existe esta nova categoria de análise nas ciências sociais, Wolkmer (2003, p.19-20), aponta que os novos direitos na América Latina derivam de necessidades que são históricas, uma vez que os sujeitos do direito nesta região do planeta sempre foram, muito concretamente, uma minoria privilegiada.

Os direitos indígenas podem ser inseridos no quadro de novos direitos, no entanto, devem ser devidamente contextualizados com base na história e antropologia, nos processos de conquista e colonização a que estiveram submetidos, acautelando-se com a distinção qualitativa das diferenças, conforme recorda Ortiz (1999, p.82).

Os povos indígenas possuem uma relação diferenciada com seus territórios, constituindo os direitos territoriais um elemento central na demanda indígena. De acordo com Rouland (2004, p. 20-22) há diferenças entre as minorias e os povos indígenas, pois estes, ainda que possam representar "o outro" dentro do Estado-nação, possuem um elo privilegiado entre território e história.

A demanda dos povos indígenas tem em comum, portanto, com as demandas dos novos movimentos sociais a resistência às diferentes formas de opressão e dominação cultural: “Los indígenas han cuestionado las bases del Estado Republicano Latinoamericano, construido sobre la idea de un solo pueblo, una sola Nación, un solo Estado” (BENGOA, 2000, p. 27).

As lutas protagonizadas pelos povos indígenas e também pelas mulheres demandam uma reconfiguração na concepção individualista e eurocêntrica dos direitos humanos (HERRERA FLORES, 2005, p. 146). Da mesma forma, todo o conceitual teórico e institutos jurídicos aplicáveis aos povos indígenas demandam uma nova análise à luz do novo paradigma da alteridade.

3. INSTITUTO DO INDIGENATO – DESCOLONIZAR É PRECISO

Os direitos territoriais indígenas sempre foram objeto de debates antes mesmo do início da colonização portuguesa no Brasil. O teólogo-jurista da tradição jusnaturalista cristã, Francisco de Vitória (1998, p.141-142), considerado um dos precursores do direito internacional moderno, argumentou favoravelmente aos direitos dos povos indígenas, desde que estes aceitassem a prédica do evangelho, caso contrário, admitia que contra eles se lançassem a guerra justa.

Dussel (1993, p.175-176) e Quijano (2000 p. 246) descortinam o lado obscuro da modernidade, indicando o primeiro que, o seu mito reside em reconhecer a humanidade dos povos conquistados para depois negar-lhes sua cultura e modo de vida, mediante o uso legitimado da violência no evangelho e o segundo, que ela representou riqueza e prosperidade ao conquistador e violência e exclusão para os conquistados.

Quijano (2000 p. 2463), no contexto dos estudos do colonialismo interno, utiliza a categoria colonialidade para demonstrar que as relações entre povos indígenas e sociedades nacionais latino-americanas continuam a reproduzir hoje o conjunto de padrões de dominação mundial e de estruturas de poder.

Nesta esteira Castro-Gómez (2003, p.152-154) elucida que as ciências sociais ainda não efetuaram uma ruptura com o sistema conceitual próprio do imaginário colonial que atua com as perspectivas binárias de “civilização e barbárie”, “tradição e modernidade”.

Se há uma mudança paradigmática no tratamento com que os Estados nacionais devem ter com relação aos povos indígenas, esta ainda se situa no plano teórico, e ainda aí, merece a revisão de suas categorias, em especial no campo jurídico.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu os direitos territoriais indígenas como “originários”, e a doutrina defende a presença no direito brasileiro do Instituto do Indigenato, que estaria previsto em nosso ordenamento desde os tempos do Brasil Colônia.

Os juristas reconhecem que os direitos originários previstos na Constituição Federal derivam da construção teórica de Mendes Junior sobre o Instituto do Indigenato, que era uma tradicional instituição portuguesa. José Afonso da Silva (1993, p.48) o descreve como:

[...] uma velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1 de abril de

1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e *naturais senhores delas*.

O Instituto do Indigenato foi defendido por João Mendes Junior em conferências realizadas na Sociedade de Etnografia e Civilização dos Índios, em 1902 e posteriormente, publicadas na obra *Os indígenas do Brasil: direitos individuais e políticos*, em 1912. Para Mendes Junior (1954, p.16) o direito originário, também chamado de “direito congênito”, diferencia-se dos direitos adquiridos porque a legitimidade dos primeiros reside na própria existência do homem.

