

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

LUYSE VILAVERDE ABASCAL MUNHÓS

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O
DIREITO DE CIRCULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS EM
MOBILIDADE TRANSFRONTEIRIÇA NO ESTADO DE MATO
GROSSO DO SUL**

**CAMPO GRANDE
2022**

LUYSE VILAVERDE ABASCAL MUNHÓS

**DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O
DIREITO DE CIRCULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS EM
MOBILIDADE TRANSFRONTEIRIÇA NO ESTADO DE MATO
GROSSO DO SUL**

Dissertação apresentada ao Programa de
Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Mato Grosso
do Sul para obtenção do título de Mestre
em Direito.

Área de concentração: Direitos
Humanos

Orientador: Prof. Dr. Antônio Hilário
Aguilera Urquiza

Co-orientador: Prof. Dr. José Paulo
Gutierrez

CAMPO GRANDE

2022

Nome: Luyse Vilaverde Abascal Munhós

Título: Direito Internacional dos Direitos Humanos e o direito de circulação dos povos indígenas em mobilidade transfronteiriça no estado de Mato Grosso Do Sul

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovada em: ____/____/____

Banca Examinadora

Orientador: Prof. Dr. Antônio H. Aguilera Urquiza

Julgamento: _____

Instituição: UFMS

Assinatura: _____

Co-orientador: Prof. Dr. José Paulo Gutierrez

Julgamento: _____

Instituição: UFMS

Assinatura: _____

Prof.^a Dr.^a Luciani Coimbra de Carvalho

Julgamento: _____

Instituição: UFMS

Assinatura: _____

Prof.^a Dr.^a Jane Felipe Beltrão

Julgamento: _____

Instituição: UFPA

Assinatura: _____

Campo Grande
2022

Aos meus pais, Antônio Carlos Abascal Munhós (*in memoriam*) e Lisiane Vilaverde Moutinho, os visionários mais especiais da pequena Lavras do Sul, que deixaram sonhos crescerem tão gigantes quanto pequenos eram os entornos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aqueles que não deixaram que a elaboração da dissertação fosse um processo solitário, pois, ao discutir hipóteses e digerir críticas, o trabalho se aperfeiçoou e ultrapassou o mero liame entre autor e obra. Essa contribuição veio, em especial, da figura de meu orientador, Dr. Antônio Hilário Aguilera Urquiza, e de meu co-orientador, Dr. José Paulo Gutierrez, que depositaram em mim a confiança capaz de impulsionar a produção do texto e a síntese das ideias de entrelaçamento entre as ciências da Antropologia e do Direito.

Sob pena de cometer uma omissão imperdoável, ao esquecer de prestar homenagem nominalmente a quem, entre tantos, de alguma forma contribuiu para o resultado da pesquisa, agradeço, acima de tudo, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul pela oportunidade de seguir no desenvolvimento da temática, que me acompanha desde o Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), bem como, agradeço à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES, tendo em vista que o presente trabalho foi realizado com o imprescindível apoio financeiro da instituição, sob Código de Financiamento 001.

Agradeço aos colegas de curso, que, para além de inspiradores exemplos de competência profissional, se empenharam de corpo e alma no ativismo em prol dos Direitos Humanos e se tornaram grandes amigas e amigos de confidências e desabafos acadêmicos. Dentre eles, impossível não destacar as amizades preciosas de Luana Rodrigues de Sá, Kamila Barbosa Nunes, Thays Teixeira e Márcio Ponciano da Cunha Junior, aos quais sou grata pelos conselhos e pela companhia nesses 2 anos de estudo.

Agradeço a Eduardo Henrique Lyvio Filho, pelo companheirismo e parceria que poucas vezes na vida somos capazes de encontrar no outro, tive tua torcida em todos os momentos e podes carregar a certeza que a minha também sempre terás. À minha mãe, Lisiane Vilaverde Moutinho, pelo exemplo ético e de caráter como profissional e ser humano, cujos braços nunca se fecharam e cujo apoio e incentivo sempre terei comigo.

RESUMO

MUNHÓS, Luyse Vilaverde Abascal. **Direito Internacional dos Direitos Humanos e o direito de circulação dos povos indígenas em mobilidade transfronteiriça no estado de Mato Grosso Do Sul**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2022.

O fenômeno da mobilidade transfronteiriça é uma prática costumeira relacionada ao modo de ser “caminhante” característico da cosmologia Guarani e Kaiowá (*tekoguata guasu*), sendo essencial para a manutenção da cultura, da identidade e, conseqüentemente, para a garantia de uma vida digna, pois está relacionada a processos de construção de identidade, memória coletiva e laços sociais e comunitários. A formulação conceitual da mobilidade entre fronteiras como um fenômeno cultural é extraída de estudos em interdisciplinaridade com a Antropologia, visto que, ao tratar de direitos conferidos aos povos indígenas, é necessário adotar uma abordagem que ofereça subsídios para compreender as práticas culturais desses povos, mediante perspectiva de alteridade e diversidade. De acordo com o parâmetro da interculturalidade dos direitos humanos, fornecido pela Teoria Crítica do Direito, percebe-se que o deslocamento transfronteiriço dos povos Guarani e Kaiowá nada mais é do que o exercício do direito de ir e vir sob nova perspectiva, pois não está relacionado às liberdades individuais do sujeito, mas sim ao caráter coletivo dos direitos originários ao território tradicionalmente ocupado. A partir desse cenário, a prática cultural da circulação no território ancestral acaba por reconhecer fronteiras étnico-culturais que transcendem os limites dos Estados, visto que o elemento identitário dos povos indígenas demanda o reconhecimento da categoria da etnocidadania indígena, pautada pelo pertencimento étnico, que se materializa no mundo fático de forma transnacional. Ocorre que tais concepções de mundo entram em conflito com a lógica oficialista da dogmática jurídica, resultando na colisão entre a ordem constitucional estatal e a realidade dos povos indígenas, tratada pelo presente trabalho como uma ordem normativa extraestatal. Nítido exemplo de referida colisão é o veto presidencial ao parágrafo 2º do art. 1º da Lei de Migração, que acabou por contrariar os tratados internacionais, aos quais o Brasil é signatário, deixando de reconhecer a mobilidade transfronteiriça dos povos indígenas como um direito originário e negando proteção jurídica às famílias indígenas praticantes da mobilidade. A pesquisa adota como problema a seguinte questão: é possível afirmar que o sistema jurídico doméstico brasileiro reconhece o direito de circulação dos povos indígenas em mobilidade transfronteiriça? A relação entre Direito Internacional dos Direitos Humanos, Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Brasil, proporciona a assunção da hipótese de que a ausência de reconhecimento legal do direito de circulação dos povos indígenas pela Lei de Migração representa uma postura de não conformação com o ordenamento interamericano e internacional, mas não equivale a dizer que referido direito inexistente na ordem interna nacional. Para tanto, o objetivo geral é analisar o reconhecimento do direito de circulação dos povos indígenas em mobilidade transfronteiriça a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). O norteamento metodológico se dá por meio de pesquisa descritiva e exploratória, do método hipotético-dedutivo e pela análise bibliográfica e documental, a partir de livros, artigos, declarações e convenções internacionais.

Palavras-chave: Ius Constitutionale Commune Latino-americano. Fronteiras Nacionais. Lei de Migração. Veto presidencial. Responsabilidade internacional.

ABSTRACT

MUNHÓS, Luyse Vilaverde Abascal. **International Human Rights Law and the right of movement of indigenous peoples in cross-border mobility in the state of Mato Grosso Do Sul**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2022.

The phenomenon of cross-border mobility is a customary practice related to the “walker” way of being characteristic of Guarani and Kaiowá cosmology, being essential for the maintenance of culture, identity and, consequently, for the guarantee of a dignified life, as it is related to processes of identity construction, collective memory and social and community ties. The conceptual formulation of cross-border mobility as a cultural phenomenon is drawn from interdisciplinary studies with Anthropology, since, when it comes to rights conferred on indigenous peoples, it is necessary to adopt an approach that provides subsidies to understand the cultural practices of these peoples, through perspective of alterity and diversity. According to the parameter of interculturality of human rights, provided by the Critical Theory of Law, it is clear that the cross-border displacement of the Guarani and Kaiowá peoples is nothing more than the exercise of the right to come and go under a new perspective, as it is not related with individual liberties, but rather the collective character of the right to the territory traditionally occupied. From this perspective, the cultural practice of circulation in the ancestral territory ends up recognizing ethnic-cultural borders that transcend the limits of states, since the identity element of indigenous peoples demands the recognition of the category of indigenous ethnocitizenship, guided by ethnic belonging, which materializes in the factual world in a transnational way. It so happens that such conceptions of the world come into conflict with the official logic of legal dogmatics, resulting in the collision between the state constitutional order and the reality of indigenous peoples, treated by the present work as an extra-state normative order. A clear example of this collision is the presidential veto of paragraph 2 of art. 1 of the Migration Law, which ended up contradicting international treaties to which Brazil is a signatory, failing to recognize the cross-border mobility of indigenous peoples as an original right and denying legal protection to indigenous families who practice mobility. The research takes as a problem the following question: is it possible to say that the Brazilian domestic legal system recognizes the right of indigenous peoples to move in cross-border mobility? The relationship between International Human Rights Law, the Inter-American System of Human Rights and Brazil, provides the assumption that the absence of legal recognition of the right of movement of indigenous peoples by the Migration Law represents a posture of non-compliance with the inter-American and international law, but this is not the same as saying that this right does not exist in the national domestic order. Therefore, the general objective is to analyze the recognition of the right of movement of indigenous peoples in cross-border mobility based on International Human Rights Law (IDHR) and the Inter-American System of Human Rights (IAHR). The methodological guidance is given through descriptive and exploratory research, the hypothetical-deductive method and bibliographic and documental analysis, based on books, articles, declarations and international conventions.

Keywords: Latin American *Ius Constitutionale Commune*. National Borders. Migration Law. Presidential veto. International liability.

LISTA DE SIGLAS

CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CORTE IDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

DIDH – Direito Internacional dos Direitos Humanos

SIDH – Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

FUNAI - Fundação Nacional do Índio

FUNASA -Fundação Nacional de Saúde

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

LOAS - Lei Orgânica da Assistência Social

OIT - Organização Internacional do Trabalho

ONU - Organização das Nações Unidas

SESAI - Secretaria Especial de Saúde Indígena

SPI - Serviço de Proteção aos Índios

TI - Território indígena

LISTA DE FIGURAS

Mapa 1: Município de Antônio João/MS – Brasil e suas fronteiras.....	42
Mapa 2: <i>Tekoha Guasu</i> - Território Indígena <i>Ñande Ru Marangatu</i>	43

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. MOBILIDADE TRANSFRONTEIRIÇA GUARANI E KAIOWÁ E O DIREITO DE CIRCULAÇÃO NO TERRITÓRIO ANCESTRAL	19
1.1 <i>OGUATA GUASU</i> E OS DESAFIOS DA ANTROPOLOGIA DO DIREITO	20
1.1.1 A prática da mobilidade transfronteiriça sob perspectiva antropológica	22
1.1.2 A busca pela Terra Sem Males e o modo de ser caminhante Guarani	26
1.2 TERRITORIALIDADE GUARANI E KAIOWÁ EM MATO GROSSO DO SUL E A ETNOCIDADANIA INDÍGENA	29
1.2.1 Formação artificial das fronteiras nacionais e o impacto nos povos indígenas	31
1.2.2 Os problemas decorrentes da ausência de proteção jurídica da mobilidade territorial ancestral entre fronteiras	38
1.2.3 <i>Ñande Ru Marangatu</i> e o Território Guarani e Kaiowá na fronteira entre Brasil e Paraguai	42
1.2.4 Etnocidadania indígena e as fronteiras étnico-culturais	46
1.3 PLURALISMO JURÍDICO E O DIREITO DE IR E VIR SOB PERSPECTIVA INTERCULTURAL	51
1.3.1 A coexistência de normatividades diferenciadas e o pluralismo jurídico	52
1.3.2 A mobilidade indígena e o direito de ir e vir: perspectiva intercultural de Direitos Humanos	54
2. DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS	61
2.1 O INGRESSO DOS POVOS INDÍGENAS NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	63
2.1.1 A nova estrutura normativa internacional: relativização do conceito de soberania e superação das doutrinas do monismo e dualismo jurídicos	66
2.1.2 Os processos de constitucionalização do direito internacional e de internacionalização do direito constitucional	73
2.1.3 A historicidade dos Direitos Humanos e o ingresso dos direitos dos povos indígenas na agenda internacional	80
2.2 PLURALIDADE DE ORDENS JURÍDICAS E PROTEÇÃO MULTINÍVEL DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS	84
2.2.1 Direitos dos povos indígenas no Direito Internacional dos Direitos Humanos	87
2.2.2 Proteção dos povos indígenas no Sistema Interamericano e na Corte IDH	91
2.2.3 A transversalidade do caso <i>Yakye Axa vs. Paraguai</i>	101
2.2.4 <i>Ius Constitutionale Commune</i> Latino-Americano e a formação de uma justiça regional de proteção aos direitos dos povos indígenas	105
3. DIÁLOGO ENTRE ORDENS JURÍDICAS E O RECONHECIMENTO DO DIREITO DE CIRCULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL	110
3.1 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O DIREITO DE CIRCULAÇÃO E RESIDÊNCIA NA CORTE IDH	111

3.1.1 O direito de circulação e residência e os parâmetros estabelecidos pela Corte IDH	114
3.1.2 Controle de convencionalidade interno e a Mensagem de Veto nº 163	120
3.2 A INCONVENCIONALIDADE DA MENSAGEM DE VETO Nº 163 À LEI Nº 13.445/2017 E A VIOLAÇÃO DO DIREITO DE CIRCULAÇÃO INDÍGENA	124
3.2.1 Lei de Migração e os diversos vetos presidenciais	127
3.2.2 Poder de veto no ordenamento jurídico brasileiro	131
3.2.3 Os argumentos jurídicos do Presidente da República e a violação do direito de circulação dos povos indígenas	134
3.3 TRANSCONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS E A ORDEM NORMATIVA INDÍGENA	139
3.3.1 A transconstitucionalização dos direitos dos povos indígenas e a cultura jurídica Guarani e Kaiowá de perambular pelo território	141
3.3.2 A postura de não compliance do Brasil e o Transconstitucionalismo reflexivo	148
CONCLUSÕES	158
REFERÊNCIAS	164
GLOSSÁRIO	174

INTRODUÇÃO

A proposta temática estampada no presente trabalho foi primeiramente concebida em pesquisa desenvolvida a partir do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), promovido pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, em 2015. O plano de trabalho desenvolvido com referida temática estava inserido no projeto “Fronteiras Étnico-culturais: análise do tráfico e migrações de pessoas nas fronteiras de Mato Grosso do Sul” (CNPq/FUNDECT), coordenado pelo Professor Dr. Antonio Hilario Aguilera Urquiza.

Referido projeto de pesquisa, posteriormente, deu origem a outro projeto intitulado “*Oguata Guasu* e Território: Uma análise antropológica da mobilidade guarani nas fronteiras de Mato Grosso do Sul”, financiado pelo CNPq e também coordenado pelo Professor Dr. Antonio Hilario Aguilera Urquiza, onde se insere esta dissertação. Ambos incentivam o estudo de graduandos e pós-graduandos de Ciências Sociais e Direito a respeito da região de fronteira do estado de Mato Grosso do Sul, com enfoque em minorias étnicas e populações marginalizadas.

Apesar do objeto de estudo, qual seja, a mobilidade transfronteiriça Guarani e Kaiowá, estar presente tanto no plano de trabalho de 2015, quanto na presente dissertação, o aporte teórico fornecido pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMS possibilitou o aperfeiçoamento e melhor condução da pesquisa. Inclusive, novos temas foram incorporados, como a pluralidade de ordens jurídicas e a proteção multinível dos direitos humanos, principalmente, em âmbito do Sistema Interamericano, bem como, adotou-se a teoria do transconstitucionalismo como vetor de inferência para a construção de novas elucidações a respeito da garantia dos direitos dos povos indígenas.

A análise jurídica proposta pela pesquisa se dá a partir do estudo do sistema global de proteção dos direitos humanos e do sistema interamericano de proteção de direitos humanos, tendo em vista os processos de interação entre eles e o sistema doméstico brasileiro. A articulação entre referidos sistemas é fundamental para atingir o fim comum de proteger os direitos dos povos indígenas, a partir da conexão entre cortes judiciais nacionais e regionais e agentes públicos em âmbito doméstico.

A partir da interdisciplinaridade com a Antropologia do Direito¹, logo se constatou que o fenômeno da mobilidade transfronteiriça, caracterizado como uma prática cultural comum na etnia Guarani e Kaiowá, é compreendido dentro do espectro protetivo dos direitos dos povos indígenas, seja porque é uma prática cultural relacionada ao modo de ser Guarani, constituindo-se em um direito de personalidade associado à garantia da vida digna do sujeito indígena, seja porque faz parte do exercício do direito originário às terras tradicionalmente ocupadas, pois representa uma extensão do direito ao usufruto do território ancestral.

Uma vez que representa um direito inerente aos povos indígenas, a circulação ao longo do território tradicionalmente ocupado deve ser garantida pelas autoridades estatais, ainda que importe em permitir-lhes o traslado entre as fronteiras estabelecidas entre países, pois é atribuição do Estado, em tese, não obstruir nem dificultar o exercício do direito cultural de uma minoria étnica. Contudo, não apenas a circulação no território ancestral é obstaculizada pelos agentes estatais, também, a proteção jurídica a este direito foi expressamente descartada pelo Estado brasileiro, deixando de constar na Lei de Migração que, anteriormente, em seu projeto, concedia referida proteção jurídica.

Apesar de existir expressa previsão e reconhecimento do direito de circulação dos povos indígenas tanto em normativas do sistema global de proteção direitos humanos quanto no sistema interamericano de proteção de direitos humanos, no âmbito doméstico brasileiro não existe nenhuma proteção jurídica específica do direito à livre mobilidade dos povos indígenas. A tentativa de reconhecimento jurídico, representada pelo §2º do art. 1º da Lei nº 13.445/2017, foi vetada pelo Poder Executivo a partir de uma análise constitucional, sem que tenha sido realizado controle de convencionalidade com os sistemas internacionais aos quais o Brasil faz parte.

Diante dessas inquietações, o problema de pesquisa surge da constatação de que, a despeito do veto ao §2º do art. 1º da Lei nº 13.445/2017, o direito de circulação dos povos indígenas em mobilidade transfronteiriça é reconhecido pela ordem normativa das próprias comunidades indígenas, bem como, pelo artigo 32 da Convenção nº 169 da OIT, pelo artigo 36 da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007 e pelo artigo XX da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Sintetiza-se, então, o

¹ Defende-se o compromisso com o diálogo constante entre os profissionais dos dois campos do saber, pois a Antropologia do Direito contribui para a compreensão das reivindicações indígenas, que acompanham linguagens e significados distantes das concepções legalistas de direitos fundamentais presentes na dogmática jurídica. Segundo Geertz (1989), a interdisciplinaridade entre Direito e Antropologia dá-se na forma da Antropologia do Direito, da Antropologia Jurídica ou da Antropologia Legal, a depender da abordagem pretendida, de modo que, a partir dessas áreas do conhecimento, é possível realizar uma espécie de “tradução cultural” focada no pluralismo de perspectivas e no exercício da alteridade.

problema de pesquisa na seguinte pergunta: é possível afirmar que o sistema jurídico doméstico brasileiro reconhece o direito de circulação dos povos indígenas em mobilidade transfronteiriça?

A hipótese adotada pelo estudo parte do entendimento de que a proteção multinível do direito de circulação dos povos indígenas em mobilidade transfronteiriça, na pluralidade de ordens jurídicas internacionais e regionais, viabiliza o reconhecimento da livre mobilidade indígena no Brasil. Tendo em vista que o Brasil integra o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, estando, inclusive, sob a jurisdição da Corte Interamericana, que vem construindo um *Ius Constitutionale Commune* em matéria de proteção dos povos indígenas, defende-se que a mobilidade transfronteiriça dos povos indígenas integra o ordenamento jurídico interno brasileiro, visto que o bloco de constitucionalidade vigente no Brasil é composto pelas normas constitucionais e pelos tratados de direitos humanos ratificados pelo país.

Além disso, a mobilidade transfronteiriça é uma prática cultural desempenhada pelos povos indígenas e prevista pela própria ordem normativa de suas comunidades, que possuem concepções próprias de dignidade humana e suas próprias instituições de regulamentação social. A partir da técnica de análise proporcionada pela teoria do transconstitucionalismo, elaborada por Marcelo Neves (2012), cuja principal contribuição é a elucidação da relação entre ordem constitucional estatal e ordens normativas extraestatais indígenas, entende-se que os povos indígenas possuem experiências jurídicas ímpares de regulação de sociedades milenares, que são reconhecidas pelo bloco de constitucionalidade convencionado e ampliado vigente no Brasil.

Nesse contexto, o objetivo geral do estudo é analisar o reconhecimento do direito de circulação dos povos indígenas em mobilidade transfronteiriça a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Para tanto, adotam-se como objetivos específicos, a serem trabalhados em cada capítulo: compreender como se dá a prática da mobilidade transfronteiriça pelos Guarani e Kaiowá de Mato Grosso do Sul, a partir de uma perspectiva antropológica e do pluralismo jurídico; analisar a proteção conferida aos direitos dos povos indígenas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e pelo Sistema Interamericano, em especial, ao direito de circulação entre fronteiras; e, por fim, verificar o reconhecimento do direito de circulação dos povos indígenas em mobilidade transfronteiriça a partir do bloco de constitucionalidade vigente no Brasil e da ordem normativa extraestatal Guarani e Kaiowá.

O primeiro capítulo, por conseguinte, busca, a partir da Antropologia do Direito, caracterizar o significado da caminhada para os Guarani e Kaiowá (*Oguata Guasu*), que, na

tentativa de traduzir para termos jurídicos, pode ser interpretada como exercício do ir e vir nas terras tradicionalmente ocupadas e do direito de circulação e residência, previsto no artigo 22 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH). Aproximadamente, a caminhada praticada pelos Guarani e Kaiowá pode ser compreendida como um fenômeno cultural relacionado ao direito de personalidade, de integridade física e cultural e ao direito das futuras gerações dos povos indígenas.

Faz-se necessário, para levar a efeito tal entendimento, uma abordagem interdisciplinar com a Antropologia do Direito para que a pesquisa tenha em consideração as diferentes perspectivas atribuídas pelos povos indígenas aos conceitos de migração, fronteira e dignidade humana. Vislumbra-se a possibilidade de relacionar a perambulação indígena dentro do território ancestral como um direito coletivo de usufruto do território ancestral e como o exercício do direito de personalidade Guarani e o modo de ser caminhante característico desse povo.

Ao buscar compreender como se dá a prática da mobilidade transfronteiriça pelos Guarani e Kaiowá de Mato Grosso do Sul, o primeiro capítulo enfrenta importantes temáticas, como o contexto da Terra Indígena *Ñande Ru Marangatu*, no município de Antônio João/MS, tradicionalmente ocupada pela etnia Kaiowá². A expropriação das terras Kaiowá em Mato Grosso do Sul obrigou a prática do deslocamento forçado até a colônia Pysyry, no Paraguai, isso porque a extensão do território tradicional de *Ñande Ru Mangaratu* engloba áreas localizadas tanto no município de Antônio João, no Brasil, quanto na colônia Pysyry, no Paraguai. Após praticarem a mobilidade de retorno nos anos 1990 e de volta à Terra Indígena *Ñande Ru Marangatu* em Antônio João, contudo, as famílias Kaiowá permanecem mantendo contato com seus parentes em Pysyry, que os receberam em sua comunidade quando da expropriação territorial que desabrigou muitas famílias.

Encerra-se o primeiro capítulo com a perspectiva do pluralismo jurídico e da Teoria Crítica dos Direitos Humanos, tendo em vista que empreender uma caminhada em direção à terra ancestral de abundância, ou para visitar os parentes alocados em outros pontos do território tradicional Guarani e Kaiowá (*Tekoha Guasu*), são direitos reconhecidos por sua ordem normativa extraestatal, entendida como uma experiência jurídica que coexiste com a ordem constitucional estatal, e que deve ser respeitada em função dos compromissos

² Importante destacar que o povo Guarani engloba os Kaiowá, os Nandeva e os Mby'a, os quais são integrantes do tronco linguístico Tupi e da família linguística Tupi-Guarani (Pereira, 1999, p. 14). O presente trabalho tem como foco a população dos Kaiowá da Terra Indígena *Ñande Ru Marangatu*, que se autodenomina Kaiowá no Brasil e *Paĩ Tavyterã* no Paraguai, em razão da prática da mobilidade transfronteiriça na faixa de fronteira entre Mato Grosso do Sul e o Paraguai.

internacionais assumidos pelo Brasil e do mandamento constitucional protetivo dos direitos culturais dos povos indígenas.

O segundo capítulo expõe a relação entre Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) e os direitos dos povos indígenas, acompanhando o progresso do DIDH, principalmente no que tange à atenção dada às demandas dos povos indígenas, e apurando o estabelecimento da pluralidade de ordens jurídicas de proteção multinível dos direitos dos povos indígenas. Inclusive, momento oportuno para apresentar o debate a respeito do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, elaborado e desenvolvido com ênfase na justiça constitucional regional, posto que o contexto latino-americano apresenta uma arquitetura protetiva dos povos indígenas que incentiva a abertura ao diálogo entre ordens jurídicas dentro do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos.

O terceiro capítulo, por fim, trabalha a hipótese do reconhecimento do direito de circulação dos povos indígenas em mobilidade transfronteiriça a partir do diálogo entre a ordem doméstica brasileira e o SIDH. Importante pontuar que o princípio do *pacta sunt servanda* e a ratificação, por parte do Brasil, de tratados internacionais protetivos dos direitos dos povos indígenas, que expressamente reconhecem o direito de circulação, permitem conceber a mobilidade transfronteiriça como direito cabível aos indígenas em trânsito entre Brasil e Paraguai.

Nesse momento, também se discute a atuação das autoridades brasileiras no processo de elaboração normativa da Lei de Migração, que adentrou o ordenamento jurídico interno sem contar com a proteção jurídica inicialmente conferida aos povos indígenas para circular no território ancestral. A abordagem empregada pelo estudo vale-se da Mensagem de Veto nº 163 para examinar os argumentos utilizados pelo Presidente da República, visto que, se empregado o controle de convencionalidade, levando em conta a inserção no SIDH e os tratados ratificados pelo país, o dispositivo que previa o direito originário dos povos indígenas à livre circulação em terras tradicionalmente ocupadas não sofreria veto.

Da mesma forma, além da crítica à atividade estatal brasileira de resistência e de não conformação com o ordenamento jurídico interamericano, verifica-se que o reconhecimento do direito de circulação dos povos indígenas em mobilidade transfronteiriça não se dá apenas pelo bloco de constitucionalidade vigente no Brasil, mas também pela ordem normativa extraestatal Guarani e Kaiowá. A partir da técnica de análise conjuntural proporcionada pela teoria do Transconstitucionalismo, elaborada por Marcelo Neves (2012), considera-se que as demandas e reivindicações dos povos indígenas pressupõem uma lógica ontológica concreta que contrasta com a positivação na norma escrita, de modo que é necessário estabelecer um

incentivo cognitivo para que as autoridades estatais adotem uma postura transversal reflexiva, que leve em consideração a ordem normativa extraestatal das comunidades indígenas como fonte de ingerência legítima.

A pesquisa se justifica na medida em que é pertinente conduzir os estudos a respeito dos direitos dos povos indígenas para além da dogmática jurídica, mediante proposta interdisciplinar que englobe a perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do diálogo entre ordenamentos jurídicos, da proteção multinível de direitos humanos, do pluralismo jurídico e da Antropologia do Direito. Tratar da circulação transfronteiriça pelo território tradicionalmente ocupado como um direito coletivo e originário que decorre dos direitos territoriais e da dignidade humana dos povos indígenas é relevante, principalmente, dado o contexto regional em que a pesquisa se insere.

A propósito, a realidade sul mato-grossense teve grande pertinência para o estudo do direito indígena de circulação no território ancestral, dada a condição de estado divisa com outros países latino-americanos e que comporta alta representatividade indígena em sua população geral. Nessa perspectiva, a temática oferece um enfoque abrangente a respeito do direito à livre mobilidade territorial, comportando tanto a previsão normativa internacional quanto a perspectiva antropológica, para depois demarcar a condição fática vivida pelos Kaiowá da Terra Indígena *Ñande Ru Marangatu*, no município de Antônio João/MS, que enfrentam violentas disputas fundiárias com os fazendeiros da região, os quais, inclusive, utilizaram-se de argumento, contrário à demarcação do território indígena, que põe em dúvida a nacionalidade dos indígenas reivindicantes.

A ideia proposta pela presente investigação almeja, de maneira idealista, contribuir para a construção de elucidações interessadas em erguer pontes e refletir sobre o papel do Direito na consagração dos direitos previstos no texto escrito da norma, seja internacional, seja interna, que atribui proteção jurídica aos povos indígenas e suas singularidades étnicas. Isso porque, na prática, a ratificação de tratados internacionais e a previsão constitucional não impedem interpretações contrárias às demandas indígenas pela práxis jurídica dos três poderes da República.

O norteamento metodológico fundante para a elaboração da pesquisa utiliza o paradigma sociocrítico, tendo em vista que a temática abarca questões interdisciplinares de relação com a Antropologia, bem como, o enfoque também sociocrítico, por apresentar uma perspectiva crítica em matéria das questões indígenas e de reconhecimento das reivindicações que emergem de culturas marginalizadas. Além disso, a pesquisa conta com o método hipotético-dedutivo, com o intuito de estabelecer uma relação lógica entre a existência

jurídica do direito de circulação dos povos indígenas em mobilidade transfronteiriça no ordenamento jurídico brasileiro, a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A pesquisa é exploratória e descritiva, a fim de analisar o fenômeno da mobilidade transfronteiriça mediante a utilização do método qualitativo de percepção de resultados, levando-se em conta o contexto de sua prática, os fatores a ela entrelaçados e as consequências da ausência de proteção jurídica. Por fim, quanto às fontes, a pesquisa é bibliográfica, marcada pelo emprego de artigos e periódicos encontrados nas bases científicas disponíveis na internet e acessíveis ao público, e documental, na medida em que se propõe uma análise de declarações e convenções internacionais no tocante aos direitos dos povos indígenas.

1. MOBILIDADE TRANSFRONTEIRIÇA GUARANI E KAIOWÁ E O DIREITO DE CIRCULAÇÃO NO TERRITÓRIO ANCESTRAL

A prática da mobilidade territorial ancestral envolve o reconhecimento de fronteiras étnicas que transcendem os limites dos Estados, sendo determinante para a presente análise apontar a sobreposição jurídica dos territórios tradicionalmente habitados por povos originários, que configuram, para além de um espaço geográfico, um ambiente de construção de identidade étnica, de fortalecimento de laços de parentesco, de aliança política, de reciprocidade comunitária e também de engajamento coletivo na busca por um local amoldado às necessidades de consumação do modo de ser Guarani.

Por meio deste capítulo, visa-se compreender as diferentes perspectivas atribuídas pelos povos indígenas aos conceitos de mobilidade humana, fronteira e vida digna, uma vez que a dignidade humana predominantemente amparada pelo Direito é aquela concebida por moldes aos quais os povos indígenas, sua relação com o território ancestral, sua noção de pertencimento étnico, de etnocidadania, e sua concepção de mobilidade humana, não se encaixam. Para tanto, a temática dos povos indígenas em mobilidade transfronteiriça no estado de Mato Grosso do Sul demanda, em um primeiro momento, a análise da etnicidade Guarani e Kaiowá envolvida na prática da perambulação espacial, de modo que o Estados e os agentes públicos promovam o respeito aos direitos humanos dos povos indígenas, segundo os termos da própria etnia e em cooperação com a Antropologia Jurídica.

Para tanto, a ciência antropológica contribui na busca por significação para o reconhecimento do direito de circulação dos povos indígenas, tal como defende Geertz (1989), a proposta da pesquisa é interpretar a teia de saber referente às concepções Guarani e Kaiowá sobre mobilidade entre fronteiras e sua relação com a identidade étnica e cidadania indígena, afinal, é necessário contextualizar a realidade social destes povos para que não se perca de vista os mais importantes significados desta relação entre perambulação, territorialidade e etnicidade.

Examina-se, também, os dados etnográficos provenientes do laudo antropológico realizado por Jorge Eremites de Oliveira e Levi Marques Pereira (2009) no município de Antônio João, em Mato Grosso do Sul, visto que a mobilidade entre a aldeia Campestre (*Ñande Ru Marangatu*), em Antônio João, e a Colônia Pysyry, no Paraguai, justificou-se pelo compartilhamento da identidade étnica e da correspondência territorial entre as comunidades,

visto que, na concepção Kaiowá, a extensão do território ancestral engloba diferentes regiões e diferentes núcleos de parentela.

Além disso, emprega-se a perspectiva de direitos humanos dada pela teoria crítica, mediante conceitos como pluralismo jurídico, alteridade e interculturalidade, dado que apenas uma abordagem pluralista e intercultural é capaz de conceber o direito à livre mobilidade indígena como um exercício do direito de ir e vir para além da dogmática jurídica. A adoção desse parâmetro viabiliza a construção de cenários de reconhecimento e de afirmação de Direitos Humanos pensados a partir das próprias comunidades indígenas, o que demanda a abertura do ordenamento jurídico-constitucional às percepções de dignidade humana concebidas externamente ao Direito estatal.

