

DISCRIMINAÇÃO, POVOS INDÍGENAS E PODER JUDICIÁRIO NA AMAZÔNIA: análise crítica da demarcação da Terra Indígena Maró

DISCRIMINATION, INDIGENOUS PEOPLES AND JUDICIARY: critical analysis of the Maró Indigenous Land demarcation

Adalberto Fernandes Sá Junior¹

Resumo: O Poder Judiciário discrimina institucionalmente os povos indígenas quando da aplicação do Direito? Se sim, de que forma? Adotando os Estudos Críticos Indígenas do Direito como pressuposto metodológico fundamental, esta pesquisa emprega a técnica do estudo de caso do processo n.º 2010.38.02.000249-0, por meio do qual a Subseção Judiciária da Justiça Federal no município de Santarém, estado do Pará, não reconheceu a qualidade de indígena do autodenominado povo Borari-Arapium e, por conseguinte, indeferiu a demarcação da Terra Indígena Maró. Chega-se à conclusão de que o Poder Judiciário discrimina institucionalmente os povos indígenas ao exigir o preenchimento de uma identidade racista, culturalmente imperialista e colonizadora para que os povos indígenas tenham acesso aos seus direitos constitucionalmente garantidos. O Poder Judiciário, ao não reconhecer os povos indígenas como sociedades políticas, contribui, pela legitimação/normalização, para que a relação de dominação colonial e de exploração econômica levada a efeito pelo capitalismo de Estado brasileiro continue a ter seu curso.

Palavras-chave: discriminação; povos indígenas; Poder Judiciário.

Abstract: Does the Judiciary institutionally discriminate against indigenous peoples when applying the Law? If yes, in what way? Adopting Indigenous Critical Legal Studies as a fundamental methodological assumption, this research employs the case study technique of process no. 2010.38.02.000249-0, through which the Judiciary Subsection of the Federal Court in the municipality of Santarém, state of Pará, did not recognize the indigenous status of the self-styled Borari-Arapium people and, therefore, rejected the demarcation of the Maró Indigenous Land. The conclusion is that the Judiciary institutionally discriminates against indigenous peoples by demanding the fulfillment of a racist, culturally imperialist and colonizing identity in order that indigenous peoples have access to their constitutionally guaranteed rights. The Judiciary, by not recognizing indigenous peoples as political societies, contributes, through legitimization/normalization, in order that the relationship of colonial domination and economic exploitation carried out by Brazilian state capitalism continues to take its course.

Keywords: discrimination; indigenous peoples; Judiciary.

¹ Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) do Instituto de Ciências Jurídicas (ICJ) da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor Adjunto de Direito Público e Direito Privado do Instituto de Estudos em Direito e Sociedade (IEDS) da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará (UNIFESSPA). Membro do Grupo de Pesquisa Teorias Normativas do Direito. E-mail institucional para contato: adalberto.junior@unifesspa.edu.br.

Introdução

O Poder Judiciário discrimina institucionalmente os povos indígenas quando da aplicação do Direito? Se sim, de que forma? Para responder a esse problema, cumprimos três objetivos específicos: a) analisaremos, em primeiro lugar, o que é discriminação, para identificar se a intencionalidade e a arbitrariedade são condições suficientes e necessárias para a caracterização de um ato como discriminatório; b) posteriormente, investigaremos o resultado e as razões determinantes (*ratio decidendi*) do julgamento do processo n.º 2010.38.02.000249-0 da Subseção Judiciária da Justiça Federal no município de Santarém, estado do Pará. Nesse julgamento, o juízo estabeleceu que as comunidades ribeirinhas São José III, Novo Lugar e Cachoeira do Maró, as quais passaram a se autoidentificar, a partir do ano de 2003, como povo indígena Borari-Arapium e a reivindicar a demarcação da Terra Indígena Maró, não são povos indígenas genuínos; c) por fim, verificaremos se o resultado e as razões determinantes desse julgamento contrariam a expectativa normativa do povo indígena Borari-Arapium por emancipação, tornando-se possível identificar, a partir do que eles entendem por discriminação, a forma como querem ser reconhecidos.

Esta pesquisa adota, como pressuposto metodológico fundamental, os estudos críticos indígenas do direito (*critical indigenous legal studies*)². A partir de um ponto de vista moralmente engajado e comprometido com o ideal de emancipação manifestado pelos povos indígenas submetidos ao poder do Estado, institucionalizado por meio do Direito, esse campo de estudos pretende criticar/denunciar o sistema jurídico e seus pressupostos, com o fim de identificar as diferentes formas por meio das quais o Direito legitima, perpetua e justifica os estigmas sociais e culturais contra essas minorias subalternas. Trata-se, assim, de uma agenda de pesquisa formulada por autores e autoras indígenas, cujo principal propósito é verificar de que forma discursos, práticas e instituições jurídicas estabilizam e possibilitam a reprodução das relações de poder e dominação em desfavor dos povos indígenas/originários/colonizados. Por outro lado, o estudo do caso Borari-Arapium será a técnica principal de pesquisa a ser empregada.

