



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESC



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

## QUAL O LUGAR DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL?

## WHAT IS THE PLACE OF THE INDIGENOUS PEOPLE IN BRAZIL?

Milena de Sousa Coelho dos Ramos<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo analisa o lugar dos povos indígenas no Brasil, considerando dimensões históricas, filosóficas, socioculturais e jurídicas. O objetivo é compreender como, desde a colonização, esses povos foram submetidos a processos de imposição cultural, religiosa e jurídica, resultando em práticas de tutela e exclusão. A metodologia é qualitativa, baseada em revisão bibliográfica e análise documental de fontes históricas, normativas e filosóficas. Os resultados apontam que, apesar dos avanços normativos, sobretudo com a Constituição de 1988 e a Convenção 169 da OIT, a efetivação dos direitos indígenas ainda é marcada por tensões políticas e sociais, mantendo-os em posição de inferioridade e constante negação de sua autonomia.

**Palavras-chave:** Constituição de 1988; direitos humanos; modernidade; povos indígenas; tutela;

### ABSTRACT

This article analyzes the place of indigenous peoples in Brazil, considering historical, philosophical, sociocultural, and legal dimensions. The objective is to understand how, since colonization, these peoples have been subjected to cultural, religious, and legal impositions, resulting in practices of tutelage and exclusion. The methodology is qualitative, based on bibliographic review and documentary analysis of historical, normative, and philosophical sources. The results indicate that, despite normative advances, especially with the 1988 Constitution and ILO Convention 169, the enforcement of indigenous rights is still marked by political and social tensions, keeping them in a position of inferiority and constant denial of their autonomy.

**Keywords:** Brazilian Constitution of 1988; human rights; indigenous peoples; modernity; tutelage;

---

<sup>1</sup> Graduanda em Direito. Universidade Federal Fluminense. [ramosmilena@id.uff.br](mailto:ramosmilena@id.uff.br)



## 1 INTRODUÇÃO

Pensar sobre o lugar dos povos indígenas no Brasil é uma tarefa um tanto quanto complexa e, sem dúvidas, intrincada, porque muito mais do que uma perspectiva física de análise da ocupação territorial, trata-se de um exercício que envolve a compreensão do espaço social, econômico, político e jurídico no qual se encontram esses indivíduos. Para tal, faz-se necessária uma breve investigação sobre o processo histórico-social de formação dos povos indígenas no Brasil. Digo formação porque a concepção em voga sobre eles, menos foi resultado de um compreender relacional, no sentido de trocas mútuas de conhecimento, do que uma exposição “neutra” de aspectos específicos que serviriam para classificá-los como pertencentes ou não à concepção de ser humano e, mais tarde, como sujeitos ou não ao sistema jurídico. Portanto, formação imposta e não compreendida.

Nessa perspectiva, admitindo-se ser esse pensar difícil, trataremos de traçar um fio condutor acerca do processo histórico de consolidação da posição dos povos indígenas no espaço brasileiro que se inicia no século XV e ainda se apresenta em desenvolvimento, na medida em que a conflitividade das práticas que envolvem esse grupos ainda é demasiado exacerbada. Paralelamente aos principais eventos históricos, apontaremos como as concepções filosóficas da Modernidade auxiliaram na visão do outro indígena, que, como tal, não-humano. Nesse sentido, apontaremos a contribuição de Las Casas como expoente do “anti-discurso” da Modernidade(DUSSEL, 2015).

Em seguida, examinaremos aspectos que envolvem a sua posição sociocultural no país atualmente, por meio da inquirição de discursos proferidos em contextos judiciais. Por fim, e, não separadamente das investigações precedentes, será feita uma abordagem sobre o ordenamento jurídico brasileiro, que, de modo algum desvinculados das concepções sócio-políticas e culturais vigentes, possui especificidades quanto à garantia de direitos a esses povos. Especificidades essas que, por vezes, são desrespeitadas ou, na prática, impõem a esses indivíduos certas características a serem preenchidas a fim de que as tenham acesso, de modo a estabelecer uma relação tutelar entre o Estado e esses povos que, afastados da possibilidade de total e completa autonomia, sujeitam-se a uma abstenção total de sua cultura originária ou do



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESC



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

ordenamento jurídico vigente.

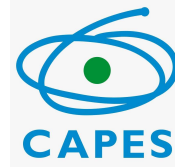
A abordagem a respeito do ordenamento jurídico levará em conta a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho(OIT), juntamente com breves apontamentos sobre o histórico daquela, a sua posição normativa no Direito brasileiro, a noção de bloco de constitucionalidade, por meio do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 3239 e, finalmente, uma discussão sobre o direito de os povos indígenas terem o seu próprio direito.

Portanto, uma observação interdisciplinar sobre os variados aspectos que envolvem esses povos se mostra imprescindível e nos dá pistas sobre as possibilidades de abrandamento de conflitos sociais e jurídicos que, originados de concepções criadas na Modernidade e veementemente endossadas pela práticas sociais, jurídico-políticas e culturais posteriores, são determinados, mas também determinam o seu lugar no Brasil atual. Lugar físico, lugar social, lugar político, lugar cultural, e, conseqüentemente, lugar jurídico-institucional.

## **2 UMA BREVE ABORDAGEM HISTÓRICA**

Os povos indígenas, apesar de serem habitantes do território muito antes que os europeus colonizadores, foram classificados enquanto “descobertos” no século XV. Descobrimto esse que traduz, claramente, o modo como o conhecimento ocidental hegemônico atravessa toda a nossa esfera de compreensão do mundo, físico e social.