1.1 *OGUATA GUASU* E OS DESAFIOS DA ANTROPOLOGIA DO DIREITO

Sendo a prática da mobilidade transfronteiriça um fenômeno antropológico concreto presente no cotidiano de muitas comunidades tradicionais, como é o caso da etnia Guarani e Kaiowá, localizada na fronteira entre o estado brasileiro de Mato Grosso do Sul e o Paraguai, é fundamental que a análise jurídica de referido fenômeno se dê fora do marco interpretativo do Direito hegemônico. Para tanto, os direitos dos povos indígenas devem ser compreendidos em seus próprios termos, de modo que a política indigenista³ garanta espaço para o respeito aos direitos indígenas.

O aporte fornecido pela Antropologia do Direito possibilita a interpretação dos fenômenos sociais e culturais presentes na cultura indígena, descartando a análise a partir do saber jurídico dogmático, normativo, formal e hierarquizado. Segundo Kant de Lima (2008), a interdisciplinaridade com a Antropologia do Direito proporciona considerar-se a multiplicidade de “modos de vida” existentes, sendo que, para o autor, o Direito é apenas um modo de vida e significado de conceitos entre muitos outros, motivo pelo qual se defende a importância da constituição de um campo de pesquisa empírica, de base crítica, na área do Direito e em constante diálogo com a Antropologia.

³ Salienta-se a importância da diferenciação entre os conceitos de direito indígena e direito indigenista, afinal, a ordem constitucional vigente garante a observância de ambos. Segundo Eloy Amado (2014), o direito indigenista é o conjunto de normas elaboradas pelos não índios para os índios, enquanto que o direito indígena diz respeito à prática jurídica das sociedades indígenas, cada qual com seus costumes, organizações sociais, políticas e sistemas de resolução de conflitos.

No que tange à mobilidade espacial dos Kaiowá *Paĩ Tavyterã*⁴, o exercício da *Oguata Guasu* representa uma amostra da existência de realidades jurídicas complexas que se mantém paralelamente ao Direito estatal positivado na norma jurídica. Isso porque a mobilidade no território tradicionalmente ocupado pressupõe concepções holísticas de realidade e propostas de vida ligadas ao modo de ser e viver tradicional, ao território ancestral e a crenças enraizadas nas tramas familiares e sociais da comunidade.

Assim, importante, primeiramente, apresentar a presença marcante e dinâmica das populações indígenas em regiões fronteiriças, com o auxílio da Antropologia do Direito, para que se compreenda o fenômeno antropológico da *Oguata Guasu*, diferenciando referida prática do nomadismo⁵ e do mero fluxo migratório e, também, afastando a perspectiva legalista do direito de circulação dos povos indígenas. A relação intrínseca com o território ancestral, e a expressividade dos Guarani e Kaiowá a partir da figura do modo de ser caminhante, demonstram que a perambulação transfronteiriça representa um direito compreendido pelo ordenamento jurídico indigenista e que exige tratamento diferenciado, o justifica o debruçamento teórico na prática da caminhada e sua particular manifestação no cotidiano dos povos tradicionais.

Também, ainda em associação com a Antropologia do Direito, é imperioso incluir a perspectiva da idealização e procura de um espaço físico simbólico que motiva a existência Guarani em torno da perambulação e da mobilidade. Referida contribuição advém da pesquisa e vivência do autor Almiros Martins Machado (2015), ao demonstrar que a vida dos Guarani Mbya do tekoa Nova Jacundá, município de Rondon do Pará/PA, é norteadá pela lógica da busca da Terra Sem Males, onde há a garantia da sobrevivência física, cultural e espiritual da coletividade. A relação intrínseca entre a perambulação no território ancestral e a perseguição das condições ideais de viver segundo a tradição Guarani é de extrema valia para a pesquisa, pois constata a relevância de referida prática para a conservação de uma cultura milenar e sua transmissão às gerações futuras.

⁴ Adota-se referida nomenclatura tendo em vista que a população Guarani representa uma das mais numerosas dos povos originários, sendo representados pelo subgrupo Kaiowá, que no Brasil engloba os Kaiowá, os Nandeva e os Mby'a (PEREIRA, 1999, p 14), mas que no Paraguai, o mesmo subgrupo étnico se autodenomina *Paĩ Tavyterã*. Desse modo, a expressão Kaiowá *Paĩ Tavyterã* remete ao caráter transacional de referida etnicidade, que compartilha tradições, parentelas, território e ancestrais, mas que é dividida pelas fronteiras dos Estados nacionais.

⁵ A prática da *Oguata Guasu* em nada se assemelha ao nomadismo, visto que a prática da perambulação indígena está relacionada a elementos étnico-culturais associados à territorialidade, isto é, “as famílias transitam limitadas ao espaço de seu tekooha guasu, ou seja, o grande território tradicional, na busca de subsistência, alianças políticas, arranjos matrimoniais, visitas e até mesmo em decorrência de conflitos” (CAVARARO RODRIGUES, 2019, p. 20).

1.1.1 A prática da mobilidade transfronteiriça sob perspectiva antropológica

A falta de diálogo interdisciplinar entre o Direito e a Antropologia constitui-se em óbice à realização dos direitos humanos dos povos indígenas, pois apenas com a instrumentalização do ponto de vista antropológico que é possível vislumbrar as diferentes concepções de dignidade adotadas pelos povos indígenas, em contraposição ao conceito sedimentado e universalizante de dignidade da pessoa humana propagado pela sociedade ocidental.

A fim de se estabelecer uma conexão para a fundamentação da mobilidade transfronteiriça Guarani como uma extensão da dignidade humana, é necessário adotar uma abordagem antropológica que ofereça subsídios para compreender as práticas culturais dos povos indígenas mediante a perspectiva da alteridade e da diversidade. Afinal, como argumenta Panikkar (2004, p. 217), os direitos humanos são apenas uma janela através da qual os seres humanos vislumbram uma ordem humana justa, de forma que, diante dos desafios da teoria dos direitos humanos na atualidade, torna-se imperioso reconhecer a pluralidade de janelas, isto é, de perspectivas no que tange a uma vida humana digna.

A população Guarani é uma das mais numerosas no Brasil, e o povo Kaiowá se refere aos representantes desse subgrupo pertencentes ao tronco Tupi, da família linguística Tupi-guarani, que no Brasil engloba os Kaiowá, os Nandeva e os Mby'a (PEREIRA, 1999, p. 14). Conforme Rosa Colman (2015), o povo Kaiowá tem por tradição cultural a prática da mobilidade espacial, baseada na prática milenar e muito conhecida dentre os povos indígenas como *Oguata Guasu*.

Além de ser uma manifestação cultural, consoante Cavararo Rodrigues (2019, p. 106), a prática do *Oguata Guasu* está diretamente relacionada ao direito das futuras gerações dos Guarani e Kaiowá, pois é transmitida de geração em geração com base nos costumes e práticas imemoriais. Isto posto, é possível afirmar que a mobilidade espacial dos povos indígenas se diferencia da migração humana propriamente dita e, em geral, entendida pelo Estado como decorrente de fatores econômicos e pela busca de trabalho (CAVARARO RODRIGUES; COLMAN; AGUILERA URQUIZA, 2019, p. 53).

Cavararo Rodrigues (2019, p. 20) considera que a prática da mobilidade dos Kaiowá nas regiões de fronteira entre Brasil e Paraguai é mais um dos elementos que integram a dinâmica de sua constituição e da permanência de sua identidade étnica. Essa existência

singular, marcada por realidades ímpares e concepções distintas, requer uma análise descentralizada e pluralista, visto que, a fim de conferir proteção jurídica pelos mecanismos institucionais formais, primeiro, é necessário compreender a estrutura que fundamenta a prática da mobilidade transfronteiriça no território ancestral.

Tendo em vista a especial vinculação entre mobilidade territorial e a cosmologia Guarani, a construção da rede ideológica coletiva ocorre através da dinâmica ao longo do território ancestral, de maneira que o deslocamento e sua reprodução no tempo/espaço mítico podem ser considerados princípios reguladores constitutivos da concepção do seu universo, dos mundos e do desenvolvimento de sua existência humana, sendo a forma que os indivíduos se reconhecem e constroem sua presença no mundo (CICCARONE, 2004).

Ou seja, para os Guarani e Kaiowá, os movimentos transfronteiriços fazem parte de sua noção de mundo, estando presentes desde a sua construção, e por mais que os deslocamentos tenham naturezas e motivos diversos, não são antagônicos⁶, mas sim complementares e interligados através de suas causas (LADEIRA, 2001). Estudos antropológicos buscaram entender este fenômeno empírico que apenas se materializa na vivência cotidiana e no contato simbólico com o território ancestral, de maneira que a racionalidade científica identificou a natureza dos processos de deslocamentos espaciais, na tentativa de tentar compreender a mobilidade territorial ancestral e sua importância para a cultura indígena.

Inclusive, a prática da mobilidade é concretizada de acordo com elementos como a busca por atividades produtivas; participação em rituais; disponibilidade de locais que comportem recursos naturais; proximidade de parentelas aliadas, sendo a rivalidade com os vizinhos um acontecimento suficiente para provocar o deslocamento; capacidade do cabeça de parentela e do líder da comunidade de conduzir eficazmente a vida comunitária, ou seja, de demonstrar habilidade para unir os parentes e resolver problemas de convivência entre os fogos domésticos⁷; e, até mesmo, a incidência ou não de doenças ou mortes repentinas

⁶ O contexto do *tekoha guasu Ñande Ru Marangatu*, por exemplo, exemplifica que, apesar do primeiro deslocamento ter sido realizado em virtude da expropriação de seu território, configurando, assim, um deslocamento forçado, esse histórico não anula a prática da mobilidade ancestral que é desempenhada atualmente entre a aldeia *Ñande Ru Marangatu* em Antônio João/MS e a Colônia Pysyry, no Paraguai, que hoje é justificada pela manutenção das redes de reciprocidade e pertencimento étnico ainda mantidos com a parentela que uma vez amparou os parentes expulsos de seu território no lado brasileiro. Tal perspectiva é melhor trabalhada no item 2.2.3. da dissertação.

⁷ Fogos domésticos são redes sociais formadas por parentelas que estabelecem alianças políticas, religiosas e colaborativas em meio às suas atividades cotidianas. Além disso, a movimentação e dinamicidade entre os fogos domésticos é constantemente realizada em meio à comunidade Kaiowá, casamentos, mobilidade, alianças, etc promovem a saída de alguns membros e a entrada de outros. Os fogos domésticos organizam-se territorialmente

provocadas por causas consideradas não-naturais (PEREIRA, 2007).

Além disso, destaca-se a prática da mobilidade como um fenômeno diferente dos fluxos migratórios, pois está diretamente ligada à identidade Guarani. Nesse sentido, para Brand (2008, s/p)

É importante ter presente que a discussão sobre identidade guarani remete, diretamente, para a ideia de pertencimento e para as relações de parentesco – atualizadas por filiação e descendência, memória e comunicação. São Guarani aqueles que se assumem como descendentes e que são reconhecidos como tais, sendo que a ideia de cidadania guarani específica está associada ao conceito de pertencimento. Daí a importância da concepção de território como espaço de comunicação, com as suas marcas referidas e atualizadas pela memória.

Enquanto o ordenamento jurídico nacional dispõe a respeito do território como um elemento essencial à existência do Estado, de forma a instituir os limites do poder soberanamente exercido, a cosmologia Guarani, por outro lado, atribui ao território um caráter comunicativo que possibilita o “*Oguata*”, que quer dizer, genericamente, “caminhar”, na língua Guarani. O caminhar ou andar faz parte do universo cultural desses povos (MELIÀ, 2008; PISSOLATO, 2007; PEREIRA, 2007), de forma a integrar sua identidade e remeter ao modo de ser coletivo proposto pelas regras de conduta comunitárias. Por conseguinte, sob a ótica Guarani, o território é o espaço no qual as relações de parentesco, com suas complexas redes de comunicação, se reproduzem, formando um território transnacional entre os países em que as comunidades se instalam e por onde circulam.

Apesar da delimitação geográfica reconhecida pelo mapa político perpetuar uma imposição colonial de fronteiras artificiais, a cosmologia Guarani atribui noções próprias ao conceito de fronteira, capaz de definir quem pertence e quem não pertence a determinada coletividade, assim sendo entendida como redes dinâmicas, e não fixas, suscetíveis a ser relativizadas em caso de casamentos ou de formação de alianças, por exemplo (MELIÀ, 2008).

Como abordado em tópico anterior, os deslocamentos espaciais transfronteiriços têm como cenário o território ancestral, isto é, trata-se de um fenômeno anterior à formação das fronteiras nacionais e coloniais, o que demonstra que a imposição das fronteiras pelo Estado ignora a realidade concreta das fronteiras culturais indígenas, as quais são definidas e

de acordo com as relações sociais, políticas e econômicas estabelecidas na aldeia, motivo pelo qual Pereira (1999) propõe uma analogia entre as ligações internas de uma comunidade indígena com a figura geométrica concêntrica “(...) a existência de pequenos círculos de pessoas que se consideram próximos e entre os quais existe um alto grau de solidariedade, com unidades sociológicas maiores e mais abrangentes”. (PEREIRA, 1999, p. 49). Para mais detalhes, conferir em: PEREIRA, Levi Marques. Parentesco e organização social Kaiowá. Dissertação de Mestrado, Universidade estadual de Campinas, Campinas, SP, 1999.

redefinidas a partir de relações sociais de reciprocidade e parentesco, de perfil dinâmico e marcadas pela persistência transfronteiriça de suas redes de relacionamento dentro do mesmo *tekoha guasu*.

No entanto, apesar das imposições promovidas pelo Estado representarem um desrespeito à diversidade cultural, social e jurídica destes povos, as práticas comunitárias de deslocamento transfronteiriço permanecem vigentes, através das quais os Guaraní de Mato Grosso do Sul, do litoral e de outras regiões do Brasil, seguem mantendo intensas e variadas trocas com seus parentes que residem na Argentina e no Paraguai (COLMAN, 2015).

O fato é que a territorialidade Guaraní independe das fronteiras político-administrativas dos países, por isso o conceito de migração que mais se aproxima do conceito de mobilidade territorial é aquele que atribui ao território um caráter circulatório, que confere sentido social e cultural ao movimento espacial e empreende diversos saberes tradicionais para formação de territórios engendrados por populações circulantes, cujos processos de construção de identidade, memória coletiva, laços sociais e critérios de pertença parecem se dissociar do pressuposto da sedentarização (TARRIUS, 2000).

Além disso, as tradicionais dinâmicas circulatórias Guaraní revelam o perfil expansionista do território, que ultrapassa as fronteiras nacionais, uma vez que, na visão Guaraní e Kaiowá, o mundo é produzido a partir da lógica espiritual, onde a terra está sempre se expandindo através da mobilidade tradicional (andar, caminhar, mover), que representa uma maneira de ocupar o espaço de forma a não produzir fixação no mesmo lugar (BENITES, 2014).

Então, o conceito de território tradicionalmente ocupado como sendo um espaço transnacional, propiciado pela perspectiva intercultural, demonstra que a circulação dentro desse território não reconhece fronteiras artificiais criadas por instituições estatais provenientes da cultura ocidental não-indígena, de modo que os ramos tradicionais do Direito pecam em compreender dinâmicas de mobilidade que permanecem vinculadas ao local de origem ao mesmo tempo em que se conectam com o local de destino.

Cita-se, também, a respeito dos motivos para o deslocamento, que os Guaraní e Kaiowá vivem a experiência da mobilidade espacial de diversas formas, tanto no sentido cultural, ou de harmonia comunitária, quanto o deslocamento forçado, seja a partir do processo de expulsão e confinamento, significando a desintegração e desestruturação social, seja com a migração pendular forçada, trabalhos assalariados fora das aldeias, os quais

tornaram-se praticamente o único meio de sobrevivência desses grupos, principalmente em Mato Grosso do Sul (COLMAN, 2015).

Diante das concepções apresentadas, infere-se que a estrutura organizacional que compõe a sociedade Guarani e Kaiowá é pautada pelo exercício do caminhar no espaço habitado por seus ancestrais, reconhecendo as redes de comunicação que compõem a identidade étnica e que são compartilhadas por parentes em uma trama transnacional cujos limites não são visíveis nem escritos, mas sim vivenciados no cotidiano comunitário e empírico de comunidades milenares que existem e resistem apesar dos entraves que o Estado posiciona a sua frente.

Para além das concepções trazidas, salienta-se o componente da idealização, dos sonhos e da perseguição simbólica de uma terra moldada aos princípios e tradições da coletividade indígena, em que a subjetividade Guarani pode desfrutar do jeito de ser e de viver ideológicos, a partir da prática profética da busca da Terra Sem Males realizada pelos Guarani Mbya. Referido conceito antropológico advém dos estudos realizados por Hélène Clastres (1978), que trouxeram a perspectiva da mobilidade como um movimento messiânico em prol da vivência em plenitude da comunidade, e que possuem grande valia para a pesquisa ao acrescentar a perspectiva profética e religiosa em relação ao direito de circulação transfronteiriça dos povos indígenas, contribuindo para a fundamentação de tratamentos diferenciados aplicáveis em contexto fronteiriço.

1.1.2 A busca pela Terra Sem Males e o modo de ser caminhante Guarani

Apesar do foco da pesquisa estar na prática da mobilidade transfronteiriça dos Kaiowá *Paĩ Tavyterã* na faixa de fronteira entre Mato Grosso do Sul e Paraguai, a mobilidade espacial rumo à chamada Terra Sem Males⁸ praticada pelos Guarani Mbya demonstra, além do perfil dinâmico e transnacional da etnicidade indígena, o sentido religioso e ecológico presente nessa prática cultural ancestral, tendo em vista sua relação com a perseguição de um espaço físico e simbólico em harmonia com um ambiente saudável e preservado para a comunidade indígena e para as futuras gerações do povo Guarani.

⁸ Segundo Cavararo Rodrigues (2019, p. 35), “a Terra sem mal significa um lugar que não foi modificado pela ação do homem, que possui recursos naturais, sendo extremamente importante para a qualidade de vida desta população indígena”.

A prática profética em busca da terra sem males está presente no passado milenar dessas subjetividades indígenas, conforme analisa Cavararo Rodrigues (2019, p. 33), existem estudos históricos que destacam o traço da lógica espiritual tradicional na cosmologia Guarani, em que se manifesta uma visão transcendental capaz de instruir a constante busca de uma nova região, livre de ameaças e em equilíbrio ecológico com o meio ambiente e com os elementos sobrenaturais compreendidos pela tradição.

Nesse mesmo sentido, Almiros Martins Machado (2015) faz importantes considerações a respeito do caminhar Guarani, afastando a ideia presente na etnologia contemporânea de que a busca da Terra Sem Males retrataria uma certa cegueira religiosa através do profetismo. Pelo contrário, o autor argumenta que a perambulação pelo território faz parte do “ciclo da vida guarani e da vida guarani na caminhada, sendo a própria memória ancestral em movimento” (MACHADO, 2015, p. 52).

Interessante compreender a mobilidade também sob a perspectiva da religiosidade tradicional, intrinsecamente relacionada à preservação da cultura dos povos originários, dever estatal assumido na Constituição Federal de 1988. Contudo, a busca pela Terra Sem Males demanda, da mesma forma, o entendimento a respeito da relação entre etnicidade Guarani e preservação do meio ambiente, para que seja mantida a ligação com o mundo sobrenatural, ou seja, para a sua própria prática cultural (BRAND, 1997). O modo de ser identitário Guarani, portanto, está intrinsecamente ligado à busca de um lugar que seja viável para a vivência plena de acordo com as tradições sociais e espirituais, sendo este lugar físico e simbólico delimitado pelas concepções de territorialidade e ancestralidade, mas que não coincidem com a imposição das fronteiras nacionais dos Estados latino-americanos.

A partir do aporte fornecido pela Antropologia, a perambulação Guarani ressignifica a concepção de mobilidade humana a partir de uma perspectiva muito particular, conforme aponta Machado (2015, p. 58), cuja pesquisa tem como foco as práticas culturais dos Guarani Mbya de caminhada em direção ao estado do Pará, onde se estabeleceram no município de Rondon do Pará, local que foi “guaranizado” e transformado em nova morada (*tekoá pyau*⁹). Percebe-se que, no caso dos Mbya de Rondon do Pará, a mobilidade se deu dentro do mesmo país, mas entre diferentes estados da unidade federativa do Brasil, o que, apesar de também não ser um fenômeno reconhecido expressamente pelo ordenamento jurídico brasileiro, não gera dúvida sobre a identidade étnica dos indígenas, como ocorre quando a mobilidade tem caráter transfronteiriço.

⁹ Segundo Machado (2015), *tekoá pyau* refere-se ao local para onde a comunidade se destina e onde dão continuidade ao seu modo de ser.

Outro ponto que merece destaque é o que Machado (2015) aponta como guaranização da terra em que é realizada a caminhada, pois o fenômeno da mobilidade acaba por ressignificar e reterritorializar o lugar de expressão do modo verdadeiro de ser (*nhandereko*¹⁰) e crer (*nhande roviá*¹¹) Mbya Guarani. Nesse sentido, a busca incessante pela Terra Sem Mal também pressupõe a transformação do local de destino em uma nova morada, simbolizando a guaranização de uma terra que é diferente daquela de onde a comunidade partiu. O exercício da guaranização, nesse caso, faz referência à ancestralidade, à cosmologia e à rede de significações que proporcionam a vida digna almejada segundo seus próprios princípios e tradições.

Para os Kaiowá *Paĩ Tavyterã* de Mato Grosso do Sul e Paraguai, e nesse momento é oportuno destacar a diversidade étnica do grupo Guarani, visto que as práticas culturais dos Kaiowá distinguem-se das práticas culturais dos Mbya, ainda assim, é possível afirmar que essa população possui um modo de ser identitário em conformidade com “a memória coletiva de sua comunidade, sendo motivo de fortalecimento deste povo no ideal de retornar a viver numa Terra sem mal, como foi o território de seus ancestrais” (CAVARARO RODRIGUES, 2019, p. 35). A história vivida pela comunidade está associada ao passado de seus ancestrais e à memória coletiva de produção da vida material e espiritual, por isso é relevante apresentar o sentido cultural e mítico dessa mobilidade espacial.

Segundo Rosa Colman (2017), para os Guarani e Kaiowá, a *Oguata Guasu* possui essa perspectiva mítica de busca de territórios com melhores recursos naturais, a chamada “Terra Sem Males”, tal qual os Mbya, onde os Guarani podem realizar o seu jeito de ser e de viver (*Ñande Reko*¹²). O modo de ser e viver Guarani não pode se dissociar do território original, ancestral e tradicional, que, para os Kaiowá em Mato Grosso do Sul, encontra-se dividido ao meio pela fronteira entre o Brasil e o Paraguai, sendo, também, alvo de degradação ambiental pelo não indígena.

A questão do equilíbrio ecológico e a busca por uma nova morada estão relacionados à manifestação e à manutenção do *ñande reko*, tanto que, segundo Melià (1991, p. 6), “*de los*

¹⁰ Segundo Machado (2015), o *nhandereko* corresponde ao modo de ser e existir dos Mbya Guarani, que não se perde nem mesmo com a aproximação da comunidade aos centros urbanos, isso porque o modo de viver é reinterpretado e ressignificado como forma de resistência que permite aos Guarani uma constante remodelação do seu ser.

¹¹ Segundo Machado (2015), a *nhande roviá* é um aspecto da vivência dos Mbya Guarani, que diz respeito ao modo de crer tradicional e tem fundamental papel na vida dos Mbya, relacionando-se, inclusive, com os direitos das futuras gerações, pois é uma exteriorização da memória coletiva ancestral que emerge no presente como verdadeiras “bibliotecas vivas da comunidade” (MACHADO, 2015, p. 86).

¹² Para os Guarani e Kaiowá, *Ñande Reko* significa “nosso modo de ser, nosso costume, nosso sistema e condição, nossa lei e hábito” (CAVARARO RODRIGUES, 2015, p. 28).

tres espacios por los que se mueve y en los que habita el Guaraní, sea tal vez el espacio ceremonial la centralidad misma de la vida Guaraní, donde el ñande reko se estructura en sus aspectos económicos, sociales y políticos”

O resgate do *ñande reko* (modo de ser e de viver), para a garantia da vida digna e do exercício da personalidade e etnocidadania indígenas, decorre da necessidade de reconstruir determinada relação específica, cultural e historicamente definida com a terra, dentro do território tradicional, com o objetivo de “possibilitar a caminhada (*Oguata*), ou resgatar caminhos neste mundo, onde os Kaiowá/Guarani possam construir e reconstruir suas aldeias, além de manter bem abertos os caminhos de sua relação com o sobrenatural, através da prática da religião” (BRAND, 1997, p. 8-9).

Para tanto, parte-se para a análise das concepções de território e territorialidade, a partir da antropologia e da noção de que aos Guarani e Kaiowá foi imposta significativa perda de seu território que se organizava de modo totalmente diverso do estabelecido pelo mapa político, que deixa de levar em conta a presença dinâmica dos indígenas fronteiriços e o modo de ser caminhante característico de uma etnicidade que se entende no mundo enquanto sonhadores e persecutores do ideal da Terra conectada com a memória coletiva de seus antepassados e em equilíbrio com o meio ambiente.

1.2 TERRITORIALIDADE GUARANI E KAIOWÁ EM MATO GROSSO DO SUL E A ETNOCIDADANIA INDÍGENA

A interdisciplinaridade do tema demanda o debate a respeito da formação das fronteiras nacionais e sua relação com a estrutura estatal de subjugação e marginalização dos povos indígenas, cuja existência foi desconsiderada quando da delimitação geográfica do poder soberanamente exercido pelo Estado. Assim, é imprescindível para a presente pesquisa o estudo das fronteiras étnico-culturais reconhecidas pelos povos indígenas, afinal, segundo Aguilera Urquiza (2013), a região fronteira do Mato Grosso do Sul torna-se um verdadeiro laboratório de estudo do processo de inserção dos migrantes, sendo um espaço privilegiado para a discussão dos temas acerca da diversidade e da trajetória histórica e cultural de povos tradicionais.

Ainda que de forma fragmentária, também é imperioso um apanhado histórico-jurídico da subjugação política e epistemológica dos povos indígenas praticada pelo Estado moderno, bem como, a constatação dos impactos da colonialidade na cultura e

política-jurídica da América-Latina. Afinal, a diversidade cultural dos povos indígenas contesta a lógica do Estado moderno e da unicidade do elemento constitutivo que diz respeito ao povo, isso porque a forma clássica de Estado foi imaginada a partir do conceito de nação e sua unidade cultural homogênea, motivo pelo qual o projeto de construção da identidade nacional perpassa a supressão da multietnicidade.

Os povos indígenas representam uma das minorias étnicas mais violentadas do continente latino-americano, como resultado de complexos processos sociais e históricos que estabeleceram práticas discriminatórias persistentes até o presente e que implicaram na desapropriação sistemática de seus territórios e modos de vida. Diante de tais constatações, propõe-se uma contextualização do processo de supressão da multietnicidade para a construção da identidade nacional e da delimitação das fronteiras nacionais dos Estados, isso porque a forma clássica estatal foi imaginada a partir do conceito de nação e sua unidade cultural homogênea, o que contrasta intrinsecamente com diversidade cultural dos povos indígenas presentes na região latino-americana e sua prática de perambulação cultural e religiosa ao longo do território transnacional.

Em complemento à conjuntura apresentada, destacam-se os problemas decorrentes da ausência de reconhecimento da mobilidade territorial entre fronteiras, bem como, o impacto nas famílias indígenas afetadas cotidianamente, uma vez a mobilidade é um fenômeno concreto relacionado diretamente com o direito originário dos povos indígenas ao usufruto das terras tradicionalmente ocupadas, com o direito de personalidade indígena a partir das concepções de etnicidade e ancestralidade. Esse viés permite a constatação prática de que o tratamento estatal dispensado às famílias Kaiowá *Paĩ Tavyterã* é discriminatório e violador de direitos humanos básicos e de direitos étnicos diferenciados devidos aos povos indígenas, mas cuja concretização é impossibilidade devido à dubiedade relativa à identidade étnica dos indígenas em situação fronteiriça, que são considerados estrangeiros pelos agentes estatais, ainda que estejam em seu próprio território ancestral.

Após a análise de tais aspectos, passa-se ao exame dos dados etnográficos sobre a Terra Indígena *Ñande Ru Marangatu*, uma vez que a conjuntura do território Kaiowá entre Brasil e Paraguai envolve processos de expropriação e fragmentação do território ancestral, mediante a imposição de fronteiras pelos Estados nacionais. Nesse sentido, Cavararo Rodrigues (2019, p. 107) esclarece que as fronteiras para os Guarani e Kaiowá “costumam ser pautadas em acidentes geográficos, questões ecológicas e relações de parentesco, não

existindo dentre a população indígena o conceito de fronteira fixa e rígida, pois esta é uma concepção ocidental pautada na ideia de soberania”.

O contexto de *Ñande Ru Marangatu* demonstra que a mobilidade transfronteiriça faz parte do cotidiano das comunidades indígenas separadas pelas fronteiras entre Brasil e Paraguai. Ocorreu a usurpação do território Kaiowá no lado brasileiro na década de 1950-70 e essas famílias estabeleceram moradia ao lado de seus parentes e amigos na Pysyry, no Paraguai, sendo que apenas após a promulgação da Constituição Federal em 1988 os indígenas retornaram ao seu território ancestral, mantendo, ainda, dinâmicas com a parentela localizada em Pysyry.

Também, recorre-se ao aporte teórico fornecido pelo conceito de etnocidadania, de modo a convergir com os argumentos anteriormente citados de que o pertencimento étnico Guarani e Kaiowá materializa-se no mundo fático de forma transnacional, demandando do Estado uma postura positiva no sentido de construir processos políticos de atenção diferenciadas adequadas que observem as práticas culturais dos indígenas fronteiriços, cuja complexidade como cidadãos e sujeito de direitos é traduzida mediante o reconhecimento da dimensão da cidadania étnica.

1.2.1 Formação artificial das fronteiras nacionais e o impacto nos povos indígenas

O trânsito entre as fronteiras de Brasil e Paraguai pelos Guarani e Kaiowá, enquanto prática milenar desempenhada no território ancestral, escancara a sobreposição das estruturas hegemônicas discriminatórias que extirparam os territórios tradicionais e interceptaram os movimentos de circulação de famílias entre redes de parentela. É diante de tal constatação que se torna necessário interpretar a formação das fronteiras nacionais como um processo artificial pautado pela colonialidade do poder que busca instituir limites ao poder soberanamente exercido pelo Estado nos moldes da racionalidade moderna¹³ de exclusão dos povos indígenas.

As fronteiras geográficas traçam limites territoriais e garantem o exercício da soberania estatal, inclusive, em função da soberania, o Estado é competente para definir o

¹³ Segundo Silva (2014, p. 55), o Estado moderno, calcado no racionalismo e no individualismo, surge no final do século XV em Portugal e Espanha, como ruptura do modelo medieval e sob a forma absolutista, haja vista a racionalidade moderna ter se cristalizado no momento em que espanhóis e portugueses se lançaram ao mar, dando origem à doutrina de exclusão e encobrimento do diverso. Assim, a criação de uma identidade moderna foi essencial para que o Estado fosse pensado como parte da imposição da racionalidade europeia às demais sociedades, afinal, a construção da subjetividade europeia foi decorrente da negação do outro enquanto ser racional, detentor de sociabilidade e organizações próprias.

status jurídico das pessoas em mobilidade em seu território, elaborando legislação atinente à regulação desse fenômeno. O contexto normativo e a dogmática jurídica que justificam a atuação das instituições estatais na temática migratória, contudo, devem ser balizados pela consciência de que os povos indígenas não são meros migrantes, mas sim habitantes originários que reconhecem um território transnacional composto por elementos étnico-culturais.

Importante observar que a herança colonial das instituições jurídicas, aliada ao modelo de Estado de Direito moderno, demonstram a subjugação cultural, e, posteriormente, jurídica, presente no discurso colonial que busca justificar a dominação mediante estereótipos a respeito da incapacidade do sujeito colonizado, o que facilita o exercício de poder (ACUNHA, 2019, p. 53) e nega ao colonizado a capacidade de autogoverno.

Os impactos da colonialidade na cultura político-jurídica da América-Latina, segundo a tese de Aníbal Quijano (2005), pode exprimir-se nas formas da colonialidade do poder, do saber e do ser. Nesse sentido, o conceito de colonialidade não retrata apenas a imposição política e econômica exercida pelos Estados sobre minorias étnicas, mas também remete a um fenômeno complexo de subordinação epistemológica.

A adoção do clássico modelo de Estado-nação, por exemplo, representa uma faceta da colonialidade do poder, pois submete os povos indígenas a uma unidade política pensada para garantir a concentração do poder na região (LACERDA, 2014, p. 35). Esse modelo de Estado-nação monocultural configura-se sob o princípio do monismo jurídico, isto é, da existência de um único sistema jurídico dentro de um Estado e de uma lei geral para todos os cidadãos (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 139).

Os elementos estruturais clássicos do conceito tradicional de Estado enquanto ordenação social, quais sejam, povo, território e governo acabam por representar a imposição de uma cultura dominante sobre as demais, a fim de homogeneizar a sociedade em suas crenças, ritos e padrões sociais (DANTAS, 2017, p. 213). O Estado surge, nesse sentido, como instrumento de imposição de uma cultura às demais, e também como local para concretização de um planejamento moderno que instrumentalizou um movimento político, cultural e econômico identificado como colonialismo (SILVA, 2014, p. 46), o qual gerou, entre outras consequências, o etnocídio dos povos originários e o epistemicídio de seus saberes tradicionais.