Poder Judiciário e Discriminação Institucional

O Poder Judiciário discrimina institucionalmente os povos indígenas quando da aplicação do Direito? Se sim, de que forma? Essa pergunta pode soar incompreensível para a grande maioria dos intérpretes do direito — juízes e juízas, promotores e promotoras de justiça, advogados e advogadas —, acostumados com uma concepção bastante restrita do que é a discriminação. Para eles, a discriminação se resume à discriminação direta (Moreira, 2017), isto é, a um ato necessariamente individual, que pode ser decomposto em dois aspectos: um objetivo e

² Glen Coulthard (2014), Brenna Bhandar (2018), Jody Byrd (2011), Aileen Moreton-Robinson (2015, 2016), Robert Nichols (2019), Mark Rifkin (2017), Audra Simpson (2014), Alfred Taiaiake (2015) e Dale Turner (2006) podem ser apontados como os autores e autoras mais destacados desta corrente do pensamento político-jurídico.

outro subjetivo.

O aspecto objetivo do ato diz respeito às consequências empiricamente observáveis. Nesse sentido, a discriminação poderia ser conceituada como todo ato individual cuja consequência principal é a criação de uma desvantagem ou de um prejuízo antes inexistente para outrem, desvantagem esta que pode ser de ordem material ou simbólica.

A desvantagem material refere-se à desigual distribuição de recursos e oportunidades sociais necessariamente escassas, como, por exemplo, quando se é negada a uma pessoa uma posição empregatícia de alto rendimento e prestígio por outra razão que não seja o seu próprio mérito pessoal.

A desvantagem simbólica, por sua vez, também denominada desigualdade de *status* (Fraser, 2022), vincula-se à negação de igual reconhecimento à identidade de uma pessoa, como, por exemplo, quando se admite uma pessoa em determinado cargo de prestígio, mas se exige, para tanto, que ela se conforme ao padrão publicamente compartilhado de comportamento e apresentação visual dentro do ambiente empresarial. A pessoa é até admitida no emprego — não representando, portanto, uma desvantagem material, como visto —, mas lhe será exigido, ainda que indiretamente, alisar o cabelo, se pessoa negra, ou esconder sua identidade *gay* ou lésbica, por meio da cópia do padrão de comportamento heteroafetivo.

O aspecto subjetivo do ato discriminatório, de outro turno, diz respeito à intenção do agente. Para que um ato individual configure discriminação, o agente deve querer necessariamente o resultado por ele produzido, isto é, deve querer criar a desvantagem ou o prejuízo, de ordem material ou simbólica, em desfavor de outrem, tratando-o com desigualdade por vontade própria.

Mas por que alguém desejaria, em sã consciência, tratar alguém com desigualdade? O liberalismo enfrenta dificuldades para explicar as razões psicológicas que motivariam alguém a deliberadamente discriminar (Bonilla-Silva, 1997). Como ele concebe a sociedade como um projeto político plenamente colaborativo, em que cidadãos iguais e livres, motivados pelas razões certas, firmam eles mesmos os termos da cooperação social pelos quais se hão de reger, a discriminação só pode ser compreendida como um ato individual e irracional de violação do compromisso social básico, estabelecido anteriormente pelos próprios cidadãos, com a igual consideração e respeito (*equal concern and respect*) por todos. Irracional, justamente, porque fundado em razões que não encontram respaldo no compromisso social com o princípio igualitário, assemelhando-se, assim, a qualquer outra conduta delituosa.

Os estudos jurídicos críticos (*critical legal studies*), por sua vez, críticos que são do liberalismo político enquanto face complementar do formalismo jurídico, já enxergam a questão de uma perspectiva completamente distinta. Para esse campo de estudos, a discriminação é um tipo de agência altamente qualificada racionalmente, pelo menos no seu sentido instrumental. Dizem os estudos críticos do direito: alguém só poderia querer prejudicar outrem se motivado a

preservar um privilégio de que desfruta, uma vantagem imerecida (isto é, não resultante de seu mérito pessoal devidamente compreendido), traduzida na forma de uma hierarquia social que lhe beneficia, tanto em termos materiais quanto simbólicos.

No entanto, como podemos conceber uma posição individual de vantagem como privilégio? Em se tratando de uma relação bilateral, tal como concebida pelo liberalismo, o uso da palavra “privilégio” parece simplesmente não fazer sentido. Para compreender por que o uso da palavra “privilégio” é adequado neste caso, precisamos deixar de lado toda e qualquer tentativa abstrata, atemporal e totalizante de compreender o ser humano para, isto sim, compreendê-lo dentro do quadro sócio-histórico em que se encontra situado desde o início.