No que diz respeito ao Brasil, o processo de colonização se inicia um pouco depois, no século XVI, mais precisamente, no ano de 1500, que marca o início da colonização que, em 1533 tomaria uma forma mais direta de atuação, com a criação das chamadas capitânicas hereditárias, que conferiram a determinadas pessoas, selecionadas pela coroa, o domínio político, econômico e social sobre alguns territórios. Paralelamente a esse processo, deve-se pensar sobre o contato entre os europeus e os povos indígenas que aqui já se encontravam, o qual, de primeira, pode até ter se dado de modo pacífico, mas que, nos anos seguintes, seria amrcado pelo genocídio dessas populações, seja no sentido de força física, seja no de imposição e aniquilação de culturas. As concepções de Outro podem ser bem apreendidas em um trecho da carta



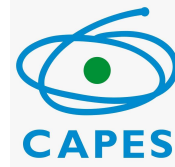
de Pero Vaz de Caminha, no qual, é retratado o primeiro contato do colonizador português com esses povos, que, como afirma o escritor, foi prazeroso e revelador da inocência daqueles indivíduos, que não necessitavam de apetrechos para encobrir suas “cousas”:

[...]E na praia andavam muitos com seus arcos e setas e não lhes aproveitaram.  
[...] Andam nus, nem nenhuma cobertura, nem estimam nenhuma coisa cobrir nem mostrar suas vergonhas. E estão acerca disso com tanta inocência como têm em mostrar o rosto. (CAMINHA, Pero Vaz, 1500)

Dá-se aí o início do contato que logo se tornaria conflito.

Importa apontar duas dimensões relevantes de análise acerca do contato entre os europeus e os povos indígenas: a territorial e a existencial(imbuída de questões filosóficas, socioculturais e educacionais). Isso porque para além de determinar os espaços físicos que, progressivamente foram ocupados pelos colonos portugueses, direcionados ao comércio exportador característico de todo o período da Colônia e Império e, conseqüentemente, retirados desses povos, trata-se de analisar a maneira com que de primeira foram enxergados, tratados e classificados, a depender de conceitos e atribuições que, não se relacionando com a própria cultura por eles desenvolvida, consolidou-se enquanto imposição e invisibilização sociocultural e, no limite, existencial. Questões essas que se encontram de forma latente até os tempos atuais, seja pelo modo como o Estado atua com relação a esses indivíduos, qual seja, tutelarmente, seja pela forma como foram-lhe impostas determinadas características, atitudes e posições para que pudessem ser classificados como povos indígenas. Sendo essa última uma categorização não ansiada, muito menos criada por eles próprios.

Durante o século XVI, com a intensificação da centralização de poder na figura da Coroa, mecanismos foram impostos para que houvesse maior domínio político-institucional e jurídico sobre o território. Há a passagem do sistema de capitanias, para o de governo-geral, em 1549, com a chegada de Tomé de Sousa, que, não configurou, na prática uma total aniquilação do sistema de terra outrora vigente, mas apenas auxiliou no processo de redução de poder desses proprietários sobre o território, o qual não foi demasiado satisfatório, digamos assim. Isso porque, até a primeira república, resquícios desse acúmulo de poder nas mãos dos proprietários era característico, fazendo com que



a mesma ficasse conhecida como república oligárquica. Mas, qual a relação estabelecida entre esses fatos e os povos indígenas? Muitas.

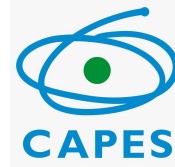
No quesito territorial-físico, com a outorgação de maior poder por parte da Coroa, o Imperador era o detentor da propriedade de todo o território, sendo os capitães, aqueles que exerceriam o poder sobre as localidades. Isso é relevante porque, os territórios que, nessa época eram culpados pelos povos indígenas, que, há séculos aqui estavam estabelecidos, foram atribuídos como de propriedade exclusiva do rei, retirando-lhes, progressivamente, o seu direito a uma relação mais direta com a terra, seja pela tomada de terras pelos colonos, seja impossibilidade de livre-circulação pelo território, agora ocupado pelos seus “descobridores”, que já caracterizava uma espécie de aniquilação do modo como viviam e se inter relacionam, na medida em que, em sua maioria, eram povos nômades.

No ano de 1549, com a chegada de Tomé de Sousa e a instalação do que ficaria conhecido como governo-geral, adentraram no país figuras importantíssimas no processo de imposição cultural e religiosa, ainda que, por vezes, atenuadores de males físicos: os jesuítas. Sobre os jesuítas, importa apontar algumas questões importantes. Apesar de tratar-se de um tempo de atuação de abrangência expressiva, abarcando, inclusive, algumas rupturas importantes nos século XVIII com a atuação do Marquês de Pombal, ateremo-nos aqui a um período específico, qual seja, o correspondente à chegada de Manoel Nóbrega e Anchieta, os primeiros jesuítas, ao Brasil, marcado essencialmente pela atuação missionária. Não calcada em alteridade, consenso, convencimento e articulação, a missão desses jesuítas era afirmar o Outro como inferior e se autopromover enquanto civilizadores, adotando, portanto, uma postura de defesa das mais variadas medidas coercitivas, a fim de que seu plano de civilização fosse completado sem grandes interrupções. (SUESS, 2006).

É importante ressaltar que as concepções defendidas por esses jesuítas nesse período, longe de isoladas da Modernidade que estava por se desenvolver, em tese, na Europa, era parte dela, e reverberava as nascentes disputas filosóficas que tratavam acerca da humanidade desses povos. Sobre a principal delas, falaremos a seguir, antes de retornarmos aos jesuítas no Brasil, em específico.