Assim, qualquer perspectiva de autodeterminação das comunidades indígenas acaba por ser descartada, imperando a ideia da deslegitimação dos indígenas como sujeitos

racionais aptos a criar mecanismos de resolução de conflitos, como se as construções jurídicas das comunidades originárias não fossem responsáveis pela regulação da vida em sociedade desde antes da chegada dos colonizadores.

Outro ponto importante da discussão de ordem epistemológica é a visão eurocêntrica de conhecimento construída pela colonialidade do saber, a qual estabelece, segundo Lacerda (2014, p. 37) “uma escala hierárquica em que o grau de validade do conhecimento tende a decair à medida que seu núcleo de produção se afasta do centro gravitacional estabelecido pela ordem colonial”.

A terceira dimensão da colonialidade, qual seja, a colonialidade do ser, acaba por resultar do exercício das anteriores, tendo em vista que a negativa, por parte do Estado nação, em reconhecer as coletividades indígenas como verdadeiras nações e povos repercute em sua identidade e subjetividade.

Assim, entende-se que a relação entre Estados nacionais e os indígenas foi marcada pela descaracterização das nações indígenas como povos (YRIGOYEN FAJARDO, 2011, p. 141), tendo em vista que um dos preceitos da ideologia liberal era justamente segregar os indígenas dos elementos coletivos de sua cultura (ACUNHA, 2019, p. 62).

O Estado Moderno como modelo de organização social institucional fundamenta-se na delimitação de um espaço territorial, na composição de uma base social coesa integradora da nação brasileira, e de um governo representante da autoridade do Estado unitário (DANTAS, 2017, p. 213). Motivo pelo qual vários países latino-americanos, inclusive o Brasil, por muitos anos ficaram alheios ao reconhecimento jurídico da pluralidade cultural existente em seu corpo social, pois a construção da identidade nacional se deu mediante um processo civilizatório que teve como base a supressão das identidades étnicas discrepantes (RIBEIRO, 1995, p. 23).

Nesse sentido, as políticas estatais de luta contra as bases da cultura e tradição das comunidades indígenas foi uma prática de eliminação física, cultural e epistemológica, pois a presença dos povos indígenas como atores sociais e identidades diferenciadas sempre foi uma realidade social negada, afinal, o modelo de Estado-nação, considerado como culturalmente homogêneo e soberano, rechaça práticas culturais que possam representar riscos à unidade e integralidade imposta por seu projeto de identidade nacional, concebido a partir de um processo civilizatório traumático (DANTAS, 2017, p. 221).

A identidade cultural, organização política e estrutura social indígenas sempre foram deficientemente reconhecidas, afinal, dependem do marco das instituições provenientes da cultura dominante. A ordem jurídica hegemônica, resguardada pela ferramenta do monismo

jurídico, cria instituições que não reconhecem outros modelos de organização em sociedade para além das formas coloniais, sem considerar as formas simples de elucidação do direito, como as normas comunitárias e códigos de conduta sociais.

Assim, o Estado nação é uma ficção da cultura ocidental europeia, afinal, é impossível, na realidade da América Latina, conceber a ideia de coincidência entre Estado e nação, isso porque os povos indígenas são componentes visíveis de uma diversidade étnica, cultural e até mesmo jurídica (DANTAS, 2017, p. 221). Nessa perspectiva, o processo civilizatório latino-americano foi marcado pela sobreposição de ideias e instituições que não respeitaram as organizações sociais e as normatividades indígenas vigentes na região.

A presença dos povos indígenas como atores sociais e identidades diferenciadas sempre foi uma realidade social negada, visto que o modelo de Estado-nação, considerado como culturalmente homogêneo e soberano, rechaça práticas culturais que possam representar riscos à unidade e integralidade imposta por seu projeto de identidade nacional, concebido a partir de um processo civilizatório traumático (DANTAS, 2017, p. 221). Tal perspectiva é comprovada pela recusa do Estado em reconhecer os povos indígenas como sujeitos legítimos para a produção do Direito, de modo que suas normatividades extraestatais são desconsideradas quando da tomada de decisões na esfera pública.

A Constituição de 1988, inclusive, é consubstanciada no modelo de Estado-nação vinculado ao modelo clássico, qual seja, o fundamentado pelos elementos povo, território e governo (DANTAS, 2017, p. 218). Povo esse marcado pela unicidade e coesão cultural, de forma que as populações indígenas têm destaque apenas enquanto exceções culturais ou grupos inexpressivos no contexto nacional mais amplo.

Em outras palavras, é em decorrência do Estado ter sido formado sem a compreensão do contexto de diversidade cultural, inclusive negando-a, que a América Latina, especialmente o Brasil, enfrenta dificuldades em criar um modelo de constitucionalismo inerente à realidade latino-americana (SILVA, 2014, p. 69). A importação de um modelo de Estado incompatível com a realidade plural do continente é a causa simbólica da discriminação institucional atual contra as comunidades indígenas, cujos reflexos podem ser percebidos pela prática monista de desprezo dos conhecimentos tradicionais como fontes do Direito, bem como, pela lógica, ainda vigente, de que as populações indígenas seriam adversárias da soberania nacional e do desenvolvimento econômico.

Inclusive, o processo histórico de formação das fronteiras nacionais ocorreu em paralelo à expropriação do território tradicional dos Guarani e Kaiowá e é correlato à adoção do modelo de Estado moderno, compreendido como uma organização social institucional fundamentada na delimitação de um espaço territorial, na composição de uma base social coesa integradora da nação, e de um governo representante da autoridade do Estado unitário. Em análise das teorias de formação das fronteiras nacionais, Rodrigues (2019, p. 23) esclarece que as fronteiras artificiais são aquelas resultantes da ação humana, levando em consideração aspectos econômicos, religiosos e as instituições jurídicas vigentes, de modo que o estabelecimento dos Estados nacionais na região de fronteiras brasileiras seguiu o modelo de outrora, baseado na força e na imposição de uma estrutura de poder que não respeitou os povos originários que se encontravam anteriormente no território, forçando-os a migrar em virtude de conflitos, massacres e falta de alimento em alguns casos.

Nesse mesmo sentido, Cavararo Rodrigues (2019, p. 72) aponta que a formação das fronteiras nacionais baseou-se na ideia de ocupação da “terra de ninguém”, que comporta uma ideologia colonizadora que legitima a força e a conquista desenfreada de territórios habitados por povos tradicionais. Ainda segundo a autora

No princípio, as fronteiras eram determinadas por vastas regiões de terra desabitadas e caracterizadas por desertos, pântanos, montanhas e outros obstáculos naturais, porém devido ao aumento da população, o valor crescente da terra, melhor utilizada pelo trabalho humano, dentre outros fatores, contribuíram para o estreitamento das zonas de fronteira, culminando com o estabelecimento de faixas de fronteira, levando-se em conta a existência real e o aspecto peculiar desses territórios (CAVARARO RODRIGUES, 2019, p. 73).

Essa lógica de sujeição da territorialidade indígena a novos limites geográficos traçados artificialmente por uma sociedade nacional que usurpou territórios tradicionalmente ocupados demonstra uma geopolítica do conhecimento baseada na colonialidade do saber e do poder. Importante ressaltar que a abordagem conceitual de território implementada pelo presente trabalho ultrapassa a concepção da dogmática jurídica, em que o território representa um dos elementos estruturais clássicos do conceito tradicional de Estado enquanto ordenação social, bem como os elementos povo e governo.

Para tratar da temática indígena, e assim compreender os direitos fundamentais reconhecidos a esses povos, imperioso a instrumentalização de uma perspectiva antropológica que compreenda território a partir das categorias nativas dos povos Guarani e Kaiowá, isto é, dos conceitos de *tekoha* e *tekoha guasu*, que denotam o antes e o depois do (des)encontro com os *karaí*, ou seja, com os “brancos” (MOTA, 2015, p. 15).

A territorialidade para os Guarani e Kaiowá relaciona-se às noções de ancestralidade e dignidade humana, uma vez que o espaço físico e simbólico deve atender às expressividades e potencialidades do sujeito kaiowá. É o que se depreende do conceito de *tekoha guasu*, que em Guarani significa território grande, e da perspectiva de deslocamento para outros territórios abrangidos nos limites do *tekoha guasu*, limites estes que transcendem as fronteiras nacionais entre Estados (CAVARARO RODRIGUES, 2019, 26). Consoante pontuado, distingue-se a mobilidade no interior do *tekoha guasu* da migração humana, isso porque os fluxos migratórios atuais, geralmente, baseiam-se em uma conjuntura macroeconômica construída pelo fenômeno da globalização¹⁴, o que contrasta com a prática cultural exercida pelos povos tradicionais em função de sua cosmovisão.

Conforme Eremites de Oliveira e Pereira (2009, p. 34), *tekoha* pode ser entendido como o território onde uma comunidade Kaiowá, sendo esta um grupo social composto por diversas parentelas, vive de acordo com sua organização social e seu sistema cultural, isto é, segundo seus usos, costumes e tradições. Assim, a questão da territorialidade para os Guarani e Kaiowá relaciona-se com a ideia de territórios étnicos ancestrais, que são delimitados não por feições materiais do espaço geográfico, mas, sobretudo, por tramas étnico-identitárias, narrativas orais, memórias e estratégias cotidianas de resistência (MOTA, 2015, p. 15).

Segundo Aguilera Urquiza e Nascimento, (2011, p. 65), “para o povo Guarani (Kaiowá e Nandeva), seu território tradicional é conhecido como *Tekoha*, que significa espaço, lugar (*há*), possível para o modo de ser e de viver (*teko*)”. Dessa forma, o *tekoha* não está ligado apenas ao território, pois estabelece relação também com a estrutura social e política do povo Guarani e Kaiowá (AGUILERA URQUIZA; NASCIMENTO, 2011, p. 65).

Ocorre que os Guarani e Kaiowá em Mato Grosso do Sul enfrentam longos processos de expulsão e retomada de seus territórios ancestrais, sendo que o processo histórico vivenciado por esses povos foi marcado pela perda territorial e pelo confinamento em reservas, o que impacta em toda a estrutura social, bem como, na reprodução cultural dos povos indígenas. A luta pelos direitos territoriais fortaleceu-se com a promulgação da Constituição Federal, momento em que se iniciou o processo de retomada da Terra Indígena *Ñande Ru Marangatu* em que as famílias retornaram para as terras de onde seus antepassados

¹⁴ Segundo Lussi e Durand, as mobilidades que permeiam a vida das pessoas e da sociedade atualmente são um *modus vivendi* que a globalização introduziu e dos quais a migração não é mais que uma de suas formas. Desse modo, os fluxos migratórios passaram a ser vistos não mais como fluxos bilaterais e com prevalência unidirecional, mas como realidades transnacionais, incluindo deslocamentos, atividades e espaços transnacionais, incluindo-se a gestão de bens, serviços e variadas formas de comunicação. Para mais detalhes: LUSSI, Carmen, DURAND, Jorge. Metodologia e Teorias no Estudo das Migrações. São Paulo: Paco Editorial, 2015.

viviam e de onde foram expulsos.

Frisa-se que o território Kaiowá é anterior à criação e à formação dos atuais países e de suas fronteiras, de modo que o processo de expropriação impactou em grande magnitude esse povo ao longo dos últimos séculos em virtude da perda de seus *tekoha*, principalmente no município de Antônio João/MS (CAVARARO RODRIGUES, 2019, p. 39). A territorialidade indígena, uma vez violada, não impacta apenas na fruição dos direitos territoriais de acesso ao território ancestral, mas repercute em uma gama de direitos relacionados à consagração de uma vida digna, como educação, saúde, alimentação, personalidade¹⁵, identidade étnica, dentre outros.

A expropriação territorial ocorreu ao mesmo tempo em que os modos de vida indígenas eram desconsiderados para fins de instituição dos Estados e suas fronteiras, Eremites de Oliveira e Pereira (2009) afirmam que os trabalhos da Comissão de Limites para demarcação das fronteiras Brasil e o Paraguai, ocorridos entre o período de 1872 e 1874, foram realizados sem observar os territórios indígenas existentes na região, como foi o caso do *tekoha guasu Ñande Ru Mangaratu*, que compreende a extensão do território tradicional entre a localização do município de Antônio João/MS até a Colônia Pysyry, no Paraguai.

Do mesmo modo assevera Cavararo Rodrigues (2019, p. 41) que as fronteiras regionais firmadas entre Brasil e Paraguai levou em consideração critério formal de fronteiras naturais, como a existência de córregos ou rios como divisores naturais, o que ignora completamente a presença dos povos indígenas, como é o caso do território tradicional Kaiowá, haja vista bem sabermos que o *tekoha guasu Ñande Ru Marangatu* foi cindido pela fronteira entre Brasil e Paraguai, mais precisamente tendo o Rio Estrela como divisor entre os países.

Esse processo histórico é imprescindível de ser mencionado, pois a perda e retomada territorial vivenciadas pelos Guarani e Kaiowá marcam os deslocamentos forçados experimentados pelos indígenas, ameaçados pela ocupação e expansão das fronteiras e Estados nacionais. Apesar da mobilidade territorial configurar um elemento cultural presente milenarmente na organização social Guarani e Kaiowá, a perda dos territórios tradicionais forçaram a prática da mobilidade de forma forçada, fenômeno que, segundo Colman (2015, p.

¹⁵ Os direitos da personalidade, sob o enfoque civilista formal, englobam os direitos de dignidade e integridade, de forma a resguardar tudo o que é próprio do indivíduo, como a honra, vida, liberdade, privacidade, intimidade, etc. Porém, mediante uma abordagem intercultural, é possível argumentar que a territorialidade indígena e a relação simbólica que esses povos estabelecem com seu território ancestral é um direito da personalidade. Para mais detalhes a respeito dessa incipiente discussão, conferir: ROCHA, M. V. ; MELO, A. J. M. . Direito à terra como um direito da personalidade indígena: o estudo de caso do conflito de terras da tribo Guarani-Kaiowá. Revista Jurídica Cesumar. Mestrado , v. 17, p. 635, 2017.

18) é tratado como o conceito de *ñemosarambipa* (esparramo), e nada mais que é do que a fragmentação de parentelas e o desgaste da rede de comunicação e práticas culturais. Adverte Cavararo Rodrigues (2019, p. 43), porém, que esse “esparramo”¹⁶ não pode ser confundido com a mobilidade tradicional, ainda que tenha se incorporado como fator de mobilidade involuntária cada vez mais frequente na vida dos povos indígenas.

A questão, portanto, é que o modo de vida dos povos indígenas fronteiriços contrasta com a imposição das fronteiras nacionais pelo Estado moderno, pois esse processo ocasionou a usurpação gradativa dos territórios tradicionais e o sufocamento das relações simbólicas dos povos originários com esses territórios. Destaca-se que os indígenas habitantes do *tekoha guasu Ñande Ru Marangatu*, após sua expropriação, socorreram-se em suas parentelas do outro lado da fronteira, na Colônia Pysyry, localizada no Paraguai, onde estabeleceram moradia e encontraram certa harmonia, motivo pelo qual o estudo desse contexto é de grande relevância para se compreender a temática da mobilidade transfronteiriça, bem como, a relação entre povos indígenas, Estado e as fronteiras nacionais.

1.2.2 Os problemas decorrentes da ausência de proteção jurídica da mobilidade territorial ancestral entre fronteiras

Não há como negar que a mobilidade transfronteiriça dos Guarani e Kaiowá, por ser praticada ao longo do território ancestral, coincidindo, muitas vezes, com o território de mais de um país, acaba por produzir consequências fáticas e jurídicas que ultrapassam as fronteiras internas do Estado, de modo que a violação dos direitos humanos desses povos representa um problema comum insuscetível de ser tratado por uma única ordem jurídica estatal.

Em relação à atenção dada pelo Brasil às reivindicações indígenas, identifica-se a mora para com a eficácia dos direitos desses povos, não havendo harmonia entre texto e prática constitucionais, como vislumbra-se pela sanção presidencial ao parágrafo 2º do art. 1º da Lei de Migração, que inicialmente previa o direito à livre circulação em terras tradicionalmente ocupadas (BRASIL, 2017). Ao não reconhecer a livre circulação dos povos indígenas entre fronteiras, o veto presidencial acabou por submeter a realidade cultural indígena à clandestinidade, apesar de ser uma prática milenar desempenhada desde antes da formação artificial das fronteiras.

¹⁶ Brand (1993, p. 108) define “esparramo” como um evento ocorrido no período que vai aproximadamente de 1950 a 1970, que compreende a implantação de fazendas e a destruição de inúmeras aldeias Kaiowá/Guarani, o que resultou na dispersão dos moradores e na separação de famílias, que não mais encontravam condições necessárias para manter suas práticas religiosas coletivas.

A principal questão levantada pela prática da mobilidade, que permanece à margem da regulação estatal, é a documentação básica. De modo geral, a documentação passou a integrar a realidade indígena recentemente, levando em consideração a demanda por acesso a benefícios e serviços sociais e a políticas públicas, pois a emissão e regularização de documentos é uma medida de segurança do Estado, mas não compõe a organização social tradicional dos povos indígenas.

Ocorre que as ações de promoção do registro civil e da documentação básica de indígenas não se adequam à realidade dos povos transfronteiriços que circulam entre fronteiras, afinal, a dinâmica ancestral é vista como fluxo migratório e os indígenas praticantes vistos como estrangeiros, de modo que até a emissão do Registro Administrativo de Nascimento de Indígena (RANI) é restrito a indígenas considerados nascidos em solo brasileiro.

Apesar dos esforços do Estado para ampliar o acesso à documentação básica e para erradicar o sub-registro civil de nascimento, mediante a Resolução Conjunta nº 3 CNJ-CNMP de 2012 (BRASIL, 2013), que viabiliza o registro tardio de indígenas e garante o uso de seus nomes tradicionais, falta sensibilidade estatal no tocante à compreensão das formas de organização social e cultural desses povos, os quais validam a noção de nacionalidade de forma diferente daquela presente no ordenamento jurídico, reconhecendo uma identidade étnica transnacional a partir do exercício do seu direito à autodeterminação.

A mobilidade transfronteiriça é uma prática cultural relacionada a processos de construção de identidade, memória coletiva e laços sociais, por isso é realizada, não raro, por grupos familiares extensos que incluem idosos, jovens e crianças. Em relação ao acesso à educação escolar, as crianças indígenas em situação transfronteiriça enfrentam o obstáculo das restrições de matrícula escolar por falta de documentação básica ou de documento com comprovação de filiação, apesar de possuírem a mesma identidade étnica e cultural das demais crianças que usufruem da educação específica e diferenciada na aldeia de destino, conforme art. 210 § 2º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e artigos 32, § 3º e 78 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (BRASIL, 1996).

Em pesquisa empírica realizada na aldeia Te'yike, em Caarapó/MS, Colman (2015, p. 183) observou que muitas crianças indígenas, ao solicitarem o ingresso na escola, enfrentam a incompatibilidade das políticas de garantia à educação com a mobilidade territorial, visto que a ausência de documentação, resultante da dinâmica entre países, torna as crianças,

protagonistas da mobilidade, migrantes informais aos olhos do Estado.

O obstáculo da documentação básica também repercute na questão do acesso à saúde, um direito não apenas de caráter individual mas também de caráter coletivo fundamental, tendo em vista que o atendimento à saúde dos povos indígenas demanda atenção às especificidades sociais, culturais e linguísticas, mediante a atuação do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena no Sistema Único de Saúde. Dessa forma, encontram-se vulneráveis e enfrentam dificuldades de atendimento, seja pela Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), nas terras indígenas, ou pelos hospitais em caso de emergência, em que o cartão do Sistema Único de Saúde é requerido.

Conforme observa Colman (2015, p. 155),

A ausência de cadastro da FUNASA/SIASI ou de documentação pessoal impede o diagnóstico e tratamento de enfermidades. Inclusive, é muito comum que os postos de atendimento, pronto socorro e polos-base, tenham dificuldades burocráticas com o atendimento de crianças que não apresentem o registro de nascimento, resultando atraso ou até mesmo não atualização das carteiras de vacinação.

Além disso, a carência de políticas de reconhecimento e regulamentação da situação dos povos indígenas transfronteiriços acaba por incentivar posturas de hostilidade que deslegitimam o direito ao usufruto das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos Guarani e Kaiowá, de forma que os indígenas transfronteiriços que praticam a mobilidade carregam o estigma de serem “índios paraguaios”, o que, segundo esta lógica, implica a ausência de direito à terra.

Cavararo Rodrigues (2019, p. 24) corrobora tal constatação em sua pesquisa de campo ao observar que os povos indígenas fronteiriços, por vezes, sofrem dubiedade sobre sua identidade étnica, dificultando sua vida cotidiana no tocante ao acesso à educação, a programas de saúde e à previdência social. De fato, o atendimento nos postos de saúde é voltado aos brasileiros, e somente em casos de extrema necessidade ou emergência os estrangeiros são atendidos, também, o acesso a políticas públicas estabelecem critérios que não contemplam a noção de pertencimento étnico, como é o caso da obtenção do benefício de prestação continuada LOAS (CAVARARO RODRIGUES, 2019, p. 24),

Constata-se a demanda por ações que contemplem a perspectiva de direitos de caráter coletivo dos povos indígenas, como o direito a circular pelo território ancestral, a acessar políticas e serviços públicos e a não abdicar de sua identidade étnica. Deve-se conceber alternativas que atendam às especificidades dessas coletividades, considerando que a prática

da mobilidade integra formas de organização social e cultural que atribuem diferente significado à mobilidade humana, ao conceito de dignidade e, até mesmo, à noção de nacionalidade.

Segundo Colman (2015, p. 183),

A ausência de proteção jurídica destinada à prática da mobilidade espacial prejudica diretamente na implementação dos direitos dos povos Guaraní relativos à documentação, educação escolar, direitos territoriais e acesso à saúde, uma vez que as fronteiras nacionais fragmentam um território determinado ancestralmente, impondo políticas de registro específicas do Estado soberano, sem levar em conta que a mobilidade territorial é a maneira de estabelecer e seguir realizando as relações sociais, econômicas, culturais e políticas, que tornam possível a existência, de fato, de um ente sociológico maior do que o *tekoha*, denominado Povo Guaraní.

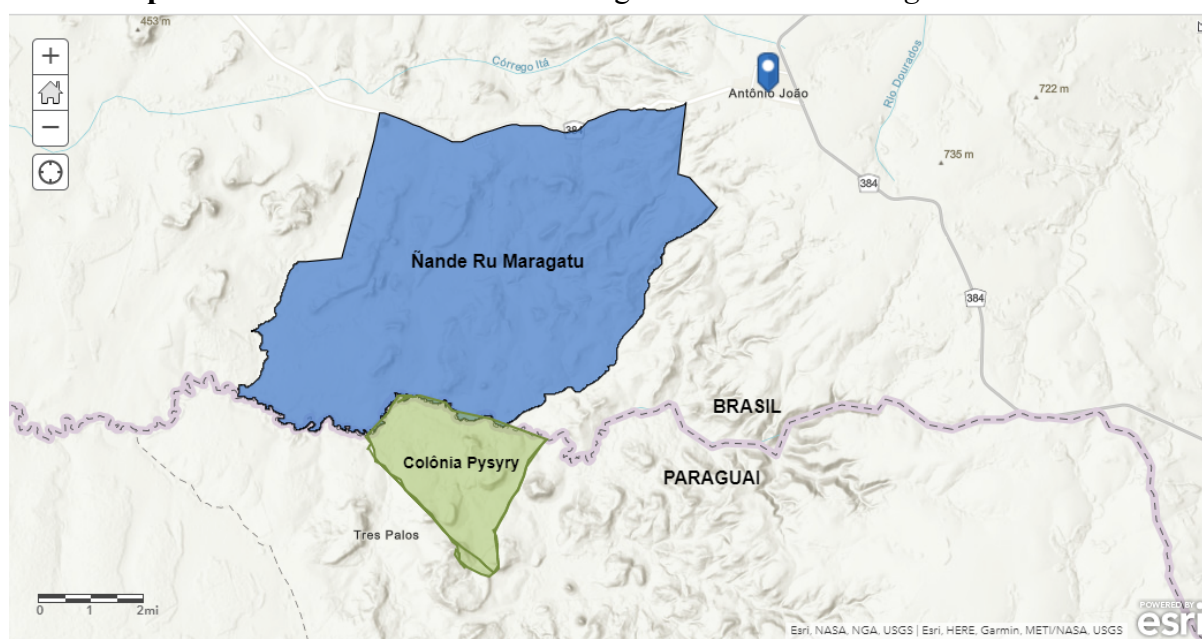
Portanto, em decorrência da ausência de reconhecimento da mobilidade territorial ancestral entre fronteiras, as famílias indígenas são diretamente impactadas pela intolerância à diversidade étnico-cultural perpetuada pelo Estado, seja pelo clima de violação de direitos resultante do não reconhecimento da autonomia dos povos indígenas, seja pela situação de clandestinidade forjada pelo Estado, que, ao não conferir proteção jurídica a uma prática cultural milenar, negligencia as reivindicações indígena e deixa à margem famílias inteiras.

Dessa forma, entende-se que sociedade não indígena e as instituições estatais, por seguirem lógicas monistas hegemônicas, têm dificuldade em compreender a prática cultural da mobilidade tradicional, visto que, inúmeras vezes, esse povo se depara com questionamentos sobre a motivação de seus deslocamentos, principalmente os residentes em regiões de fronteira, que enfrentam violências simbólicas, xenofobia e empecilhos burocráticos frente às instituições oficiais no tocante ao acesso a direitos básicos, como documentação, saúde e educação escolar. Diante do impacto negativo sobre os viventes da norma, isto é, os povos indígenas em situação de mobilidade entre fronteiras, propõe-se a análise do veto ao dispositivo da Lei de Migração que retirou proteção jurídica ao direito à livre mobilidade em terras tradicionalmente ocupadas, de forma a debater as razões utilizadas pelo chefe do executivo e conjecturar a responsabilidade internacional do Estado brasileiro frente à violação de direitos dos povos indígenas.

vivendo no Paraguai, onde os direitos territoriais da comunidade são reconhecidos, deu-se início ao que Cavararo Rodrigues (2019, p. 45) descreveu como *Oguata Guasu*¹⁷ de retorno, isto é, iniciou-se o processo de volta das famílias expulsas à terra tradicional, de modo a reivindicar seus direitos sobre o território *Ñande Ru Marangatu*.

Conforme demonstra-se a seguir, mediante mapeamento da terra tradicionalmente ocupada pelos Kaiowá *Paĩ Tavyterã* e suas delimitações, a faixa de fronteira entre Brasil e Paraguai acaba por apartar em dois espaços um território compartilhado entre coletividades que partilham identidade étnica, ancestralidade e parentelas. Em ambos os lados das fronteiras, portanto, estão presentes elementos étnicos que unem os Kaiowá *Paĩ Tavyterã*, apesar das fronteiras nacionais na América do Sul pretenderem desmembrar e obstaculizar o contato entre os indígenas fronteiriços.

Mapa 2: *Tekoha Guasu* - Território Indígena *Ñande Ru Marangatu*



Fonte: <https://terrasindigenas.org.br/en/terras-indigenas/3926> – Acesso 03/01/2022 - Adaptação da autora

O laudo antropológico¹⁸ elaborado por Jorge Eremites de Oliveira e Levi Marques Pereira (2009) expôs o processo de esbulho sofrido pela comunidade Kaiowá que habitava o *tekoha guasu Ñande Ru Marangatu* e concluiu pela ocupação tradicional Kaiowá *Paĩ Tavyterã* no território, visto que a mobilidade para a Colônia Pysyry ocorreu devido à

¹⁷ Como será abordado no próximo subcapítulo, mais especificamente no item 3.2.1, é entendida pela cosmologia Guarani e Kaiowá como “uma longa caminhada” no percurso de seu território ancestral, atividade cultural que integra sua identidade étnica.

¹⁸ Sob requisição da 1ª Vara Federal de Ponta Porã, 5ª Subseção Judiciária de Mato Grosso do Sul, no ano de 2007.

usurpação de seu *tekoha* pelo Estado brasileiro, levando em consideração, também a existência de laço de parentela com as famílias habitantes da Pysyry, que compartilham mesma identidade étnica e o mesmo *tekoha guasu*. No trabalho de campo realizado pelos antropólogos, averiguou-se que a Colônia Pysyry desfrutava de maior segurança jurídica, pois era reconhecida pelo governo do Paraguai¹⁹ na época, o que permitia a realização do modo de viver conectado com a identidade étnica Kaiowá *Paĩ Tavyterã*, sem que houvesse a preocupação com ameaças de expulsão ou violência por parte de invasores.

De modo geral, o laudo atesta que os Kaiowá *Paĩ Tavyterã* ocupam tradicionalmente a Terra Indígena *Ñande Ru Marangatu* e outras áreas de seu entorno desde tempos anteriores à guerra entre o Paraguai e a Tríplice Aliança (1864-1870), ou seja, desde antes da chegada dos atuais proprietários de fazendas e seus predecessores, afinal, registra-se que alguns dos ruralistas mais antigos vieram de Minas Gerais nas décadas de 1940 e 1950, obtendo títulos de propriedade em Cuiabá e envolvendo-se diretamente na expulsão de indígenas que ali viviam (EREMITES DE OLIVEIRA; PEREIRA, 2009, p. 176).

Enquanto que os Kaiowá *Paĩ Tavyterã* habitantes da Colônia Pysyry possuíam reconhecimento jurídico de sua relação ancestral com o *tekoha guasu*, o qual, sob a ótica indígena, compartilha dos mesmos limites étnico-culturais que o território de *Ñande Ru Marangatu*, em Antônio João/MS, por outro lado, os habitantes do *tekoha guasu* localizado no lado brasileiro apenas obtiveram reconhecimento do Estado em 2005. A respeito do reconhecimento da TI *Ñande Ru Marangatu*, cujo decurso é conturbado, Rodrigues (2019, p. 49) pondera que

Somente em março de 2005, essa terra indígena teve sua homologação administrativa assinada por meio do Decreto Presidencial de 28 de março de 2005 do então Presidente da República Luís Inácio Lula da Silva. Porém esse decreto foi parcialmente suspenso no mesmo ano pelo então ministro do STF Nelson Jobim por meio de uma liminar concedida nos autos do Mandado de Segurança nº 25.463. Em decorrência da suspensão deste decreto, ocorreram graves violências físicas e psicológicas por parte do governo na tentativa de afastar as famílias que estavam buscando os direitos garantidos no art. 231 da Constituição Federal de 1988.

Na espera pela demarcação da terra indígena e pela segurança jurídica que o reconhecimento de seus direitos territoriais confere, as famílias Kaiowá *Paĩ Tavyterã* que praticaram o *Oguata Guasu* de retorno realizaram mais uma reocupação do território. Dessa vez, a retomada ocorreu em áreas incorporadas por fazendas da região, ou seja, a morosidade na proteção jurídica da territorialidade indígena provocou embate direto entre indígenas e os

¹⁹ O governo paraguaio reconheceu Pysyry como terra indígena em meados da década de 1970, conforme consta na publicação *Etnografía guaraní del Paraguay contemporáneo: los Paĩ-Tavyterã*, de 1976, trabalho reconhecido internacionalmente como um clássico da etnologia guarani, de autoria dos antropólogos Bartomeu Melià, Friedl Paz Grunberg & George Grunberg (EREMITES DE OLIVEIRA e PEREIRA, 2009, p. 39).

ruralistas, que acabaram por utilizar violência para manter sua posse sobre o bem imóvel, de modo que o conflito acabou por tirar a vida de uma das lideranças do movimento de retomada e por deixar inúmeros feridos (CAVARARO RODRIGUES, 2019, p. 47).

A situação jurídica da TI *Ñande Ru Marangatu* permanece como homologada, porém suspensão parcialmente por liminar do STF, decisão da Suprema Corte que, apesar de suspender a homologação, determinou que os indígenas devem ser mantidos na área até trânsito em julgado. A respeito dos trâmites judiciais, após mais de 20 anos em disputa, os fazendeiros possuidores de propriedades rurais localizadas no Município de Antônio João, em litisconsórcio, têm como pleito declarar o domínio da terra ocupada pela Comunidade Indígena *Ñande Ru Marangatu* mediante o pedido de nulidade do processo administrativo de demarcação²⁰.

Recentemente, sentença proferida pela Vara Federal de Ponta Porã analisou o pedido de nulidade do processo administrativo de demarcação interposta por fazendeiros, negando o pleito e confirmando a validade da demarcação. Contraditoriamente e demonstrando o despreparo do poder judiciário no tocante aos direitos indigenistas, a sentença também acaba por reiterar o domínio de fazendeiros sobre a área alvo da ação e determinar a indenização por danos morais e materiais aos fazendeiros. Outro ponto que chama a atenção é que a sentença determinou a retirada dos indígenas pela Funai depois que o processo transitar na última instância, fato que carece de lógica jurídica, uma vez que, ao validar o processo administrativo de demarcação feita pela Funai com base no Decreto 1775/96, por força do parágrafo 6 do artigo 231 da Constituição Federal, a sentença anulou os títulos, o domínio e a posse dos fazendeiros sobre o território tradicionalmente ocupado pelos indígenas²¹.