Trata-se de uma visão jusnaturalista dos direitos, própria de um jurista cristão, que defendia que o serviço de civilização dos indígenas deveria ser feito pela Igreja:

Entendo mesmo que os leigos podem também concorrer ao serviço da civilização, certos, entretanto, de que, não só para a Religião, como para outras cousas que exigem tenacidade de sacrifícios, sem um lucro pessoal imediato, essas Ordens são insubstituíveis, posto que não devam ser dispensadas de assistência e inspeção (MENDES JUNIOR, 1912, p.72).

Monteiro (2001, p.118), informa que Mendes Junior está dentre os autores que buscam forjar a identidade do povo paulista com base em suas raízes indígenas, celebrando a miscigenação das raças. Destacamos que o discurso indigenista no período, conforme Manuela Carneiro da Cunha (1998, p.136), deriva do romantismo indigenista no qual a autoimagem que o Brasil quer fazer de si mesmo é do elemento indígena extinto.

Mendes Junior (1912, p. 58) busca as origens no passado da colonização romana para defender que os povos indígenas teriam direito originário à suas terras porque aqueles reconheciam os direitos originários dos povos conquistados, assim fazendo-o também o legislador português.

Mesmo antes da promulgação da Constituição Federal, no início da década de 1980, Barbosa (2001, p.66-67), advogado militante nos direitos indígenas, apontou o Indigenato como um instrumento muito operacional “[...] no sentido de resguardar direitos indígenas”, trazendo várias decisões judiciais do período nele se fundamentam.

Ocorre que a aplicação deste Instituto vem sofrendo relativizações pelo Supremo Tribunal. Na dissertação intitulada *Direito constitucional indígena: uma análise à luz do caso Raposa/Serra do Sol*, Joaquim (2012, p.106) entende que no julgamento da ação popular PET 3388/RR, ao estabelecer-se como condicionante para demarcação das terras indígenas o marco temporal da promulgação da Constituição Federal de 1988, o Supremo

Tribunal Federal destituiu de relevância a teoria do Indigenato, “mitigando” seu âmbito de aplicação.

Desta forma, entendemos que é importante a inserção do fundamento dos direitos territoriais indígenas no marco do novo paradigma da alteridade atentando-se ao que Hespanha (2003, p.16-24) alerta sobre o respeito à diferença de categorias utilizadas em tempo passado, em função da localidade dos problemas e de suas soluções.

Desde o campo antropológico há pesquisas que tratam da relação entre etnicidade e território de forma contextualizada na realidade vivida pelos povos indígenas. Oliveira Filho (1999, p.20) trabalha com a categoria de análise denominada "processos de territorialização" e pensa o território indígena diante da necessidade de constante reorganização social destes povos.

O território indígena deve ser pensado pelos juristas, desde uma perspectiva crítica, no novo marco da alteridade e com o auxílio da antropologia. Não há como se pensar os direitos territoriais indígenas fora do contexto social, político, cultural, pois de acordo com Oliveira Filho (1998, p.291), as terras indígenas estão sujeitas a permanente revisão, decorrentes da dinâmica social e política dos processos de territorialização.

Assim, os aspectos da cosmovisão indígena, a partir de um ponto de vista dinâmico e contextualizado, trazidos pela antropologia da territorialidade são importantes aportes teóricos para o processo de descolonização do fundamento jurídico dos direitos territoriais indígenas, encerrado ainda em categoria criada no começo do século XX para responder questões no marco da política indigenista assimilacionista.

4. OS DIREITOS TERRITORIAIS INDÍGENAS NA LENTE DA TEORIA CRÍTICA

Demo (2000, p.23), ao tratar dos horizontes da pesquisa científica, afirma que a teoria deve ocupar o lugar de instrumentação criativa diante da realidade sempre furtiva. Neste sentido, entendemos que o Instituto do Indigenato que reconhece que os povos indígenas tiveram seus direitos territoriais resguardados no âmbito da conquista e colonização retira o potencial emancipatório trazido pelo novo paradigma de alteridade e da participação indígena na construção de seus direitos.