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESC



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

### 3 CONCEPÇÕES FILOSÓFICAS DA MODERNIDADE

Pensar a Modernidade sem pensar no processo de colonização é uma atitude que obscurece a parte mais fundamental desse tempo histórico que, longe de findado completamente, possui efeitos cujo reverberar ainda se sente. Nesse sentido, antes de falarmos sobre os cartesianos e os contratualistas, importa que falemos de duas figuras que, originadas do meio religioso, travaram uma vigorosa batalha sobre os conceitos de humanidade, alma e guerra justa, os quais, longe de desvencilhados do tema abordado, explicam, ao menos em parte, fortes concepções ainda hoje defendidas.

Ginés de Sepúlveda, filósofo, anti-humanista, leitor de aristóteles e de Santo Agostinho, defensor do Cristianismo e total e completamente a favor da chamada “guerra justa” contra os povos indígenas, que, atrasados, bárbaros e não-humanos, quanto não humanizados, por meio de processos de incorporação e aculturação, devem ser eliminados. A noção de “guerra justa”, para ele, consistia na prática de violência, tortura e degradação dos povos e de suas práticas culturais, rituais e religiosas, a fim de que, abastados das trevas, pudessem ser levados à luz, trazida pela Modernidade europeia cristã.

[...] “Têm [certamente] um modo institucional de república, porém nenhum deles possui qualquer coisa como própria, nem uma casa, nem um campo, de que possam dispor e nem deixar em testamento aos seus herdeiros [...] estão sujeitos à vontade e aos caprichos [de seus senhores] e não à sua própria liberdade [...] Tudo isso [...] é sinal certíssimo do ânimo de servos e de submissão destes bárbaros.” (DUSSEL, 2015, citando Sepúlveda, 1967, pp. 110-111)

Tal concepção de iluminação, superioridade do eu frente ao Outro inferior e ávido por civilidade e humanidade, aparece como constante nos discursos da Modernidade e, ainda que de forma implícita e/ou atenuada, nas práticas e discursos institucionais atuais. Mas, acerca disso, falaremos posteriormente.

Bartolomé de Las Casas foi frei, filósofo, humanista, leitor de Aristóteles e de São Tomás de Aquino, defensor do Cristianismo e veemente opositor do genocídio cometido pelos europeus contra os povos indígenas, na América Espanhola, iniciado no ano de



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESC



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

1492. Conforme aponta Enrique Dussel, ele foi o primeiro filósofo a desenvolver uma crítica ao discurso da Modernidade marcado pela defesa de uma superioridade política, social e cultural dos povos europeus frente aos outros espalhados pelo planeta, superioridade essa que permitia a imposição de medidas extremas de conversão e civilização. Las Casas, portanto, ao fugir da concepção de imposição cultural e religiosa pela força, ainda que de modo limitado, na medida em que defendia ser o acreditar no Deus europeu uma verdade que deveria ser espalhada aos povos indígenas, imporia uma lógica de compreensão do Outro que divergia de todas as precedentes, principalmente de Sepúlveda. Poderia-se dizer ter sido essa mudança de concepção uma espécie de revolução copernicana do discurso até o momento desenvolvido. Isso porque levava a discussão para o ponto diametralmente oposto, de olhar o outro com igualdade, sem desconsiderar a diferença. *“Bartolomé é o primeiro crítico frontal da Modernidade, duas décadas depois do seu nascimento. Porém, sua originalidade não se situa na lógica ou na Metafísica, senão na Ética, na Política e na História.”* (DUSSEL, 2015, pg.4)

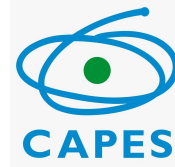
Tal diferenciação marca um ponto de descontinuidade que afirma o Outro enquanto igual, ou seja, adota uma perspectiva de alteridade e, sob essa ótica, acredita serem o convencimento e a retórica os meios legítimos, quer seja na visão real, quer na divina, de se ampliar os horizontes de pregação do Evangelho a esses povos. Outro ponto que acreditamos ser crucial na virada de chave que Las Casas proporcionou é a noção de ignorância como vedação à afirmação de uma guerra justa por parte dos europeus, sendo esse conceito somente utilizado caso provenha de uma ofensiva advinda dos próprios indígenas, os quais, ameaçados constantemente, adquiririam o direito de reagirem às violências a eles impostas pelos europeus.

“[...]eu direi (como quem o diz diante de Deus) de tantas iniquidades e tiranias, que os índios nunca deram motivo aos espanhóis para tratá-los de tal maneira [...] E sei como certo que os índios sempre tiveram mui justo motivo de guerra contra os espanhóis e que os espanhóis nunca tiveram nenhuma guerra justa contra os índios senão que foram todas guerras diabólicas e muito injustas, mais que as que se possam atribuir a qualquer tirano que exista no mundo.” (LAS CASAS, 2008, pg.27, 28)

A atitude tomada por Las Casas levou a duas consequências práticas: a



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESC



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

necessidade da retórica enquanto meio de convencimento dos povos indígenas à verdade, que é o Evangelho e o afastamento dos preceitos divinos aqueles que se colocassem na empreitada de violência contra os povos indígenas. Consequentemente, os indígenas, que, na visão de Sepúlveda, não tinham lei, princípios, costumes consolidados, civilidade, e, em última instância, humanidade, passaram agora a uma posição de igualdade aos europeus, no sentido de que o modo de interpelá-los à religião europeia era o semelhante ao utilizado com relação aos outros europeus porventura não-cristãos, pela a retórica, pelo discurso e pelo o convencimento. Implicitamente, portanto, Las Casas defendeu a humanidade e a capacidade de pensamento racional desses povos, que, somente não havia aceitado o Deus europeu, porque não o conhecia, ou, o conhecia de modo deturpado, pela práticas violentas impostas pelos colonos europeus, as quais, longe de aproximar, afastaram cada vez mais esses indivíduos da conversão e da Luz.