Assim, a partir do ponto de vista dos povos originários, como recomenda os estudos jurídicos críticos indígenas, a sociedade política brasileira não pode ser considerada, de nenhuma forma, fruto de um acordo de vontades entre cidadãos igualmente livres e plenamente cooperativos. Essa descrição de uma sociedade política feita pelo liberalismo, ainda que para fins exclusivamente avaliativos, acaba por invisibilizar as reais relações de poder, servindo como instrumento ideológico nas mãos daqueles que oprimem e dominam.

Quais são, então, essas reais relações de poder? Para os povos indígenas, nós nunca saímos do período colonial (Bhandar, 2018; Byrd, 2011; Nichols, 2019; Rifkin, 2017). O Estado brasileiro ainda pode ser descrito como uma sociedade política invasora. Os povos indígenas, desde a invasão de 1500 até os dias atuais, ainda se encontram sob o jugo de um projeto de dominação total, que combina a subjugação no âmbito político (colonização) com a exploração e a marginalização no âmbito econômico (capitalismo). A fundação do Estado brasileiro não pode ser dissociada desse projeto de dominação total, que combinou os interesses da monarquia portuguesa, ávida pela expansão dos territórios além-mar sob seu domínio, com o anseio de uma classe social emergente burguesa por novos mercados. Essa associação entre o poder político e o capital econômico, que marcou o Brasil na sua origem, continua até hoje em formas sempre renovadas de capitalismo de Estado, havendo, portanto, mais continuidades do que discontinuidades entre o passado e o momento presente.

Isso só foi possível porque, diferentemente do que ocorreu no Oriente (por exemplo, a colonização da Índia pela Inglaterra), as colônias deste canto do mundo não foram do tipo exploração, mas seguiram, isto sim, o modelo de ocupação (*settler colonialism*) (Veracini, 2010; Wolfe, 2006). Assim, não se pode dizer, da perspectiva dos povos indígenas, que houve, em algum momento, o término oficial do sistema colonial, restando apenas relações de poder pós-coloniais entre sociedades políticas formalmente independentes³, porque os invasores portugueses nunca foram, de fato, embora, nem as terras indígenas foram restauradas aos seus antigos ocupantes. Portanto, da perspectiva das pessoas indígenas, o atual Estado constitucional

³Essa, inclusive, é a grande diferença entre os estudos pós-coloniais (Young, 2016) e os estudos críticos indígenas do direito.

brasileiro continua a ser um Estado de exceção permanente (Melo, 2019), de guerra, invasão e colonização. Em outras palavras, o processo de conquista perdura até hoje.

Se, por um lado, o processo de conquista está associado à faceta política do projeto ultramarino de dominação total, com todo genocídio, subjugação político-colonial e invisibilidade social dos povos indígenas daí resultantes, o lado econômico desse mesmo projeto visava reduzir as pessoas indígenas a uma força de trabalho escrava capaz de sustentar o crescimento acelerado do capitalismo comercial, razão pela qual se tornou necessário justificar a exploração da mão-de-obra indígena por meio de um imaginário cultural, amplamente compartilhado pelas pessoas brancas e colonizadoras, de que essa exploração era eticamente justificável; de que as pessoas indígenas, em razão de sua natureza indolente, precisavam ser salvas pelo trabalho exaustivo.

Portanto, o processo de exploração econômica dos povos indígenas no Brasil, responsável pelo lugar de inferioridade por eles ocupado na hierarquia social dos dias de hoje, está imbricado desde o início com o processo cultural e simbólico de construção de uma imagem negativa dos povos indígenas, não condizente com a forma como eles querem ser reconhecidos, que justifica a posição econômica de subalternidade com uma alocação de *status* de inferioridade.

Portanto, nada mais irreal do que compreender a sociedade brasileira como uma sociedade de iguais, em que a discriminação, se existe, é excepcional, individual e irracional. Pelo contrário, trata-se de uma sociedade profundamente desigual, em que a discriminação lhe é estrutural (Bonilla-Silva, 1997; Friedman, 1975), uma vez que o lugar de cada pessoa na hierarquia social é determinado pelo seu pertencimento a um grupo social, que independe da vontade do *self* (do “eu”). É o outro (coletivamente considerado) que assim automaticamente o reconhece, em virtude de uma particularidade visível no *self*, mas que lhe é arbitrária (isto é, independente da sua vontade). Assim, a título de exemplo, pessoas são reconhecidas como negras pela cor da sua pele por instituições de segurança pública e, por esta razão, passam a ser tratadas desigualmente, ainda que as referidas pessoas assim não se autoidentifiquem. A mesma situação ocorre com pessoas indígenas, assim reconhecidas pelo outro também por características fisionômicas⁴.