Com a ajuda de Bourdieu (1989, p. 14) reconhecemos que há um campo de produção no qual se situa o discurso dos direitos originários acaba por reforçar um sistema simbólico que oculta as formas de poder aceitas arbitrariamente:

[...] o poder simbólico como poder de constituir o dado pela enunciação, de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou transformar a visão do mundo e, deste modo, a ação sobre o mundo, portanto o mundo; poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização, só se exerce se for reconhecido, quer dizer, ignorado como arbitrário.

Herrera Flores (2005,19) tece críticas à teoria tradicional dos direitos humanos que os apresenta como algo gravado na genética humana: “[...] son los derechos humanos un producto cultural surgido em um contexto específico de relaciones o un producto natural que llevamos inscrito em nuestra historia genética?” Os direitos territoriais dos povos indígenas, tal como ocorre com os direitos humanos, são frutos de uma discussão localizada, demonstrando ser um produto cultural de uma época.

Existe uma função social na produção de conhecimento em direitos humanos, conforme expõe Herrera Flores (2005, p.187) e esta é visibilizar o que estava oculto – trazendo à luz o fato de que houve um grande esquecimento do “outro” que se pretendeu colonizar.

Se os direitos humanos servem aos interesses hegemônicos do ocidente, também acudem aos processos de lutas pela emancipação social (HERRERA FLORES, 2005, p.265). Da mesma forma, o discurso dos direitos originários serviu durante um tempo na luta dos povos indígenas para alcançar a demarcação de suas terras.

Contudo, a luta pelos direitos humanos travada na América Latina encontram sujeitos concretos representados, conforme nos ensina Wolkmer (2001, p.238-9) por oligarquias agrárias, setores médios da burguesia nacional, por elites empresariais e por burocracias militares. Assim sendo, os povos indígenas encontram grandes obstáculos na realização dos seus direitos, sendo tratados ainda, conforme apontamos, de forma preconceituosa, violenta ou acintosa.

A teoria crítica dos direitos humanos recusa os idealismos abstratos e pleiteia um pensamento sintomático para que a reflexão seja feita a partir das práticas sociais antagonistas que buscam instituir uma nova ordem social. (HERRERA FLORES, 2005, p.21-22). Existe, para Herrera Flores (2005, p.146) um novo influxo de lutas sociais de

sujeitos diferenciados como os povos indígenas e as mulheres que exigem uma reconfiguração na concepção individualista e eurocêntrica dos direitos humanos.

Horkheimer (1937, p. 247) em texto fundacional sobre a teoria crítica, propõe que o teórico formule seu aparato conceitual com base nas contradições sociais e na situação histórica concreta para que a teoria possa, de fato, desempenhar o papel transformador desta realidade.

Na linha de Frankfurt, porém dentro de preocupações próprias das questões de gênero não abordadas por aquela escola, as teóricas feministas Iris Marion Young, Nancy Fraser e Seyla Benhabib buscaram visibilizar as injustiças cometidas contra as mulheres, dando conta de que a teoria da justiça deve ser localizada em seus contextos de dominação e opressão concretos.

Young (2000, p. 12) demonstra a fragilidade da justiça distributiva no que diz respeito à distribuição do poder, ou seja, na distribuição igualitária nas tomadas de decisões, à divisão do trabalho e a definição de cultura. Sem negar o paradigma distributivo, Young (2000, p. 33-42) busca demonstrar que a justiça deve ser trabalhada de forma mais ampla, para incluir meios para o desenvolvimento e exercício de capacidades das pessoas.

Valemo-nos de sua crítica para pensarmos que os direitos territoriais indígenas não passam pela mera distribuição de terras ou da garantia formal da demarcação administrativa. Ele também deve ser garante de que estes povos possam participar dos espaços decisórios onde, muitas vezes, desconstituem-se tais direitos. Desta forma, muito há que se pensar e se desenvolver em termos do binômio territorialidade-autonomia.

Nancy Fraser (2006, p. 231-2) reaproxima a questão da política do reconhecimento das diferenças a discussão acerca das injustiças econômicas geradas em função da estrutura econômica e política. Assim, aponta que as questões de exploração trabalho, marginalização econômica e privação das mulheres, demandam também o acesso à justiça distributiva. Desta forma, Fraser (2006, p. 335-236) defende uma transformação política, cultural e econômica para que exista a igualdade de gênero.