Esses dois filósofos, no ano de 1550, a pedido de Carlos V, debateram, a fim de que as controvérsias que envolviam a questão da humanidade e da racionalidade dos povos indígenas fossem resolvidas, e, consequentemente, as práticas de violência e coerção fossem amenizadas. Sem um ganhador final, as tensões ali expostas foram característica de um longo tempo histórico ainda por se desenvolver. Voltemos, portanto, ao Brasil.

Em 1549, quando Francisco Xavier chega sem a proteção do Padroado Régio ao Japão, Manoel da Nóbrega, um jovem com 31 anos, aporta, na armada do primeiro Governador Geral do Brasil, Tomé de Sousa, com mais de 1000 homens entre soldados, funcionários, 400 degredados, na Bahia. [...] Somos **“guerreiros contra o diabo e a carne”** constata Anchieta[...]. A “perdição” do Outro era o pressuposto da empresa missionária. (SUESS, 2006)

A noção do Outro apresentada por esses primeiros jesuítas que aqui adentraram em 1549 ressoa muito da concepção de Sepúlveda, que via o Outro enquanto passível de ser civilizado, independentemente dos meios cruciais para tal fim, a fim de que deixasse a pecaminosidade intrínseca a sua vida “pagã”. Esse pontapé inicial demonstra, tão logo, a inferioridade imposta ao Outro frente ao Eu civilizador. No caso dos jesuítas no Brasil, ainda que, posteriormente, viessem a adotar uma posição de defesa desses



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESC



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

povos indígenas contra as violências impostas pelos colonos europeus, as noções de tutela e imposição cultural e religiosa ainda eram latentes nos discursos e práticas.

Com a experiência de nove anos de catequese no Brasil, Nóbrega elaborou junto a Mem de Sá um “Plano Colonizador” [8.5.1558]. O “Plano Colonizador” representa a síntese programática que norteou o trabalho missionário daquele momento histórico junto “ao mais vil e triste gentio do mundo”. Com a colonização disciplinadora, segundo Nóbrega, se ganha “muitas almas” (n.5) e “muito ouro e prata” (n.5). “Ordem” produz “progresso”. (SUESS, 2006)

#### **4 LUGAR SOCIOCULTURAL**

Entender o lugar sociocultural passa pelo entender os debates filosóficos acima expostos. Isso porque, menos especulação e hipóteses futurísticas, esses representaram fortes posições políticas que, na época, geraram consequências drásticas não somente sobre a forma como outros intelectuais, jesuítas e padres compreenderiam esses povos, mas, sobretudo, acerca da possibilidade legitimação política e, até mesmo, divina das guerras coloniais impostas contra esses povos. Nessa perspectiva, entender as contradições filosóficas, no fim, leva ao entendimento das próprias tensões sociais do contexto em questão.

Como a história não pode ser analisada como um conjunto de blocos separados entre si, mas sim como um todo que abarca continuidades e rupturas, tentaremos aqui traçar um fio contínuo entre àquelas concepções desenvolvidas no século XVI e a atual posição sociocultural e jurídica desses povos no contexto brasileiro, por meio da apresentação de determinadas posturas e práticas que, ainda que de modo atenuado e/ou implícito, reforçam as noções civilizatórias, tutelares e até mesmo de barbárie como característica fundamental desses indivíduos.

A concepção e classificação que hoje se faz com relação aos povos indígenas corresponde a um amálgama de todas as noções históricas, políticas, sociais, culturais e existenciais impostas a esses povos ao longo de 525 anos. O Outro como inferior e ansioso por civilização pode até ter permanecido oculto diretamente nos discursos dos últimos anos, mas as bases civilizatórias e impositoras de determinadas concepções culturais, sociais e políticas continuam presentes naqueles, o que retarda o processo de



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESC



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

consolidação de concepções político-jurídicas próprias desses povos como aceitáveis e inquestionáveis frente ao Estado e ao Direito, moderno e europeu.

Na fase atual da história, aquilo que outrora consolidou-se enquanto imposição religiosa e cultural, agora assume a faceta de imposição de jurídica e política, o que reproduz lógicas inferiorizantes e aniquila possibilidades alternativas de organização sócio-política e de resolução de conflitos que levem em conta as especificidades dessas comunidades. Como exemplo, podemos citar a Funai como órgão de tutela, que materializa claramente a negação da capacidade de pensamento e tomada de decisão por parte dos povos indígenas que precisam ter suas pretensões e reivindicações proferidas por uma entidade superior.

Tais questões apresentam-se enquanto reflexo das concepções de inferioridade do outro, porque, ao vê-los como não iguais, admite-se que o seu direito ao território seja violado, e, portanto, que tenham completamente alteradas as suas formas de vida, de sociabilidade, de convivência, de sustento, entre outros. Não se trata de hierarquização de demandas, no sentido de sobreposição das reivindicações indígenas frente a de outros indivíduos e entidades, mas de compreensão de que i) o território já era por eles ocupados muito antes que os europeus aqui chegassem; ii) as suas vidas possuem relação direta com o território em que habitam; iii) empreendimentos comerciais, industriais e até mesmo de preservação ambiental, não podem ser colocados em contraposição às práticas culturais e modos de vidas desses povos.