O direito, nessa sociedade profundamente desigual, é a própria forma do capitalismo colonial (Coulthard, 2014). Fazendo as vezes de instrumento ideológico, atua para invisibilizar as reais relações de poder e, assim, induzir comportamentos conformes ao sistema. O direito liberal burguês, baseado que é na ideia de igualdade jurídica entre todos os cidadãos, tem no princípio da legalidade a sua expressão máxima. A lei vale como tal porque é fruto da deliberação entre cidadãos livres igualmente posicionados. Não por outra razão, esse direito liberal é monista, uma vez que o Estado é tratado como único centro de produção legislativa, dotado de

⁴É por essa razão que os povos indígenas também recaem no âmbito de estudo da teoria racial crítica (*critical race theory*) e não apenas dos estudos culturais ou étnicos (*cultural studies*) (Delgado; Stefancic, 2021).

poder soberano.

Se, por um lado, as características da legalidade e do monismo do direito liberal burguês parecem ser uma decorrência necessária da sua ancoragem na ideia de igualdade jurídica, da perspectiva dos povos indígenas, por outro, foi esse mesmo direito liberal burguês que reservou o tratamento igualitário perante a lei apenas para os cidadãos brancos colonizadores, enquanto negava paridade de participação às pessoas indígenas, seja excluindo-as da própria sociedade política e considerando-as pessoas estrangeiras ao invés de nacionais (como aconteceu nos Estados Unidos da América), seja incorporando-as à cidadania compartilhada, mas negando-lhes o efetivo exercício dos seus direitos (como no caso do Brasil, com as ideias de incapacidade de fato e tutela coletiva)⁵. Ao mesmo tempo, negou reconhecimento a fontes outras de produção normativa e às suas respectivas formas de exteriorização e, por consequência, invisibilizou a existência de um pluralismo jurídico já presente em território brasileiro.

As escolas jurídicas brasileiras também cumprem um papel importantíssimo para a manutenção da desigualdade estrutural na sociedade. Em primeiro lugar, fundadas que estão em um discurso formalista e liberal, elas pregam para cada nova geração de juristas profissionais que, em uma sociedade igualitária onde a discriminação é individual e acidental, o Poder Judiciário exerce um papel contramajoritário por excelência, atuando de forma imparcial na defesa dos direitos individuais das minorias, mesmo quando a garantia desses direitos obstaculiza ou impede a concretização do interesse coletivo.

Nesta tarefa, continuam a lecionar as escolas jurídicas em seu “sono dogmático” (Unger, 2015) que juízes e juízas deduzem diretamente a resposta correta para determinado caso a partir do sistema de regras e princípios que conforma o ordenamento jurídico, sem que, para tanto, seja necessário nenhum estágio de reflexão inerentemente política.

A linguagem dos direitos individuais, a diferença entre questões de justiça (*justice*) e de política pública (*policies*), o estabelecimento de métodos pretensamente racionais de interpretação jurídica são as garantias de que o discurso jurídico se mantenha apartado do discurso político e de que o Poder Judiciário se atenha ao “ideal de imparcialidade” (Young, 2011) no seu relacionamento com os demais Poderes, não invadindo áreas de competência essencialmente políticas da atuação estatal.

Nada mais irreal, porém, considerando a perspectiva dos povos indígenas. Em uma sociedade estruturalmente desigual como é a brasileira, na qual a paridade de participação entre todos os cidadãos é inexistente, a norma jurídica, inclusive a Constituição, só pode ser fruto da tensão e da luta política, durante o processo legislativo, entre os vários grupos sociais com visões divergentes de mundo presentes na sociedade.

É conhecido, no entanto, o fato de que, de uma mesma norma jurídica expressa

⁵ Para saber mais informações a respeito dos traços distintivos entre os processos de incorporação dos povos indígenas no Brasil e nos EUA, ver Holston (2013).

textualmente, podem-se obter diversas interpretações conflitantes, senão contraditórias. A disputa entre grupos sociais continua a acontecer, portanto, no âmbito de processos judiciais e depende da solução a ser dada a uma série de casos a partir da interpretação de normas jurídicas.

É aqui que o Poder Judiciário passa a exercer uma função relevantíssima para o sistema capitalista racial e colonial. Por meio de concursos bastante rigorosos, selecionam-se não aqueles que abstratamente são os mais preparados para o exercício da função, mas sim aqueles que especificamente se identificam com a visão e os interesses da classe dominante. Os vencimentos altos e os privilégios adquiridos fazem com que esta autoidentificação dos membros com a classe dominante não se desfaça ao longo da carreira.

