

AS SISTEMÁTICAS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS INDÍGENAS NO BRASIL À LUZ DO CONCEITO DE ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

THE SYSTEMATIC VIOLATIONS OF INDIGENOUS RIGHTS IN BRAZIL IN THE LIGHT OF THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS CONCEPT

Jaqueline Reginaldo de Almeida¹

Osmar Veronese²

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de discutir as sistemáticas violações dos direitos indígenas no Brasil à luz do conceito de estado de coisas inconstitucional. Para tanto, inicialmente, o estudo

¹ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito - Mestrado e Doutorado - da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI Campus de Santo Ângelo/RS - Bolsista CAPES/PROSUC, modalidade taxa. Pós-graduanda em Direito Processual Civil - Faculdade CERS. Graduada em Direito pela Faculdade CNEC Santo Ângelo (2019). Integrante do Grupo de Pesquisa "Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas", com registro no CNPQ, vinculado à linha de pesquisa Direito e Multiculturalismo, do PPGD Mestrado e Doutorado em Direito da URI/Santo Ângelo/RS. Advogada. Email: jaquelinereg@hotmail.com

² Doutor em Modernización de las Instituciones y Nuevas Perspectivas en Derechos Fundamentales pela Universidad de Valladolid/Espanha (2011), com diploma revalidado pela Universidade Federal de Pernambuco (2012). Mestre em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (1998). Graduado em Direito pelo Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo (1991) e em Tecnologia Agrônômica, Modalidade Cooperativismo, pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (1986). Professor de Direito Constitucional na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI (1999), integrando o Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado e Doutorado em Direito. Procurador da República, Ministério Público Federal (1997). Líder do Grupo de Pesquisa Direitos de Minorias, Movimentos Sociais e Políticas Públicas?, com registro no CNPQ, vinculado à linha de pesquisa Direito e Multiculturalismo, do PPG Mestrado e Doutorado em Direito da URI/Santo Ângelo/RS. Autor dos livros Constituição: reformar para que(m) e Inviolabilidade parlamentar: do senador ao vereador, publicados pela Editora Livraria do Advogado; e Constituição: um olhar sobre minorias vinculadas à seguridade social? (em coautoria com Jane Berwanger) e Indígenas no Brasil: (In)Visibilidade Social e Jurídica (em coautoria com Ederson Nadir Pires Dornelles e Fabiano Prado de Brum), publicados pela Editora Juruá. Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Constitucional e Multiculturalismo. Email: osmarveronese@gmail.com

analisa e discute o contexto histórico de resistência e discriminação enfrentado pelos povos indígenas no Brasil, após busca delimitar o conceito de estado de coisas inconstitucional e sua aplicação no direito brasileiro e, por fim, debate se o atual cenário de generalizada violação dos direitos indígenas no Brasil pode ser observado à luz do conceito de estado de coisas inconstitucional. Na metodologia, o estudo valeu-se da técnica de pesquisa bibliográfica, do modo de raciocínio dedutivo e do método de abordagem hermenêutico. No resultado, conclui-se que o conjunto de ações e omissões do Estado brasileiro representa um estado de coisas inconstitucional, fomentando o avanço da destruição real e simbólica dos povos indígenas.

Palavras-Chave: Povos indígenas. Violação de direitos. Estado de coisas inconstitucional.

ABSTRACT

The present article discusses the systematic violations of indigenous rights in Brazil in the light of the unconstitutional state of affairs. For that, the study initially analyzes and discusses the historical context of resistance and discrimination faced by the indigenous peoples in Brazil. The study seeks to define the unconstitutional state of affairs and its application in Brazilian law. And, also, it debates whether the current scenario of widespread violation of indigenous rights in Brazil can be observed from the unconstitutional state of affairs. In the methodology, the study is based on the bibliographic research technique, on deductive reasoning, and on the hermeneutic approach method. The results show that the actions and omissions of the Brazilian State represent an unconstitutional state of affairs, fostering the advance of the real and symbolic destruction of the indigenous peoples.

Keywords: Indigenous peoples. Rights violation. Unconstitutional state of affairs.