Os povos indígenas também sofrem pela invisibilização da violação dos seus direitos que os coloca em situação de exposição a trabalhos penosos, bem como invasão de suas terras em função de um modelo econômico que privilegia o agronegócio. A partir da

leitura de Fraser podemos destacar que a questão dos direitos territoriais indígenas passa pela adoção de remédios transformativos do modelo econômico adotado. Como trabalhar com a categoria de direitos originários diante da força avassaladora dos interesses privados e estatais? Não será preciso situar a cosmovisão indígena ao lado de outras visões de mundo que pensem alternativas a este modelo?

Contamos também que a figura do “diamante ético” de Herrera Flores (2005, p. 107) pela qual as “diversas lutas, de óticas interculturais variadas, tais como a luta das mulheres, indígenas, afrodescendentes, não se excluem, não se sobrepõe e se visualizam entre si” possa contribuir com a teorização em direitos indígenas, já que a teoria feminista tem avançando a passos largos no suporte do direito à diferença.

Por fim, em *Teoria Feminista e Teoria Crítica*, Benhabib e Cornell (1990, p.9-11) abordam o salto feito pelas teóricas feministas com relação a crítica ao paradigma marxista ortodoxo da produção. O feminismo demonstrou que tomar por base de análise exclusivamente as relações sociais de produção excluiu o valor do trabalho das mulheres em suas atividades de reprodução como o parto, a criação dos filhos, velhos e doentes, trabalhos domésticos. Assim, o ator coletivo da transformação social marxista ortodoxa é a classe trabalhadora, o que exclui outras formas de produção de vida.

Com base nesta crítica é possível refletirmos que os direitos territoriais indígenas estão jungidos à sua cosmovisão, que poderá ferir o desenvolvimentismo do ideário econômico hegemônico. Os direitos territoriais indígenas, portanto, não se situam apenas na disputa entre colonização *versus* território “resguardado”, mas também ingressam no campo de disputa cultural, econômica e política a respeito das diversas visões de mundo.

5. CONCLUSÃO

A mudança do paradigma na legislação e na política indigenista ocorrida no final do século XX ainda não alterou significativamente o pensamento jurídico e suas categorias, diante de séculos de finalidade assimilacionista.

As demandas identitárias e a crítica feminista demonstram que existe uma disputa pelo reconhecimento de outras visões de mundo e que a realização da justiça deve ser pensada nos seus contextos concretos de opressão e dominação.

O Instituto do Indigenato apresenta-se dentro de um marco colonizador, no qual aos povos indígenas são apenas “resguardados” direitos diante da ordem imposta pelo poder hegemônico.

De acordo com a teoria crítica dos direitos humanos, faz-se necessário visibilizar a realidade social vigente que acaba por impedir o acesso aos bens necessários à vida digna, no caso em questão, os territórios dos povos indígenas.

Estas são perguntas e pistas iniciais de uma pesquisa na qual se busca reposicionar a discussão dos direitos territoriais indígenas sacando fora do paradigma assimilacionista e dos desgastados marcos do jusnaturalismo e positivismo jurídico, e para tanto, necessária a lente da teoria crítica no direito.

REFERÊNCIAS:

APARICIO, A. B. Novos atores e movimentos étnico-culturais: Antropologia Jurídica na rota das identidades In: COLAÇO, Thais Luzia (Org.). **Elementos de antropologia jurídica**. Florianópolis: Conceito, 2008, p. 75-91.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **Direito judiciário brasileiro**. São Paulo: Freitas Bastos, 1954.

_____. **Os indígenas do Brazil: seus direitos individuais e políticos**. São Paulo, Typ.Hennies Irmãos, 1912.

BARBOSA, Marco Antonio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**, São Paulo: Plêiade, 2001.

BENGOA, José. **La emergencia indígena en América Latina**. Chile: Fondo de Cultura Económica, 2000.

BENHABIB, Seyla, CORNELL, Drucilla. **Teoría feminista y teoría crítica: ensayos sobre la política de género em las sociedades de capitalismo tardío**. Edicions Alfons el Magnànim. Valencia, 1990.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. (Coleção Memória e Sociedade).