Formados que foram pelo formalismo das escolas jurídicas e embebidos que estão pelo discurso jurídico liberal, esses membros acreditam fielmente que foram selecionados única e exclusivamente com base no seu mérito pessoal, apesar da coincidência bastante notória de suas raças, classes sociais e origens étnico-nacionais. Acreditam também que estão pura e simplesmente decidindo com base em uma interpretação exegética da lei, quando, na verdade, foram exaustivamente treinados para identificar, como resposta correta, a interpretação jurídica que atende aos interesses da classe dominante.

Nesse cenário, os estudos críticos indígenas do direito precisam se desincumbir de duas tarefas: em primeiro lugar, demonstrar as contradições internas do discurso jurídico dominante (*trashing*), de modo a revelar sua associação com o discurso político da classe opressora; e, em segundo lugar, apresentar uma interpretação contra-hegemônica, com base nos mesmos fatos e nas mesmas leis, que transforme o direito de um instrumento ideológico nas mãos da classe dominante para um caminho nunca totalmente percorrido de emancipação humana para as classes indígenas oprimidas. É o que faremos na próxima seção. Ao percorrê-la, espero demonstrar como o Poder Judiciário discrimina especificamente os povos indígenas.

Extinção e resistência indígena na Amazônia

No oeste do Estado do Pará, na região conhecida como Baixo Tapajós, perto do município de Santarém, existe uma porção de terra chamada Gleba Nova Olinda I, ocupada por quatorze comunidades ribeirinhas. A partir do ano de 2003, três destas comunidades — São José III, Novo Lugar e Cachoeira do Maró — passaram a se autoidentificar como povo indígena Borari-Arapium e a pleitear, junto à Fundação Nacional dos Povos Indígenas (Funai), a demarcação da então denominada Terra Indígena Maró.

No entanto, iniciado o processo de demarcação, nos moldes do que estabelece o Decreto n.º 1.775/1996, a Funai não publicou, no Diário Oficial da União (DOU) e no Diário Oficial do Estado do Pará (DOEPA), o resumo do relatório de identificação e delimitação da referida terra indígena, paralisando o processo. A Procuradoria da República no Pará (Ministério Público Federal) ingressou, então, com ação civil pública (ACP), junto à Subseção Judiciária da Jus-

tiça Federal no município de Santarém, para obrigar a Funai a publicar o resumo supracitado. Por outro lado, sete das quatorze comunidades ribeirinhas que ocupam a Gleba Nova Olinda I também ingressaram com uma ação, na mesma Subseção Judiciária, mas agora para anular todo processo administrativo de demarcação da Terra Indígena Maró. Alegavam que os assim denominados Borari-Arapium não eram “índios verdadeiros”, mas sim “índios falsos”, ribeirinhos que, influenciados por ambientalistas e antropólogos, passaram a enxergar na autoidentificação étnica a única saída para garantir a posse de suas terras contra o avanço de fazendeiros, grileiros e posseiros na região. Em razão da conexão existente entre as duas ações, ambas foram distribuídas para julgamento pelo mesmo Juízo, o da 2ª Vara da Subseção Judiciária da Justiça Federal em Santarém.

O referido Juízo julgou improcedente a ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal e procedente a ação protocolada pelas comunidades ribeirinhas contrárias à Terra Indígena Maró, determinando a anulação do seu procedimento demarcatório. Em suas razões, afirmou o juízo que os autoidentificados Borari-Arapium não são juridicamente indígenas, isto é, para fins de titularidade dos direitos diferenciados que o ordenamento jurídico brasileiro reserva para os grupos diversos etnicamente. Os Borari-Arapium, afirma o juízo, não preenchem os critérios elencados pelo ordenamento jurídico brasileiro para identificar um grupo social como indígena.

São três os critérios: a originariedade, a tradicionalidade e a permanência. Os dois primeiros critérios derivam da interpretação do artigo 3º, inciso I, da Lei n.º 6.001/1973 (Estatuto do Índio). Já o terceiro critério, mais conhecido como marco temporal, estaria contido nas razões determinantes (*na ratio decidendi*) do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), da Petição n.º 3.388/RR, conhecido como Caso “Raposa Serra do Sol”⁶.

De acordo com o critério da originariedade, são considerados indígenas os povos localizados em países independentes que descendem de populações que habitavam o país, ou uma região geográfica que atualmente pertence ao país em virtude da conquista, da colonização ou do estabelecimento das suas atuais fronteiras políticas. Trata-se, portanto, de um critério de ascendência/descendência. Por sua vez, o critério da tradicionalidade estabelece que a referida comunidade também deve se identificar como um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional. Trata-se, assim, de um critério étnico ou cultural. Por fim, o critério da permanência ou “marco temporal” afirma que só podem ser reconhecidos como indígenas os povos que estavam na posse de suas terras tradicionais quando da proclamação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (mais precisamente no dia 5 de outubro de 1988) ou, ainda, que já tivessem ajuizado ações para recuperar essa posse até esta data.