INTRODUÇÃO

Desde o início da colonização, a história dos índios no Brasil é marcada por discriminação, exclusão e imposições culturais. A expansão europeia na busca de outros territórios, ligada aos ideais de dominação, exploração e desenvolvimento econômico, afrontou as culturas dos povos tradicionais que aqui habitavam. Somente com o marco da promulgação da Constituição Federal de 1988, na perspectiva de horizonte democrático, é que ocorre a desinstitucionalização de visões integracionistas e assimilatórias em relação aos povos indígenas, firmando-se o chamado direito à diferença. Apesar dos avanços propiciados pela Constituição Cidadã, a realidade enfrentada pelos povos originários no Brasil continua sendo muito cruel. Todos os discursos de discriminação e marginalização edificados no passado continuam se refletindo no imaginário social, e o Estado, que deveria ser o principal defensor desses povos, acaba por reproduzir (e até fomentar) as mesmas violências praticadas desde a colonização, produzindo um quadro de graves e massivas violações de direitos.

Nessa perspectiva, o presente artigo tem o objetivo de discutir as sistemáticas violações dos direitos indígenas no Brasil à luz do conceito de estado de coisas inconstitucional. Para tanto, inicialmente, a pesquisa analisa e discute o contexto histórico de resistência e discriminação enfrentado pelos povos indígenas no Brasil, após busca delimitar o conceito de estado de coisas inconstitucional e sua aplicação no direito brasileiro e, por fim, debate se o atual cenário de generalizada violação dos direitos indígenas no Brasil pode ser observado à luz do conceito de estado de coisas inconstitucional. Na metodologia, o estudo valeu-se da técnica de pesquisa bibliográfica, do modo de raciocínio dedutivo e do método de abordagem hermenêutico.

1 POVOS INDÍGENAS DO BRASIL: PASSADO E PRESENTE DE RESISTÊNCIAS

Desde o início da colonização, a história dos índios no Brasil é marcada por discriminação, exclusão e imposições culturais. A expansão europeia na busca de outros territórios, ligada aos ideais de dominação, exploração e desenvolvimento econômico, afrontou as culturas dos povos tradicionais que aqui habitavam. Conforme observa Carlos Frederico Marés de Souza Filho (2012), os europeus chegaram na América como se estivessem simplesmente expandindo suas fronteiras agrícolas, foram extraíndo riquezas, devastando o solo e substituindo a natureza existente por outra, mais conhecida e dominada por eles.

Nas lições de Souza Filho (2012), a colonização das Américas desconsiderou os conceitos indígenas de territorialidade e investiu contra povos, dividindo grupos, impondo inimizades imaginadas e alianças forçadas. De acordo com Manuela Carneiro da Cunha (1998), um gigantesco número de povos indígenas desapareceu da face da terra em consequência do que se denomina, num eufemismo envergonhado, “o encontro” das sociedades do Antigo e do Novo Mundo.

Consoante estimativas de historiadores, Dornelles, Brum e Veronese (2017) apontam que antes da chegada dos conquistadores europeus à América, havia cerca de 100 milhões de índios no continente, aproximadamente cinco milhões de povos tradicionais só nos territórios do Brasil. Esse devastador genocídio “foi fruto de um processo complexo cujos agentes foram homens e microorganismos, mas cujos motores últimos poderiam ser reduzidos a dois: ganância e ambição, formas culturais da expansão do que se convencionou chamar o capitalismo mercantil” (CUNHA, 1998, p. 12).

Não diferente de outras partes da América Latina, o Brasil teve um processo civilizador árduo e difícil, no qual os indígenas foram vítimas de discriminações e injustiças de todo o gênero, tiveram seu evoluir marcado por desastres e humilhações, chegando ao ponto de ter a própria condição humana desprezada, tanto que eram tidos como animais selvagens, sem alma, pelos exploradores que aqui aportaram (DORNELLES; BRUM; VERONESE, 2017). Para Mércio Pereira Gomes (2012), desde de 1500, o Brasil e os índios formam uma dupla incombinável, pois a relação entre ambas as histórias é claramente inversa: à medida que o primeiro cresce, o outro decresce. Muito além da colonização de territórios, os europeus colonizaram corpos, identidades, culturas e crenças a partir de uma visão hegemônica eurocêntrica, que foi incorporada na formação e no desenvolvimento da sociedade brasileira.

Por muito tempo, a organização jurídico-institucional do Brasil absorveu discursos negativos sobre as identidades indígenas, os tachando de povos irracionais, bárbaros e sem cultura, contribuindo na construção de um imaginário social discriminatório e opressor, incapaz de reconhecer a diversidade e a pluralidade existente no país, perfazendo a ideia de que os índios deveriam ser integrados à cultura dominante para serem considerados cidadãos. Para Roberto Lemos dos Santos Filho (2005), a legislação indigenista brasileira sempre esteve voltada aos interesses dos colonizadores, sem preocupação ou respeito com a cultura dos índios, sendo utilizada, não raras vezes, como instrumento de opressão aos índios, fruto de visão etnocêntrica, somente rompida pela Constituição Federal de 1988.