Sobre esse último ponto, importa ressaltar que, ainda que a manutenção das florestas e do Meio Ambiente seja uma questão de suma importância, inclusive, se tomar como base os possíveis impactos que a sua degradação pode gerar às gerações futuras, o real motivo para que os biomas tenham sido reduzidos a uma parcela ínfima daquilo que outrora era, não é a ocupação por parte desses povos, mas uma longa trajetória de ocupação da terra que se iniciou com as capitâneas, e, desenvolvendo-se ao longo dos anos, com a Lei de Terras, a lógica do padroado e, na medida em que o acúmulo de poder nas mãos dos proprietários ia se estabelecendo, havia a progressiva consolidação do sistema agropecuarista no país.

Portanto, o lugar sociocultural ocupado por eles é o de inferioridade e constante negação por parte dos não-indígenas, a partir da noção do Outro como inferior, não



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESC



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

pensante, e ansioso por tutela. Esse amálgama que está representado aqui pela noção de lugar, por se tratar de conjunto de relações dinâmicas e de ínfima estabilidade, deve ser constantemente tensionado de modo a direcionar a visão acerca de povos para aquela que, negando o caráter civilizatório por meio da imposição física, negue também pelos meios socioculturais, e, em última instância, pelos jurídico-institucionais. Tal atitude corresponderia, tal qual a de Las Casas no século XVI a uma revolução copernicana, na medida em que poria as reivindicações desses povos no mesmo patamar daquelas proferidas por outros indivíduos e entidades, não relegando-os a uma posição de encaixe ou precária compensação por eventuais malefícios causados e, nesse sentido, trabalharia com uma concepção diametralmente oposta à vigente.

## **5 LUGAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO**

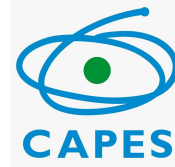
No fim do século XIX, não havia mais um sistema colonial nas Américas. Aquilo que outrora foram colônias, agora apresentavam-se como Estados independentes, repúblicas na sua maioria e Império, no caso do Brasil. Trata-se agora de uma nova estratégia colonial, que diferente daquela iniciada no século XV, possuía como ponto de partida o capitalismo consolidado que, para expandir o acúmulo de capital, necessitava de mão-de-obra barata e matérias-primas, as quais originaram-se das Américas, mas, principalmente, na África, cujo modelo de dominação adotado ainda era o colonial. Conheceu-se esse processo, posteriormente, por Partilha da África.

Nesse contexto, o continente africano, com exceção da Etiópia, ficou sob o controle de alguma potência europeia. Esse processo foi um segundo modelo colonial e, portanto, violento e exploratório. A Inglaterra e a França estenderam esse controle até grande parte da Ásia (Índia, Vietnã, Laos e Camboja). Alemanha, que ficou sem territórios na África, ansiava por alguns na Europa, o que levou a um tensionamento de conflitos que eram por anos vigentes naquele território. O resultado foi a Primeira Guerra e, com o seu fim, a tentativa de consolidação de um organismo internacional, o qual ficou conhecido como Liga das Nações, criada no ano de 1920.

O próprio nome da organização referendou o grande obstáculo à sua permanência: o conceito de estado foi definido no fim do século XIX e correspondia à



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESC



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

seguinte frase “um povo, um território, uma nação, um Estado”. Cada nação, portanto, deveria possuir um território e um governo, só que, várias nações que não tinham estado ansiavam por participar da liga das nações. Para além dos problemas já enfrentados em diversos estados europeus que eram pluriétnicos, para a liga das nações, os povos indígenas da América do Norte não eram uma nação, apesar de para os americanos, o serem. Cria-se então uma entidade multilateral, a OIT.

Para entender o direito dos povos indígenas, é preciso entender a OIT. Primeira organização internacional, que, visando a proteção e amparo a todos os trabalhadores do mundo, preocupou-se também em apurar as condições das populações nativas nesses países controlados pelos europeus. Questionavam se o ideal de civilização, no sentido positivo, estava se materializando, por meio de uma melhoria na qualidade de vida. Tentativas muitas foram a de levar o colonizador à necessária reprodução nas colônias das práticas da metrópole.

No primeiro momento da colonização, que ainda estava atrelada ao reino Ibérico, o modelo civilizacional constitui-se primordialmente de evangelização/cristianização, a qual, como o debate filosófico do século XVI mostrou, poderia ser realizada de duas maneiras: guerra(ego conquiro) ou consenso/retórica/convencimento(ego cogito). O segundo modelo, que se inicia, sobretudo, no século XVII, com o início do processo colonial por parte da Inglaterra que iniciava o processo de formação do sistema capitalista numa perspectiva interna, e pela colonização, exportava-o para o mundo, é o modelo do trabalho.

A OIT preocupava-se demasiadamente com esse modelo colonial de trabalho e, diferentemente, das Nações Unidas que surgiram anos mais tarde, não era composto por, somente representações dos estados, mas também por trabalhadores e sindicatos de trabalhadores. Era mais ágil, e partia de um ponto de vista daqueles que, mesmo diferentes, eram explorados. Ainda que desagradasse, por vezes, os Estados conseguiram se impor e desempenhar um papel fundamental na preservação desses povos originários na empreitada colonial do século XIX e XX.