Defendem Eremites de Oliveira e Pereira (2009, p. 229) que a cadeia dominial das fazendas situadas no interior da Terra Indígena *Ñande Ru Marangatu* possui um vício de origem, haja vista que o governo do antigo estado de Mato Grosso titulou territórios

²⁰ Ao longo dos anos de conflitos, os fazendeiros utilizaram diversos argumentos para desprezar os direitos territoriais indígenas, uma narrativa muito utilizada defendia que o movimento pela reivindicação do território ancestral era fruto de um “recrutamento de índios paraguaios como forma de reforçar e até dobrar o movimento de retomada de terras”, é o que se depreende dos editoriais jornalísticos sul-mato grossenses publicados na época, analisados na dissertação COSTA, Carolina da Silva. Narrativas jornalísticas sul-mato-grossense: o conflito entre indígenas e fazendeiros na terra *Ñande Ru Marangatu*. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Comunicação, UFMS, 2017.

²¹ Justiça Federal mantém demarcação das Terras Indígenas Jaguari e *Ñande Ru Marangatu*, do povo Guarani Kaiowá. Conselho Indigenista Missionário (Cimi), 29 out 2019. Disponível em: <https://cimi.org.br/2019/10/justica-federal-mantem-demarcacao-das-terras-indigenas-jaguari-e-nande-ru-marangatu-do-povo-guarani-kaiowa/>. Acesso em: 11 out 2021.

indígenas a terceiros, sem que fosse determinada a realização de qualquer levantamento sobre a situação das famílias Kaiowá *Paĩ Tavyterã* ali estabelecidas ou a respeito da regularização do bem imóvel. Assim, uma vez confirmada a validade do procedimento demarcatório, reconhecendo a ocupação tradicional indígena, é inexorável a nulidade de todos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse da Terra Indígena.

Importante concluir, então, que há nítida diferença entre o migrante que se desloca em busca de trabalho e moradia, o nômade e a mobilidade dos povos tradicionais, pois esta é motivada por fatores culturais e identitários, marcados pelo desejo de retornar ao seu território devido aos elementos simbólicos que este possui (CAVARARO RODRIGUES, 2019, p. 98). Além disso, a análise da conjuntura da TI *Ñande Ru Marangatu* contribui para o entendimento a respeito da dinâmica da mobilidade territorial, que envolve laços de parentesco, compartilhamento étnico-cultural e correspondência territorial com o mesmo *tekoha guasu*, motivo pelo qual não se sustenta o pedido de nulidade da homologação da TI *Ñande Ru Marangatu*, pois o território é comprovadamente de ocupação tradicional Kaiowá *Paĩ Tavyterã*, tendo as famílias praticado mobilidade para a Colônia Pysyry em decorrência da expropriação de seu território e pelo descaso do Estado brasileiro em garantir-lhes vida digna.

1.2.4 Etnocidadania indígena e as fronteiras étnico-culturais

A abordagem da etnocidadania indígena garante tratamentos mais atentos às relações desiguais da sociedade, visto que o conceito de cidadania genérica e abstrata não leva em consideração a pluriculturalidade do Estado brasileiro, bem como, o acesso à justiça²², na concepção de acesso a direitos, deve considerar identidades e sujeitos sociais plurais dentro de uma perspectiva de participação democrática de subjetividades à margem da regulamentação estatal.

²² Adota-se o conceito de acesso à justiça na concepção de acesso a direitos, uma vez que a conjuntura de tensão e violação dos direitos dos povos indígenas demanda a adoção de formas plurais de acesso à justiça que contemplem a perspectiva de direitos de caráter coletivo, como o direito a circular pelo território ancestral, a acessar políticas e serviços públicos e a não abdicar de sua identidade étnica. Dessa forma, o pluralismo jurídico, como referência de uma nova cultura do Direito, e a etnocidadania legitimam manifestações subjacentes ao sistema de justiça oficial, o que garante a atuação e participação de sujeitos sociais marginalizados, como é o caso dos povos indígenas, em espaços públicos não estatais, ultrapassando-se, assim, a barreira cultural do acesso à justiça, uma vez que possibilita aos povos indígenas o conhecimento prévio de empreendimentos ou políticas que os afetem, podendo, com base no conhecimento das intenções estatais, buscarem a solução para os conflitos apresentados.

Entendendo os povos indígenas como coletividades que põem em xeque o monopólio da produção jurídica por parte do Estado, vê-se necessário o respeito às juridicidades extraoficiais e à cidadania particular indígena, cuja autonomia e subjetividade são confrontadas por formas de exclusão social, desigualdade e discriminação perpetuadas pelas próprias instituições do Estado brasileiro.

A ideia de configurações diferenciadas para pensar a cidadania de povos tradicionais remota desde o conceito de cidadania multicultural, discutido por Kymlicka (2012), a partir do marco teórico do multiculturalismo liberal. A cidadania multicultural também está presente nas obras de Santos (2003) e Yrigoyen Fajardo (2009), quando da análise do movimento do constitucionalismo pluralista latino-americano e das reformas constitucionais em países como Bolívia e Equador, onde se destacou o avanço de garantias constitucionais dos povos indígenas e o acolhimento de suas reivindicações na condição de cidadãos e membros de grupos étnicos reconhecidos como nações.

De modo geral, os conceitos de Etnocidadania (BECKHAUSEN, 2008), Dupla Cidadania (LUCIANO, 2006), Cidadania multicultural (KYMICKA, 2012) e Cidadanias diferenciadas (SEMPRINI, 1999) representam modelos de participação que reconhecem o protagonismo político dos povos originários e garantem a efetivação do direito à livre autodeterminação e autonomia dos povos indígenas. A cidadania particular dos povos indígenas compreende, então, direitos etnicamente diferenciados em função da sensibilidade jurídica, no sentido proposto por Geertz (1998), de que o cidadão indígena possui direitos específicos relativos à cultura, às tradições, aos valores, aos conhecimentos e aos ritos de sua subjetividade e coletividade.

Ao trabalhar os conceitos de cidadania diferenciada e de pluralismo jurídico, Beltrão e Oliveira (2010, p. 235) discutem que

A cidadania, enquanto conjunto de direitos legitimados por determinada comunidade política, quando compreendida pelos valores liberais do nacionalismo – de direitos e deveres comuns a determinados indivíduos que partilham (supostamente) os mesmos símbolos e valores nacionais – e soberania estatal – de apropriação do tempo e do território aos ditames do poder central do Estado, fruto da reivindicação da soberania como instrumento de unificação do tempo-espaço e controle sobre os distintos grupos sociais – encontra limitações que não favorecem aos povos indígenas e que terminam, por vezes, produzindo a emergência de

conflitos entre indígenas e não-indígenas em face de interpretações que comprometem os direitos coletivos dos povos indígenas.

Portanto, para que diferentes cidadanias possam coexistir no espaço político-territorial estabelecido pelo Estado, é necessário que exista uma articulação no sentido do pluralismo jurídico para que as reivindicações das identidades políticas e étnicas sejam reconhecidas no contexto da etnicidade, sem excluir a cidadania diferenciada, pois, uma vez que seja respeitada a igual dignidade entre culturas, a etnocidadania reflete mais um aspecto do direito à identidade étnica e cultural dos povos indígenas.

A partir do reconhecimento de outras realidades e práticas jurídicas, o pluralismo jurídico²³ descortina formas diferenciadas de se relacionar com a justiça, abrindo canais para maior participação e protagonismo dos povos indígenas, a partir do exercício de uma cidadania que leva em conta as particularidades culturais desses sujeitos, conforme preceitua Antonio Carlos Wolkmer (2001, p. 347)

[...] destinado a se contrapor e a responder às insuficiências do projeto monista legal-individualista, produzido e sustentado pelos órgãos do Estado moderno. Este pluralismo [...] encontra a força de sua legitimidade nas práticas sociais de cidadanias insurgentes e participativas. Tais cidadanias são, por sua vez, fontes autênticas de nova forma da produção dos direitos, direitos relacionados à justa satisfação das necessidades desejadas.

A participação democrática e a cidadania intercultural dos povos indígenas pressupõem a manutenção de sua identidade étnica e o respeito às próprias concepções do que entendem pela palavra cidadania e como percebem o exercício da mesma no dia a dia na comunidade. Além disso, considerar uma cidadania diferenciada aos povos indígenas inclui a receptividade de epistemologias fundadas em princípios e cosmovisões adversas àquelas implantadas pelo Estado em seu ordenamento político-jurídico, é o caso, por exemplo, da noção de pertencimento étnico transnacional concebido por povos que não reconhecem a

²³ O marco teórico do pluralismo jurídico possui diferentes vertentes, quais sejam, o pluralismo jurídico comunitário-participativo e o movimento denominado Direito Achado na Rua, que possuem como expoentes os renomados pesquisadores brasileiros Antonio Carlos Wolkmer (2001) e Roberto Lyra Filho (2006). A vertente do Direito Achado na Rua representa uma manifestação do pluralismo jurídico que dialoga com a perspectiva intercultural, cujo cerne são as formas jurídicas compreendidas na realidade social dos viventes da norma, esquivando-se do pensamento dogmático do Direito, que compreende os direitos humanos como sendo um produto de positivação a partir da atividade estatal (LYRA, 2006). Por outro lado, a ideia do pluralismo jurídico comunitário-participativo está comprometida com a participação de novos sujeitos, com a efetiva satisfação das necessidades humanas e com o processo verdadeiramente democrático, descentralizado, participativo e emancipatório (WOLKMER, 2001, p. 209).

imposição das fronteiras nacionais e a designação de nacionalidade²⁴ feita pelo Estado, que depende de critérios técnico-jurídicos para sua fixação.

Marcelo Veiga Beckhausen (2008), ao realizar uma abordagem jurídica do caráter pluriétnico e multicultural da República Federativa do Brasil, inclusive reconhecido pelo texto constitucional, aponta a superação do modelo integracionista indigenista, de modo que, com o novo paradigma inaugurado pela Constituição Federal de 1988, reconhece-se aos indígenas a sua capacidade e cidadania plenas, porém, diferenciadas, definidas pelo autor como “etnocidadania”.

O exercício da cidadania diferenciada garantido aos indígenas pela ordem constitucional vigente deve ser visto como um instrumento de luta pela preservação de sua cultura e tradições, uma vez que a etnocidadania respeita a forma de ser e viver indígena. Contudo, a conjuntura estatal é responsável por, recorrentemente, tolher a cidadania indígena ao promover políticas públicas, elaborações legislativas, etc, carregadas de uma carga de etnocentrismo extremamente prejudicial ao processo democrático de uma sociedade pluriétnica e multicultural.

Nesse sentido, Manuela Carneiro da Cunha (2009, p. 253) pontua que a etnicidade é o que distingue os povos indígenas dos demais grupos, pois a partir dela as subjetividades indígenas constroem a si mesmas como pertencentes a determinadas origens e tradições, motivo pelo qual a noção de cidadania aplicada a esses sujeitos deve ser diferenciada. A realização da cidadania e do acesso a direitos dessas coletividades pressupõe, então, a implementação de políticas públicas e o empreendimento de atores estatais comprometidos com a vitalidade do Estado Democrático de Direito e com o respeito aos compromissos firmados internacionalmente, a fim de garantir o direito à vida digna, segundo as

²⁴ O vínculo jurídico-político exprimido pelo conceito de nacionalidade decorre do fato de que os elementos clássicos do Estado Moderno são seu território, sua soberania e seu povo, e, para a formação deste último, é necessário que se estabeleça um vínculo político e pessoal entre o Estado e o indivíduo. É a nacionalidade que efetiva tal conexão e faz com que uma pessoa integre dada comunidade política. Conforme doutrina jurídica, as duas espécies de nacionalidade são: a) primária ou originária (involuntária); b) secundária ou adquirida (voluntária). Há duas formas para adquirir a nacionalidade originária, que é aquela que se alcança pelo nascimento, podem-se apontar dois sistemas legislativos: *jus soli* e *jus sanguinis*. No sistema do “*Jus Soli*” utiliza-se o critério territorial, em que a nacionalidade originária é obtida em virtude do território onde o indivíduo tenha nascido. O “*Jus Sanguinis*” é fixado mediante critério sanguíneo, sendo que é o direito de sangue em que a pessoa nascida no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que seja registrada em repartição brasileira competente ou venha a residir na República Federativa do Brasil e opte, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira. No Brasil, o critério é predominantemente territorial (*ius soli*), o sistema como um todo é considerado misto.

cosmovisões próprias indígenas, sem que haja outorga unilateral por parte do Estado de concepções estranhas à organização social da comunidade.

Tendo em vista que o respeito à diversidade cultural e à identidade étnica compõe os pressupostos da etnocidadania, a construção de uma política migratória adequada deve observar as práticas culturais indígenas, afinal, o sujeito de direitos indígenas, e, conseqüentemente, a dimensão coletiva que engloba sua comunidade, possui noções de mobilidade humana que se distinguem da conceituação de fluxos migratórios adotada pela sociedade hegemônica, pois envolvem elementos físicos e culturais transnacionais relacionados à ancestralidade do território e à vida comunitária, marcada por parentelas distribuídas no espaço geográfico e filiadas pela etnicidade e parentesco.

Isto é, para que a etnocidadania seja respeitada, é necessário que seja observado o direito de circulação no território tradicionalmente ocupado, mesmo que isso implique em uma mobilidade transfronteiriça que ultrapasse fronteiras nacionais instituídas pelos Estados. Afinal, o reconhecimento pelo texto constitucional do direito à diversidade cultural e da cidadania diferenciada para os povos indígenas carrega diversas implicações, entre elas, o dever de respeitar as concepções de fronteiras étnico-culturais que não equivalem à delimitação territorial dos Estados latino-americanos.

O Brasil, ao consagrar o multiculturalismo e a plurietnia, assumiu a responsabilidade de salvaguardar não só direitos individuais, mas o dever de elaborar políticas públicas adequadas à diversidade cultural. Assim, segundo Beckhausen (2008), os direitos sociais acabam se moldando às práticas culturais das diversas etnias, de forma heterogênea, apropriados para atender as demandas da coletividade, ao mesmo tempo em que respeitam a multiplicidade de identidades culturais, tanto no plano individual quanto coletivo.

Portanto, realidades de violação de direitos, como a que ocorre na aldeia *Ñande Ru Marangatu* em Antônio João/MS, põem em cheque a consecução da missão constitucional de defesa da cidadania e dos direitos dos povos indígenas, uma vez que a inércia de políticas públicas de acolhimento diferenciado aos indígenas que ultrapassam a fronteira acaba por tencionar uma situação de confinamento e um impeditivo à perambulação no território tradicionalmente ocupado. Dessa forma, para que os direitos dos povos indígenas avancem significativamente no Brasil, o desafio a ser enfrentado diz respeito à criação de políticas pautadas no pluralismo jurídico, no acesso à justiça diferenciada e à etnocidadania dos povos indígenas.

1.3 PLURALISMO JURÍDICO E O DIREITO DE IR E VIR SOB PERSPECTIVA INTERCULTURAL

Além da perspectiva antropológica, fundamental para o estudo, é importante, também, explorar a Teoria Crítica dos Direitos Humanos e a abordagem intercultural na tentativa de compreender o fenômeno da mobilidade territorial indígena como um exercício do direito de ir e vir e da autodeterminação dos povos indígenas. Abdicando-se da perspectiva jurídica dogmática, a análise do objeto de estudo passa a utilizar o marco teórico do pluralismo jurídico, pois a prática da mobilidade entre fronteiras diverge do modelo oficialista de direitos humanos ao conceber relações simbólicas para com o território ancestral e entender os limites desse território como algo dinâmico e expansivo.

A concepção de direito pluralista, mediante uma abordagem intercultural, contribui para a análise do fenômeno da mobilidade transfronteiriça como uma extensão do direito de ir e vir, normalmente associado aos direitos fundamentais de primeira dimensão, relacionados às liberdades individuais e à atuação negativa por parte do Estado. Entretanto, na vida cotidiana dos povos indígenas, com enfoque nos Guarani e Kaiowá de Mato Grosso do Sul, o modo de ser e habitar o mundo envolve a autonomia para transitar no território de seus ancestrais, exercendo seu direito de ir e vir decorrente da identidade de pertencer a uma coletividade sem fronteiras, ao menos, não as fronteiras impostas pelos Estados nacionais (CAVARARO RODRIGUES, 2019, p. 24).

Diferentemente do direito à liberdade concebido pela lógica dos direitos de primeira dimensão, o direito de ir e vir dos povos indígenas em seu território ancestral demanda uma atuação positiva do Estado, de modo que se exige a adoção de medidas que facilitem os contatos entre parentelas e que estimule a cooperação entre povos indígenas através das fronteiras. Inclusive, essa responsabilidade estatal é expressamente definida em normativas internacionais, como pelo artigo 32 da Convenção nº 169 da OIT, pelo artigo 36 da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007 e pelo artigo XX da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Por esse motivo, a perspectiva crítica dos direitos humanos, aliada ao estudo da Antropologia, conduz ao exercício de pensar a consagração dos direitos positivados à luz de outras realidades e outras perspectivas de viver com dignidade. Para tanto, apresenta-se o pluralismo jurídico como prática de coexistência entre normatividades diferenciadas, em que a mobilidade, entendida *Oguata*, seja contextualizada a partir da vivência tradicional dos Kaiowá *Paĩ Tavyterã*.

Trabalha-se, também em interseccionalidade com a Antropologia do Direito, com a perspectiva intercultural de direitos humanos e com o conceito de pluralismo jurídico, para que o fundamento da proteção e do reconhecimento do direito à livre mobilidade indígena ultrapasse a seara da concessão de direitos por parte dos “benevolentes” Estados, de modo a expandir a percepção do conceito de dignidade humana para além do entendimento ocidental, agregando novas percepções e realidades como fontes de juridicidade.

1.3.1 A coexistência de normatividades diferenciadas e o pluralismo jurídico

A interdisciplinaridade do tema demanda a noção de “sensibilidade jurídica”²⁵, cunhada por Geertz (1998), no sentido de que o conteúdo simbólico das práticas culturais indígenas carregam princípios próprios de suas juridicidades correspondentes ao saber local, tendo em vista que o Direito se expressa de acordo com a lógica própria de cada sociedade e que o Direito indígena está intrinsecamente vinculado aos demais aspectos das culturas em que estão inseridos, como a etnicidade, cosmologia, religião e etnocidadania.

Machado (2015, p.31), inclusive, pontua que a teia de significados, concebida por Geertz (1998), “enreda-se no saber local, dando forma, fluidez, porosidade, permeabilidade, flexibilidade às fronteiras culturais, reinterpretando, ressignificando, reelaborando a sua cultura, rede social, modo de pensar, ver e agir, conforme a situação o exigir, legitimando-a”. Isto é, os Direitos indígenas não podem ser compreendidos fora do contexto em que são praticados, pois representam um elemento da identidade étnica e do saber local de sistemas jurídicos diferenciados.

Apesar do Estado brasileiro permanecer pautado pelo monismo jurídico²⁶, a partir das noções de sensibilidade jurídica e de pluralismo jurídico, entende-se não ser possível um

²⁵ Nas palavras de Geertz (1998, p. 325), sensibilidade jurídica é “esse complexo de caracterizações e suposições, estórias sobre ocorrências reais, apresentadas através de imagens relacionadas a princípios abstratos”. Ainda segundo o autor, a sensibilidade jurídica está diretamente ligada ao conceito de justiça e à noção de Direito particular de cada cultura, afinal o Direito é um sistema cultural produzido socialmente entre quaisquer povos, sendo construído localmente e modificando-se de acordo com a cultura (GEERTZ, 1998). Nesse mesmo sentido, em contraposição ao modelo positivista jurídico vigente, o pluralismo jurídico concebe o Estado como uma das esferas da produção de juridicidade, não a única fonte, conceito que dialoga com o de sensibilidade jurídica, uma vez que a nova cultura do Direito tem como origem as reivindicações por reconhecimento e respeito às identidades, justiça e etnocidadania indígenas.

²⁶ A perspectiva monista e estatal do Direito foi estabelecida com a consolidação do Estado nacional e com a proclamação da República o assentamento da jurisdição do Estado nacional valeu-se do monismo jurídico, isto é, da negativa de valor oficial a formas jurídicas distintas das formais, para estimular o processo civilizatório e construir uma identidade nacional baseada na comunhão étnica (DANTAS, 2017, p. 216). Referida teoria entende que o Estado é o único ente capaz de produzir normas jurídicas, impedindo a coexistência de inúmeras formas de conceber e interpretar as normas jurídicas, o que impacta diretamente as comunidades indígenas e suprime a diversidade étnica-cultural, por possuírem diferentes formas de organização político-social que, em muitos casos, diferem dos parâmetros adotados pelo ordenamento considerado oficial pelo Estado.

Direito universal que pretenda criar regras gerais para todas as sociedades ou para um conjunto de pessoas de distintas culturas localizadas em um mesmo território, pois implicam em diferentes sentidos de justiça e dignidade, ou seja, em diferentes sensibilidades jurídicas.

O reconhecimento de direitos etnicamente diferenciados perpassa, segundo defende Geertz (1998), a “forja” de uma nova sensibilidade jurídica que aplique diferentes noções sobre o que é justiça, dignidade humana e cidadania, bem como, sobre as maneiras como ela deve ser exercida. Na tentativa de elaborar alternativas a situações, modelos e sistemas insatisfatórios, Geertz (1998) se utiliza da expressão pluralismo jurídico para caracterizar a variedade de conceitos de justiça que convivem e entram em conflito no mesmo território, principalmente nos países colonizados, visto que nessas circunstâncias criou-se uma tensão entre as noções tradicionais do que é a justiça e sobre as maneiras como essas noções importadas devem ser exercidas em contextos com tamanha diversidade étnica-cultural e jurídica.

As concepções apresentadas contribuem para a fundamentação da pesquisa no que tange à negligência do modelo oficial em relação a sistemas jurídicos paralelos ou divergentes. Nesse sentido, as sensibilidades jurídicas indígenas apresentam um quadro de pluralidade jurídica-normativa composta por suas próprias reivindicações, juridicidades, direitos e conceito de justiça, como, por exemplo, é o caso do direito de circulação transnacional, materializado pela prática da perambulação no território ancestral. Para os Kaiowá *Paĩ Tavyterã*, seu direito de personalidade é expressado mediante sua etnicidade transnacional e seu modo de ser caminhante, bem como, seu direito ao território tradicionalmente ocupado pressupõe a circulação em toda a região em que seus antepassados cruzaram, onde constituíram família, onde prestaram liturgias, etc.

Para Geertz (1998), a saída é a construção de uma hermenêutica do pluralismo jurídico, na contramão do positivismo legislativo, até porque o Direito indígena reflete cosmovisões e concepções de mundo que estão à margem da regulação estatal, justamente porque o próprio Estado brasileiro é fundado em elementos como unicidade e coesão cultural da sociedade, bem como, no conceito de território delimitado para fins de exercício do poder soberano do ente estatal.

Na prática, duas diferentes normatividades estão em vigência concomitantemente, é o caso da Lei de Migração, representando as políticas migratórias da ordem constitucional estatal, e a prática da mobilidade pelos Kaiowá *Paĩ Tavyterã* na faixa de fronteira entre Mato

Grosso do Sul e Paraguai, representando a normatividade extraestatal indígena, construída a partir da vivência concreta dessas subjetividades diferenciadas. É fato a existência de uma pluralidade de ordens jurídicas em um mesmo sistema funcional, o desafio, contudo, está no estabelecimento de um diálogo entre elas que proporcione consistência e adequação na cadeia de validação de cada ordenamento, com especial propósito de garantir que a ordem constitucional estatal não oprimas a etnicidade presente na ordem indígena extraestatal quando do exercício de seus direitos.

Na contramão, a cultura jurídica monista brasileira, pautada pelo positivismo e pelos interesses econômicos extrativistas²⁷, atua no sentido de conservar a ausência de direito manifesto no ordenamento jurídico no que tange às práticas reais das coletividades indígenas, excluídas do direito estatal e menosprezadas em relação a sua etnocidadania.

É imperioso, assim, que as noções de acesso à justiça e cidadania sejam concebidas à luz do pluralismo jurídico, pois, frente às desigualdades sociais enfrentadas pelos povos indígenas, sua participação democrática tem efeitos diretos no acesso à justiça, no sentido de possibilitar uma dimensão participativa descentralizada, retirando o privilégio de controle das mãos do Estado para dividir com a comunidade a ingerência em tais procedimentos (LEAL; FAGUNDES, 2011, p. 46). Salienta-se a importância, nesse sentido, de uma perspectiva interdisciplinar a respeito das desigualdades que recaem sobre os povos indígenas, especificamente aqueles que têm sua identidade étnica questionada em função da imposição das fronteiras nacionais dentro do território tradicionalmente ocupado.

1.3.2 A mobilidade indígena e o direito de ir e vir: perspectiva intercultural de Direitos Humanos

Ao se deparar com grande parte dos documentos internacionais sobre direitos humanos, não raro questionamentos e problemáticas são levantadas a respeito dos pressupostos adotados pelos instrumentos e sistemas internacionais de proteção a esses

²⁷ Araújo Júnior (2018) reflete que, mesmo após mais de 30 anos da promulgação da Constituição de 1988, as comunidades indígenas persistem em constante processo de luta, pois sofrem graves ameaças a sua sobrevivência física e cultural e são vítimas de sangrentos conflitos fundiários, eventos que se dão em decorrência da falta de efetivação dos comandos constitucionais pela prática constitucional assimilacionista dos três Poderes da República, que permanece atrelada à perspectiva assimilacionista e filiada ao interesse econômico que vislumbra os povos indígenas como empecilho para o desenvolvimento do país, revelando que a prática e o texto constitucional estão longe de conviver em harmonia.

direitos, tendo em vista a estipulação de um padrão mínimo civilizatório aplicável em sede mundial.

Trata-se da concepção universalista sobre direitos humanos, cujas repercussões impactam na sobrevivência física e cultural dos povos indígenas, coletividades distantes da matriz político-filosófica ocidental que buscam manter sua cosmologia e modo de vida apesar da estrutura de dominação e imposição vigente.

Segundo Calixto e Carvalho (2017, p. 370), o conceito de direitos humanos encontra-se assentado em um conjunto de pressupostos tipicamente ocidentais que não necessariamente estão em conformidade com concepções de dignidade humana amparadas por outras culturas, motivo pelo qual, na perspectiva de Sousa Santos (2003), o conceito atual de direitos humanos é fruto de um discurso dominante, sobretudo ante o fato de pregar o universalismo ocidental e de concebê-lo como superior àquela de outras realidades.

Nesse mesmo sentido, em sua teoria crítica, Herrera Flores (2009, p.12) entende que os direitos humanos são produtos culturais que facilitam a construção das atitudes e aptidões que permitam fazer das vidas dos indivíduos o máximo de dignidade. Desse modo, a universalização buscada aos direitos humanos representa mais um movimento da racionalidade homogeneizante e uniformizante da modernidade colonizadora europeia, racionalizada como padrão de civilização para todo o resto do mundo.

A partir daí, faz-se necessária uma reconstrução racional dos direitos humanos, pautada por uma matriz intercultural, capaz de visualizar esses direitos sob um prisma de emancipação para que se reintroduza politicamente o poder de ação de agentes historicamente marginalizados, com base no viés interpretativo da pluralidade de fontes de legitimação.

A fim de superar o embate entre universalismo e relativismo cultural, vislumbra-se uma proposta intercultural diante das experiências latino-americanas de construção social, em que comunidades étnicas e grupos sociais se reconhecem em suas diferenças, buscando mútua compreensão e valorização a partir da interculturalidade, representante da pretensão normativa e prescritiva que diz respeito à exigência de tratamento igualitário às culturas.

A interculturalidade remete à noção de reciprocidade, interface e articulação coletiva entre diferentes culturas (KROHLING, 2008, p. 162). Em face das reformas constitucionais latino-americanas, em especial no que tange às Constituições da Bolívia e do Equador, percebe-se a incorporação de elementos de interculturalidade na produção do Direito e o

reconhecimento de mecanismos institucionais de plena eficácia para aplicação desse direito descentralizado e pluralístico (ACUNHA, 2019, p. 75).

É o caso, por exemplo, dos novos princípios de organização do poder na Bolívia, que, fundamentados na interculturalidade e na igual dignidade dos povos, oportuniza a existência de uma jurisdição indígena, com competências privativas, bem como de instituições oficiais plurinacionais, como o Tribunal Constitucional Plurinacional e a Assembleia Legislativa Plurinacional, capazes de garantir a real dignidade dos povos indígenas com fundamento em suas cosmovisões próprias.

Conforme estudos de Panikkar (*apud* KROHLING, 2008, p. 172), a interculturalidade não se confunde com o multiculturalismo, pois este se refere à síndrome ocidental que consiste em acreditar que existe uma supercultura, superior a todas, capaz de oferecer uma benigna e condescendente hospitalidade, por outro lado, a interculturalidade caracteriza-se pela exigência de abertura ao outro e pela incompletude das culturas.

Dessa forma, infere-se que a interculturalidade atua em conformidade com os conceitos garantistas dos direitos culturais dos povos indígenas, ao criticar o imperialismo jurídico e propor alternativas que promovam efetiva proteção da diversidade cultural. Para tanto, necessário o estabelecimento do diálogo intercultural capaz de aproximar as diferenças e de reconhecê-las em sua perspectiva histórica, não implicando a homogeneização das práticas culturais, mas sim a compreensão dos atributos humanos comuns que perpassam todas as existências individuais (LUCAS, 2008, p. 214).

Sendo assim, segundo Fornet-Betancourt (*apud* DAMÁZIO, 2008, p. 77), ao passo que o viés multiculturalista institui as noções de respeito e tolerância para com as diferenças presentes na sociedade, a interculturalidade aponta para comunicação e interação entre as culturas. Portanto, para assegurar a proteção da singularidade étnica e cultural dos povos indígenas, garantindo sua real dignidade, é necessário que se ultrapasse a concepção de mera coexistência fática entre distintas culturas em um mesmo espaço, fato que demonstra, na verdade, a ideologia semicolonialista que consagra a cultura ocidental dominante como espécie de metacultura que benevolmente concede alguns espaços a outras (DAMÁZIO, 2008, p. 77).

A busca por uma concepção intercultural dos direitos humanos é essencial para o que Herrera Flores (2009) chamou de universalismo de chegada, pois será através dela que se

originarão energias nômades, migratórias, móveis capazes de permitir o reconhecimento dos diferentes pontos de vista e noções de dignidade, sem a pretensão, ou o poder, de negar validade a qualquer deles, concretizando-se a possibilidade de luta pela dignidade, reconhecimento e respeito à toda humanidade (KROHLING; SILVA, 2016, p. 1222).

Portanto, em meio à sociedade multicultural, a proteção da singularidade étnica e cultural dos povos indígenas pressupõe não apenas a questão do reconhecimento das diferenças, mas também a busca por soluções institucionais para problemas institucionais, como é o caso da perspectiva da interculturalidade, que promove espaços de diálogo entre culturas projetadas de forma paritária.

A abordagem intercultural possibilita, assim, o reconhecimento da prática da mobilidade transfronteiriça como um exercício cultural indígena do direito de ir e vir, tendo em vista que está relacionada a processos de construção de identidade, memória coletiva e laços sociais por parte das comunidades Guarani e Kaiowá.

O direito de ir e vir insere-se na primeira dimensão de direitos humanos, qual seja, das liberdades individuais, cujo marco está nas revoluções liberais europeias e americanas do século XVIII que visavam restringir o poder absoluto do monarca e consagrar direitos de cunho negativo como o direito à liberdade, à igualdade perante a lei, entre outros.

Contudo, há que se atentar ao exercício do direito de ir e vir sob a ótica indígena, em nada relacionado à matriz política-filosófica dos direitos de primeira dimensão, pois fundada na estrutura social e no caráter coletivo de organização comunitária indígenas, elementos incompatíveis com a noção de direitos individuais de cunho essencialmente negativo e liberal. Por isso, a relevância dos estudos a respeito da concepção intercultural de direitos, tendo em vista que a real dignidade dos povos indígenas apenas pode ser garantida mediante o reconhecimento da historicidade de sujeitos singulares e coletivos, de sua dignidade e identidade e do reconhecimento à diferença.

A presença dos povos indígenas como atores sociais e identidades diferenciadas sempre foi uma realidade social negada, porquanto que o Estado rechaça práticas culturais que possam representar riscos à unidade e integralidade imposta por seu projeto de identidade nacional, concebido a partir de um processo civilizatório traumático (DANTAS, 2017, p. 221). É o caso da prática da mobilidade territorial Guarani, tendo em vista representar um fenômeno de circulação que tem como cenário o território ancestral e é concebido pela própria organização social e tradicional dos Guarani e Kaiowá, compondo uma manifestação

do direito à autodeterminação dos povos indígenas, bem como, do modo de ser “caminhante” característico de sua cosmologia (*tekoguata guasu*), isto é, da cosmovisão que estrutura o imaginário e o modo de vida desses povos, sendo essencial para a manutenção de sua cultura, de sua identidade e, conseqüentemente, para a garantia de uma vida digna.

Em relação à atenção dada pelo Brasil às reivindicações indígenas, identifica-se a mora para com a eficácia dos direitos desses povos, não havendo harmonia entre texto e prática constitucionais, como vislumbra-se pela sanção presidencial ao parágrafo 2º do art. 1º da Lei de Migração, que inicialmente previa o direito à livre circulação em terras tradicionalmente ocupadas (BRASIL, 2017). Ao não reconhecer a livre circulação dos povos indígenas entre fronteiras, o veto presidencial acabou por submeter a realidade cultural indígena à clandestinidade, apesar de ser uma prática milenar desempenhada desde antes da formação artificial das fronteiras.