A Constituição Cidadã de 1988 representa uma virada paradigmática no que se refere à proteção dos direitos dos povos indígenas, reservando um capítulo próprio aos índios, com dois artigos específicos de muito peso, reconhecendo sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Nas palavras de Souza Filho (2012, p. 90-91):

O texto aprovado avançou significativamente em relação a todo o sistema anterior porque (1) ampliou os direitos dos índios reconhecendo sua organização social, seus usos, costumes, religiões, línguas e crenças; (2) considerou o direito à terra como originário, isto é, anterior à lei ou ato que assim o declare; (3) conceituou terra indígena incluindo não só aquelas necessárias à habitação, mas à produção, preservação do meio ambiente e as necessárias à sua reprodução física e cultural; (4) pela primeira vez, em nível constitucional, admitiu-se no Brasil que existem direitos indígenas coletivos, seja reconhecendo a organização social indígena, seja concedendo à comunidade o direito de opinar sobre o aproveitamento dos recursos naturais e o de postular em juízo; (5) tratou com mais detalhes, estabelecendo assim melhores garantias, da exploração dos recursos naturais, especialmente os minerais, para o que exige prévia anuência do Congresso Nacional; (6) proibiu a remoção de

grupos indígenas, dando ao Congresso Nacional a possibilidade de estudo das eventuais e estabelecidas exceções; (7) mas acima de tudo chamou os índios de índios e lhes deu o direito de continuarem a sê-lo.

Em que pesem todos os avanços normativos propiciados pela Magna Carta de 1988, a realidade enfrentada pelos povos originários no Brasil ainda é muito cruel. Além da invisibilização de suas demandas e identidades culturais, os indígenas ainda suportam a inércia na demarcação de territórios tradicionais, contínuas invasões e explorações das terras demarcadas, as consequências da mineração ilegal e da degradação ambiental, questões que impossibilitam a concretização de uma vida digna, como será abordado no terceiro tópico do presente trabalho. Todos os discursos de discriminação e marginalização edificados no passado continuam se refletindo no imaginário social e o Estado, que deveria ser o principal defensor desses povos, acaba por reproduzir (e até fomentar) as mesmas violências praticadas desde a colonização.

2 O CONCEITO DE ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

De acordo com Mariana Rezende Guimarães (2017), o chamado estado de coisas inconstitucional é uma técnica decisória desenvolvida pela Corte Constitucional da Colômbia, a partir da decisão *Sentencia de Unificación* SU-559, de 6 de novembro de 1997, para enfrentar situações de graves e sistemáticas violações “dos direitos fundamentais cujas causas sejam de natureza estrutural, isto é, decorram de falhas estruturais em políticas públicas adotadas pelo Estado, exigindo uma atuação conjunta de diversas entidades estatais” (GUIMARÃES, 2017, p. 80).

O conceito de estado de coisas inconstitucional pode ser definido como um mecanismo ou técnica jurídica mediante a qual se declara que certas situações são claramente contrárias ao Estado Constitucional por violarem massivamente direitos e princípios consagrados na Constituição, interpelando as autoridades competentes para adotar, no quadro de suas funções e dentro de um prazo razoável, as medidas necessárias para corrigir e superar as sistemáticas violações de direitos fundamentais de determinados grupos (LYONS; MONTERROZA; MEZA, 2011). Dessa forma, é uma situação – um estado de coisas – que contraria a Constituição, os direitos fundamentais ou os princípios constitucionais de forma estrutural.

A mais relevante decisão sobre o estado de coisas inconstitucional na Colômbia é a Sentença T-025, de 22 de janeiro de 2004, que versa sobre a condição de extrema vulnerabilidade da população deslocada, na qual o instituto ganha contornos mais precisos. Nessa sentença, a Corte Constitucional Colombiana elenca os fatores determinantes para determinar a existência de um estado de coisas inconstitucional, quais sejam: *(I) la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (II) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (III) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (IV) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos. (V) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; (VI) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial*³.

Por meio dessa técnica de decisão, a Corte Constitucional reconhece o estado de coisas inconstitucional e impõe aos demais poderes do Estado e entidades estatais a adoção de providências no sentido de superar a violação massiva de direitos fundamentais. Essas decisões podem ser classificadas como litúgio estrutural ou casos estruturais, os quais se caracterizam por: a) afetar uma ampla quantidade de pessoas; b) envolver várias entidades estatais responsáveis por falhas sistemáticas nas políticas públicas adotadas; c) implicar ordens de execução complexas, mediante as quais o magistrado impõe a adoção de medidas coordenadas para tutelar toda a população afetada, não só os demandantes do caso concreto (GUIMARÃES, 2017, p. 82).