Na década de 50, já no contexto do pós-Segunda Guerra marcado pelo genocídio contra minorias étnicas, buscava-se, de um modo geral, a prevenção contra possíveis genocídios futuros. Dentre as possibilidades vislumbradas, uma se mostrou fortalecida:



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESC



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

a de incorporação, aculturação e integração das minorias dentro da sociedade. Três palavras que remontam a uma concepção de negação de alteridade e de preservação das culturas e modos de vida diferentes, aniquilando, portanto, o ser indígenas. A consolidação dessa concepção “ego conquiro”, ainda que de modo não fisicamente violento, levou à retomada da noção do Outro como inferior e da noção missão e civilização, no sentido de trazer à Luz dos primeiros jesuítas chegados ao Brasil no século XVI. A criação da Convenção 107, da qual o Brasil se tornou signatário durante o governo militar, materializou todo o pensamento acima exposto:

Artigo 2º 1. Competirá principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistemáticos [...] para: [...]

c) **criar possibilidades de integração nacional, com exclusão de toda medida destinada à assimilação artificial dessas populações.** [...] (OIT, 1957)(grifos nossos)

Mesmo que haja atenuação através do uso de palavras positivas, de noções de direitos individuais, de pretensões desenvolvimentistas, a base cultural por detrás esse documento, aponta para uma noção de superioridade civilizacional do grupo que o elabora, na medida em há a afirmação de que o real melhoramento de vida desses indivíduos somente advirá de um processo de incorporação e assimilação de práticas sociais, culturais e políticas características da sociedade, no sentido de pessoas não-indígenas, submetidas ao Estado, que, no fim, remonta a uma concepção europeia de organização política e social condensada em uma abstração, surgida no século XVI, que resulta em afastamento das próprias relações sociais, de modo que se atribui a ele uma perspectiva de autonomia e corporificação.

Essas mesmas pretensões civilizatórias e de incorporação estavam presentes da redação do Código Civil de 1916:

**Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:(revogado)[...]**

**IV. Os silvícolas.(revogado)**

Parágrafo único. **Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, o qual cessará á medida que se forem adaptando á civilização do paiz.**(revogado)(BRASIL, 1916)



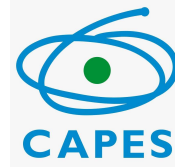
Portanto, ambos dispositivos normativos materializam no Direito aquilo que na prática se deu por meio de um processo de perda de identidade cultural, fundado em concepções filosóficas originadas do século XVI e que estabeleceu-se enquanto mais uma das facetas do genocídio contra os povos indígenas, que de físico e religioso, possui enquanto cultural, político e jurídico, estando as primeiras formas ainda vigentes, mesmo que a primeira, de modo atenuado.

Na Constituição de 1988, pelo caráter mais democrático da Assembleia Constituinte de 1986, apresentou-se com a proposta de ter um capítulo (Capítulo VIII) com o direito dos índios: os povos da floresta foram à Brasília.

**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. [Regulamento](#) [...] (BRASIL, 1988) (grifos nossos)**

A partir desse texto normativo, já se pode constatar uma mudança crucial de perspectiva: o reconhecimento dos costumes, língua, direitos, modos de vida e organizações dos povos indígenas. Tal noção, como já explicitado, remonta ao “ego cogito” que apreende o outro enquanto ser pensante e igual, no sentido de poder realizar todas as suas práticas que o fazem ser quem é. Sobre esse ponto, duas considerações são importantes: i) o fato de o dispositivo legal em voga representar uma mudança de paradigma importante, por meio do reconhecimento do Outro enquanto ser igual não leva, necessariamente, a uma transformação consequente das práticas vigentes e ii) a virada de chave aí apresentada não foi mérito unicamente nacional, mas resultado de importantes debates que já se travavam no âmbito internacional acerca da defesa da identidade indígena, frente a sua perda àquela nacional.

Sobre o primeiro ponto, um exemplo demasiado claro é a continuação da atuação da Funai enquanto órgão de tutela durante todos esses anos e, não só, como ampliação de suas atribuições, na medida em que, por meio do Decreto 12.373 emitido em janeiro do presente ano, regulamentou-se o Poder de Polícia dessa entidade, que, novamente, aparece no texto normativo acompanhado de pretensões positivas de proteção e segurança desses povos, mas, pela recente implementação, ainda não conseguimos



dimensionar os possíveis impactos: “Art. 1º *Este Decreto regulamenta o exercício do poder de polícia da Fundação Nacional dos Povos Indígenas – Funai nas terras indígenas e nas áreas objeto de portaria de restrição de uso para a proteção dos direitos desses povos.*”(BRASIL, 2025)

Sobre a percepção internacional já em voga à época, trata-se de falar da OIT que, em 1988/1989, defendia a revisão da Convenção 107, a fim de que os povos indígenas tivessem o direito à sua própria identidade. Nesse contexto, surge a Convenção 169, destinada ao atendimento aos povos indígenas que não ansiavam pela perda de sua identidade cultural. A partir de 1989, a noção de que os povos indígenas teriam o direito de viver de acordo com a forma que desejassem consolidou-se enquanto predominante. A aprovação da segunda não levou à consequente e imediata extinção da primeira, permanecendo as duas a vigor ao mesmo tempo. Restava facultada, então, aos países, a adoção de uma das propostas. O Brasil denunciou a Convenção 107 em 1996 e somente incorporou a Convenção 169 em 2004.

Resta agora breve exposição acerca dos possíveis motivos que levaram a essa mudança de perspectiva. Nas décadas de 40 e 50, contexto da criação da Convenção 107, os EUA bancaram uma parte da reconstrução da URSS. A competição se enfureceu no fim da década de 50, aliada aos processos de independência na Ásia e nos estados africanos. As colônias portuguesas na África só deixaram de sê-lo com a queda de Salazar nos anos 70. Por exemplo, Moçambique e Angola adotaram o modo de produção capitalista. A guerra fria explode: de um lado o capitalismo representado pela potência estadunidense e, do outro, o comunismo, ou a pretensão dele, materializado na figura da URSS. Nesse sentido, constata-se a era de uma batalha ideológica, política e social que se dava pela contraposição dos conceitos de “estado de bem-estar social” e “igualdade”, os quais não passavam de duas promessas.