Para os Guarani e Kaiowá, o deslocamento transfronteiriço pressupõe uma ideia de pertencimento identitário e relações de parentesco, sendo indissociável da questão da territorialidade. Percebe-se a dissonância entre os preceitos indígenas e os mandamentos estatais, em razão do território representar um dos elementos estruturais clássicos do conceito tradicional de Estado, enquanto que, sob a ótica Guarani, o território é o espaço no qual as relações de parentesco se reproduzem, com suas complexas redes de comunicação, formando um território transnacional entre os países em que as comunidades se instalam e por onde circulam.

A delimitação de fronteiras nacionais, impostas pelo Estado a fim de instituir limites ao poder soberanamente exercido, acaba por ignorar a realidade concreta das fronteiras étnico-culturais reconhecidas pelos povos indígenas, as quais são definidas e redefinidas a partir de relações sociais de reciprocidade e parentesco, de perfil dinâmico e marcadas pela persistência transfronteiriça de suas redes de relacionamento dentro do território ancestral.

Por representar uma expressão cultural, e levando em consideração o mandamento constitucional presente no art. 231 da Constituição Federal, o livre trânsito dos povos originários na fronteira não é suscetível de veto, devendo ser regulamentado à medida que se estabelecem parâmetros para sua circulação, de forma a não afetar a soberania estatal nem a autonomia desses povos (RODRIGUES, 2019, p. 65).

Diante desse cenário, pode-se afirmar que se o Estado nacional protege as manifestações culturais e a identidade étnica dos povos indígenas, na forma, no caso brasileiro, do artigo 231 da Constituição Federal, o único caminho para se manter na constitucionalidade será garantindo a concepção intercultural de direitos humanos, de forma a evitar a sobreposição dos interesses dominantes, como ocorreu no veto 163/2017, que negou o reconhecimento da dinâmica transfronteiriça dos povos indígenas em prol da tese da soberania nacional.

Conforme Silva e Silva (2017) a Constituição que pretende regular uma sociedade complexa e heterogênea marcada por uma formação étnica-cultural diversificada, como é o caso da brasileira, para lograr força normativa, necessita articular em seu conteúdo pretensões de inclusão jurídica das coletividades diferenciadas, a partir de arranjos que busquem solucionar conflitos estruturais de sobreposição de interesses.

Assim, somente a partir da perspectiva dos povos indígenas envolvidos seria capaz de solucionar tais demandas de modo a garantir dignidade aos povos indígenas, assegurando uma praxe constitucional verdadeiramente democrática, capaz de promover inclusão e participação política de minorias nacionais de projeção internacional, resguardando a força normativa da Constituição brasileira, correspondendo às necessidades da sociedade heterogênea que regula (SILVA; SILVA, 2017).

Nessa perspectiva, Wolkmer (2006) pontua a necessidade de um diálogo intercultural como forma alternativa de fundamentação jurídica, quer de um pluralismo jurídico de tipo progressista, quer dos direitos humanos como processo intercultural, aliado à práxis participativa de sujeitos insurgentes diferenciados e ao reconhecimento da satisfação de suas necessidades, entre os quais, a vida humana com dignidade e com respeito à diversidade.

Para tanto, a Constituição precisa incorporar diferentes percepções de dignidade e de significado de direitos fundamentais, o que, necessariamente, implica um diálogo de aprendizado entre a ordem jurídica nacional e a ordem normativa local indígena (SILVA; SILVA, 2017, p. 185).

Assim, uma nova concepção de direitos humanos é demandada para solucionar a problemática, com bases no diálogo intercultural, uma vez que a atual percepção de direitos humanos possui matiz ocidental e europeizada, não contemplando diversas outras formas de vida e de estar no mundo. Dessa forma, busca-se construir um novo processo social e cultural

capaz de contemplar as potencialidades humanas a partir de uma visão crítica e emancipatória de direitos humanos.

2. DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

A temática dos povos indígenas em mobilidade transfronteiriça no estado de Mato Grosso do Sul demanda a compreensão do contexto de reestruturação normativa internacional a partir dos fenômenos da relativização do conceito de soberania e dos processos de constitucionalização do direito internacional e de internacionalização do direito constitucional, isso porque a consolidação de uma cultura jurídica de respeito aos direitos dos povos indígenas depende de um sistema multinível de proteção dos direitos humanos.

A proteção dos direitos dos povos indígenas rende ao Direito constantes reflexões, escancara contradições entre teoria e práxis e, como se não bastasse, os direitos resguardados a esses povos representam apenas uma tradução daquilo que a sociedade ocidental foi capaz de conceber e positivar em uma norma jurídica, seja ela doméstica ou internacional. Os desafios enfrentados pelos povos indígenas não findaram com o término do período colonial: vidas, saberes tradicionais, práticas culturais, etc. são ameaçados constantemente pela sociedade envolvente, que subalterniza os povos originários, suas juridicidades e instituições próprias, uma vez que quem detém o poder para conceder direitos e estabelecer parâmetros para uma vida digna são as instituições jurídicas oficiais.

Não se nega a estruturação de sistemas globais e regionais de proteção de direitos humanos como um processo de generalização internacional pensado e articulado a partir de concepções jurídico-formais que não são permeáveis às formas de existir indígenas, a despeito de recentes esforços bem intencionados que buscam dar garantia formal e proteção jurídica aos povos originários, afinal, a simples vivência indígena contraria a lógica capitalista, individualista e avessa à natureza que impera na sociedade globalizada atual.

Ainda assim, a pesquisa se desenvolve dentro desse escopo normativo de compreensão sistemática do âmbito de proteção dos direitos dos povos indígenas no sistema global e no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, para, finalmente, traçar a interação entre Direito Internacional e a proteção dos povos indígenas no ordenamento jurídico doméstico. Adota-se essa postura, constantemente balizada pela Teoria Crítica dos Direitos Humanos, para ensaiar a hipótese de que a proteção internacional da prática da

mobilidade transfronteiriça dos povos indígenas, que consiste no objeto de estudo da pesquisa, expande a proteção local desse direito na ordem constitucional pátria brasileira e vincula todos os órgãos estatais.

Não se ignora, então, que pensar direitos humanos estritamente a partir de uma perspectiva oficialista²⁸ segue uma lógica etnocêntrica que não vai resolver os problemas, demandas e reivindicações dos povos indígenas, visto que positivamente domésticas e internacionais compreendem uma deontologia abstrata (dever-ser da norma) que contrasta com a lógica ontológica concreta (o ser da realidade) dos povos indígenas, protegidos pela norma, mas mortos, despejados, criminalizados e marginalizados na prática.

Dito isso, objetiva-se, neste capítulo, analisar a expressa proteção da prática da mobilidade transfronteiriça dos povos indígenas pelo sistema global e interamericano de direitos humanos, de forma a exigir maior inter-relacionamento entre as ordens jurídicas comprometidas com a salvaguarda da dignidade humana, tendo em vista que uma rede multinível, multicêntrica e interdependente constitui um fator essencial para a efetivação do direito de circulação transfronteiriça. Ainda, busca-se observar como se deu o ingresso das demandas indígenas na pauta da agenda global, e como a pluralidade de ordens jurídicas oferece uma proteção multinível dos direitos dos povos indígenas.

Para tanto, será debatido, em um primeiro momento, a crescente arena do Direito Internacional dos Direitos Humanos e as modificações substanciais sucedidas no cenário internacional, após os novos contornos dados pelo segundo pós-guerra, que resultaram na convergência entre níveis de proteção e no ingresso da temática dos povos indígenas na agenda de discussões do sistema global e regional de proteção dos direitos humanos. Após, será examinada a lógica plural por trás da coexistência complementar entre ordens jurídicas, característica marcante da concepção contemporânea de proteção dos direitos humanos, até alcançar o debate a respeito do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, elaborado e desenvolvido com ênfase na justiça constitucional regional.

²⁸ A distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, adotada pela teoria tradicional, estabelece que os direitos humanos são aqueles previstos em normas internacionais, enquanto que os direitos fundamentais são positivados em Constituições estatais. Mediante essa perspectiva oficialista, a diferença entre um e outro reside única e exclusivamente em sua relação escrita com o texto positivado. A questão que se coloca é que, para os povos indígenas, essa associação não tem lógica, uma vez que o Direito é vivido no dia a dia em contato com o território de seus ancestrais, com as entidades da fauna e flora, que são sujeitos *per se*, e com os saberes tradicionais orais que ainda resistem.

2.1 O INGRESSO DOS POVOS INDÍGENAS NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A consolidação de uma cultura jurídica de respeito aos direitos dos povos indígenas depende de um sistema multinível de proteção dos direitos humanos coordenado e em constante inter-relacionamento. Essa perspectiva, na verdade, constitui um produto da própria evolução do constitucionalismo contemporâneo, isso porque os problemas jurídicos da atualidade refutam a exclusividade da soberania constitucional e estatal, bem como, a divisão entre monismo e relativismo.

A evolução da sistemática da tutela dos direitos humanos no decorrer dos anos abarca o contexto pós-Segunda Guerra Mundial, a reação da sociedade internacional às barbáries perpetradas nesse período, o fenômeno da globalização, o estreitamento das relações internacionais e a consequente flexibilização da noção tradicional de soberania estatal. Diante desses precedentes, foi necessária a construção de uma normatividade até então inexistente que não apenas protegesse os direitos dos indivíduos a nível internacional, mas que também assegurasse mecanismos processuais para a salvaguarda dos mesmos.

O sofrimento decorrente das atrocidades cometidas no segundo pós-guerra veio a aprofundar a afirmação histórica dos direitos humanos, com o assentamento de direitos individuais, de natureza civil e política, e direitos de conteúdo econômico e social como objeto de tutela, com a consequente afirmação da existência de novas espécies de direitos humanos: os direitos dos povos e os direitos da humanidade (COMPARATO, 2010). Essa preocupação expansiva para com a dignidade da pessoa humana demonstra um processo histórico e axiológico de complementação e abrangência dos direitos humanos, fenômeno que, para Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano (2010, p. 231) intitula-se dinamogenesis dos direitos humanos e se relaciona com

O elemento da historicidade é de fundamental importância na evolução dos direitos humanos, consoante as carências e interesses da sociedade, as transformações técnicas e as classes que estejam no poder – evidência desse caráter histórico são as “gerações” ou “dimensões” de direitos humanos. Tal perspectiva determina-lhes um caráter expansivo/ comunicativo, que afeta tanto a ideia como o conteúdo dos direitos humanos. Historicamente, por força deste caráter expansivo nascem novos direitos, consequência da dinâmica interna dos direitos preexistentes, num processo denominado dinamogenesis dos direitos humanos (ROCASOLANO; SILVEIRA, 2010, p. 231).

Tendo a proteção dos direitos humanos se transformado em um dos temas centrais da agenda global, pode-se dizer que o Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um sistema de normas, procedimentos e instituições internacionais desenvolvidos para implementar a concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos, bem como, de que todas as nações, e a comunidade internacional em sua totalidade, têm o direito e a responsabilidade de protestar caso um Estado não cumpra suas obrigações (PIOVESAN, 2013, p. 65-66).

A articulação normativa internacional teve de ser modificada diante da emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, responsável por elevar a dignidade humana a princípio norteador de qualquer ordem jurídica, de modo que ao indivíduo foi atribuída a condição de sujeito do direito internacional, antes exclusiva dos Estados. Nesse cenário, a estrutura normativa de proteção dos direitos humanos passa a ser constituída pela convergência de diferentes âmbitos de tutela, uma vez que a interligação entre ordens jurídicas é consequência da formação de uma sociedade complexa e globalizada que compartilha problemas em comum e cuja ação isolada não mais soluciona as adversidades da atualidade.

De acordo com Calixto (2017, p. 32), a consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos é de fundamental importância para a proteção de matérias antes reservadas à tutela constitucional, uma vez que o estabelecimento de padrões mínimos de respeito e aplicação de regras de proteção da pessoa humana, sob pena de responsabilidade internacional, é uma ferramenta a mais na luta contra as violações de direitos humanos dos grupos vulneráveis.

No que diz respeito ao impacto dos processos de globalização na teoria dos Direitos Humanos, Lima Torrado (2000, p. 47) entende que uma sociedade globalizada concebe uma dinâmica de interdependência entre as esferas econômica, política e cultural, de modo que acontecimentos em um determinado lugar do planeta repercutem significativamente em outros lugares, afetando sociedades e pessoas diferentes, isso porque a globalização é “processo amplo, contraditório, completo, heterogêneo e profundo de mudanças nas relações entre sociedades, nações e culturas”.

A reformulação do sistema vigente frente ao novo cenário imprime um novo norte à relação que se estabelece entre direito internacional e direito interno, tendo em vista que a consolidação de uma sociedade globalizada pautada na interdependência e cooperação

acabou por modificar a estrutura normativa do sistema global e regional de proteção dos direitos humanos.

Diante da preocupação com a proteção da pessoa humana, percebeu-se que um Estado isolado não possui condições de fazer frente a todos os desafios vivenciados pela humanidade, como é o caso da crise ambiental, da desigualdade social crônica e das violações brutais de direitos praticadas por Estados (RAMOS, 2012, p. 503), questões complexas que demandam a atuação complementar de sistemas jurídicos, de modo que a promoção e proteção dos direitos devem transcender a competência nacional exclusiva, mediante ação comum internacional e local (PIOVESAN, 2013, p. 65).

Assim, apesar da construção dos direitos humanos vir de longa data, a tomada de consciência a respeito da existência de um sistema multinível de proteção é recente e teve de sobrepujar teorias jurídicas clássicas, como da soberania estatal absoluta e da hierarquia entre normas internacionais e nacionais, decorrente das discussões a respeito das teorias do monismo e do dualismo jurídicos. Além disso, esse ambiente multinível é marcado, concomitantemente, pela constitucionalização do Direito Internacional e pela internacionalização do Direito Constitucional, fenômenos diretamente responsáveis pelo pluralismo de ordens jurídicas e pela permeabilidade entre elas.

O novo paradigma inaugurado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) possibilitou o despertar da temática indígena na agenda internacional, mediante a aprovação de instrumentos normativos como a Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas (2007) e a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989), que preveem dispositivos de proteção dos povos indígenas a partir dos desdobramentos do direito à autodeterminação.

A partir da compreensão desse contexto, eventualmente delimitado pela instrumentalização da Teoria Crítica dos Direitos Humanos²⁹, é que se torna possível avançar no debate a respeito das reivindicações dos povos indígenas no âmbito interno do Brasil, pois as mudanças na ordem jurídica internacional, aliadas à abertura da ordem constitucional pátria aos direitos humanos, legitimam uma expansão constitucional do sistema jurídico

²⁹ A Teoria Crítica dos Direitos Humanos, sobretudo a partir da obra de Herrera Flores (2009), questiona a matriz teórico-filosófica usada como referencial para a análise da construção histórica dos direitos humanos. Para o autor, buscar a interculturalidade como modelo de racionalização dos direitos humanos é promover uma transformação de sentidos na busca de efetivar o resgate, a emancipação e a libertação da periferia global, representada pelos países colonizados (HERRERA FLORES, 2009, p. 161).

brasileiro e um consequente reconhecimento do direito de circulação transfronteiriça dos povos indígenas pelo ordenamento jurídico brasileiro, ainda que ausente a previsão legal expressa na Lei de Migração.

Objetivando desenvolver referida hipótese, e antes de apresentar a proteção multinível dos direitos indígenas na pluralidade de ordens jurídicas vigentes, importante abordar os elementos característicos da nova estrutura normativa internacional, quais sejam, a relativização do conceito de soberania, que resulta na obsolescência das teorias do monismo e dualismo, e os processos de constitucionalização do direito internacional e de internacionalização do direito constitucional. Ao final, busca-se expor como se deu a positivação das reivindicações indígenas na arena do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a análise da historicidade dos direitos humanos como característica de fundamentação.

2.1.1 A nova estrutura normativa internacional: relativização do conceito de soberania e superação das doutrinas do monismo e dualismo jurídicos

Observa-se que as transformações estruturais marcaram as últimas décadas e redimensionaram a plataforma do direito internacional ao superar conceitos como o da soberania estatal absoluta, fato que assegura uma maior e mais efetiva articulação entre ordens jurídicas comprometidas com a consagração da dignidade da pessoa humana. Além das mudanças em âmbito global, pontua-se que a emergência deste novo paradigma foi capaz de converter sistemas jurídicos internos mediante cláusulas de abertura convencionais para proteção dos direitos humanos.

O reposicionamento do indivíduo em uma posição central nas relações internacionais acabou por redimensionar o papel da soberania no contexto de proteção internacional dos direitos humanos, uma vez que seu conceito clássico dizia respeito ao poder que o Estado possui de produzir e aplicar o direito positivo em seu próprio território³⁰, de forma que não

³⁰ O contexto histórico e evolutivo do conceito tradicional de soberania teve seu pontapé inicial com as ideias de Jean Bodin, em sua obra *De la Republique*, publicada em 1576, que classificava soberania como o poder absoluto do chefe de Estado dentro de seu território. Inclusive, a partir dessa ideia, pode-se debater a respeito da dicotomia entre superação e manutenção da lógica nacionalista que concebe o conceito superado de soberania como algo a ser mantido. Por exemplo, percebe-se pela produção de Guillermo O'Donnell que uma das principais características dos Estados latino-americanos são: o hiperpresidencialismo e a democracia deliberativa. A democracia deliberativa, segundo o referido autor, é aquela que se fundamenta em uma premissa básica: quem ganha uma eleição presidencial é autorizado a governar o país como lhe parecer conveniente, uma

existe mais alto grau de poder decisório, derivando daí seu caráter absoluto (MAZZUOLI, 2002, p. 171). No novo cenário, quando um Estado ratifica um tratado de internacional, firmando compromissos mútuos que acabam por restringir sua competência discricionária, está exercendo um ato de cooperação internacional em prol de interesses comuns com outros Estados, todos comprometidos com a proteção da pessoa humana.

Segundo Mazzuoli (2002, p. 173), o ato de pactuar um acordo ou tratado internacional expressa o atual conceito de soberania, pois situa o Estado-parte em um contexto de cooperação entre Estados da comunidade internacional em prol da proteção dos direitos humanos, de forma que os mecanismos de monitoramento internacional não representam uma ameaça à soberania nacional, entendida a partir de sua concepção contemporânea, tendo em vista seu caráter de observação e recomendação, cabendo ao Estado acolher as recomendações e cooperar para a consecução do objetivo comum.

Nesse mesmo sentido, Peter Häberle (2007, p. 6) indica que o caminho percorrido pela comunidade internacional perpassa, necessariamente, pelo rompimento com o conceito tradicional de soberania e pelo estabelecimento de uma cooperação mútua entre Estados, dispostos a garantir direitos essenciais a todos os indivíduos, independentemente do local no globo em que se encontrem.

Em uma sociedade internacional globalizada, o indivíduo é posto como centro do ordenamento jurídico internacional e considerado um cidadão do mundo, detentor de direitos humanos que devem ser protegidos e respeitados, motivo pelo qual sua violação é uma questão de relevância em toda a comunidade internacional, de interesse não apenas de um Estado.

Para Cançado Trindade (1999, p. 32), torna-se necessária uma mudança na mentalidade, pois a proteção dos direitos da pessoa humana não se esgota na atuação do Estado:

No dia em que prevalecer uma clara compreensão do amplo alcance das obrigações internacionais de proteção, haverá uma mudança de mentalidade, que, por sua vez, fomentará novos avanços neste domínio de proteção. Enquanto perdurar a atual mentalidade, conceitualmente confusa e, portanto, defensiva e insegura, persistirão as deferências indevidas ao direito interno, cujas insuficiências e deficiências ironicamente requerem a operação dos mecanismos de proteção

vez que o presidente é a encarnação da nação, o principal fiador do interesse nacional, o qual, inclusive, cabe a ele definir sem a intervenção nem do Legislativo, nem do Judiciário, e, muito menos, de organizações internacionais de direitos humanos. Para mais detalhes consultar: O'DONNELL, G. Democracia delegativa?. Novos Estudos Cebrap, n. 31, 1991. Disponível em: <https://uenf.br/cch/lesce/files/2013/08/Texto-2.pdf>. Acesso em: 03 out. 2021.

internacional. A aplicação da normativa internacional tem o propósito de aperfeiçoar, e não de desafiar, a normativa interna, em benefício dos seres humanos protegidos.

Desse modo, a adoção de um novo conceito de soberania traduz a nova ordem internacional protagonizada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e pela cooperação entre Estados, não se podendo falar, assim, em utopia, mas em um caminho concretamente trilhado pelos Estados na tentativa de desenvolver efetivamente a garantia e a proteção de direitos a todos os indivíduos, e não apenas aos seus nacionais.

Como destacado por Acosta Alvarado (2016, p. 16), tanto a ideia de soberania estatal absoluta quanto a noção de hierarquia ou separação entre sistemas jurídicos são insuficientes para responder aos problemas jurídico-teóricos do cenário atual, isso porque o contexto que alimentava as teorias tradicionais mudou em decorrência do aumento da complexidade da sociedade e da globalização, proporcionando maior interação e interdependência entre as diversas ordens, que se entrelaçam no contexto jurídico global, trazendo, assim, a necessidade de construção de um novo modelo que permita coordenar os diversos níveis normativos e os vários cenários de interpretação.

A nova estrutura normativa estabeleceu novas formas de relacionamento entre Estados no cenário internacional, cuja racionalidade incorpora o reconhecimento recíproco entre ordens constitucionais e os regimes do direito internacional dos direitos humanos e rejeita a noção de hierarquia normativa. Nesse sentido, importante destacar que o surgimento de uma sociedade globalizada, pautada pela interdependência e cooperação entre diversos ordenamentos jurídicos, acabou por colocar em xeque as teorias clássicas antes utilizadas para a resolução de problemas jurídicos compartilhados por diferentes ordens jurídicas (CALIXTO; CARVALHO, 2017, p. 4).

Os desafios do mundo globalizado exigem que os Estados atuem de forma interdependente, não mais isolada, pois a regulação de situações jurídicas comuns deve sempre ser pautada pelo princípio *pro persona*, uma vez que a pessoa humana é sujeito de direito tanto do ordenamento jurídico interno quanto internacional. Esclarecem Calixto e Carvalho (2017, p. 5) que o Direito Internacional Clássico teve como maiores expoentes das teorias do monismo e do dualismo jurídico os autores Kelsen e Triepel, respectivamente.

A teoria do dualismo jurídico entende que o direito interno e o direito internacional constituem dois sistemas independentes e distintos, de modo que os compromissos internacionais assumidos pelo Estado não geram efeitos automáticos na ordem jurídica

interna, a menos que a norma internacional seja recepcionada pelo ordenamento nacional (CALIXTO; CARVALHO, 2017, p. 6). Percebe-se que a ideia de completa separação entre os dois sistemas pressupõe que não há sobreposição entre direito interno e internacional, pois se trata de sistemas diferentes e incomunicáveis, de modo que, para que uma norma internacional tenha eficácia e possa ser oponível a um indivíduo, esta deve tornar-se norma interna.

Por outro lado, o monismo jurídico³¹ baseia-se na concepção de que o direito internacional e o direito interno são dois ramos dentro de um mesmo sistema jurídico e que, em caso de conflito normativo, um deve sobressair sobre o outro (CALIXTO; CARVALHO, 2017, p. 6). Dessa forma, eventuais disputas, sob a perspectiva monista, acabam por implicar uma escolha ideológica a respeito da prevalência ou da ordem jurídica doméstica ou da ordem internacional, o que, em ambos os casos, representa uma lógica hierárquica obsoleta não mais condizente com o contexto global. Nesse sentido, Marcelo Neves (2012, p. 123) compreende a nova estrutura normativa internacional mediante a composição de sistemas jurídicos multicêntricos, em que diversas ordens jurídicas relacionam-se ortogonal e horizontalmente, em uma pluralidade de núcleos de auto-fundamentação, enfrentando os mesmos problemas constitucionais.

A obsolescência do monismo e do dualismo é discutida por Acosta Alvarado (2016, p. 25), que atribui a referidas teorias a alcunha de mortos-vivos³², segundo a autora, “la evolución del derecho internacional y de los ordenamientos nacionales, y en general, del escenario jurídico global, nos hace creer que, tanto monismo como dualismo son dos muertos vivientes, que deben pasar definitivamente a mejor vida³³”.

Em função da noção relativizada de soberania, esvazia-se a discussão entre monismo e dualismo, afinal, incidem, simultaneamente sobre os casos submetidos às jurisdições, normas nacionais, regionais e internacionais, de modo que, nessa perspectiva multinível,

³¹ O monismo jurídico segmenta-se em monismo estatal e monismo internacionalista, que discordam a respeito da hierarquia entre as normas jurídicas. Conforme Calixto e Carvalho (2017, p. 7), o monismo estatal entende que as normas internas devem prevalecer em caso de conflito, por outro lado, o monismo internacionalista defende que as normas do direito internacional devem, em caso de conflito com a ordem interna, ser reconhecidas como superiores.

³² A autora utilizou-se da ideia desenvolvida por Von Bogdandy de que o monismo e o dualismo são verdadeiros zumbis intelectuais, que provém de um outro tempo e devem descansar em paz, de modo que a concepção geral das relações entre normas internacionais e normas do direito interno deve ser assentada em outra base conceitual. Para mais detalhes: VON BOGDANDY; ARMIN FERRER MAC-GREGOR; Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. La Justicia Constitucional y su internalización. ¿Hacia un ius constitución de commune en América Latina?. México: IJ-UNAM. 2010.

³³ “O somatório das mudanças constitucionais, da evolução do direito internacional e dos ordenamentos nacionais e, em geral, o cenário jurídico global, demonstram que tanto o monismo quanto o dualismo são mortos vivos e devem passar definitivamente dessa pra melhor” (tradução livre).

eventuais descompassos são resolvidos mediante a aplicação do princípio *pro persona*. Segundo Häberle (2007, p. 10), os Estados Constitucionais e o Direito Internacional interagem em um processo de cooperação, de modo que ambos passam a ser sujeitos e objetos de uma mudança que orienta para contínuos diálogos, transformando-se em conjunto, e, por isso, o Direito Constitucional não começa onde cessa o Direito Internacional, nem o Direito Internacional termina onde começa o Direito Constitucional.

Por muito tempo, as teorias clássicas do monismo e do dualismo jurídico foram suficientes para enfrentar as incompatibilidades entre direito interno e direito internacional, contudo, a emergência de um novo espaço jurídico articulado em diferentes níveis tornou as discussões sobre monismo e dualismo obsoletas. Esse novo espaço é caracterizado pelo entrelaçamento das ordens jurídicas internacional e nacional, vigente mediante o diálogo de fontes e a complementaridade entre ordens, o que caracteriza, em contraponto com o monismo e com o dualismo, a noção de pluralismo jurídico.

A superação das modalidades sistêmicas ancoradas na hierarquia de normas jurídicas devem ser substituídas, pois, conforme Armin von Bogdandy (2008, p. 399), a teoria do pluralismo jurídico é a única capaz de enfrentar o atual relacionamento entre normas jurídicas nacionais e internacionais, que não pode ser simplesmente resolvido pela pirâmide kelseniana, mas por uma concepção de “acoplamento”³⁴, como defende o autor.

De fato, a dicotomia entre monismo (com a prevalência de uma norma jurídica, interna ou externa, sobre a outra) e dualismo (em que coexistem paralelamente às normas internacionais e nacionais) perece diante da nova configuração dos Estados em um mundo globalizado, em que o direito internacional agigantou-se para dialogar com as normas constitucionais, que deixaram sua clausura para se abrir à influência material das ordens normativas externas (OLSEN, 2019, p. 32).

³⁴ A ideia de “acoplamento” contrasta com a noção de pirâmide kelseniana, pois é assentada por uma relação integrada e não hierárquica entre as Constituições nacionais e a ordem internacional. O acoplamento entre regimes jurídicos, portanto, criaria um novo espaço de diversidade e fragmentação do Direito, sem pautar-se pela perspectiva hierárquica normativa. Para mais detalhes: BOGDANDY, Armin von. Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales. In: CAPALDO, Griselda; SIECKMANN, Jan; CLÁRICO, Laura. Internacionaización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional. Buenos Aires: EUDEBA, 2012, p. 21-40.

O pluralismo jurídico³⁵ transpondo essas características, parte da ideia de coexistência entre ordens jurídicas que podem, inclusive, gerar diferentes respostas para os problemas jurídicos comuns, sendo que a saída para a dúvida de qual norma aplicar deve ser guiada pelo princípio *pro persona* e pelo princípio da subsidiariedade.

Marcelos Neves (2003) contribui para a proposta de análise ao identificar quatro tendências do pluralismo jurídico

o pluralismo institucionalista em oposição ao monismo formalista, em debate havido na primeira metade do século passado entre as correntes germânica e italiana; o pluralismo antropológico em contraposição ao imperialismo metropolitano, em que se analisam relações de complementação o conflito diante do modelo etnocêntrico e colonizador; o pluralismo sociológico contra o legalismo estatal, em que se identifica pluralidade de fontes de produção do direito; e o pluralismo pós-moderno, embebida em uma cultura jurídica da incerteza sobre a resolução de conflitos, no sentido de uma pluralização da auto-produção do direito (NEVES, 2003, p. 265).

Destarte, referida classificação colabora no processo de distinção entre pluralismo jurídico como saída para a dicotomia entre monismo e dualismo, e o pluralismo jurídico que reconhece difusas unidades sociais como legítimas para a produção jurídica³⁶. De modo geral, a superação das teorias clássicas do monismo e dualismo ocorre mediante o reconhecimento da pluralidade de ordens jurídicas, isto é, internacional, supranacional, regional e nacional, mas também pela adoção do pluralismo, que representa, para além da pluralidade, uma intenção institucional de interação e diálogo entre essas ordens. Por outro lado, o outro pluralismo jurídico, que na classificação de Neves (2003) retrataria o pluralismo antropológico, visualiza novos sujeitos como fontes de direito legítimo, mediante o emprego da alteridade e da interculturalidade.

O reconhecimento do pluriverso normativo instrumentaliza lentes inovadoras de análise da realidade que estimulam a criação de diversas teorias e obras sobre o assunto, é o caso, por exemplo, do transconstitucionalismo teorizado por Marcelo Neves (2012). Em compatibilidade com a perspectiva do pluralismo jurídico e das ordens jurídicas

³⁵ Interessante a distinção entre pluralismo e pluralidade, conforme Voina-Motc, o pluralismo vai além da pluralidade de ordens jurídicas, pois envolve a interconexão entre elas, sem que haja a fixação de um método universal de imposição de soluções. Para mais detalhes: VOINA-MOTOC, Iulia. Conceptions of Pluralism and International Law. In: FABRI, Hélène Ruiz; JOUANNET, Emmanuelle; TOMKIEWICZ, Vincent. Select Proceedings of the European Society of International Law. v. 1, 2006. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2008, p. 401-430.

³⁶ A respeito dessa última concepção, os principais expoentes são Antônio Carlos Wolkmer e Boaventura de Sousa Santos. No pluralismo de Wolkmer abre-se espaço para a resignificação do direito e da justiça, por meio de inovações jurídicas e políticas que englobam povos subalternizados, bem como, para o estudo de outros ramos do conhecimento ignorados pelo Direito, uma vez que o Estado não é mais visto como centro gravitacional de produção de normatividade. Boaventura é notoriamente conhecido por seu estudo na comunidade do Jacarezinho, no Rio de Janeiro, onde se filiou a ideias pluralistas para entender a dinâmica de múltiplas fontes do direito que constatou em sua pesquisa empírica.

comunicantes, o transconstitucionalismo reflete a partir da especificidade de um problema jurídico-constitucional comum, o que demanda uma rede transversal construtiva de reconhecimento dos limites de observação de cada ordem envolvida, o que o autor chama de “pontes de transição”.

Além disso, o que chama a atenção no transconstitucionalismo é que sua base teórica não é aplicável apenas às instâncias estatais, o diálogo por ela incentivado abarca, também, problemas de direitos humanos que envolvem instituições jurídicas locais nativas³⁷, pois, segundo o autor, a ótica do transconstitucionalismo se compatibiliza com a “relação problemática entre as ordens jurídicas estatais e as ordens extraestatais de coletividades nativas, cujos pressupostos antropológico-culturais não são conciliáveis com o modelo de constitucionalismo estatal” (NEVES, 2012, p. 201).

Outra teoria compatível com a perspectiva de ordens jurídicas comunicantes é o constitucionalismo transfronteiriço, que apresenta, na perspectiva de Araújo (2017, p. 46), um “fenômeno de interação entre ordens jurídicas nacionais e internacionais em que as estruturas judiciais de um Estado transbordam de suas fronteiras para construir, em parceria com outras ordens, um constitucionalismo multilateral e difundido global ou regionalmente”.

De todo modo, depreende-se que a relativização do conceito de soberania e a superação das doutrinas do monismo e dualismo jurídicos atuaram como motores de propulsão para teorias que adotam novas lentes e perspectivas, todas engajadas com a consagração da pessoa humana e dispostas a cooperar para tanto, pois, diante dos obstáculos atuais de efetivação dos direitos humanos, apenas a articulação entre sistemas é capaz de promover o cumprimento dos objetivos comuns traçados.