Segundo Lyons, Monterroza e Meza (2011), a figura do estado de coisas inconstitucional é bastante controversa, já que a Corte Constitucional rompe com os esquemas

3 Tradução livre: Dentre os fatores avaliados pela Corte para definir se existe uma situação de inconstitucionalidade, destacam-se: (I) a violação massiva e generalizada de diversos direitos constitucionais que atinge um número significativo de pessoas; (II) omissão prolongada por parte das autoridades de suas obrigações de garantia de direitos; (III) a adoção de práticas inconstitucionais, como a incorporação da ação de tutela no procedimento de garantia do direito violado; (IV) a não edição das medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a violação de direitos; (V) a existência de um problema social cuja solução compreende a intervenção de várias entidades, exige a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e um nível de recursos que exige um significativo esforço orçamentário adicional; (VI) se todas as pessoas afetadas pelo mesmo problema fossem à ação de proteção para obter a proteção de seus direitos, haveria maior congestionamento judicial.

tradicionais que caracterizam as decisões de tutela e assume um papel muito mais comprometido com a sociedade, especialmente com as populações mais vulneráveis, adotando medidas que vão além do caso concreto e exigem o trabalho conjunto de diferentes entes públicos.

No Brasil, a figura do estado de coisas inconstitucional ganhou destaque com a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, ajuizada pelo PSOL em 2015, objetivando o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro e, conseqüentemente, a determinação de adoção de medidas tendentes a sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais constitucionais decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos no tratamento da questão prisional do país (GUIMARÃES, 2017). Em suma, a ação busca o deferimento de uma série de medidas, a partir da colaboração de diversos órgãos públicos, voltadas à superação das sistemáticas violações de direitos fundamentais perpetradas no âmbito do sistema prisional do Brasil.

No julgamento da Medida Cautelar da ADPF 347, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por unanimidade, o estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro e deferiu duas medidas cautelares das oito requeridas na inicial: 1) pedido contido na alínea “B”, determinando a realização de audiência de custódia em até 90 dias e o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas depois de efetivada a prisão; 2) pedido contido na alínea “H”, referente à liberação das verbas contingenciadas do Fundo Penitenciário Nacional. A ação ainda pende de julgamento definitivo no STF.

SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão (ADPF 347, 2015).

Recentemente, em abril deste ano, foi ajuizada a ADPF 822, que questiona a atuação do Governo Federal no enfrentamento da pandemia de Covid-19, apontando sistemáticas violações de direitos fundamentais capazes de configurar um estado de coisas inconstitucional. O julgamento foi iniciado em 25/06/2021 no Plenário Virtual do STF com o voto do Ministro Marco Aurélio, que foi favorável à declaração do estado de coisas inconstitucional na condução das políticas públicas destinadas à realização dos direitos à vida e à saúde no contexto da pandemia covid-19.

Em seu voto⁴, Marco Aurélio destacou os requisitos firmados pela Corte Colombiana para a configuração do estado de coisas inconstitucional, especialmente a situação de violação generalizada de direitos fundamentais, a inércia ou incapacidade reiterada e a persistente das autoridades públicas em modificarem a situação e necessidade de atuação, visando superar as transgressões, de uma pluralidade de órgãos. Além disso, também consignou que a intervenção judicial no sentido da proclamação do estado de coisas inconstitucional é buscada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas. Analisando ações e omissões do Governo Federal, o Ministro reconheceu uma falência estrutural, bem como uma violação generalizada de direitos fundamentais em relação à dignidade, à vida, à saúde, à integridade física e psíquica dos cidadãos brasileiros, considerada a condução da saúde pública durante a pandemia Covid-19. Após o voto de Marco Aurélio, o Ministro Gilmar Mendes pediu vista, suspendendo o julgamento, ainda sem data para retomada.

Importante considerar que existem muitas críticas ao instituto do estado de coisas inconstitucional. O instituto põe em debate questões como a judicialização da política, o ativismo judicial e a separação dos poderes. É evidente que contextos de violações massivas e generalizadas de direitos fundamentais, decorrentes de falhas estruturais, demandam atuação conjunta e interdisciplinar de diversos órgãos públicos, exigem ações concretas e articuladas dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Nesse cenário, resta questionar se a jurisdição constitucional estaria legitimada a coordenar um plano de ação conjunto e determinar a adoção de medidas pelos outros Poderes a fim de superar graves contextos de violações estruturais de direitos fundamentais?