Os autodenominados Borari-Arapium não teriam demonstrado, continua a afirmar o juí-

⁶ Posteriormente, o STF viria a se posicionar contrariamente à tese do marco temporal, já no âmbito do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n.º 1.017.365/SC.

zo, o preenchimento destes três critérios. Portanto, não teriam provado a sua condição jurídica de indígena, por mais que o grupo técnico nomeado pela Funai para esse fim tenha se manifestado em sentido contrário. De fato, eles não conseguiram elencar provas suficientes, no bojo do processo administrativo, que comprovassem a sua ascendência pré-colombiana. Pelo contrário, o que restou demonstrado, pela análise da linha genealógica dos líderes do movimento, é a completa mestiçagem racial apresentada por seus membros. Constatou-se, ainda, que alguns deles são oriundos do nordeste brasileiro e não da região Amazônica.

Por outro lado, as características culturais desse grupo não seriam diferentes daquelas apresentadas por qualquer outra comunidade ribeirinha da região. Tratar-se-ia de uma cultura híbrida, cujos elementos simbólicos resultariam de uma confluência de várias tradições distintas (europeia, africana, indígena, dentre outras). Da mesma forma que não haveria raça específica, devido à mestiçagem, também não haveria uma cultura distinta, em razão da hibridação.

Por fim, segundo a decisão, as comunidades ribeirinhas São José III, Novo Lugar e Cachoeira do Maró só teriam começado a se identificar como Borari-Arapium a partir de 2003, após serem convencidas por antropólogos e ambientalistas de que o reconhecimento da sua condição de indígena seria a única forma de garantir a posse de suas terras contra o avanço da fronteira agrícola e das atividades mineradoras na região. Tratar-se-ia claramente de um processo de etnogênese (recuperação da identidade étnica), expressamente proibido pelo critério temporal estabelecido pelo STF à época.

Demonstraremos agora as contradições internas desse discurso jurídico pretensamente neutro em relação à política. Afirma o juízo que, em virtude da mestiçagem, não seria mais possível, pelo critério da originariedade, identificar os Borari-Arapium como um povo indígena particular. Apesar das diferenças fenotípicas entre os seres humanos, haveria apenas uma raça biológica indistinta. Não obstante todos nós pertencermos a uma mesma espécie humana, a aparência fenotípica continua a ser utilizada pelos grupos dominantes para determinar o lugar de uma pessoa na hierarquia social. Assim, continua a ser legítimo empregar a palavra “raça” em termos de racialidade, isto é, no sentido de construção social, para identificar os grupos que foram submetidos ao processo de racialização.

Portanto, diferentemente do que transparece o juízo em sua sentença, a mestiçagem brasileira não foi fruto da convivência espontânea entre os diversos segmentos sociais que viriam a formar o povo brasileiro, mas, isto sim, foi resultado de um processo de branqueamento quase sempre violento, sustentado pelo Estado brasileiro, com base na ideia de que a condição negra e indígena do povo precisava ser historicamente suplantada como condição necessária para o desenvolvimento do país. Como demonstra Edward Telles (2014), a miscigenação é resultado sobretudo de um programa oficial de branqueamento levado a efeito pela maioria dos países latino-americanos recém-independentes durante a passagem do século XIX para o século XX.

O mesmo pode ser dito em relação à questão cultural. Para reconhecer os Borari-A-

rapium como povo indígena, o juízo não exigiu a presença de uma cultura tradicional, que se diferencia da cultura da sociedade dominante. Exigiu, isto sim, pureza cultural, bastando, assim, a identificação de apenas um único elemento simbólico compartilhado com a sociedade majoritária para que o critério da tradicionalidade fosse considerado como não-preenchido.

A afirmação do juízo é enganosa em diversas dimensões, das quais gostaríamos de destacar apenas três. Em primeiro lugar, não existem culturas puras, ainda que se trate de povos isolados. Em outras palavras, a existência de uma cultura pura é uma impossibilidade ontológica e histórica. Essa exigência é resultado de uma incompreensão acerca do que as culturas são e de como elas funcionam. Culturas, para Charles Taylor (1994), por exemplo, podem ser identificadas pela existência de uma linguagem compartilhada, por meio da qual as pessoas têm acesso a um “pano de fundo valorativo” para orientar suas decisões nesta vida. Obviamente todas as culturas terão elementos de aproximação, uma vez que se trata todas elas de culturas *humanas*, sempre elaboradas e reelaboradas por entes da mesma espécie, cujas necessidades e interesses são semelhantes. A língua francesa, por exemplo, não deixa de ser considerada como tal por compartilhar alguma palavra com a língua italiana, algo natural, considerando que ambas descendem do mesmo tronco linguístico, a língua latina.