Nessa perspectiva, a superação das modalidades sistêmicas ancoradas na hierarquia entre normas jurídicas domésticas e internacionais é acompanhada por mudanças nos dois âmbitos, seja porque o direito constitucional se internacionaliza, seja porque o direito internacional se constitucionaliza, fenômenos que demonstram a criação de espaços de confluência normativa em prol da proteção da pessoa humana.

³⁷ Em expressa referência às juridicidades alternativas produzidas pelos povos originários, Marcelo Neves propõe pensar os conflitos jurídicos que envolvem a temática indígena mediante a interação entre a ordem estatal e a ordem normativa indígena, que, apesar de não estar dentro do constitucionalismo formal, ainda sim produz juridicidades que regulam sociedades milenares a partir de suas próprias concepções de direitos e instituições de poder. Devido à referida possibilidade de análise, o transconstitucionalismo é de grande valia para o presente trabalho.

2.1.2 Os processos de constitucionalização do direito internacional e de internacionalização do direito constitucional

Em um contexto de relativização da soberania por parte dos Estados, aliado ao ganho de interdependência no contexto global e regional, destaca-se que o direito constitucional acaba se internacionalizando e o direito internacional se constitucionalizando. A reestruturação do sistema até então vigente a partir do reconhecimento da pluralidade de ordens jurídicas é a responsável por referidos fenômenos, pois, com a expansão quantitativa da plataforma do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cada vez mais normativas internacionais foram elaboradas com vistas a proteger a pessoa humana.

Diante das modificações nesse novo cenário, verifica-se a emergência de instrumentos e estruturas de caráter constitucional, bem como, a consagração de valores e princípios constitucionais no cenário jurídico internacional (ACOSTA ALVARADO, 2013, p. 179), isto é, o DIDH passou a tratar de assuntos habitualmente considerados de incumbência do âmbito interno dos Estados, levando à consolidação de uma comunidade internacional com políticas mais efetivas dirigidas à proteção dos indivíduos.

Segundo Calixto (2017, p. 17), a constitucionalização do direito internacional e a internacionalização do direito constitucional constituem dois processos complementares que influem na confluência entre o direito internacional, especialmente o Direito Internacional dos Direitos Humanos, e os ordenamentos jurídicos nacionais, também responsáveis pela proteção do indivíduo e pela tutela dos mesmos direitos assegurados em âmbito internacional.

Desse modo, percebe-se que a mais efetiva proteção dos direitos e garantias fundamentais demanda uma perspectiva de cooperação e diálogo entre ordens jurídicas, a partir tanto da abertura constitucional ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, quanto a partir da internacionalização de direitos que deixam de ser matéria exclusiva da jurisdição interna dos Estados. Conforme alude Ramos (2012, p. 501), de um lado, os Estados foram desafiados pelos problemas jurídicos transfronteiriços causados pela globalização e acabaram por acolher a expansão do Direito Internacional, de outro, a desconfiança entre os Estados despertou a necessidade de procedimentos internacionais que assegurassem a correta interpretação e implementação das normas produzidas por todos os Estados.

A constitucionalização do Direito Internacional sucedeu justamente porque a expansão quantitativa e qualitativa do DIDH transcorreu mediante sistemas que garantissem a

plena efetividade e interpretação imparcial da norma internacional, considerados mecanismos de resolução de controvérsias, estes sistemas demandaram do Direito Internacional a criação de institutos e exercício de competências anteriormente previstos apenas pelo Direito Constitucional (RAMOS, 2012, p. 502). Ainda conforme Ramos (2012, p. 502), “o Direito Internacional mimetiza institutos outrora reservados ao Direito Constitucional, como a criação de tribunais³⁸, proteção de direitos fundamentais, acesso direto de indivíduos e julgamento de indivíduos no campo penal (até com pena de caráter perpétuo)”.

Em complemento, como resultado do próprio desenvolvimento da globalização e dos fenômenos citados, as Constituições dos Estados passaram a inserir cláusulas de abertura do ordenamento jurídico interno ao Direito Internacional. Essa internacionalização do direito constitucional pode ser vista como a próxima fase do constitucionalismo, cuja principal característica é o multiverso de ordens jurídicas e o núcleo jurídico fundado na proteção dos direitos fundamentais, o que resulta na aderência normativa dos ordenamentos jurídicos domésticos aos ditames internacionais.

Esse aprimoramento de instrumentos internos que visam a proteção dos direitos do ser humano é uma consequência direta da internacionalização do direito constitucional, conforme Fachin, Ribas e Cavassin (2016, p. 284), os novos contornos do constitucionalismo dados pela globalização, pela relativização da soberania estatal e pela própria constitucionalização do Direito Internacional, converteram os sistemas jurídicos internos em sistemas abertos às normas convencionais de proteção de direitos humanos.

Esse fenômeno garante a proteção do indivíduo pois provoca a expansão da proteção local da ordem constitucional pátria, que agora possui obrigações e deveres perante a comunidade internacional. Nesse sentido,

A modificação substancial do modo como se encara um documento constitucional, pois, quando o Estado se compromete com a proteção de direitos perante a ordem jurídica internacional, seu ordenamento torna-se permeável, suas instituições assumem compromissos maiores e a autorreferência cede lugar a uma experiência

³⁸A criação exponencial de tribunais internacionais é um dos argumentos levantados por André Ramos (2012, p. 505) a fim de elucidar a dimensão supraestatal idealizada mediante a consagração de documentos jurídicos vinculantes, segundo o autor, nos últimos vinte anos, doze novos tribunais internacionais foram criados, como o Tribunal do Mar, a Corte do Espaço Econômico Europeu (EFTA Court), a Corte Centro-Americana de Justiça, a Corte da Comunidade de Estados Independentes, a Corte de Justiça do Mercado Comum do Sudeste e Leste Africano (Comesa Court), o Tribunal Penal Internacional, o Tribunal de Justiça da Comunidade Econômica da África Ocidental (Ecowas Court), o Tribunal de Justiça do Mercado Comum do Caribe (Caricom Court) e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Para mais detalhes: RAMOS, André de Carvalho. Direitos Humanos na Integração Econômica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

jurídica aberta ao diálogo entre jurisdições (FACHIN; RIBAS; CAVASSIN, 2016, p. 284).

Referida evolução do constitucionalismo na verdade contribui com a consagração de um Estado Democrático de Direito ao expandir o sistema jurídico interno em prol da dignidade humana e do princípio *pro persona*. O impacto das normas internacionais nas jurisdições internas também é fomentado pela estruturação de sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, como é o caso, no contexto latino-americano, da Convenção Americana de Direito Humanos (CADH), assinada em 1969 na Costa Rica, e que sistematizou um regime de proteção integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos³⁹ (Corte IDH).

Ainda a respeito da abertura constitucional ao DIDH, imperioso citar as oito Constituições latino-americanas que possuem uma abertura institucional expressa à ordem internacional e que posicionam os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos em uma hierarquia especial, é o caso da Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Equador, México, Peru e Venezuela. Segundo Torelly (2016, p. 209), os países que possuem uma arquitetura institucional que explicitamente reconhece parte do DIDH como direito de nível hierárquico constitucional são Argentina, Brasil e Venezuela.

A Constituição argentina, a partir da Reforma constitucional de 1994, em seu artigo 75, inciso 22, cita nominalmente quais os tratados de direitos humanos⁴⁰ devem receber o status de normatividade constitucional, e sua Suprema Corte de Justiça da Nação expande ainda mais o texto constitucional e garante abertura ainda maior à jurisdição internacional (TORELLY, 2016, p. 210), como depreende-se do famoso julgado Ekmekdjian contra

³⁹ A Corte IDH possui competência para julgar qualquer país signatário da Convenção ou que seja membro da Organização dos Estados Americanos (OEA), tendo como principal função a interpretação da CADH. Destaca-se a arquitetura regional do Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos (SIDH) pois está comprometida com a harmonização entre discurso dos direitos humanos e prática estatal, mediante instrumentos e instituições de monitoramento de aplicação da CADH.

⁴⁰ “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño: en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” ARGENTINA, Reforma Constitucional de 1994, artículo 75, disposición 22.

Sofovich⁴¹, em que se reconheceu o direito internacional dos direitos humanos como vinculante em sede nacional.

A Constituição da Venezuela, em seu artigo 23, prevê que os tratados de direitos humanos possuem hierarquia constitucional, podem prevalecer sobre a ordem interna, se suas normas forem mais favoráveis às estabelecidas na Constituição e nas leis, podendo ser aplicadas imediata e diretamente pelos tribunais e demais órgãos do Poder Público (VENEZUELA, 1999). Ocorre que o comando constitucional venezuelano é obstruído pelas condições políticas do país (TORELLY, 2016, p. 211), visto que a Venezuela acabou por denunciar a Convenção Americana de Direitos Humanos em 2012, retirando-se da OEA, afastando-se dos compromissos previstos pela CADH e desvincilhando-se da competência contenciosa da Corte IDH.

Por fim, o Brasil também pertence ao grupo de países que possuem cláusulas expressas de reconhecimento da abertura do ordenamento jurídico interno ao Direito Internacional, afinal, a Constituição Federal, logo em seu artigo 4º, inciso II, dispõe que a regência das relações internacionais do país será pautada, entre outros, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos. Nesse sentido, Piovesan (2013, p. 96) comenta que “o primado do respeito dos direitos humanos como paradigma propugnado para a ordem internacional invoca a abertura da ordem jurídica interna ao sistema internacional de direitos humanos”.

A previsão formal da prevalência dos direitos humanos posiciona a pessoa humana no centro do debate jurídico e interage diretamente com o DIDH, de modo que, conforme discute Torelly (2016, p. 214), sucedeu uma expectativa de constitucionalização do direito internacional dos direitos humanos, mas que foi frustrada pela atuação jurisdicional do Poder Judiciário brasileiro, uma vez que os tribunais interpretaram a norma no sentido de

⁴¹ Julgado pela Corte Suprema de Justicia de la Nación, o caso “Ekmekdjian, Miguel Angel C/ Sofovich, Gerardo y otros” diz respeito ao pleito de direito de retificação ou resposta, reconhecido pelo artigo 14.1 da CADH, mas que não tinha sido regulamentado pelo ordenamento jurídico Argentino. Apesar disso, a Corte entendeu que “el derecho de réplica, rectificación o respuesta contenido en el art. 14.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, como parte integrante de la ley 23.054 que la incorporó al ordenamiento jurídico vigente de nuestro país, constituye un derecho suficientemente definido como para merecer la tutela de este tribunal a quien la Constitución ha constituido en custodio final de ese ordenamiento (...) no cabe otra solución que reconocer y amparar el citado derecho, aun a falta de reglamentación legal sobre aspectos vinculados a su ejercicio, pues como ya lo decía Von Ihering ‘el verdadero valor del derecho descansa por completo en el conocimiento de sus funciones, es decir, en la posibilidad de su realización práctica... La función del derecho, en general, es la de realizarse: lo que no es realizable, nunca podrá ser derecho’” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho, SENTENCIA 7 de Julio de 1992).

determinar a inexistência de disposição expressa que elevasse tal classe de direitos do status de mero direito ordinário⁴². Daí adveio a proposta da Reforma Constitucional nº 45 de 2004, que garantiu o nível constitucional de hierarquia para os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos, na forma do artigo 5º, § 3º.

Ocorre que referida reforma constitucional deixou de especificar qual seria o tratamento adequado para o conjunto de tratados e convenções ratificados pelo Brasil, o que levou o STF a construir, a partir do voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP, a tese da supralegalidade dos tratados que versam sobre direitos humanos celebrados antes da EC n. 45, ou seja, sem a aprovação na forma do quorum de três quintos.

Importante pontuar, apenas, que os dois instrumentos normativos internacionais mais relevantes para a presente pesquisa, quais sejam, a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, são ambas anteriores à reforma, de modo que, a partir da interpretação do STF, tanto o corpo normativo quanto as instâncias decisórias a elas estão subordinados. Contudo, alerta Torelly (2016, p, 215) para o fato de que a tese da supralegalidade implica em um duplo juízo que pode ser aparelhado pela Suprema Corte quando alegado o conflito com a Constituição, como, por exemplo, o que ocorreu no julgamento da ADPF nº 153, que questionava a constitucionalidade da Lei de Anistia para crimes cometidos no período da ditadura militar.

A esse respeito, que não pode passar despercebido pelo estudo em curso, mas cujo escopo não permite maiores aprofundamentos, salienta-se que a postura do STF frente ao julgamento da ADPF nº 153/2008 demonstra uma postura de negligência para com a CADH, bem como, a adoção de mecanismos de interpretação que refutam sua aplicabilidade. Após responsabilização do Estado Brasileiro no caso “Guerrilha do Araguaia”, firmou-se divergência entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte IDH acerca da validade da Lei da Anistia, pois a Corte entendeu que as disposições da lei contrariam os artigos 8 (direito a garantias judiciais) e 25 (direito à proteção judicial) da CADH, em associação com os

⁴² O episódio citado pelo autor diz respeito ao do Recurso Extraordinário nº 80.004, em que o STF entendeu que os tratados e convenções internacionais têm status de lei ordinária, em uma clara posição de monismo moderado, uma vez que, pelo entendimento do STF na época, conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos acabaria por permitir que a Constituição brasileira, que é uma Constituição rígida, pudesse ser modificada por decretos-legislativos.

dispositivos 1.1 (dever de respeitar os direitos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno).

O STF, por outro lado, contrariando a jurisprudência firmada pela Corte IDH e os parâmetros do próprio Direito Comparado, adotou um verdadeiro movimento de resistência ao DIDH ao entender que a realidade histórico-social com que a Lei de Anistia foi elaborada, e o fato do legislador estender a conexão aos crimes praticados pelos agentes do Estado contra os que lutavam contra o Estado de exceção, são justificativas suficientes para configurar um caráter bilateral da anistia, sendo ela ampla e geral, o que tornaria inconsistente os argumentos levantados a respeito dos precedentes da Corte IDH. Após vaga explicação⁴³, referido julgamento contribui para a presente pesquisa no sentido de auxiliar na análise do comportamento do STF, totalmente antagônico à prática jurídica adotada pelos países integrantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pois de nada adianta uma determinação textual de abertura normativa do sistema jurídico ao DIDH se os atores institucionais relevantes não seguem uma racionalidade que incorpore a possibilidade de fundamentação transversal entre ordens jurídicas.

Por fim, tanto a discussão a respeito das principais cláusulas de abertura nas Constituições latino-americanas, quanto os comentários a referido julgamento, têm em comum o exercício do controle de convencionalidade, diretamente relacionado aos processos de constitucionalização do direito internacional e de internacionalização do direito constitucional. O controle de convencionalidade é uma doutrina nascida no seio da jurisprudência da Corte IDH, que, conforme Gussoli (2020, p. 2), paulatinamente está sendo construída no exercício diário de aplicação dos tratados de direitos humanos pelo Judiciário, mas também pela Administração Pública dos Estados integrantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

O controle de convencionalidade é responsável por promover diálogos interjudiciais entre autoridades judiciárias, sejam elas nacionais ou regionais, que verificam a compatibilidade entre as normas internas e as normas convencionais, bem como sua compatibilidade com a interpretação dada pela Corte IDH a tais normas (CALIXTO, 2017, p. 197). Mas também, há fundamentos para o exercício do controle de convencionalidade também no exercício da função administrativa do Estado, sendo possível que a própria

⁴³ Para mais detalhes conferir TORELLY, Marcelo. Governança transversal dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

Administração Pública, de ofício e no exercício de sua função típica, realize o papel do controle de compatibilidade da função administrativa com as normas de tratados internacionais, atuação majoritariamente atrelada ao Poder Judiciário (GUSSOLI, 2020, p. 7).

Referida perspectiva é endossada pelo fato de que, no Brasil, a Convenção Americana de Direitos Humanos foi incorporada no ordenamento jurídico pelo Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992, bem como, foi reconhecida a competência da Corte IDH para interpretação e aplicação da Convenção Americana, além do que, no art. 1º do Decreto Executivo n. 4.463/2002, reconheceu-se expressamente pela via normativa a competência interpretativa e contenciosa da Corte. Nesse sentido,

O controle de convencionalidade é factível desde que se compreenda as normas de tratados internacionais de direitos humanos em nível hierárquico no mínimo supralegal, posição consolidada pelo Supremo Tribunal Federal na Súmula Vinculante n. 25, proibitiva da prisão civil por dívidas, desde o julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343-SP. Assim, mesmo que se adote a tese majoritária do Supremo Tribunal Federal de hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos para os que não passaram pelo processo complexo de incorporação do art. 5º, § 3º da Constituição, existe uma verdadeira revolução das fontes jurídicas que exige dupla compatibilidade vertical material de normas. Isto é, "toda produção legislativa ordinária deve ser compatível (materialmente) com a Constituição bem como com o Direito Internacional dos Direitos Humanos" (GUSSOLI, 2020, p. 5).

Assim, dá-se a formação do chamado bloco de constitucionalidade convencionalizado, formado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e pela jurisprudência da Corte IDH, uma vez que a CADH, os tratados complementares de proteção dos direitos humanos e a jurisprudência da Corte IDH formam o piso de proteção dos direitos humanos no SIDH, piso este que constitui o “bloco de convencionalidade” do sistema, ou seja, o “paradigma de controle de validade de atos em sentido lato (sentenças, leis, atos administrativos, Constituições) expedidos pelos Estados nacionais submetidos ao sistema americano de direitos humanos” (CONCI, 2015, p. 76).

Portanto, é relevante para a análise das futuras hipóteses o entendimento de que o ordenamento jurídico pátrio é integrado à ordem internacional de proteção dos direitos humanos, de modo que referida integração propicia a sustentação do Estado Democrático de Direito nos moldes humanistas. Por esse motivo, a negligência dos atores institucionais em relação às decisões da Corte IDH e a resistência à aplicação do controle de convencionalidade para além dos órgãos jurisdicionais acabam por oportunizar violações de direitos humanos, principalmente de grupos vulneráveis e marginalizados socialmente, como é o caso dos povos indígenas.

2.1.3 A historicidade dos Direitos Humanos e o ingresso dos direitos dos povos indígenas na agenda internacional

As discussões acerca dos direitos dos povos indígenas em âmbito global associam-se à própria história e afirmação do Direito Internacional, bem como, a proteção internacional dessa minoria étnica relaciona-se diretamente com o caráter da historicidade dos direitos humanos. Importante pontuar, primeiramente, que os precedentes do Direito Internacional datam do contexto de colonização e os conflitos gerados pelo contato da racionalidade europeia com outros povos.

Os povos indígenas figuraram como objeto de discussão nos embates travados pelos colonizadores ao fundamentarem, a partir de argumentos religiosos, a ocupação de terras em outros continentes e a colonização dos habitantes originários que não compartilhavam da cultura europeia. Nesse sentido, cita-se o Tratado de Tordesilhas, firmado entre Portugal e Castela, que discutia a relação entre Estados europeus a respeito do que chamavam de “partilha do novo mundo”.

O debate inicial acerca da condição indígena e seus direitos foi conduzido pelos autores Las Casas, Francisco de Vitória e Sepúlveda, os quais fomentaram o surgimento do direito internacional a partir do célebre “Debate de Valladolid”, em que Sepúlveda pugnava pela declaração de inferioridade dos povos originários das Américas, o que justificaria sua escravidão, e Las Casas argumentava que os indígenas eram humanos e que por isso possuíam a faculdade da razão, tinham suas próprias leis e governo que deveriam ser respeitados pela coroa espanhola (OLIVEIRA, 2009, p. 261). Ainda segundo Oliveira (2009, p. 261), “embora o Debate de Valladolid não tenha atingido consenso, sobre essa discussão manifestou-se Francisco de Vitória emitindo parecer favorável a Las Casas, que acabou por influenciar profundamente as decisões da Coroa Espanhola”.

Ao questionar a moralidade que justificava o mau trato aos indígenas e a legitimidade de sua escravização por parte das autoridades coloniais, Francisco de Vitória deu o pontapé inicial acerca dos “direitos das gentes”⁴⁴, contudo, questionam Colaço e Damázio (2012, p.

⁴⁴ A comunidade internacional, para Vitória (2006), resulta da sociedade natural do homem; esta não se detém nos limites de seu povo, mas se estende à universalidade do gênero humano. Sua origem não é contratual, mas é o “direito das gentes” (*ius gentium*). Trata-se de delimitar um espaço onde não reine a força bruta, mas sim certas regras que se adaptem às modalidades de uma política “mundial” que começa a se estabelecer.

26), que a postura contrária ao regime de escravidão outorgados aos povos indígenas, por parte tanto de Vitória quanto de Las Casas, que entendia os povos originários das Américas como pertencentes à humanidade, e também como possuidores de direitos, nada mais é do que uma concessão do colonizador, que se entende apto a conferir ou retirar o elemento da humanidade de determinado indivíduo ou povo. De modo geral, pode-se afirmar que a manifestação de Francisco de Vitória fez nascer a preocupação para com direitos inerentes à pessoa humana em âmbito de relacionamento entre Estados, motivo pelo qual é considerado o principal influenciador da origem do direito internacional público.

Para compreender o contexto atual de proteção dos direitos humanos dos povos indígenas⁴⁵, é necessário pontuar que o conceito dominante de direitos humanos foi concebido a partir do Ocidente como algo que deveria se impor ao resto do mundo, baseado no conhecimento produzido pelos “sujeitos universais”, isto é, pela noção de direitos concebida pelo homem europeu. Consoante Colaço e Damázio (2012, p. 90), em nome da universalidade da humanidade foram elaborados os “direitos das gentes” no século XVI, os “direitos do homem e do cidadão” no século XVIII e os “direitos humanos” no século XX. Segundo as autoras

Os “direitos das gentes” do século XVI foram tratados por Vitória, Las Casas e Sepúlveda. Como vimos anteriormente, este debate se deu no interior da teopolítica do conhecimento e seu problema era a questão dos índios. Não se considerava, no entanto, o ponto de vista destes. Os cristãos espanhóis falavam a partir de um lugar pretensamente universal e a partir daí definiram “humanidade” e “direitos”. Os “direitos do homem e do cidadão” do século XVIII surgiram a partir do Iluminismo, dando continuidade ao conceito de humanidade estabelecido no século XVI. As mulheres e os povos não ocidentais foram deixados de lado por este conceito de direitos humanos. Séculos depois surgiram os “direitos humanos”, como um novo discurso, agora sob a hegemonia estadunidense. Estes seguiram e combinaram elementos dos direitos anteriores em um novo projeto marcado pela historicidade (COLAÇO; DAMÁZIO, 2012, p. 100).

A historicidade é um elemento marcante na evolução dos direitos humanos, sendo, inclusive, fundamento para a ampliação dos direitos humanos e para a proteção de minorias, uma vez que determina-lhes um caráter expansivo, para a criação de novos direitos que incluam as novas carências e interesses da sociedade, e comunicativo, para preservar a dinâmica interna dos direitos preexistentes. Esse processo, segundo Silveira e Rocasolano (2010, 231), denomina-se dinamogênese dos direitos humanos, que permite uma crescente

⁴⁵ Adota-se a expressão “direitos humanos dos povos indígenas” com fundamento na obra de Fernando Antonio de Carvalho Dantas, que defende uma perspectiva intercultural e descolonizada dos direitos humanos, tendo em vista que cada etnia e cada cultura indígena possuirá diferentes noções de direitos básicos decorrentes do elemento humanidade. Para mais detalhes: DANTAS, Fernando A. C. Descolonialidade e direitos humanos dos povos indígenas. Revista de Educação Pública (UFMT), v. 23, p. 343, 2014.

concretização da dignidade da pessoa humana, ao mesmo tempo em que atende às necessidades de cada novo momento histórico, de modo que os direitos das dimensões/gerações anteriores permanecem válidos nas seguintes, embora com nova roupagem compatível com o paradigma que se alterou.

A reconstrução dos direitos humanos do século XX também foi significativa no que tange aos direitos dos povos indígenas, isso porque o paradigma vigente até então era o da soberania absoluta dos Estados e do modelo do Estado-nação⁴⁶, de modo que o fortalecimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como a pressão exercida pela mobilização indígena, proporcionou a permeabilidade das demandas dos povos indígenas para o sistema internacional de proteção.

Destaca-se a crítica de Mignolo (2010) ao conceito de direitos humanos assentado em âmbito global, isso porque, de acordo com o autor, o marco teórico da perspectiva de direitos humanos contemporâneo se dá a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, acontece que essa normativa internacional cria uma alegoria de “humano” que é universal, enquanto que as reivindicações dos povos indígenas se fundamentam justamente nas diferenças em relação aos direitos “universais” dos não-indígenas.

Para elucidar o argumento do autor,

Existem, assim, duas classes de seres humanos – aqueles que se enquadram plenamente no estereótipo de ser-humano e, por isso, estão autorizados a proteger os seus interesses sob o signo de “direitos humanos universais”; e aqueles que precisam reivindicar os seus direitos a partir de lugares de fala específicos e cujos direitos estão sob ataque retórico desde o período colonial, o que vem resultando em um panorama sistemático de agressões (MIGNOLO, 2010).

Não obstante, a agenda internacional que regula a normatividade atinente aos direitos humanos, na tentativa de fortalecer a proteção de minorias e de impedir processos de vulnerabilização de indivíduos e grupos humanos, tem como principais marcos de defesa dos povos indígenas a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), aprovada em 1989, e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007.

O processo de reconhecimento das demandas dos povos indígenas, seja pelo direito à livre determinação dos povos, pelo direito à consulta prévia ou pela incorporação do conceito

⁴⁶ O modelo de Estado-nação tem como principal característica a monoculturalidade e o monismo jurídico, ou seja, é reconhecida apenas a existência de um único sistema jurídico dentro do território estatal e a aplicação de apenas um Direito, aquele positivado no ordenamento jurídico escrito e formulado dentro do centro gravitacional do Estado.

de território ancestral, demonstra uma reestruturação das demandas por reconhecimento, conforme Piovesan (2012, p. 122)

Se, tradicionalmente, a agenda de direitos humanos centrou-se na tutela de direitos civis e políticos, sob o forte impacto da “voz do Norte”, testemunha-se, atualmente, a ampliação desta agenda tradicional, que passa a incorporar novos direitos, com ênfase nos direitos econômicos, sociais e culturais, no direito ao desenvolvimento, no direito à inclusão social e na pobreza como violação de direitos. Este processo permite ecoar a “voz própria do Sul”, capaz de revelar as preocupações, demandas e prioridades desta.

Identifica-se, assim, a necessidade de se fazer respeitar e de promover os direitos intrínsecos dos povos indígenas, que derivam de suas estruturas políticas, econômicas e sociais e de suas culturas, de suas tradições espirituais, de sua história e de sua concepção da vida, especialmente os direitos às suas terras, territórios e recursos (WALSH, 2009, p. 171). A tentativa de materialização desta demanda pode ser percebida na elaboração de normativas internacionais de proteção específica para os povos indígenas, tanto no sistema global quanto no sistema regional, na constitucionalização desses parâmetros protetivos nos ordenamentos jurídicos internos, destacando-se a reforma constitucional equatoriana e boliviana, bem como, na atuação da Corte IDH e nos diálogos judiciais do sistema interamericano, no sentido de formar padrões jurídicos regionais de proteção.

O ingresso dos direitos dos povos indígenas na agenda internacional foi construído ao lado de reformas constitucionais em ordenamentos internos dos Estados que passaram a reconhecer a multiétnicidade das sociedades latino-americanas e, em alguns países, até mesmo a plurinacionalidade delas. Por conta dos processos anteriormente citados, quais sejam, da relativização do conceito de soberania e dos fenômenos da constitucionalização do direito internacional e da internacionalização do direito constitucional, a proteção dos direitos dos povos indígenas não é mais de interesse unicamente estatal, mas também de sistemas globais e regionais de proteção dos direitos humanos, que, inclusive, possuem mecanismos e instituições de monitoramento para a apreciação da atenção dada às reivindicações dos povos indígenas.

Contudo, como se verá a frente, o pleno gozo dos direitos internacionalmente reconhecidos aos indígenas é afastado pela atuação de grupos capazes de exercer poder político sobre as instituições estatais que, em última análise, podem dar a interpretação que convém à norma constitucional ou internacional, sem importar-se com a perspectiva das comunidades indígenas e suas concepções de dignidade humana ou de significado de direitos humanos.

Portanto, reflete-se a respeito da constituição do Direito como um espaço no qual os anseios reivindicatórios dos povos indígenas chocam-se com arquiteturas institucionais e atitudes interpretativas que operam de modo antagônico, sendo necessária a busca por uma dimensão jurídica propositiva capaz de promover o rearranjo de percepções, tendo em vista que o modo de ser e viver indígena é inteligível frente à dogmática jurídica e matriz teórica oriundas do mundo ocidental.

2.2 PLURALIDADE DE ORDENS JURÍDICAS E PROTEÇÃO MULTINÍVEL DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

A existência da pluralidade de ordens jurídicas não é novidade⁴⁷, a questão que se coloca é que a proteção de projetos de vida coletivos e determinados culturalmente, como é o caso das comunidades indígenas, demanda o entrelaçamento produtivo entre as diversas normas protetivas dos direitos dos povos indígenas que foram produzidas em diferentes ordens jurídicas.

Entender a arquitetura normativa de proteção dos direitos dos povos indígenas a partir de uma configuração em rede inspira modelos de cooperação para a mediação de soluções para problemas que envolvam a violação desses direitos, uma vez que o futuro da proteção dos direitos humanos depende da interação entre distintas ordens jurídicas. A efetiva proteção dos povos indígenas, principalmente no contexto latino-americano⁴⁸, ultrapassa a competência nacional de ampliação do rol de direitos positivados destinados aos povos indígenas, demandando-se a formação de um sistema multinível de proteção, caracterizado pela existência de distintos ordenamentos tutelando os mesmos direitos, afinal, a institucionalidade assentada nos Estados latino-americanos fundou-se no exercício da colonialidade⁴⁹, que até hoje repercute na prática estatal e na tomada de decisões institucionais.

⁴⁷ Seja pelo pensamento de Jean Bodin, em sua obra *De la Republique*, seja com a elaboração dos tratados de paz de Westfália, onde foram reconhecidas a soberania de cada um dos Estados e suas ordens jurídicas.

⁴⁸ Os Estados latino-americanos têm um histórico comum de desrespeito aos direitos humanos, seja compartilhando processos de colonização e genocídio indígena, seja comungando com ditaduras militares violentas marcadas por torturas e desaparecimento forçado. Além do contexto histórico, esses Estados ainda possuem profunda desigualdade social, com estruturas institucionais avessas à pluralidade e comandadas por líderes que, por vezes, adotam medidas de concentração de poder e flexibilização de direitos.

⁴⁹ Conceito melhor abordado no item 1.2.1., onde é apresentada a teoria de Aníbal Quijano (2005) que expõe a colonialidade como um fenômeno decorrente da imposição de parâmetros de conhecimento, da subjugação dos povos originários e do mimetismo ao modo de vida europeu e à racionalidade moderna.

Como se verá, existe a positivação, tanto em âmbito internacional quanto em nível constitucional, de direitos resguardados aos povos indígenas, mesmo assim, seus territórios continuam a ser invadidos e entraves jurídicos e políticos são fabricados a fim de prejudicar os exercícios de práticas culturais associadas ao uso e ao gozo de seu território ancestral, como é o caso da prática da mobilidade transfronteiriça Guarani e Kaiowá. Discute-se, então, que para alcançar a consagração dos direitos reconhecidos em tratados internacionais e em normas constitucionais é preciso a visualização da arquitetura protetiva em forma de rede e aberta ao diálogo entre ordens jurídicas, mas também com a própria ordem normativa indígena, visto que os direitos positivados nada mais são do que a tradução de modos de ser e viver milenares que não se moldam à perspectiva dogmática ocidental.

Segundo Calixto (2017, p. 77), nesse cenário, fala-se no surgimento de um “constitucionalismo multinível” (Pernice, Neil Walker), de um processo de “interconstitucionalidade” (Canotilho), de “transconstitucionalismo” (Marcelo Neves), de “cross-constitucionalismo” (André Ramos Tavares), de “constitucionalismo transnacional” (Manoel Aragon Reyes), ou de “Estado constitucional cooperativo” (Peter Häberle), expressões estas que, a despeito de não serem idênticas, referem-se essencialmente a um mesmo fenômeno, qual seja, a formação de uma pluralidade de ordens jurídicas internacionais, supranacionais, regionais e locais que interagem e influenciam-se reciprocamente na busca de um objetivo comum.

Essas tendências do constitucionalismo contemporâneo são decorrentes da relativização do conceito de soberania e dos processos de constitucionalização do direito internacional e de internacionalização do direito constitucional, pois os marcadores do contexto global levaram à consciência de que a ordem constitucional não se basta e não pode permanecer isolada em si. Por meio de tal aproximação e reconhecimento de múltiplos regimes normativos, há novas preocupações para os direitos humanos, como a estruturação de mecanismos de interação, motivo pelo qual diferentes teorias foram formuladas com o intuito de cooperar na busca por soluções transversais.

O transconstitucionalismo destaca-se justamente por propor que as ordens jurídicas em interação são incapazes de oferecer, de modo isolado, respostas adequadas para os problemas jurídico-constitucionais, afinal, todo ponto de vista tem limitações e apenas uma análise sob ângulos diferenciados oferece um panorama mais completo e coerente da problemática (NEVES, 2012). Outro exemplo é o constitucionalismo multinível, marcado pela força expansiva da dignidade humana e que reivindica a proteção dos direitos humanos a partir de uma lógica plural de diálogos entre diferentes planos protetivos (FACHIN, 2020, p.