Em 1988/1989, a OIT passou a afirmar reivindicações por parte dos povos indígenas, no sentido de revisão da Convenção 107, visto que sacrificava a sua autonomia identitária, em face de uma identidade nacional. Tal posição apesar de positiva, a meu ver, no sentido de concessão de maior autonomia a esses povos com relação a seus costumes, religiões, práticas sociais e políticas, entre outros, está intrinsecamente aliada ao contexto sócio-político de fim do embate ideológico entre o capitalismo e o comunismo, dado que em 1989, chegou ao fim um dos polos da luta: a



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESC



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

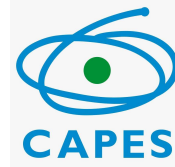
queda da URSS era concretizada. Queda essa que não levou à substituição de um dos polos por outro protagonista, nem mesmo levou a uma ordem multipolar, na qual os países podem atuar politicamente de modo igualitário, mas sim uma hegemonia e dominação ideológica do capitalismo e, na figura dos EUA, organizou todo o sistema econômico do mundo em favor da acumulação capitalista. Processo esse que, não pacífico, muito menos homogêneo, é posto em cheque pela ascensão de novos atores sócio-políticos no contexto atual, mas tais não vem ao caso nesse momento.

Trata-se de aqui de uma desnecessidade quanto a implementação de um estado de bem-estar social. Isso porque, não havendo alternativa à sua frente, o capitalismo não precisava mais fornecer direitos sociais e se fortalecer enquanto opção por meio dele. Não era preciso mais a promessa de igualdade, pois só havia um sistema econômico dominante.

Nessa lógica, a convenção 69 da OIT teria além de seu papel principal, o papel de, ao reconhecer os povos indígenas como comunidades autônomas, escusar o Estado de prestar serviços básicos para estas comunidades, sob a justificativa de “não interferir nos seus modos de vida”. Assim, infraestrutura, lazer e saúde, por exemplo, somente seriam garantidos às comunidades urbanas.

Feitas as considerações sobre essas Convenções, importa agora discutir sobre o lugar ocupado pela Convenção 169 dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Pode-se questionar se o trabalho busca afirmar a redução do lugar dos povos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro a uma Convenção. Definitivamente não. Mas, como são muitas as questões que envolvem essas relações entre esses povos e o ordenamento jurídico e, algumas delas já foram tratadas na parte sobre o lugar sociocultural, optamos aqui por delimitar a análise jurídica a uma norma em específico, que trata acerca da autonomia e autodeterminação desses povos, e, conseqüentemente, o lugar por ela ocupado dentro da ordem jurídica brasileira. Sendo esse demarcado ou não, é elucidativo de alguns aspectos sociais, políticos e culturais que envolvem as concepções acerca desses povos.

Art. 5º.[...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às



emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)  
(BRASIL, 1988)

Diversas são as posições doutrinárias que tratam sobre o lugar que deveria ser ocupado por esses tratados e convenções internacionais: a) a vertente que reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos; (Celso de Mello); b) o posicionamento que atribui caráter constitucional a esses diplomas internacionais; (Cançado Trindade); c) a tendência que reconhece o status de lei ordinária a esse tipo de documento internacional; (Min. Xavier de Albuquerque - 1977) e d) por fim, a interpretação que atribui caráter supralegal aos tratados e convenções sobre direitos humanos. (Const. França, Alemanha, Grécia).

A última tese que enxerga o Instituto ao mesmo tempo como infraconstitucional e supralegal é a adotada pelo STF, apesar de o mesmo não fazer o uso recorrente em seus acórdãos, se é que se pode dizer que é utilizado.

Uma diferenciação temporal também é feita, sendo a Convenção 169 inserida na segunda categoria: tratados anteriores à CRFB 1988, tratados incorporados entre outubro de 1988 e dezembro de 2004 e tratados incorporados após dezembro de 2004.

Para finalizar essa questão, importa destacar a posição do Ministro Celso de Mello, acerca da Convenção 169 no ordenamento jurídico brasileiro, a qual, contrapondo-se à adotada pelo STF e pela maioria das doutrinas, atribui àquela um caráter constitucional, ainda que peculiar. Isso porque, sendo essa de 1989, e, portanto, anterior à Emenda Constitucional, deveria ser colocada na mesma posição hierárquica que a Constituição Federal. Mas, seria isso interessante para o Poder Público? Qual o lugar que esses direitos devem ocupar? O mesmo ocupado pelos direitos fundamentais? Se esses já são inerentes a todos os seres humanos, para que reconhecer a alteridade desses povos? Por que deveriam os indígenas ter o seu próprio direito? Muitas questões, complexas respostas.

A peculiaridade de seu argumento se dá pela defesa do caráter constitucional de uma norma que não se encontra presente do próprio texto constitucional, ou seja, no sentido formal não se trata de uma norma constitucional. Para tal, afirma serem os direitos ali garantidos direitos humanos, ou seja, estão em paridade com os direitos



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESC



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

fundamentais estabelecidos na Constituição. Nas palavras, reverberantes da concepção humanista de Las Casas, do Ministro:

E, mais importante, essa convenção, por versar a questão dos direitos humanos, de direitos fundamentais, desfruta, segundo entendo, na ordem jurídica nacional, de uma clara posição hierárquica que lhe confere natureza constitucional, para além da própria noção de suprallegalidade.(BRASIL, 2018)

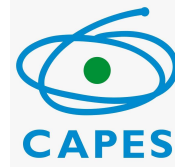
Para tais normas que, material, mas não formalmente constitucionais, o Ministro atribui, baseado em estudiosos da área, o nome de bloco de constitucionalidade:

O bloco de constitucionalidade nada mais é que a somatória daquilo que se contém na constituição escrita [...] mas também daquilo que se adiciona a essa mesma ordem constitucional positiva, em função dos valores princípios nela consagrados. (BRASIL, 2018).