4 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/marco-aurelio-voto-adpf-822-omissao.pdf>.

3 AS SISTEMÁTICAS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS INDÍGENAS NO BRASIL À LUZ DO CONCEITO DE ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Apesar da importante virada propiciada pela Constituição de 1988, a realidade social vivida deixa claro que o aniquilamento dos povos indígenas ainda não acabou, do contrário, continua ocorrendo, talvez com outros métodos e outras armas, mas com o mesmo ódio e fruto da mesma arrogância gananciosa, como aponta Souza Filho (2012). Em uma primeira análise, a continuidade desse aniquilamento pode ser observada a partir de uma política de invisibilização dos indígenas e de suas demandas, em que o Estado pouco faz para preservar ou efetivar seus direitos, permitindo o esvaziamento do texto constitucional e o massacre das identidades indígenas. As tentativas de transferência da vinculação da FUNAI para o Ministério da Agricultura, bem como o sucateamento do único órgão indigenista oficial a nível federal demonstram o projeto estatal que age contra as populações tradicionais.

As constantes violações territoriais sofridas, seja pela invasão e exploração de terras já demarcadas, seja pela omissão da União em demarcar territórios tradicionalmente ocupados, continuam sendo a principal fonte de violência e morte, bem como um grave atentado contra as culturas indígenas, tendo em vista a especial relação do índio com a terra e a importância de sua preservação para as identidades culturais. Fruto de um discurso colonial do Estado Brasileiro, a chamada tese do arco temporal busca definir como terras tradicionalmente ocupadas somente aquelas que estavam sob domínio indígena quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, o que pode atingir diversos territórios já demarcados e vários outros ainda em andamento, comprometendo a própria existência de milhares de indígenas. A questão está sendo julgada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário (RE) nº 1.017.365/SC, que atualmente conta com 1 voto contra a tese do marco temporal (Ministro Edson Fachin) e 1 voto a favor (Ministro Nunes Marques).

Tal tese restringe e viola os direitos assegurados na Lei Fundamental de 1988, legitimando as violências praticadas desde a colonização. Para Souza Filho (2018), o marco temporal é uma decretação de morte da comunidade ou povo por ele atingido, é uma violação aos direitos coletivos reconhecidos nacional e internacionalmente. Conforme parecer firmado por José Afonso da Silva (2018), a Constituição de 1988 não trabalha com data certa, pelo contrário, se são reconhecidos os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas, na linha do Art. 231, é porque já existiam antes da promulgação. Na análise da questão, não se pode desconsiderar que: 1) diante de todo o histórico de desterritorialização enfrentado,

inúmeros povos indígenas estavam despojados de seus territórios tradicionais na data de promulgação da Constituição; 2) somente com a Constituição Cidadã os índios foram legitimados a ingressar para juízo em defesa de seus interesses e direitos; 3) até a edição do Código Civil de 2002, os indígenas eram considerados relativamente incapazes à luz do diploma civil anterior. Veja-se que os indígenas foram expulsos de suas terras, impedidos de defender seus direitos e que agora o mesmo Estado que por vezes patrocinou, expressa ou veladamente, essa expulsão, exige a ocupação na data de 5 de outubro de 1988.

A questão da mineração ilegal em terras indígenas, que afeta especialmente os povos de Roraima, Pará, Amazônia e Mato Grosso, também é alarmante. As superestruturas de mineração dos exploradores e a magnitude das devastações provocadas são assustadoras. Além de toda a degradação ambiental, que também afeta na manutenção e reprodução das culturas, essas explorações interferem na própria saúde indígena, em razão da contaminação da água e do solo, bem como da proliferação de doenças trazidas pelos invasores, destroem patrimônios ancestrais, escravizam e matam índios. O governo federal não adota medidas efetivas no sentido de coibir tais práticas, pelo contrário, ultimamente tem até incentivado e tentado legitimar essas violações. Um exemplo disso é o PL 191/2020, proposto pelo Executivo Federal, em que se busca regulamentar a exploração econômica de territórios indígenas a partir de práticas como mineração, turismo, pecuária e exploração de recursos hídricos.