66), como é o caso da promoção de diálogos interjudiciais entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e os países que compõem o sistema.

O expoente do constitucionalismo multinível, Pernice (2012, p. 15), teve como eixo de concentração a estrutura constitucional da União Europeia, com particular enfoque para a relação entre direito constitucional nacional e direito europeu, mas referida teoria também foi justaposta na realidade latino-americana por Fachin (2020, p. 17) que destaca o sistema regional de proteção dos direitos humanos como responsável pela tutela de situações similares por vezes de forma diferente, mediante a comunicação inexorável entre quadros jurídicos próprios (locais, nacionais, regionais, internacionais), estruturas (normas jurídicas) e processos (procedimentos jurídicos).

Percebe-se que a preocupação com os direitos humanos dos povos indígenas é uma característica peculiar do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), seja pelo desenho da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), pela jurisprudência constitucional latino-americana ou pela ocorrência de reformas constitucionais em países como Bolívia e Equador (AGUILAR CAVALLO, 2010, p. 12). Tal fato, junto à arena normativa do direito internacional dos direitos humanos, demonstra que

Nos sistemas regionais, como é o caso do interamericano e do europeu, a estrutura multinível abarca um corpo jurídico imbricado, em que normas regionais, internacionais e constitucionais tutelam direitos humanos em uma linguagem de similitude e complementação. A interação entre os diversos níveis jurisdicionais reclama uma organização de competências capaz de promover a harmonização do pluralismo jurídico em torno da construção dialogada de *standards* comuns em direitos humanos (OLSEN, 2020, P. 119).

Para tanto, importante, em um primeiro momento, apresentar as normativas internacionais destinadas à proteção dos povos indígenas, como a Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de forma a destacar os dispositivos convencionais que fazem referência expressa à proteção do direito à livre mobilidade entre fronteiras dos povos indígenas, bem como, a responsabilidade do Estado signatário de adotar medidas apropriadas para facilitar contato e cooperação entre povos indígenas e tribais através das fronteiras.

Em complemento, identifica-se o âmbito protetivo dos direitos dos povos indígenas no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, apesar da falta de previsão normativa na Convenção Americana de proteção aos povos indígenas, a Corte IDH tem atuado no sentido de estabelecer padrões mínimos de proteção à identidade cultural dos povos originários, motivo pelo qual se argumenta a favor de maior interação entre a Corte

IDH e as cortes constitucionais dos países integrantes do sistema. Dentre a jurisprudência da Corte IDH destaca-se o caso *Yakye Axa vs. Paraguai*, devido à racionalidade transversal por ela empregada, que acaba por contribuir para a formação de padrões jurídicos regionais sobre a proteção dos direitos dos povos indígenas.

Por fim, defende-se a formação de um *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL), pautado pela concepção intercultural de direitos humanos e a plena consagração do vetor da dignidade humana, concebido por diversos povos em maneiras e dimensões diferenciadas e destinado a viabilizar uma interação entre diferentes normas jurídicas capazes de construir e respeitar padrões comuns em direitos humanos.

2.2.1 Direitos dos povos indígenas no Direito Internacional dos Direitos Humanos

A afirmação internacional dos direitos dos povos indígenas conquistou relevante papel no Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois garante que os Estados sejam obrigados a promover e proteger direitos de grupos historicamente marginalizados, os quais, por vezes, tiveram sua dignidade violada e autodeterminação negada.

Imperioso, em um primeiro momento, delinear o conceito de povos indígenas para que se compreenda os vários grupos étnicos que habitam um determinado território desde tempos imemoriais, preexistentes às invasões e colonizações, e que continuaram a se desenvolver a partir de sua tradicionalidade (KAYSER, 2010, p. 27).

Conforme definição apresentada pelo Relator Especial das Nações Unidas (COBO, 1987), os quatro elementos que caracterizam os povos indígenas no Direito Internacional são a anterioridade histórica, a existência de uma cultura distinta da sociedade abrangente, a posição não dominante desta cultura e a auto-identificação de seus membros. Os três primeiros elementos possuem caráter objetivo, enquanto que o último é um elemento subjetivo relativo ao sentimento de pertença do indivíduo a um grupo que deve, por sua vez, também o reconhecer (MAIA; PRADO, 2012, p. 4).

Dessa forma, os povos indígenas compõem uma esfera de caracteres e tradições tão particulares que, conforme defende Débora Duprat (2008, p. 4), “de um lado, se reconhece o indivíduo como portador de identidades complexas e multifacetadas e, de outro, garante-se o espaço comum em que são manifestadas todas as suas particularidades definitorias”.

Frisa-se que a proteção especial conferida pelo direito internacional contemporâneo aos povos indígenas provém diretamente dos avanços alcançados pela proteção dos direitos humanos, bem como, em decorrência da universalidade e da indivisibilidade desses direitos. Nesse sentido, em relação à universalidade, Silveira e Rocasolano (2010, p. 240) sustentam que a doutrina dos direitos humanos se expande pelo mundo no intento de englobar todos os indivíduos, repercutindo um valor permanente, perceptível e válido para todos. Na mesma linha, André de Carvalho Ramos (2019, p. 212) argumenta que a universalidade dos direitos humanos é entendida a partir do viés da titularidade e dos planos temporal e cultural dos direitos, tendo em vista que os direitos humanos são universais porque seus titulares são seres humanos, sem distinção de qualquer ordem, em qualquer época da história e permeando todas as culturas em qualquer parte do globo.

Importante pontuar que a análise do caráter da universalidade deve ser balizada pela Teoria Crítica dos Direitos Humanos, conforme ressignificação proposta por Herrera Flores (2009, p. 113), “o que torna os direitos humanos universais não é a pretensa imposição de direitos ocidentais, mas sim sua luta, nada é mais universal que garantir a todos a possibilidade de lutar, plural e diferenciadamente, pela dignidade humana”.

No tocante à indivisibilidade dos direitos humanos, a proteção dos direitos dos povos indígenas decorre do reconhecimento de que todos os direitos humanos devem ter a mesma proteção jurídica, visto que são essenciais à vida digna. Assim, a evolução dos direitos humanos, de forma a abarcar a proteção especial conferida aos povos indígenas, relaciona-se com o caráter histórico e expansivo desses direitos, o que permite uma crescente concretização da dignidade da pessoa humana (ROCASOLANO; SILVEIRA, 2010, p. 231).

Os direitos dos povos indígenas, por seu turno, têm seu conteúdo solidificado através de instrumentos normativos como a Convenção nº 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Inclusive, por se tratar de um tratado que versa sobre direitos humanos que não foi aprovado no Congresso Nacional de acordo com o rito especial previsto no artigo 5º, §3º, da Constituição Federal, a Convenção nº 169 possui força supralegal na hierarquia normativa interna brasileira.

Na verdade, o primeiro instrumento jurídico internacional com força vinculante a tratar, de maneira específica, dos direitos dos povos indígenas foi o Convênio nº 107 da OIT sobre Populações Indígenas e Tribais em Países Independentes, de 1957, ratificado pelo

Brasil em 1965. Ocorre que referido marco internacional promovia uma perspectiva integracionista, pois previa a integração de grupos populacionais nativos, considerados em estágio de desenvolvimento inferior à civilização não indígena.

A Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada pelo OIT em 1989, ratificada pelo Brasil em 2002 e incorporada ao ordenamento jurídico interno mediante o Decreto nº 5.051, de 2004, por outro lado, preza pela livre determinação e pela autonomia das comunidades indígenas, com foco especial na igualdade e no combate à discriminação. Composta por 44 artigos, a Convenção nº 169 prevê os direitos de propriedade e de posse sobre as terras tradicionalmente ocupadas, o direito de consulta prévia, o direito ao trabalho e medidas de cunho igualitário e protetivo nas relações de trabalho, o direito à segurança social e saúde, o direito à igualdade com autonomia, entre outros. Dessa forma, sua acepção é o fortalecimento das identidades, línguas e costumes dos povos indígenas, mediante a possibilidade destes assumirem o controle de suas próprias instituições, com respeito aos seus modos de desenvolvimento físico, cultural e econômico (ONU, 1989).

No tocante ao reconhecimento do direito à livre mobilidade entre fronteiras, a Convenção nº 169 dispõe, em seu artigo 32, que é obrigação dos governos a facilitação da cooperação entre povos indígenas e tribais através das fronteiras, de modo que, uma vez signatário da referida normativa, todos os órgãos estatais estão vinculados ao compromisso de não obstar a expressão cultural do deslocamento transfronteiriço, que também está relacionada ao exercício de seus direitos perante o território tradicionalmente ocupado (ONU, 1989).

Por fim, o advento da Convenção, em 1989, evidenciou a evolução na defesa dos direitos dos povos indígenas, uma vez superado o integracionismo da Convenção nº 107, pois garantiu aos povos indígenas a possibilidade de conservar sua cultura e seus costumes, de criar instituições próprias, de participar efetivamente nas decisões sobre a exploração de recursos naturais contidos em suas terras, perseguindo, assim, seu próprio desenvolvimento físico e econômico. Assim, devido à vulnerabilidade histórica desses povos, a Convenção nº 169 estabelece exigências aos Estados signatários no tocante às medidas especiais necessárias para salvaguardar aos costumes, instituições, culturas e meio ambiente dos povos indígenas, perspectiva fundada na universalidade dos direitos humanos, tendo em vista que garante o pleno gozo dos direitos e liberdades fundamentais sem obstáculos nem discriminação.

Outro instrumento internacional relevante é a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 2007. Apesar de compor a chamada *soft law* primária do Direito Internacional, de forma a não vincular os Estados, a Declaração pode servir de base para um futuro costume internacional de proteção dos direitos indígenas, bem como, auxiliar a interpretação das normas internacionais vinculantes eventualmente aplicáveis à matéria, como é o caso da Convenção Americana de Direitos Humanos aplicada pela Corte Interamericana (RAMOS, 2020, p. 310).

A Declaração possui 46 artigos que incorporam, entre outros, o direito ao pleno exercício dos direitos humanos sem discriminação, o direito à autodeterminação, o direito ao território, o direito ao consentimento livre, prévio e informado, o direito à educação e saúde de acordo com suas práticas, o direito ao desenvolvimento, o direito à cultura, o direito à propriedade imaterial sobre o conhecimento tradicional e o direito à manutenção dos contatos transfronteiriços. Percebe-se, portanto, que a Declaração representa uma verdadeira plataforma emancipatória dos povos indígenas e comunidades tradicionais, ao assegurar, sob o enfoque dos direitos humanos internacionais, ampla gama de direitos civis, econômicos, sociais, políticos e culturais desses povos e comunidades.

No mesmo sentido da Convenção nº 169, a Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas assegura, em seu artigo 36, o direito de trânsito no território ancestral aos povos indígenas divididos por fronteiras internacionais, sendo dever dos Estados, em consulta e cooperação com os povos indígenas, a adoção de medidas eficazes para facilitar o exercício e garantir a aplicação deste direito.

Por fim, cita-se a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas aprovada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 2016, cuja pauta era o reconhecimento da contribuição dos povos indígenas para o desenvolvimento, pluralidade e diversidade cultural das Américas. Aos moldes da Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas da ONU, também representa um instrumento de *soft law* que, apesar de não possuir força vinculante, serve para orientar a interpretação de tratados como a Convenção Americana de Direitos Humanos em sua incidência sobre a temática indígena (RAMOS, 2020, p. 384).

Com um total de 41 artigos, dispõe a respeito do direito à identidade cultural indígena, dos direitos de organização, dos direitos políticos e dos direitos sociais, econômicos e de propriedade. Também, em seu artigo XX, traz a previsão no sentido de garantir aos povos

indígenas, principalmente aos que se encontram em situação fronteiriça, o direito a transitar, manter, desenvolver contatos, relações e cooperação direta com seus membros e com outros povos.

Assim, a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas é, em suma, uma conquista histórica dos povos indígenas das Américas, cujo resultado final só foi possível pela intensa participação das comunidades indígenas e suas reivindicações por participação nas tomadas de decisão do Estado, sobretudo mediante o consentimento prévio, livre e informado, bem assim ligados à livre-determinação e à identidade cultural.

A partir da análise do sistema global de proteção dos Direitos Humanos e do arcabouço jurídico internacional de proteção aos direitos dos povos indígenas, observa-se que o desafio atual não diz respeito ao reconhecimento jurídico, mas sim à construção de ações e políticas públicas coerentes com a nova moldura normativa emergente, fundada na autodeterminação dos povos e no reconhecimento da pluriculturalidade.

3.2.2 Proteção dos povos indígenas no Sistema Interamericano e na Corte IDH

A estrutura normativa do sistema internacional de proteção dos direitos humanos é composta por instrumentos de caráter global, pertencentes ao sistema de proteção das Nações Unidas, e regional, como o sistema de proteção europeu, interamericano e africano. Segundo Calixto (2017, p. 30), tais sistemas foram criados justamente para complementar o sistema global, levando em consideração as particularidades e valores históricos semelhantes nos diferentes blocos regionais e implicando uma aceitação mais espontânea dos Estados no tocante às normas fixadas em âmbito regional e uma maior potencialidade de os Estados envolvidos exercerem pressões para que haja o devido cumprimento de tais normas, ante a proximidade geográfica.

Em relação às especificidades do sistema interamericano de direito humanos, sua composição normativa envolve a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em 1948 pelos Estados-membros da OEA, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada em 1969 em São José, na Costa Rica (ROCASOLANO; SILVEIRA, 2010, p. 164).

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem é anterior à Declaração Universal dos Direitos Humanos e a primeira a reconhecer a universalidade dos direitos humanos, visto que, em seu preâmbulo, reconhece que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele cidadão ou nacional de um Estado, mas, sim, de sua condição humana (RAMOS, 2020, p. 329). Além disso, a Declaração Americana de 1948 criou a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, órgão especializado na promoção e proteção de direitos humanos no âmbito da OEA, tendo os Estados a obrigação de responder aos pedidos de informação e cumprir as recomendações por ela elaboradas, haja vista que fundadas na própria Carta da OEA.

A aprovação da Convenção Americana de Direitos Humanos em São José, na Costa Rica, em 1969, representou mais um passo no desenvolvimento do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, pois, além de adotar a Comissão Interamericana e prever novas atribuições, também criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Enquanto a Comissão Interamericana exerce a função de juízo de admissibilidade das demandas, além de elaborar relatórios anuais destinados à Assembleia Geral, a Corte Interamericana, em contrapartida, exerce função jurisdicional em relação às matérias de direitos humanos e têm competência consultiva (ROCASOLANO; SILVEIRA, 2010, p. 165).

Segundo André de Carvalho Ramos (2020, p. 331), a partir da entrada em vigor da Convenção, a Comissão Interamericana passou a exercer funções ambivalentes, por um lado, permaneceu como órgão principal da OEA ao zelar pelos direitos humanos de modo amplo, mas também passou a ser órgão da Convenção Americana de Direitos Humanos, incumbindo a análise de petições individuais e interpondo ação de responsabilidade internacional em face de Estados perante a Corte Interamericana.

Cabe, assim, à Comissão proceder ao juízo de admissibilidade das petições ou comunicações apresentadas, e à Corte julgar a ação eventualmente proposta pela Comissão. Nesse sentido, a Corte Interamericana é órgão jurisdicional do sistema interamericano que resolve sobre os casos de violação de direitos humanos perpetrados pelos Estados-partes da OEA e que tenham ratificado a Convenção Americana.

Ademais, frisa-se que a proteção dos direitos humanos prevista na Convenção Americana é complementar à oferecida pela ordem doméstica dos Estados-partes, de modo que o sistema protetivo previsto pela Convenção deve somente operar depois de se dar oportunidade de agir ao Estado. É também importante observar que a Convenção Americana

elencar um rol de direitos civis e políticos, na forma do artigo 3º em diante, mas não estabelece, de forma específica, qualquer direito de cunho econômico, social ou cultural, contendo apenas uma previsão genérica sobre tais direitos, constante do seu art. 26.

Embora nenhum dos citados instrumentos, incluídos no sistema interamericano, faça menção direta aos direitos dos povos indígenas, ambos tratam dos direitos humanos de forma genérica, o que serve indiretamente à proteção desses povos, como é o caso, a título de exemplo, do direito fundamental dos povos indígenas à terra, elemento inerente a sua identidade.

De fato, a proteção do direito à terra em matéria indígena está fundada no direito de propriedade, bem-estar físico e integridade cultural reconhecidos a todo ser humano, tanto na Declaração Americana como na Convenção Americana, e estendidos especificamente aos povos indígenas por meio dos princípios de igualdade e não-discriminação (MAIA; PRADO, 2012, p. 21).

Na mesma linha, Kayser (2010, p. 355) defende a importância da Convenção Americana na tratativa da matéria indígena, isso porque, apesar de não citar explicitamente o direito à terra ou os direitos culturais dos povos indígenas, prevê a proteção de todas as pessoas, ou, respectivamente, de todos os cidadãos, o que abrange também a proteção do indivíduo indígena e sua comunidade tradicional.

É visível o destaque do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, por meio da Comissão Interamericana e, principalmente, da Corte Interamericana, na elaboração de uma significativa jurisprudência internacional no tocante aos direitos dos povos indígenas. De modo geral, observa-se que os direitos dos povos indígenas vêm se tornando uma norma jurídica costumeira, isto é, um costume internacional, seja por meio de documentos internacionais, decisões de órgãos de proteção de direitos humanos, ou por Constituições e leis infraconstitucionais dos Estados (CAMPELLO; GOMES, 2018).

Percebe-se, portanto, que a Corte Interamericana foi uma grande responsável pela proteção efetiva dos direitos dos povos indígenas ao construir uma jurisprudência inovadora e sólida sobre a matéria. A interpretação adotada pela Corte considerou os instrumentos internacionais pertinentes, como a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais de 1989, a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas de 2007, e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos

Indígenas de 2016, bem como, à luz do artigo 29, b, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que proíbe a interpretação restritiva dos direitos nela elencados (MAIA; PRADO, 2012, p. 22).

Entende-se imperioso o estudo a respeito das decisões proferidas pela Corte Interamericana em sede de casos de violação dos direitos humanos, especificamente no tocante aos direitos dos povos indígenas, ocorridas nos países integrantes da Organização dos Estados Americanos. Além disso, a fim de esclarecer a problemática levantada pela pesquisa, indispensável a análise da técnica de interpretação utilizada para incorporar à Convenção Americana de Direitos Humanos princípios derivados de outros instrumentos internacionais, que, conjuntamente, protejam os direitos humanos, mormente a proibição expressa de interpretação restritiva, excludente ou limitada dos direitos tutelados.

Destarte, a leitura restritiva da Convenção Americana sobre Direitos Humanos pode promover a noção de que o catálogo de direitos consagrados não é suficiente para proteger os povos indígenas, que, devido às particularidades étnico-culturais, impõem proteção especial. Ocorre que a atuação da Corte Interamericana demonstra a possibilidade de se oferecer especial proteção aos segmentos indígenas a partir de uma interpretação evolutiva⁵⁰ da Convenção. A partir da análise semântica do termo “interpretação evolutiva”, percebe-se que, nos precedentes da Corte IDH, a aplicação da CADH respeita a evolução do *corpus iuris* do DIDH, segundo Burgorgue-larsen (2014), tal fato ocorre no intuito de ampliar o âmbito de aplicação da Convenção, a fundamentação firmada relaciona-se com o contexto legal, relacionado ao conteúdo da CADH; ao contexto político, referente ao estado de violência institucionalizada na América Latina; e com o contexto sociológico, concernente à composição da própria Corte. Nesse sentido, o autor pontua que

⁵⁰ Adota-se, no presente trabalho, o conceito de “interpretação evolutiva” para se referir à atividade jurisdicional da Corte IDH ao realizar atualização por via interpretativa sempre que há uma alteração nas circunstâncias sociais. Cogitou-se a expressão “interpretação extensiva”, contudo, tal conceito, conforme dogmática jurídica, diz respeito ao ato de reconstruir a vontade legislativa existente para um caso concreto que, por inexata formulação, parece, à primeira vista, excluído. Não é o caso em tela, pois a intenção é exprimir a ideia de que, apesar do SIDH ter sido formulado a partir de valores e raízes eurocêntricos, e prova disso é a ausência de qualquer menção aos direitos de minorias étnicas no texto da CADH, a interpretação dada pela Corte IDH busca aplicar a norma mais favorável à tutela dos direitos humanos, dando atenção à consagração progressiva e sequencial da classificação em dimensões/gerações dos direitos fundamentais. Outra alternativa seria o termo “interpretação progressiva”, para designar a circunstância de, tendo como base o princípio *pro persona*, o DIDH oferecer cada vez maior patamar de proteção, para além da CADH. Contudo, referida terminologia não é amplamente utilizada, diferente de “interpretação evolutiva”, termo utilizado mais de uma vez na jurisdição consultiva da Corte IDH, que reiteradamente indicou que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais, conforme demonstra o Parecer Consultivo OC-21/14. Portanto, a interpretação evolutiva está em conformidade com as regras gerais de interpretação dispostas no artigo 29 da Convenção Americana, assim como com as estabelecidas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

A interpretação evolutiva da CADH na corte interamericana se explicaria por meio do seu contexto jurídico, político e sociológico. Do ponto de vista jurídico, a Corte IDH escolheu dar ênfase ao art. 31.1 da Convenção de Viena, lido a partir do art. 29.b da CADH, privilegiada de uma visão teleológica e jusnaturalista dos direitos convencionais, mirando a proteção máxima (pro-homine). Politicamente, a corte tinha de adotar uma postura mais assertiva e ativista para enfrentar e lutar contra os problemas listados no início da introdução. Por fim, a composição heterogênea do ponto de vista teórico, temático e de atividades pregressas voltadas à defesa dos Direitos Humanos, permitiu aos juízes da Corte IDH se afastarem de noções clássicas acerca do direito internacional, soberania estatal e positivismo jurídico. O enfoque evolutivo repousaria, portanto, na valorização da abertura normativa da CADH como instrumento vivo ao Direito Internacional, na criação de novos direitos e no aumento do seu alcance normativo e na formulação de conceitos transformadores (direito a não discriminação, direito à igualdade, o conceito pretoriano de vulnerabilidade etc.) (BURGORGUE-LARSEN, 2014, p. 110).

Nesse mesmo sentido, André de Carvalho Ramos (2019, p. 140) assevera que os tratados internacionais de direitos humanos são sujeitos à interpretação de termos de conteúdo indeterminado, motivo pelo qual se garante a consonância da interpretação internacional das normas de direitos humanos com os novos parâmetros sociais, que afetam a própria determinação do que vem a ser dignidade da pessoa humana.

Considerando as normas de interpretação previstas no art. 29 da Convenção Americana, infere-se a relevância da interpretação pro-persona, responsável por privilegiar a interpretação mais favorável aos indivíduos, bem como, do método teleológico-evolutivo⁵¹, disposto no art. 31.1 da Convenção de Viena e induzido pela lógica do art. 29 da Convenção, contexto responsável por instigar a exploração de fontes exteriores na interpretação da Corte e na tratativa da Convenção como um instrumento vivo (BURGORGUE-LARSEN, 2014, p. 110).

Ainda segundo Burgorgue-larsen (2014, p. 110), a Corte Interamericana faz uma interpretação aberta da Convenção Americana de Direitos Humanos, uma vez que a fundamentação jurídica das sentenças abarca tanto o direito internacional vinculante quanto o *soft law*, o que possibilita o emprego de instrumentos externos ao sistema como a Convenção nº 169 da OIT, de 1989, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, e a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2016.

⁵¹ A própria Corte IDH manifestou-se a respeito das tendências interpretativas por ela adotadas, por exemplo, no Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile, a Corte destacou que “em conformidade com uma interpretação sistemática, teleológica e evolutiva, a Corte recorreu ao *corpus iuris* internacional e nacional na matéria para dar conteúdo específico ao alcance dos direitos tutelados pela Convenção, a fim de derivar o alcance das obrigações específicas de cada direito.” Para mais detalhes consultar: CORTE IDH, Caso Poblete Vilches e outros Vs. Chile, parágrafo 103. Por esse motivo, Burgorgue-Larsen (2014, p. 110) afirma que os contextos jurídico, político e sociológico levam a Corte IDH a priorizar uma perspectiva interpretativa teleológica, evolutiva e protetora dos dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos.

O primeiro caso de matéria indígena levado perante a Corte Interamericana dizia respeito à Comunidade Mayagna Awas Tingni na Nicarágua e ao artigo 21 da Convenção Americana, relativo ao direito à propriedade privada⁵². Nesse sentido, a sentença proferida expandiu a proteção prevista no artigo à propriedade comunal⁵³ dos povos indígenas, no sentido de reconhecer o direito coletivo do povo Awas Tingni à propriedade das terras que tradicionalmente usam e ocupam, reconhecendo-se, também, a estreita ligação entre terra, cultura e espiritualidade para os povos indígenas (CORTE IDH, 2001).

Percebe-se, assim, que o método de interpretação adotado pela Corte supera o olhar individualista do Direito Civil clássico sobre a propriedade privada, proporcionando a inclusão de outras dimensões como a propriedade coletiva, a territorialidade e a ancestralidade, imprescindíveis para a plena garantia da dignidade dos povos indígenas, em conformidade com a Convenção nº 169 da OIT no tocante ao direito à propriedade comunal desses povos (MELO, 2006, p. 33-34).

Por isso, a Corte Interamericana concluiu que o Estado nicaraguense violou o artigo 21 da Convenção Americana, determinando sua obrigação de delimitar, demarcar e titular as terras que a comunidade ancestralmente ocupa, cujo uso e gozo havia sido perturbado pela concessão feita pelo Estado em terras indígenas não tituladas a seu favor.

O caso da Comunidade Indígena Yakye Axa no Paraguai, da mesma forma, perpassa o tema dos conflitos entre o direito à propriedade privada particular e à propriedade comunal indígena, ambos protegidos pela Convenção Americana. No referido caso, a Corte entendeu que a Comunidade Yakye Axa, privada de seu território tradicional desde 1999, foi submetida a condições de vida incompatíveis com a dignidade.

Levando-se em consideração a natureza peculiar dos direitos territoriais indígenas, a propriedade comunitária do povo Yakye Axa sobre o território ancestral, e os recursos

⁵² O direito à propriedade está presente no texto da CADH nos seguintes termos: “artigo 21. Direito à propriedade privada: 1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar este uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. 3. Tanto a usura, como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem, devem ser reprimidas pela lei” (OEA, 1969).

⁵³ Neste caso em específico, a sentença proferida pela Corte IDH deu início ao desenvolvimento jurisprudencial do instituto da propriedade comunal, relacionado ao direito à territorialidade indígena previsto na própria Constituição da Nicarágua. A interpretação da CADH a partir do instituto da propriedade comunal, segundo a Corte IDH, justifica-se porque, esta categoria se configura como uma forma de propriedade baseada na tradição histórica e na posse pelos Povos Indígenas, criando um sistema consuetudinário de propriedade da terra, e que o artigo 21 da CADH protege a propriedade em um sentido que compreende, dentre outros, o direito dos membros das comunidades indígenas no quadro da propriedade comunal (OEA, 2001, p. 79).

naturais neles localizados, implica garantir a base material e espiritual sobre a qual se sustenta a subsistência e identidade cultural desse povo. Dessa forma, os territórios tradicionais, bem como os recursos naturais e elementos imateriais que deles se desprendem, também são matéria de proteção do artigo 21 da Convenção Americana, haja vista que a relação que une os povos indígenas a seus territórios não se refere meramente à posse ou ao aproveitamento material, mas sim à possibilidade de uma vida digna (MELO, 2006, p. 36).

A Corte Interamericana, no caso da Comunidade Yakye Axa, também entendeu que o Estado violou o direito à propriedade consagrado no artigo 21 da Convenção Americana, bem como, atentou contra o direito à vida da comunidade, haja vista ter permitido a remoção e impedimento de regresso à terra tradicionalmente ocupada, atos perpetrados pelos supostos novos proprietários, por isso, determinou-se que o Estado paraguaio identifique e entregue à comunidade seu território ancestral.

Tanto no caso da Comunidade Mayagna Awas Tingni vs Nicarágua, quanto no caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs Paraguai, percebe-se que

O ativismo dos Povos Tradicionais no Sistema Interamericano de Direitos Humanos proporcionou a criação do direito à propriedade comunal, resultado de uma interpretação, segundo a Corte IDH, evolutiva aplicada a dos principais documentos interamericanos, quais sejam: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; a Carta da Organização dos Estados Americanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos (SENA NEVES, 2016, 47).

Salienta-se que a CADH faz uma referência genérica ao tema da propriedade, na forma de seu artigo 21, de modo que a propriedade comunal dos territórios tradicionais é um direito reconhecido aos povos indígenas pela Corte IDH a partir da incorporação do instituto previsto na Constituição da Nicarágua. Sena Neves (2016, p. 53), inclusive, discute que a Corte IDH poderia ter utilizado o direito à territorialidade como parte do artigo 21 da CADH, por ser um direito que possui normatização internacional, conforme do artigo 13 da Convenção 169 da OIT, contudo, em sentido contrário, o tribunal resolveu incorporar esse conceito da Constituição da Nicarágua para interpretar a CADH, mesmo sem ser reconhecido por outra constituição dos Estados partes da CADH ou por algum tratado internacional.

A partir daí, a Corte IDH passou a utilizar o instituto da propriedade comunal em todos os outros casos envolvendo territórios tradicionais, tendo ampliado, então, o conceito inicialmente trazido pela Constituição nicaraguense, o que demonstra um claro diálogo estabelecido pela Corte entre as diferentes ordens de proteção, objetivando a convivência cooperativa entre as diversas perspectivas jurídicas com relação aos direitos humanos.

O próximo tema a ser julgado pela Corte Interamericana foi os direitos políticos dos povos indígenas, na oportunidade de julgamento do caso *Yatama versus Nicarágua*, em que normas eleitorais nicaraguenses impediram o partido político Yatama, representante das comunidades indígenas e étnicas da região, de participar nas eleições municipais, sob a justificativa de suposto não-cumprimento dos requisitos estabelecidos na legislação eleitoral. Ocorre que tal regra acabou por restringir desproporcionalmente os direitos políticos indígenas, visto que esta forma de organização política, bem como as regras eleitorais nicaraguenses, não traduzem os costumes e tradições das comunidades indígenas e seus sistemas de governança (RAMOS, 2020, p. 454).

Em sua decisão, a Corte levou em consideração o exercício dos direitos políticos, garantido pelo artigo 23 da Convenção Americana, o direito à igualdade e à não-discriminação, garantidos no artigo 24, e os critérios estabelecidos nos itens “a” e “b” do artigo 29 da Convenção Americana. À vista disso, o Estado, ao salvaguardar os direitos políticos, deve levar em consideração as especificidades pertencentes às comunidades indígenas, como suas línguas, costumes e formas de organização (MELO, 2006, p. 37).

Ainda segundo Melo (2006, p. 38), “essa decisão constitui um precedente importante para situações análogas, nas quais o pleno exercício de direitos por parte de membros de comunidades indígenas e étnicas implica que não sejam impostas condições ou requisitos que ignorem suas particularidades culturais”. Percebe-se a relevância de referido caso pois, em face da discriminação de um grupo político indígena nas eleições da Nicarágua, a Corte IDH teve a oportunidade de se pronunciar a respeito do alcance do direito à igualdade e do dever de não discriminação⁵⁴.

Em mais uma decisão vinculante, a Corte Interamericana reconheceu, no caso *Povo Saramaka versus Suriname*, os direitos de consulta e participação dos povos indígenas, decidindo-se pela imprescindibilidade da obtenção do consentimento das comunidades afetadas por projetos de exploração de recursos naturais de alto impacto, respectiva que amplia a interpretação dos efeitos da consulta prevista na Convenção nº 169 da OIT (RAMOS, 2020, p. 455).

⁵⁴ Salienta-se que a Corte IDH pronunciou-se previamente a respeito das dimensões do princípio da igualdade e da não discriminação na Opinião Consultiva nº 16 de 1999 no caso dos migrantes ilegais, em que a corte entendeu que o argumento de que os estrangeiros possam requerer direitos especiais é, em si mesma, contrária aos princípios de não discriminação e igualdade perante a lei.

Nesse sentido, Campello e Gomes (2018, p. 310) advertem que, a partir da decisão da Corte Interamericana, estipula-se a obrigação dos Estados em oportunizar a efetiva participação dos povos indígenas afetados por grandes projetos de exploração, buscando o consentimento livre, prévio e informado, garantindo o acesso à informação sobre impactos sociais e ambientais e respeitando os métodos tradicionais de tomada de decisão.

Conforme defende Burgorgue-larsen (2014), os casos julgados pela Corte em matéria indígena caracterizam-se pela técnica da combinação normativa, articulando diferentes fundamentos jurídicos, seja no âmbito da própria Convenção Americana ou entre a Convenção e outros instrumentos internacionais. No Caso do Povo Saramaka *vs.* Suriname, a fundamentação a respeito do direito à consulta prévia, livre e informada emanou do artigo 21 e artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, em associação com o artigo 15.2 da Convenção nº 169 da OIT, apesar desse último ser um instrumento externo ao sistema interamericano e não ratificado pelo Suriname (BURGORGUE-LARSEN, 2014).

Também a respeito do direito de consulta e obtenção de consentimento dos povos indígenas, a Corte Interamericana julgou o caso Kichwa de Sarayaku *versus* Equador, cujo contexto envolveu o consórcio de empresas na exploração de recursos petrolíferos das terras indígenas do povo Sarayaku, que iniciou suas atividades de extração sem a obtenção do consentimento da comunidade afetada, ocasionando vasto impacto no meio ambiente e no meio cultural local, inclusive, impactando o direito de livre mobilidade do povo indígena Kichwa⁵⁵.