## **6 CONSIDERAÇÕES FINAIS/CONCLUSÃO**

Feitas as exposições filosóficas, teóricas, políticas, sociais e normativas acima, é possível afirmar que os povos indígenas têm direito a ter seu próprio direito? Ou necessitam de tutela e/ou civilização pelo ordenamento jurídico de origem europeia que se desenvolveu paralelamente ao genocídio praticado contra essas mesmas populações nas Américas? Qual o referencial de certeza e verdade inerente ao ser humano que existe e deve justificar a aniquilação das bases socioculturais e, portanto, jurídicas desses povos? Por que não adotar uma posição tal qual aquela adotada por Las Casas de apresentação, alteridade e tentativa de convencimento pela retórica? Ou então ainda atualizá-la de modo a retirar o aspecto da imposição, tornando a alteridade baluarte daquilo que se materializará sob o viés de uma participação estatal somente naquilo em que for demandado por um indivíduo, apoiado por uma coletividade concordante, e não de forma constante ou mesmo contra o próprio desenvolvimento sociocultural dessas comunidades.

Poderia-se argumentar que essa perspectiva foi adotada pela convenção 169 e pela Constituição, mas grandes são os problemas quanto a efetiva participação daquela nas decisões e, portanto, nas práticas institucionais implementadas, levando, sob esse



viés, a um cenário de permanência de tutela e redução de autonomia desses povos. Importa ressaltar que não se trata aqui de uma defesa da completa inação do Estado quanto a implementação de políticas públicas que revertam em benefício e melhora da qualidade de vida desses povos, menos ainda de aludir à total e completa liberdade individual aclamada pelos franceses no século XIX, mas de uma defesa da alteridade, no sentido de reconhecer o outro como diferente, distinto mas, paralelamente, tratá-lo como igual em direitos.

Portanto, qual o lugar dos povos indígenas no Brasil? Bom, para responder essa pergunta deve-se percorrer uma gama variada de noções, ideias, perspectivas, pensamentos, práticas e atitudes, mas, sobretudo, importa ressaltar que, definitivamente, não é o de pessoa plena, no sentido de total reconhecimento de racionalidade e autonomia. Entre as tutelas, imposições jurídicas, políticas e culturais, resta as noções de civilização aludidas por Sepúlveda. A diferença que se impõe aqui é que de uma “guerra justa” no sentido de violência física, passou-se a uma guerra de normas jurídicas, instituições políticas, religiões cristãs, entre outras.

Solucionar o problema, passa, necessariamente, pela construção social e política moldada para esses indivíduos de modo a inferiorizá-los. Tarefa essa que não se apresenta fácil, dados os múltiplos fatores econômicos, sociais e políticos que apontam enquanto impeditivos. Entretanto, sem dúvidas, o primeiro passo é reconhecer as diferenças. Tal reconhecimento, ainda que precise de maior ampliação, pode e deve ser iniciado na academia, que auxilia no processo de construção e elaboração de noções filosóficas, políticas e jurídicas. Nesse sentido, acreditamos ter dado, ainda que ínfimo, o primeiro passo.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto n. 12.373, de 2025**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2023-2026/2025/decreto/d12373.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2023-2026/2025/decreto/d12373.htm). Acesso em: 18 jul. 2025.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 18 jul. 2025.



**PPGD**  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO • UNESC



**fapesc**  
Fundação de Amparo à  
Pesquisa e Inovação do  
Estado de Santa Catarina

BRASIL. Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil de 1916**. Disponível em:

<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=3071&ano=1916&ato=c160zYE1UNnRVTa37>. Acesso em: 18 jul. 2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Min. Celso de Mello acerca da Convenção 169 da OIT e seu posicionamento no ordenamento jurídico brasileiro**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3239, sessão de 08 fev. 2018.

CAMINHA, Pero Vaz de. **Carta a El-Rei Dom Manuel sobre o achamento do Brasil**. Transcrição disponível em: <https://antt.dglab.gov.pt/wp-content/uploads/sites/17/2010/11/Carta-de-Pero-Vaz-de-Caminha-transcricao.pdf>.

Acesso em: 13 jul. 2025.

LAS CASAS, Frei Bartolomé de. **O paraíso destruído: a sangrenta história da conquista da América Espanhola**. Tradução de Heraldo Barbuy. 2. ed. Porto Alegre: L&PM, 2008. (Coleção L&PM Pocket).

MACHADO DOS SANTOS, B. **Missões e colégios: os jesuítas no Brasil no final do século XVI**. *Sacrilegens*, [s. l.], v. 4, n. 1, 2007. Disponível em:

<https://periodicos.ufjf.br/index.php/sacrilegens/article/view/26417>. Acesso em: 10 jul. 2025.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 169 sobre Povos Indígenas e Tribais, 1989**. Disponível em: <https://encurtador.com.br/q426N>. Acesso em: 10 jul. 2025.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção n. 107 sobre Povos Indígenas e Tribais, 1957**. Disponível em: <https://encurtador.com.br/1P4Fm>. Acesso em: 10 jul. 2025.

SUESS, Paulo. **A HISTÓRIA dos jesuítas no Brasil**. *Cimi*, 2006. Disponível em: <https://cimi.org.br/2006/01/24398/>. Acesso em: 13 jul. 2025.