Outra ameaça aos direitos fundamentais indígenas é a PEC 187/2016, aprovada na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em agosto de 2019, que busca regular a exploração de atividades agrícolas em territórios indígenas, além de incluir ressalvas às prerrogativas de inalienabilidade, indisponibilidade e imprescritibilidade dos direitos territoriais indígenas, permitindo a implantação de parceria agrícola e pecuária entre a Funai e “brasileiros que explorem essas atividades, conforme o interesse nacional, na forma compatível com a política agropecuária”. No mesmo sentido é o PL 490/2007 que busca alterar regras sobre a demarcação de terras e legalizar explorações, aprovado na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, sem a participação ou oitiva das lideranças indígenas.

Também merece destaque o descaso do Estado brasileiro com a saúde dos povos indígenas no enfrentamento da pandemia de Covid-19. Em meio a um sistema historicamente precarizado, a omissão do governo federal na proteção dessas populações comprovadamente vulneráveis escancara o cruel desígnio de um novo extermínio. Uma das principais questões levantadas pelos indígenas é o ingresso e a presença de garimpeiros, madeireiros e grileiros nos

territórios tradicionais, invasores que levam a doença até as comunidades, situações que o poder público nada faz para coibir. Veja-se que as atividades assistenciais foram restringidas pela Funai já no dia 17 de março de 2020, conforme a Portaria nº 419/PRES. Todavia, medidas concretas de restrição de entrada ou retirada de invasores não foram adotadas. Pelo contrário, o governo parece incentivá-las, em muitos casos.

Mais um descaso que merece ser apontado é a negativa de atendimento por parte da Sesai a indígenas residentes nas cidades, determinando que o subsistema especial de saúde indígena atendesse somente os indígenas residentes em territórios reconhecidos pela União. Em nota pública⁵ divulgada em 5 de junho de 2020, o Ministério Público Federal (MPF) critica o posicionamento do governo federal na garantia da saúde dos povos indígenas no contexto da pandemia de Covid-19, alertando a sociedade da gravidade da situação¹⁶. Diante de tamanho desprezo com a saúde indígena no enfrentamento da Covid-19, a Articulação dos Povos Indígenas do Brasil, acompanhada de vários partidos políticos, propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 709 no STF, protocolada em 1º de julho de 2020, denunciando todo um conjunto de ações e omissões do poder público que corporificam graves riscos de um genocídio e de extermínio de diversos povos. Conforme dados da petição inicial¹⁷, o índice de letalidade da Covid-19 entre povos indígenas é de 9,6%, enquanto que entre a população brasileira em geral é de 5,6%.

No dia 8 de julho de 2020, a Corte brasileira deferiu parcialmente as medidas cautelares requeridas na inicial, determinando à União a adoção de várias medidas para a contenção da doença nas comunidades, bem como a proteção da saúde e da vida dos indígenas. Em contrapartida, no mesmo dia, o Presidente da República vetou importantes dispositivos do Projeto de Lei 1142/2020, voltado à proteção das populações indígenas. Dos trechos vetados, destacam-se: a obrigação de o governo fornecer água potável, materiais de higiene e limpeza às comunidades; a garantia de oferta emergencial de leitos hospitalares e de UTI a índios e quilombolas; a liberação de verba emergencial à saúde indígena; e o estabelecimento de facilidades ao auxílio emergencial.

Não bastasse, mesmo com a suspensão da tramitação de processos judiciais de reintegração de posse e anulação de terra indígena até o fim da pandemia, determinada pelo

5 Vale a leitura da nota: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/em-nota-publica-mpf-alerta-sobre-descaso-com-a-saude-indigena-durante-pandemia-da-covid-1>.

STF no bojo do RE 1.017.365/SC, juízes e tribunais continuaram a deferir medidas de desocupação de áreas habitadas por essas populações. Veja-se, por exemplo, a Reclamação nº 46.980, em que a Ministra Rosa Weber suspendeu uma decisão da Justiça Federal de Itabuna (BA) que determinava a imediata desocupação de uma área de 84 hectares tradicionalmente ocupada pela Comunidade Indígena Tupinambá de Olivença.

Em fevereiro de 2021, a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos publicou um relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, documento que denuncia a generalizada violação dos direitos indígenas no país.

Apesar dos avanços registrados na legislação, a CIDH vê como grave e preocupante a situação dos povos e comunidades indígenas do Brasil. Aos registros de ameaça de invasão aos seus territórios por não indígenas, somam-se profundos desafios quanto à titulação e proteção de suas terras e, em inúmeros casos, os povos e comunidades indígenas se veem sem a necessária proteção do Estado. Nesse âmbito, a Comissão manifesta sua grande preocupação a respeito do processo de revisão das políticas indigenistas e ambientais do país, o que tem favorecido as ocupações ilegais das terras ancestrais, encorajado atos de violência contra suas lideranças e comunidades indígenas, e autorizado a destruição ambiental de seus territórios.