Em segundo lugar, é justamente este fato que foi desconsiderado pelo juízo: os Borari-Arapium possuem, sim, uma língua própria com pouquíssimos falantes. Em terceiro lugar, a perda de línguas indígenas é resultado do processo de assimilação dos indígenas à sociedade majoritária, processo este que tem na obrigatoriedade do uso da língua portuguesa um de seus elementos centrais. Trata-se, portanto, de uma dupla violência inscrita em um processo mais amplo de etnocídio. Em primeiro lugar, o Estado assimila forçadamente os povos indígenas para, posteriormente, responsabilizá-los com a perda da condição jurídica de indígena pelo fato de compartilhar materiais simbólicos com a cultura dominante.

A mesma estratégia de dupla violência é utilizada pelo juízo para justificar por que os Borari-Arapium não atendem ao critério da permanência. Como visto anteriormente, o Estado que agora estabelece que apenas as terras ocupadas por povos indígenas no dia 5 de outubro de 1988 podem ser demarcadas é o mesmo Estado que historicamente expulsou os povos indígenas de suas terras. O Estado que agora exige que os povos indígenas tivessem reclamado judicialmente suas terras até o dia 5 de outubro de 1988 é o mesmo Estado que historicamente os considerou juridicamente incapazes e, portanto, sem capacidade processual, tutelados que sempre foram pelo órgão indigenista.

Por outro lado, é sempre surpreendente constatar como o Poder Judiciário brasileiro, conhecido pela volatilidade política de suas decisões, apega-se ao valor da segurança jurídica quando se trata de denegar direitos para minorias. É assim que se comporta o juízo do caso Borari-Arapium quando afirma estar apenas seguindo o precedente vinculante do Supremo Tribunal Federal estabelecido no âmbito do julgamento da Petição 3.388/RR, quando, na verdade,

olvida-se do fato de que esse julgamento não tem o condão de gerar um precedente vinculante para todo Poder Judiciário. De fato, estabelece o artigo 102, § 2.º, da Constituição da República Federativa do Brasil que apenas as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade são capazes de gerar precedentes vinculantes para o Poder Judiciário e toda Administração Pública. O próprio Supremo Tribunal Federal não se ateve à segurança jurídica quando, durante o julgamento da Petição 3.388/RR, inventou a condicionante que viria a ser conhecida como “marco temporal”, sem qualquer respaldo em texto constitucional ou legal. Ou poderíamos dizer que o Supremo atuou para defender a segurança jurídica dos interesses da classe dominante relacionados a propriedades privadas ilegalmente constituídas em terras indígenas.

Na visão do juízo, portanto, só podem ser considerados indígenas os povos isolados. Em um país onde o isolamento foi uma estratégia de sobrevivência adotada por vários povos indígenas contra as políticas de extinção, branqueamento, assimilação e integração forçada mantidas pelo Estado brasileiro, é bastante cruel, para dizer o mínimo, exigir que a estratégia tenha obtido sucesso para que seus membros sejam reconhecidos juridicamente como indígenas perante o Estado brasileiro.

Que interpretação contra-hegemônica poderíamos ofertar dos mesmos fatos e das mesmas leis, mas a partir da voz dos subordinados? Que os povos indígenas são sociedades políticas, cujo autogoverno sobre o território e sobre o desenvolvimento de suas próprias vidas foi e continua a ser desarticulado por processos conjugados de conquista, genocídio, racismo, assimilação, colonização e invisibilização. São sociedades políticas que não são organizadas na forma de Estados, uma forma de organização política com data e local de nascimento bastante precisos, como o Pacto de Westfália de 1648 estabelecido entre Alemanha e França, considerado o marco final da Guerra dos Trinta Anos. São sociedades com formas diversas de organização política, mas, ainda assim, sociedades políticas; coletividades com um senso compartilhado (e sempre disputado, ressalte-se) do que é público e do que é privado; do que é do interesse de todos e do que é do interesse individual de cada membro.

A sociedade política faz uso da força para fazer valer suas decisões sobre questões de interesse público, razão pela qual ela deve ser institucionalmente capacitada e juridicamente regulada. Povos indígenas, portanto, são verdadeiramente povos, com instituições e regulações jurídicas específicas, que determinam critérios próprios de pertencimento. É certo que a existência de uma sociedade política institucionalmente completa vai gerar membros com semelhanças fenotípicas e simbólicas, mas não são essas aproximações que determinam o seu pertencimento. É o atendimento dos critérios jurídicos previamente estabelecidos pela sociedade que determina o pertencimento.

Considerações finais

Chega-se à conclusão de que o Poder Judiciário discrimina institucionalmente os povos indígenas quando da aplicação do direito. Especificamente, essa discriminação acontece quando o Poder Judiciário exige o preenchimento de uma determinada identidade para que uma pessoa seja considerada indígena e, por conseguinte, possa ter acesso aos seus direitos constitucionalmente garantidos.