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciencias sociales, violencia epistémica y el problema de la ‘invención del otro’. In: LANGER, Edgardo. (Compilador). **La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales: perspectivas latinoamericanas**. 1.ed. Buenos Aires: CLACSO, 2003, p.41-53.

CENTRO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (Cimi). **Relatório da violência contra os povos indígenas no Brasil** – dados de 2014. Disponível em <http://www.cimi.org.br/pub/Arquivos/Relat.pdf>. Acesso em set. 2015.

COLAÇO, Thais Luzia. Os “novos” direitos indígenas. In: WOLKMER, Antonio Carlos e MORATO LEITE, José Rubens (Org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.75-97.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Política indigenista no século XIX. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p.133-154.

DEMO, Pedro. **Pesquisa: princípio científico e educativo**. São Paulo: Cortez, 2000. (Biblioteca da educação, Série 1).

DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro**. A origem do mito da modernidade. Petrópolis: Vozes, 1993.

FRANCH, José Alcina. **Indianismo e indigenismo en América Latina**. Madrid: Alianza Editorial, 1990. p. 11-17.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista. In: **Cadernos de campo**, São Paulo, n.15, p.1-382, 2006. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/viewFile/50109/54229>. Acesso em julho 2015.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os fundamentos da ordem jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales: crítica del humanismo abstracto**. Madrid: Catarata, 2005.

HESPANHA, Antonio Manuel. **Cultura jurídica europeia**: síntese de um milênio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

HORKHEIMER, Max. **Teoría Tradicional y Teoría Crítica**. Barcelona; Paidós, 2002.

JOAQUIM, Ana Paula. **Direito constitucional indígena**: uma análise à luz do caso Raposa/Serra do Sol. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2012. 174 p.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2005. (Debates, 115).

MONTEIRO, John M. **Tupis, Tapuias e Historiadores**: estudos de História Indígena e do Indigenismo. Tese (Concurso de Livre Docência). Departamento de Antropologia. Unicamp, Campinas, 2001.

OLIVEIRA FILHO, Joao Pacheco de. Uma etnologia dos "índios misturados": situação colonial, territorialização e fluxos culturais. In: OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de (Org.) **A viagem da volta**: etnicidade, política e reelaboração cultural no Nordeste indígena. Rio de Janeiro: Contra Capa, 1999, p.11-36.

_____. **Os instrumentos de bordo**: expectativas e possibilidades do trabalho antropológico em laudos periciais. In: OLIVEIRA FILHO, João Pacheco de. (Org.). **Indigenismo e territorialização: poderes, rotinas e saberes coloniais no Brasil contemporâneo**, 1998, p.269-295.

ORTIZ, Renato. Diversidade Cultural e cosmopolitismo. In: **Lua nova**. São Paulo, v.47, p.73-89,1999.

QUIJANO, Anibal. **Colonialidad del poder, eurocentrismo y America Latina. Perspectivas Latinoamericanas**. Edgardo Lander (Comp.) CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina. Julho de 2000. Disponível em <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/lander/quijano.rtf>>. Acesso jan. 2015.

ROULAND, Norbert. **Direito das minorias e dos povos autóctones**. In: ROULAND, Norbert (Org). Brasília: Universidade de Brasília, 2004.

SCHERER-WARREN, Ilse. Movimentos em cena...e as teorias por onde andam? In: _____. **Cidadania e multiculturalismo: a teoria social no Brasil Contemporâneo.** Florianópolis: UFSC, 2000.

SILVA, José Afonso da. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). **Os direitos indígenas e a constituição.** Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Fabris Editor, 1993, p.45-50.

TOURAINÉ, Alain. **Podremos vivir juntos? Iguales y diferentes.** Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1997.

VITORIA, Francisco de. **Sobre el poder civil. Sobre los indios. Sobre el derecho de la guerra.** Tradução Luis Frayle Delgado. Madrid: Tecnos, 1998. p.98-99.(Clásicos del Pensamiento,137).

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico.** 9.ed. São Paulo: Acadêmica, 2015.

_____. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito.** São Paulo: Editora Alfa-Omega, 2001.

_____; MORATO LEITE, José Rubens (Org.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas [...].** São Paulo: Saraiva, 2003. p.19-20.

YOUNG, Iris Marion. **La justicia y la política de la diferencia.** Valencia: Ediciones Cátedra: Madrid, 2000. (Feminismos, 59).