[...]

Além de incertezas quanto à sua posição institucional, a CIDH nota que a FUNAI tem sido fortemente afetada por cortes orçamentários. Segundo estimativas da sociedade civil, o orçamento de 2016 para a Fundação, aplicada a correção da inflação, havia retrocedido ao patamar de dez anos antes. De igual maneira, destaca-se a informação sobre o possível impacto devastador do regime fiscal inaugurado a partir da Emenda Constitucional nº 95, que poderia impossibilitar os trabalhos de fiscalização e proteção das populações indígenas. Sobre isso, a Comissão tomou conhecimento da Nota Técnica de servidores da Fundação, em 2019, que indicava um corte de aproximadamente 40% para as ações finalísticas da FUNAI em relação ao ano fiscal anterior.

[...]

Da mesma forma, durante sua visita, a CIDH recebeu informações que afirmam que desde a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, no marco da Petição nº 3.388/RR, que tem como objeto o caso sobre as terras Raposa Serra do Sol, institucionalizou-se a tese do Marco Temporal no Brasil. De acordo com essa orientação, os povos indígenas só teriam direito às terras que estivessem ocupadas a partir de 5 de outubro de 1988 (data de promulgação da Constituição Federal). Em 20 de julho de 2017, o Parecer 001/2017 GAB/CGU/AGU estabeleceu que todos os órgãos da Administração Pública Federal, incluindo a FUNAI, deveriam seguir estas diretrizes. No entanto, a CIDH observa com preocupação que a decisão do Supremo Tribunal Federal que suspendeu a aplicação da tese do Marco Temporal, possui caráter preliminar e ainda pode ser revertida. Ademais, a Comissão destaca que a referida sentença aponta para um efeito erga omnes que seria adotado na decisão final, situação que trará impacto a todos os processos de demarcação de territórios indígenas já concluídos e futuros.

No entender da CIDH, a tese do marco temporal desconsidera os inúmeros casos nos quais povos indígenas haviam sido violentamente expulsos dos territórios que ocupavam tradicionalmente e, apenas por essa razão, não o ocupavam em 1988. Nesse sentido, a Comissão considera a tese como contrária às normas e padrões internacionais e interamericanos de direitos humanos, especialmente a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

[...]

Por fim, a Comissão Interamericana ressalta ao Estado que a discriminação étnico-racial sofrida pelos povos indígenas, centrada na assimilação cultural histórica dessas populações e na invasão dos seus territórios ancestrais, levou a que essas pessoas estejam expostas a violações diversas, como a violência experimentada nos territórios por grupos ilegais de extração de recursos naturais, assim como a ausência de uma política robusta que garanta a essas populações o acesso efetivo e culturalmente adequado aos seus direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. De igual maneira, a CIDH sublinha que a deterioração da proteção provida pelo Estado na proteção dos territórios indígenas eleva o risco de extermínio das populações ancestrais, seja pelos confrontos com os invasores, seja pela destruição do meio ambiente e formas de subsistência, seja pela assimilação cultural e processos de adequação dessas populações às vontades das majorias (CIDH, 2021, p. 29-39).

De todo o exposto, forçoso reconhecer a existência de um quadro estrutural de graves e sistemáticas violações dos direitos indígenas. Impossível deixar de perceber que as violações praticadas desde a colonização continuam se reproduzindo, e que a destruição dos povos indígenas, de suas culturas e identidades ainda são constantes. Infelizmente, todas as disposições constitucionais e internacionais de proteção dos povos indígenas têm pouca efetividade na realidade fática brasileira, conjuntura que precisa ser superada, sob pena do completo extermínio desses grupos.

A partir dos requisitos elencados pela Corte Constitucional Colombiana para a configuração do estado de coisas inconstitucional, no que se refere à garantia dos direitos dos povos indígenas no Brasil, pode-se observar que: **a)** violações massivas e generalizadas de diversos direitos constitucionais que atingem um número significativo de povos indígenas; **b)** uma prolongada omissão por parte das autoridades de suas obrigações de garantia e efetivação dos direitos indígenas; **c)** a não edição de medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias necessárias para evitar a violação de direitos (além de nada fazer para evitar inúmeras violações de direitos, o Governo Brasileiro chega ao ponto de legitimar medidas totalmente contrárias aos direitos indígenas); **d)** a existência de um problema social cuja solução compreende a intervenção de várias entidades, exige a adoção de um conjunto complexo e coordenado de ações e um nível de recursos que exige um significativo esforço orçamentário adicional; **e)** a possibilidade de congestionamento judicial com ações repetitivas acerca das mesmas violações de direitos indígenas.