Essa identidade a que nos referimos diz respeito aos aspectos que um homem branco (a maioria do Poder Judiciário) leva em consideração para identificar alguém como indígena. Esses aspectos refletem uma visão distorcida — racista, culturalmente imperialista e colonizadora — do que é ser indígena.

Uma interpretação contra-hegemônica do direito deve visar justamente desconstruir essa identidade juridicamente consolidada do que é ser indígena para o jurista branco. O que devemos colocar no lugar? A forma como os diversos povos originários querem ser reconhecidos. Povos que ainda se encontram em estado de colonização. Povos cuja própria existência marcada pelo compartilhamento da terra representa uma ameaça ao capitalismo. Povos cuja emancipação se traduz na recuperação da autodeterminação política sobre o seu território ancestral.

REFERÊNCIAS

- BONILLA-SILVA, Eduardo. Rethinking Racism: Toward a Structural Interpretation. *American Sociological Review*, v. 62, n. 3, p. 465-480, 1997.
- BHANDAR, Brenna. *Colonial Lives of Property: Law, Land, and Racial Regimes of Ownership*. Durham; London: Duke University Press Books, 2018. (Série Global and Insurgent Legalities)
- BYRD, Jody A. *The Transit of Empire: Indigenous Critiques of Colonialism*. Mineápolis: University of Minnesota Press, 2011. (Série First Peoples: New Directions Indigenous)
- COULTHARD, Glen Sean. *Red Skin, White Masks: Rejecting the Colonial Politics of Recognition*. Indigenous Americas. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2014.
- DELGADO, Richard; STEFANCIC, Jean. *Teoria Crítica da Raça: uma introdução*. São Paulo: Contracorrente, 2021.
- FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? dilemas da justiça em uma era “pós-socialista”. In: FRASER, Nancy. *Justiça interrompida: reflexões críticas sobre a condição “pós-socialista”*. Tradução de Ana Claudia Lopes e Nathalie Bressiani. São Paulo: Boitempo, 2022.
- FRIEDMAN, Robert. Institutional Racism: How to Discriminate Without Really Trying. In: PETTIGREW, Thomas. *Racial Discrimination in the United States*. Nova Iorque: Harper & Row, 1975. p. 386-391.
- HOLSTON, James. *Cidadania insurgente: disjunções da democracia e da modernidade no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.
- MELO, Sally Barcelos. Estado de exceção permanente? Uma leitura de Giorgio Agamben. *Profanações*, v. 6, p. 276-305, 2019.
- MOREIRA, Adilson José. *O que é discriminação?* Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito; Justificando, 2017.
- MORETON-ROBINSON, Aileen. *The White Possessive: Property, Power, and Indigenous Sovereignty*. Mineápolis: University of Minnesota Press, 2015. (Série Indigenous Americas)
- MORETON-ROBINSON, Aileen. *Critical Indigenous Studies: Engagements in First World Locations*. Tucson: University of Arizona Press, 2016. (Série Critical Issues in Indigenous Studies)
- NICHOLS, Robert. *Theft Is Property!/: Dispossession and Critical Theory*. Durham; London: Duke University Press, 2019. (Série Radical Américas)
- RIFKIN, Mark. *Beyond Settler Time: Temporal Sovereignty and Indigenous Self-Determination*. Durham; London: Duke University Press, 2017.
- SIMPSON, Audra. *Mohawk Interruptus: Political Life Across the Borders of Settler States*. Durham: Duke University Press, 2014.
- TAIAIAKE, Alfred. *Wasáse: Indigenous Pathways of Action and Freedom*. Toronto: University of Toronto Press, 2015.

- TAYLOR, Charles. The Politics of Recognition. *In*: GUTMANN, Amy (ed.); TAYLOR, Charles. *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*. Princeton: Princeton University Press, 1994. p. 25-74.
- TELLES, Edward. *Pigmentocracies: Ethnicity, Race and Color in Latin America*. Chapel Hill: University of North Carolina Press, 2014.
- TURNER, Dale. *This is not a Peace Pipe: Towards a Critical Indigenous Philosophy*. Toronto: University of Toronto Press, 2006.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *The Critical Legal Studies Movement: Another Time, a Greater Task*. Nova Iorque: Verso, 2015.
- VERACINI, Lorenzo. *Settler Colonialism: A Theoretical Overview*. Hampshire: Palgrave MacMillan, 2010.
- WOLFE, Patrick. Settler Colonialism and the Elimination of the Native. *Journal of Genocide Research*, v. 8, n. 4, p. 387-409, dez. 2006.
- YOUNG, Iris. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton: Princeton University Press, 2011.
- YOUNG, Robert. *Postcolonialism: An Historical Introduction*. Sussex: Wiley-Blackwell, 2016.