Apesar de todo aparato nacional e internacional de proteção, bem como de toda mobilização e luta dos povos indígenas na efetivação de seus direitos, o atual contexto revela uma falha estrutural no sistema de proteção dos direitos indígenas, uma generalizada violação de direitos fundamentais e de princípios constitucionais, situação que pode ser observada como

um estado de coisas inconstitucional, demandando a atuação de diversos órgãos públicos, bem como a adoção de um complexo conjunto de ações para sua superação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde o início da colonização do território brasileiro os indígenas foram encarados, a partir de um olhar etnocêntrico de superioridade, como irracionais, povos bárbaros e sem cultura, o que motivou penosas tentativas de assimilação e imposição cultural em nome do desenvolvimento. Essas concepções foram perpetradas na estrutura social, reproduzindo, ainda hoje, discursos discriminatórios e práticas violadoras de direitos humanos, legitimadas e praticadas pelo próprio Estado.

Além da invisibilização de suas demandas e identidades culturais, os indígenas ainda enfrentam a inércia na demarcação de territórios tradicionais, contínuas invasões e explorações das terras demarcadas, as consequências da mineração ilegal e da degradação ambiental, insegurança alimentar, questões que impossibilitam uma vida digna. A chamada tese do marco temporal e o descaso com a saúde dos povos indígenas no enfrentamento da pandemia de Covid-19 são as mais recentes tentativas de extermínio, empreendidas pelo próprio Estado brasileiro.

As questões até aqui discutidas revelam um cenário de massiva e generalizada violação dos direitos indígenas no Brasil, situação que afronta toda estrutura normativa e principiológica da Constituição Federal de 1988. A partir dos requisitos firmados pela Corte Constitucional Colombiana na Sentença T-025/2004, é possível classificar o reiterado desrespeito aos direitos indígenas no Brasil como um estado de coisas inconstitucional, considerando especialmente o significativo número de povos indígenas atingidos, a omissão do Estado na garantia e na efetivação dos direitos indígenas, bem como a adoção de políticas contrárias aos direitos indígenas pelo próprio Estado brasileiro, o que configura um grave problema social e constitucional cuja solução compreende a intervenção de várias entidades e o emprego de um conjunto complexo e coordenado de ações em nível nacional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição de República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na *ADPF 347/DF*. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data de julgamento: 09/09/2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Voto Ministro Marco Aurélio na *ADPF 822/DF*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/marco-aurelio-voto-adpf-822-omissao.pdf>. Acesso em: 20 set. 2021.

COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentença T-025, de 22 de janeiro de 2004. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>. Acesso em: 20 set. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. OAS, 2021. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 26 fev. 2021.

CUNHA, Manuela Carneiro da. Introdução a uma história indígena. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras/FAPESP/SMC, 1998.

DORNELLES, Ederson Nadir Pires; BRUM, Fabiano Prado de; VERONESE, Osmar. *Índigenas no Brasil: (In)Visibilidade Social e Jurídica*. Curitiba: Juruá Editora, 2017.

GOMES, Mércio Pereira. *Os índios e o Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Editora Contexto, 2012.

GUIMARÃES, Mariana Rezende. O estado de coisas inconstitucional: a perspectiva de atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da experiência da Corte Constitucional colombiana. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 16, n. 49, p. 79-111 – jan./jun. 2017.

LYONS, Josefina Quintero; MONTERROZA, Angélica Matilde Navarro; MEZA, Malka Irina. La figura del Estado de Cosas Inconstitucionales como mecanismo de protección de los derechos fundamentales de la población vulnerable em Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, v. 3, n. 1, 2011, p. 69-80.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Apontamentos sobre o Direito Indigenista*. Curitiba: Juruá Editora, 2005.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. 8ª reimpressão. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Marco temporal e direitos coletivos. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (org.). *Direitos dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: Editora UNESP, 2018. P. 75-100.

SILVA, José Afonso da. Parecer. In: CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel (org.). *Direitos dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: Editora UNESP, 2018. p. 17-42.

Submetido em 08.10.2021

Aceito em 18.10.2021