Segundo André de Carvalho Ramos (2020, p. 459), o caso Sarayaku contribui para a evolução da jurisprudência da Corte no tocante à matéria indígena, pois traz “importante fortalecimento dos parâmetros interpretativos desenvolvidos em outros casos julgados, com destaque para a necessidade de se atingir o consentimento sobre as medidas propostas após a realização da consulta prévia”.

Insta salientar que a obrigação de consulta como uma norma convencional e princípio geral do Direito Internacional é fundada nos direitos à identidade cultural, à sua natureza coletiva e ao direito de consulta e participação dos povos indígenas, derivados da combinação do art. 21 com os arts. 1.1 e 29.b da Convenção Americana, bem como, da Convenção 169 da

⁵⁵ Referido tema será melhor tratado no último capítulo do trabalho, mas, para fins de utilidade, antecipa-se que as atividades petrolíferas criaram situações de risco para a coletividade indígena, de modo a impedir limitar seus direitos de circulação e de expressão de sua cultura no seu território ancestral.

OIT (BURGORGUE-LARSEN, 2014). Além disso, o Estado do Equador foi condenado pela violação do direito à vida, à integridade pessoal, à circulação e residência, violando, também, a relação especial que o povo indígena mantém com suas terras ancestrais.

Por fim, cita-se o caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros *versus* Brasil, pautado pela violação do direito à propriedade coletiva do povo indígena Xucuru em consequência da demora de mais de dezesseis anos no processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação do território ancestral, associada à demora em regularizar a situação territorial de maneira que o povo indígena pudesse exercer pacificamente tal direito (CORTE IDH, 2018).

A Corte Interamericana, em 2018, proferiu sentença condenando o Brasil por violação dos artigos 8, 21 e 25, a respeito das garantias judiciais, direito de propriedade e direito a um remédio judicial efetivo, respectivamente, combinados com o artigo 1.1, todos da Convenção Americana. A questão analisada, portanto, ultrapassa o tema da propriedade de terras indígenas e abarca violações aos direitos às garantias judiciais e proteção judicial, tendo em vista o descumprimento do prazo razoável no processo administrativo de demarcação das terras indígenas objeto da demanda (RAMOS, 2020, p. 476).

É imperioso pontuar que a Corte considerou sua competência para julgar apenas as violações posteriores ao reconhecimento da competência contenciosa do Brasil, que se deu em 1998. Logo, a partir dessa limitação de competência temporal, a sentença não levou em conta os conflitos e violências ocorridos antes de 1998, nem mesmo a demora nas primeiras etapas do processo demarcatório. Mesmo assim, a Corte reconheceu as violações perpetradas e determinou que o Brasil adote medidas imediatas e efetivas para garantir o direito de propriedade coletiva do povo indígena Xucuru sobre seu território.

Em relação ao contexto brasileiro e à possibilidade de responsabilização internacional, Campello e Gomes (2018, p. 317) reconhecem a existência de óbices à concretização dos direitos dos povos indígenas, reconhecidos pelo sistema internacional e regional de direitos humanos. Portanto, o Brasil e outros países latino-americanos de significativa presença indígena integram o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, estando, inclusive, sob a jurisdição da Corte Interamericana, cuja atuação recente tem desenvolvido relevante jurisprudência no sentido de elencar obrigações dirigidas aos Estados para proteção dos povos e comunidades originárias, reforçando a ideia de direitos territoriais em relação à propriedade comunal dos povos indígenas, de sustentabilidade dos projetos de

exploração de recursos naturais mediante a obtenção do consentimento dos povos afetados, entre outros direitos que demandam proteção especial.

2.2.3 A transversalidade do caso Yakye Axa vs. Paraguai

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), inicialmente, teve suas atenções voltadas à reestruturação da democracia e às graves violações de Direitos Humanos ocorridas durante os regimes autoritários, mas, com a utilização dos mecanismos de proteção por diversos atores sociais, seu âmbito de atuação ampliou-se e alcançou as reivindicações indígenas e sua denúncia a respeito das diversas violações sofridas no continente americano.

Apesar da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) não fazer menção direta aos povos indígenas, a atuação da Corte Interamericana demonstra a possibilidade de se oferecer especial proteção aos segmentos indígenas a partir de uma interpretação evolutiva da Convenção. Essa conjuntura demonstra o comprometimento da Corte IDH na proteção efetiva da dignidade particular dos povos originários, uma vez que o catálogo de direitos consagrados na Convenção não é suficiente para proteger povos com tantas particularidades étnico-culturais.

Inclusive, antes mesmo da Declaração Americana Sobre os Direitos dos Povos Indígenas, datada de 2016, a Corte Interamericana havia empregado uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de direitos humanos para determinar que o direito à propriedade inclui a propriedade comunal das comunidades indígenas, no caso *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Comunidade vs. Nicarágua* (CAMPELLO; GOMES, 2018).

De fato, a proteção do direito à terra em matéria indígena está fundada no direito de propriedade, bem-estar físico e integridade cultural reconhecidos a todo ser humano, tanto na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada em 1948 pelos Estados-membros da OEA, quanto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada em 1969, e estendidos especificamente aos povos indígenas por meio dos princípios de igualdade e não-discriminação (MAIA; PRADO, 2012, p. 21).

É certo que o caso da Comunidade Mayagna Awas Tingni vs Nicarágua representou o primeiro caso de matéria indígena levado perante a Corte Interamericana, mas o caso *Yakye Axa vs. Paraguai*, em especial, gerou um avanço jurisprudencial com a vinculação da

aplicação da CADH com a Convenção 169 da OIT, ampliando o conteúdo do direito à propriedade comunal.

Inclusive, Marcelo Neves (2012, p. 264) pondera que a decisão da Corte Interamericana no julgamento dos casos *Yakye Axa vs. Paraguai* e *Sawhoyamaxa vs. Paraguai* possui relevância especial, tendo em vista representarem casos em que a decisão do tribunal cortou transversalmente ordens jurídicas diversas em matéria de direitos fundamentais e direitos humanos.

Segundo pontua o autor, a racionalidade transversal implica no aprendizado recíproco entre esferas da sociedade, atuando de forma construtiva em função da resolução do conflito estabelecido e servindo como ponte de transição entre heterogêneos (NEVES, 2012, p. 38). Dessa forma, o caso da Comunidade Indígena *Yakye Axa* no Paraguai, por envolver o conflito entre o direito à propriedade privada particular e à propriedade comunal indígena, acabou por propiciar a abertura de um diálogo construtivo para com os preceitos indígenas de vida digna e para com o direito das gerações futuras dessa comunidade, consagrando uma forma transversal de articulação para a solução do conflito apresentado.

No referido caso, a Corte entendeu que a Comunidade *Yakye Axa*, privada de seu território tradicional desde 1999, foi submetida a condições de vida incompatíveis com a dignidade, sendo o Estado do Paraguai condenado pela violação aos direitos à garantia e proteção judicial (artigo 8 e 25 da CADH), direito à propriedade (artigo 21 da CADH) e direito à vida (artigo 4.1).

Em relação à violação do direito à garantia e proteção judicial, prevista nos artigos 8 e 25 da CADH, a Corte IDH analisou duas perspectivas importantes. A primeira, atinente ao fato de que o procedimento administrativo paraguaio foi considerado ineficaz para que os povos indígenas pudessem reivindicar seus territórios, uma vez que o procedimento durou aproximadamente 12 anos (CORTE IDH, 2006, p. 67). A segunda perspectiva analisada pela Corte diz respeito à violação do direito de defesa dos peticionários no procedimento penal instaurado, uma vez que apenas tiveram acesso a um defensor público dois anos depois de iniciado o processo (CORTE IDH, 2006, p. 71).

A Corte Interamericana, em referido caso, também entendeu que o Estado violou o direito à propriedade consagrado no artigo 21 da Convenção Americana, bem como, atentou contra o direito à vida da comunidade, haja vista ter permitido a remoção e impedimento de

regresso à terra tradicionalmente ocupada, atos perpetrados pelos supostos novos proprietários, por isso, determinou-se que o Estado paraguaio identifique e entregue à comunidade seu território ancestral.

Levando-se em consideração a natureza peculiar dos direitos territoriais indígenas, a propriedade comunitária do povo Yakye Axa sobre o território ancestral, e os recursos naturais neles localizados, correspondem à base material e espiritual sobre a qual se sustenta a subsistência e identidade cultural desse povo. Dessa forma, os territórios tradicionais, bem como os recursos naturais e elementos imateriais que deles se desprendem, também são matéria de proteção do artigo 21 da Convenção Americana, haja vista que a relação que une os povos indígenas a seus territórios não se refere meramente à posse ou ao aproveitamento material, mas sim à possibilidade de uma vida digna (MELO, 2006, p. 36).

A análise empregada pela Corte IDH no tocante à violação à propriedade, na forma do artigo 21 da CADH, retoma, em um primeiro momento, a interpretação utilizada no caso Mayagna e identifica tratar-se, igualmente, de um caso de violação ao direito à propriedade comunal, motivo pelo qual a CADH, por ser um “instrumento vivo, cuja interpretação tem que acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atual” (CORTE IDH, 2006, p. 78), deve ser interpretada em conjunto com outros tratados que estejam relacionados à temática e com o sistema em que está inserida, como, por exemplo, a Convenção nº 169 da OIT, ratificada pelo Estado do Paraguai.

É oportuno assinalar que a Corte IDH reconheceu a estreita relação que o Povo Yakye Axa mantém com o território, constatando que a sua cultura corresponde a uma forma de vida particular de ser, ver e atuar no mundo, pois essa relação não se justifica somente pelo território prover seu principal meio de subsistência, mas também porque constitui um elemento integrante de sua cosmovisão, religiosidade e identidade cultural (CORTE IDH, 2006, p. 79), sendo isso um direito ancestral dos Yakye Axa que se relaciona com a própria sobrevivência dos seus membros.

A Corte IDH concluiu que a violação do artigo 21 da CADH pelo Estado do Paraguai se dera por falta de garantia efetiva ao direito à propriedade comunal do Povo Yakye Axa, pois não houvera o reconhecimento, na prática, de que o território reivindicado por eles está relacionado com suas tradições, expressões orais, costumes, rituais, conhecimentos tradicionais, filosofia e sua história, uma vez que os membros da comunidade indígena

transmitem de geração em geração este patrimônio imaterial, que, assim, é recriado constantemente (CORTE IDH, 2006, p. 83).

Em última instância, a Corte IDH entendeu que o Estado, por ter uma posição de garantidor, tem que adotar medidas positivas, concretas, orientadas à satisfação do direito à vida digna, em especial quando se trata de pessoas em situação de vulnerabilidade e risco, para quem a atenção deve ser prioritária (CORTE IDH, 2006, p. 88), motivo pelo qual o Estado do Paraguai foi condenado por violação ao artigo 4.1 da CADH, relativo ao direito à vida, uma vez que os membros do Povo Yakye Axa viviam em condições de miséria extrema, como consequência da falta de terra e acesso a recursos naturais (CORTE IDH, 2006, p. 89).

Convém observar que o método de interpretação adotado pela Corte supera o olhar individualista do direito privado clássico e o conceito técnico-jurídico de propriedade privada, proporcionando a inclusão de outras dimensões como a propriedade coletiva, a territorialidade e a ancestralidade, imprescindíveis para a plena garantia da dignidade dos povos indígenas, em conformidade com a Convenção nº 169 da OIT no tocante ao direito à propriedade comunal dos povos originários (MELO, 2006, p. 33-34).

Desse modo, Marcelo Neves (2012, p. 265) defende que:

Assim, deixando em segundo plano um direito fundamental assegurado constitucionalmente no plano estatal, a Corte IDH argumentou favoravelmente aos direitos de comunidade local extra estatal sobre o seu território, para assegurar direitos humanos garantidos no nível internacional. Esse entrelaçamento multiangular em torno dos direitos humanos e fundamentais não seria possível se não houvesse uma disposição, nas diversas ordens, especialmente na estatal, para ceder às exigências das perspectivas de outras ordens normativas em relação ao significado e abrangência de direitos colidentes.

Portanto, a decisão no caso Comunidade Yakye Axa vs. Paraguai contribui para a formação de um diálogo construtivo com as ordens indígenas em torno dos direitos humanos ao utilizar normas e precedentes de outras ordens jurídicas de forma transversal, com o objetivo de tutelar os direitos fundamentais em conflito e deixando de aplicar o estabelecido na Constituição paraguaia, no que tange ao direito de propriedade, por entender que as comunidades indígenas detinham propriedade ancestral sobre tais territórios.

Contudo, segundo monitoramento de cumprimento de sentença realizado, percebe-se que as medidas de reparação fixadas pela Corte IDH no Caso Yakye Axa Vs. Paraguai obtiveram baixo grau de cumprimento, sendo que a única medida totalmente cumprida foi a medida de satisfação referente à realização de ato público de reconhecimento da

responsabilidade do país. Por outro lado, no tocante às medidas de restituição com reparação monetária, o pagamento do dano material causado às vítimas foi apenas parcialmente cumprido (OEA, 2008). Dessa forma, as garantias de não repetição, as medidas de reabilitação, as medidas de restituição sem reparação monetária, bem como, as demais medidas de satisfação⁵⁶, encontram-se não cumpridas.

Por fim, observa-se pelo precedente da Corte IDH que a noção de dignidade humana possui peculiar perspectiva quando referente ao modo de ser dos povos indígenas, uma vez relacionada com a questão da territorialidade, da ancestralidade e da coletividade, motivo pelo qual, para garantir a dignidade desses povos, é necessário um olhar receptivo ao diferente e suas perspectivas de mundo, sem que esta seja eclipsada pelo entendimento da sociedade envolvente, ou do próprio intérprete.

Entretanto, o baixo grau de cumprimento das medidas ordenadas na sentença do caso Comunidade Yakye Axa vs. Paraguai demonstra uma postura de resistência, caracterizada pela desconsideração e indiferença ao direito internacional dos direitos humanos e à jurisdição da Corte IDH no tocante à proteção dos direitos humanos. Apesar de reconhecer sua responsabilidade frente à violação de direitos, uma vez que a única medida totalmente cumprida foi a realização de ato público de reconhecimento da responsabilidade, ainda sim o país latino-americano não cooperou com o SIDH na consecução do objetivo comum de proteção da pessoa humana, conduta essa que não é rara na região, sendo considerada como uma herança dos períodos autoritários na América Latina.

2.2.4 *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano e a formação de uma justiça regional de proteção aos direitos dos povos indígenas

A Corte IDH, com dinamismo, criatividade e audácia tem julgado um rol fundamental de reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, incorporando-os não apenas na vida política e pública, mas também na existência jurídica (AGUILAR CAVALLO, 2010, p. 9). Além disso, a atuação da Corte IDH destaca-se em especial porque, a fim de garantir a dignidade desses povos, é necessário um olhar receptivo ao diferente e suas perspectivas de

⁵⁶ Quais sejam: i) criação de um fundo exclusivamente para a aquisição de terras e entregar às vítimas no prazo máximo de 01 ano; ii) criação de um fundo de desenvolvimento comunitário; iii) publicação, no prazo de 01 ano, pelo menos uma vez, no Diário Oficial e em outro jornal de circulação nacional, ambos os fatos comprovados e os parágrafos 1 a 14 das reparações, e o financiamento da transmissão via rádio dessa sentença.

mundo, sem que esta seja eclipsada pelo entendimento da sociedade envolvente, ou do próprio intérprete.

Nesse sentido, Aguilar Cavallo (2010, p. 15) defende a consolidação de um *ius commune* dos direitos indígenas, concebido a partir da análise do desenvolvimento de um direito constitucional comum na América Latina, constituindo apenas um exercício prático destinado a ilustrar a potencialidade da noção do *Ius Constitutionale Commune*.

O *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL) se constitui como o fruto da interação entre as jurisdições latino-americanas e o intercâmbio normativo entre as Constituições abertas ao plano internacional. Tal fenômeno, inclusive, concebe o pluralismo jurídico como parte integrante e capaz de promover a harmonização das pretensões normativas em torno de *standards* comuns, definidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos com o objetivo de transformar estruturas nacionais violadoras de direitos humanos (OLSEN, 2019, p. 304).

Nessa perspectiva, cabe ao *Ius Constitutionale Commune* latino-americano corresponder a um Direito capaz de ordenar de forma coerente e legítima o pluralismo jurídico, assim como um “pensar o múltiplo” (DELMAS-MARTY, 2004, p. 111), tendo como objetivo a construção de uma justiça constitucional regional que fixe *standards* mínimos de respeito à identidade cultural dos povos indígenas, que engloba, inevitavelmente, a relação das comunidades indígenas com o território e os recursos naturais, pois o bem viver e a Pachamama são direitos representantes de um modo de vida que rechaça a lógica colonial de exploração da natureza e que é imperante na vida das comunidades indígenas⁵⁷.

Segundo Piovesan (2017, p. 1360), a criação de um *Ius Constitutionale Commune* latino-americano em matéria de direitos humanos decorre da combinação de três importantes fatores ao longo do processo de democratização na região: o crescente empoderamento do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e seu impacto transformador na América Latina; a emergência de Constituições latino-americanas que, na qualidade de marcos jurídicos de transições democráticas e da institucionalização de direitos, apresentam cláusulas de abertura constitucional, o que propicia maior diálogo e interação entre o Direito interno e o Direito Internacional dos Direitos Humanos; e, por fim, o fortalecimento da sociedade civil na luta por direitos e por justiça.

⁵⁷ Segundo Pedro Brandão (2013, p. 95) o Buen Vivir e a Pachamama são lógicas epistemológicas da cosmovisão indígena andina que se relacionam com modelos ecocêntricos e com o reconhecimento da Natureza como um sujeito de direitos, sendo o humano parte da figura da Pachamama, motivo pelo qual o modelo antropocêntrico não se encaixa com a vivência indígena que pauta a harmonia entre ser humano e Natureza para a consagração de uma vida digna.

É imperioso perceber a existência de obrigatoriedade, articulação e interação judicial no âmbito do SIDH por meio de uma relação de reciprocidade entre as cortes nacionais e o Tribunal Interamericano na busca da proteção do indivíduo (CALIXTO, 2017, p. 148). Assim, os juízes e tribunais nacionais devem dialogar com o Sistema Interamericano, tendo em vista que os Estados-partes aceitaram soberanamente a construção desse diálogo ao acordarem pela ratificação da Convenção Americana.

Acosta Alvarado (2013) defende que referida obrigatoriedade promove meios para a formação de uma rede judicial interamericana, cujo principal mérito é a formação de um direito comum interamericano, potencializando a efetiva proteção dos indivíduos na região e a formação de um *ius commune* interamericano, com caráter dinâmico e progressivo.

Em suas interpretações, a Corte Interamericana estabelece o *standard* mínimo, impulsionando um diálogo permanente entre as jurisdições internas e interamericana na busca de *standards* de proteção cada vez mais elevados. Portanto, o diálogo na região revela-se totalmente indispensável para o correto funcionamento tanto dos sistemas jurídicos nacionais, como do Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos (ALCALÁ, 2011, p. 25).

No tocante à proteção da identidade cultural dos povos indígenas no continente latino-americano, imperiosa a construção de uma justiça constitucional regional que fixe *standards* mínimos de respeito da identidade cultural dos povos indígenas, a qual engloba o direito à vida digna, segundo suas próprias cosmovisões, à subsistência física e cultural desses povos e à peculiar relação das comunidades indígenas com o território e recursos naturais.

Nesse sentido, nota-se os modos particulares de existência dos povos indígenas, pois, suas relações próprias com a natureza contrastam com a lógica produtivista de exploração desenfreada dos recursos naturais⁵⁸. Conforme enfatizam Silva e Silva (2011, p. 13), os povos tradicionais são verdadeiros guardiões da biodiversidade do planeta, tendo em vista sua consciência ecológica, relacionada à sabedoria intuitiva repassada ao longo de gerações, e suas formas de vida conjugadas com o meio ambiente em que vivem.

⁵⁸ Diferentemente dos saberes tradicionais dos povos indígenas, o paradigma econômico e produtivista predominante no ocidente, que concebe a natureza como uma esfera separada da vida social e reduzida à mercadoria, possui uma perspectiva menos sustentável do que a racionalidade indígena de preservação da biodiversidade e dos ecossistemas com quem estabelecem relações de reciprocidade. Para Ingo Sarlet (2017, p. 135), na contemporaneidade, a desorientação ética promove comportamentos orientados a partir da busca por prosperidade individual e de consumo de bens materiais frequentemente desnecessários. Nesse sentido, padrões de consumo insustentáveis são frequentes em países desenvolvidos, que consomem e esgotam boa parte dos recursos naturais, gerando escassez progressiva de recursos e degradação ambiental, uma vez que o consumismo da sociedade de massas perpassa práticas de consumo pautadas no fetichismo de mercadorias e no tratamento do mercado como medida do valor das coisas e pessoas (SARLET, 2017, p. 136). Para mais detalhes consultas: SARLET, Ingo Wolfgang. Princípios do direito ambiental. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Dessa forma, as concepções e culturas indígenas contrariam a degradação ambiental e a exploração da natureza presente no antropocentrismo do capitalismo moderno, de modo que a proteção da identidade cultural indígena perpassa também a questão ambiental de preservação da biodiversidade, uma vez que os recursos naturais acham-se intimamente ligados ao seu modo de vida singular, restando indissociável da ideia de preservação da dignidade humana dessas comunidades.

Os princípios constitucionais comuns, a submissão dos Estados ao direito convencional interamericano e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos permitem a fixação de parâmetros mínimos que vinculam todos os órgãos do poder estatal no tocante ao respeito dos direitos humanos dos povos indígenas, promovendo um processo de integração em matéria de direitos humanos entre os países latino-americanos comprometidos com a proteção de povos ancestrais que vivem e convivem num universo ecologicamente equilibrado.

Aguilar Cavallo (2010, p. 13) esclarece que, formalmente, não existe uma justiça constitucional latinoamericana porque não existe um Tribunal Constitucional Latino-Americano, nem uma Constituição Latino-Americana. Porém, se a partir do direito constitucional comparado, a justiça constitucional latino-americana for entendida como aquelas características comuns que podem ser extraídas do exercício da atividade de justiça constitucional nos diversos países latino-americanos, então é possível se desenvolver uma justiça constitucional latino-americana.

A interpretação autêntica atribuída pela Corte IDH ao direito à identidade cultural, como no caso Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador, e ao direito à propriedade, como no caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai, devem ser levadas em consideração pelas instituições nacionais, uma vez que estes devem compatibilizar seus atos à Convenção Americana de Direitos Humanos, ao bloco de convencionalidade e ao *corpus iuris* interamericano, buscando alcançar uma harmonização com o Sistema Interamericano e dialogando com a Corte IDH.

A partir dos casos abordados, percebe-se a atuação da Corte IDH na defesa dos povos indígenas, ao reconhecer diferentes percepções de realidade e de dignidade humana, visto que a concepção de dignidade tem sua origem atrelada à filosofia kantiana, enquanto que, para os povos indígenas, existem outros vetores de fundamentação, como é o caso *buen vivir* latino-americano. O direito à identidade cultural, portanto, para ser efetivado, deve levar em conta distintas percepções de dignidade e de significado de direitos básicos para uma vida digna, tendo em vista que a identidade cultural dos povos indígenas se sustenta

principalmente em sua relação única com o território tradicional, o que inclui o uso dos recursos naturais ligados a seus costumes (CORTE IDH, 2006, p. 72).

Dessa forma, a partir da manifestação do *Ius Constitutionale Commune* em matéria dos direitos dos povos indígenas, sustenta-se a criação de um *corpus iuris* interamericano que estabelece um *standard* mínimo de respeito ao direito à identidade cultural dos povos indígenas. Nesse sentido, Aguilar Cavallo (2010, p. 15) esclarece que a análise do desenvolvimento de um direito constitucional na América Latina, a partir do surgimento de um *ius commune* dos direitos indígenas, constitui apenas um exercício prático destinado a ilustrar a potencialidade da noção do *Ius Constitutionale Commune*, sendo os direitos humanos dos povos indígenas uma característica peculiar do sistema interamericano de direitos humanos.

Em perspectiva crítica, Torelly (2016, p. 266) fundamenta que a emergência de um direito comum interamericano é de grande valia para a proteção dos direitos humanos, contudo, a interface entre o regime regional e as ordens domésticas não pode ser reduzida a soluções hierárquicas em que o entendimento da Corte IDH impera sobre os atos internos estatais. É preciso, segundo o autor, combater a noção de que existe apenas um foco legítimo para propor harmonia, quando conflitos surgirem, e rumar em direção à transversalidade que se utiliza da racionalidade proveniente de várias ordens como elemento de informação para a tomada de decisões (TORELLY, 2016, p. 262).

A proteção dos direitos dos povos indígenas no continente latino-americano, portanto, vai além da mera previsão constitucional, pois fruto de uma construção conjunta entre o constitucional e o convencional, intensificada através da influência da Convenção Americana e, principalmente, da interpretação evolutiva da Convenção, realizada pela Corte IDH.

Desse modo, os países latino-americanos que fazem parte do SIDH devem seguir os parâmetros mínimos de proteção estabelecidos pela jurisprudência da Corte, a partir de uma postura reflexiva, no que tange aos direitos territoriais e da propriedade comunal dos povos indígenas, bem como, da identidade cultural relacionada à garantia do território ancestral e de seu uso conforme práticas culturais estabelecidas milenarmente, como o caso da circulação em terras tradicionalmente ocupadas, que representa uma forma de mobilidade e exercício do direito de uso e gozo dos direitos territoriais dos povos indígenas.

3. DIÁLOGO ENTRE ORDENS JURÍDICAS E O RECONHECIMENTO DO DIREITO DE CIRCULAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL

É chegado o momento em que as categorias trabalhadas ao longo desta investigação devem ser compreendidas de forma conjunta e coordenada, considerando as reflexões efetuadas nos capítulos precedentes, averigua-se a hipótese de que o direito de circulação dos povos indígenas em mobilidade transfronteiriça encontra-se inserido no ordenamento jurídico interno brasileiro, mas não em virtude de regulamentação migratória ou previsão expressa na Lei de Migração, e sim mediante diálogo entre a ordem doméstica brasileira, o DIDH, o SIDH e os parâmetros mínimos fixados pela Corte IDH.

Essa análise tem por pano de fundo a proposta de que o entrelaçamento entre a ordem constitucional estatal e as ordens normativas das comunidades indígenas ocasiona problemas jurídico-constitucionais cujas soluções ainda estão em apuração, mas que definitivamente devem conceber estratégias de abertura ao diálogo, de receptividade ao diferente e de prática da alteridade.

As particularidades normativas das comunidades indígenas retratam uma diversidade de perspectiva e compreensão sobre dignidade e conteúdo de direitos humanos e fundamentais divergentes do paradigma de um constitucionalismo estatal fechado em si mesmo. Motivo pelo qual o reconhecimento do direito de circulação transfronteiriça dos povos indígenas, especificamente dos Kaiowá *Paĩ Tavyterã* na faixa de fronteira entre Mato Grosso do Sul e o Paraguai, depende de um estudo interdisciplinar em constante associação com a Antropologia do Direito, bem como, da adoção do diálogo entre diferentes ordens jurídicas.

O entrelaçamento entre ordens jurídico-normativas, sejam elas internacionais, regionais, interamericanas, nacionais ou extraestatais das comunidades indígenas, pressupõe processos cognitivos de abertura da ordem constitucional estatal para realidades plurais, bem como, para a integração da ordem jurídica interna brasileira ao DIDH e ao SIDH, na busca pela construção de uma ordem multinível de proteção dos direitos humanos.

Contudo, não é o que se verifica na prática, visto que, no caso do direito de circulação dos povos indígenas, o Estado brasileiro declaradamente adotou uma postura de resistência e de não compliance com o *corpus iuris* interamericano. Nessa linha, inicia-se um debate profundo a respeito do entrelaçamento de juridicidades que transitam transversalmente entre ordem constitucional estatal e ordens normativas extraestatais indígenas, sendo estas últimas

entendidas, para todos os fins, como uma expressão de juridicidade legítima e resguardada pelos próprios direitos etnicamente diferenciados garantidos pela Constituição.

3.1 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O DIREITO DE CIRCULAÇÃO E RESIDÊNCIA NA CORTE IDH

Como visto no segundo capítulo deste trabalho, o ingresso dos direitos dos povos indígenas no Direito Internacional dos Direitos Humanos, e a proteção multinível desses direitos proporcionada pela pluralidade normativa, são responsáveis pela internacionalização dos comportamentos jurídicos nacionais, de modo que integra o ordenamento jurídico interno os direitos reconhecidos em normativas internacionais ratificadas pelo Brasil, cujos órgãos estatais, também, encontram-se sob jurisdição do Sistema Global e Interamericano de proteção dos Direitos Humanos, já comprometidos com a proteção dos direitos culturais indígenas.

O sistema jurídico atual é marcado por essa abertura aos valores internacionais, como a interpretação jurídica pautada pela força expansiva dos direitos humanos e a incorporação da normatividade protetiva advinda do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. A formação do SIDH em muito contribuiu para estabelecer compromissos entre os Estados americanos para com a proteção dos direitos humanos e, conseqüentemente, integrar os países da região (CALIXTO, 2017, p. 128) na proteção multinível da pessoa humana a partir do exercício do controle de convencionalidade.

O controle de convencionalidade, doutrina nascida⁵⁹ no seio da jurisprudência da Corte IDH, paulatinamente está sendo construída no exercício diário de aplicação dos tratados de direitos humanos pelo Judiciário, mas também pela Administração Pública dos Estados integrantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (GUSSOLI, 2020, p. 2).

Ainda segundo Gussoli (2020, p. 4), o controle de convencionalidade corresponde à verificação da compatibilidade substancial de leis e atos normativos do Poder Público com os tratados internacionais de direitos humanos incorporados, de modo que, caso o Estado não adote as medidas adequadas para preservar a normatividade das Convenções, outras medidas,

⁵⁹ Burgorgue-Larsen (2016) também entende o controle de convencionalidade como uma particularidade do sistema interamericano, não previsto nos mesmos moldes no Sistema Europeu. Para mais detalhes consultar: BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Crónica de una teoría de moda en América Latina – descifrando el discurso doctrinal sobre el control de convencionalidad. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina*. Vol. III. Diálogos Jurisdicionais e Controle de Convencionalidade. Curitiba: Juruá, 2016, p. 11-47, p. 11-12.

inclusive judiciais, devem ser tomadas, de forma que, na falha do Poder Legislativo de adequar o ordenamento para compatibilizá-lo com a Convenção, cabe aos outros Poderes estatais proceder no controle de convencionalidade das normas para garantir a preservação das normas convencionais que o Estado se comprometeu seguir.

Não há consenso na doutrina a respeito do exercício de controle de convencionalidade pela Administração Pública. No Brasil, a corrente contrária ao posicionamento da Corte entende que o princípio da legalidade impediria os agentes públicos de realizar a verificação da compatibilidade entre seus atos e os tratados de direitos humanos, uma vez que não há disposição expressa no ordenamento jurídico brasileiro nesse sentido (GUSSOLI, 2020, p. 20).

Mazzuoli (2013, p. 189), inclusive, entende que a Administração Pública de um Estado de Direito deve respeitar os comandos dos tratados de direitos humanos em vigor no país ao expedir quaisquer atos administrativos, sob pena de responsabilidade internacional do país, mas defende que essa atividade não se trata de controle de convencionalidade. De qualquer forma, corrobora-se a obrigatoriedade dos órgãos estatais em observar as regras dos tratados de direitos humanos e a jurisprudência da Corte IDH.

Contudo, defende-se que a ideia de compatibilidade entre direito interno e normas convencionais pressupõe que todas as decisões internas dos Estados signatários da CADH e integrantes do SIDH levem em consideração as normativas internacionais protetivas dos direitos humanos, bem como, a jurisprudência da Corte IDH, isso inclui, inequivocamente, todas as instituições e órgãos nacionais. Os três Poderes da República devem, portanto, utilizar-se do controle de convencionalidade para honrar com os compromissos assumidos pelo Estado perante a agenda internacional de proteção dos direitos humanos, apenas a partir dessa atuação será possível construir um *Ius Constitutionale Commune*, principalmente no tocante à proteção dos povos indígenas.

Ocorre que, conforme apontam Fachin, Ribas e Cavassin (2016, p. 291)

Diferente do Sistema Europeu, o Sistema Interamericano não conta com o apoio de uma cooperação mútua dos Estados em relação aos direitos humanos, bem como não há um alto grau de respeito a esses direitos presentes internamente nos Estados. Tal constatação é reminiscência dos períodos autoritários, nos quais os direitos humanos eram concebidos apenas como uma agenda contra o Estado. Assim, as democracias latino-americanas ainda em consolidação, somam-se o elevado grau de desigualdade social e a cultura jurídica da impunidade em relação às violações de direitos humanos.

Dessa forma, percebe-se que vinculação do Brasil ao princípio do *pacta sunt servanda*⁶⁰ frente à comunidade internacional demanda que a produção normativa interna dos Estados deva estar em sintonia com o bloco de constitucionalidade, convencionado e ampliado, e o Poder Executivo tem prerrogativa constitucional de participar do processo legislativo na fase de sanção, infere-se que o Chefe do Poder Executivo também tem o dever de compatibilizar sua atuação com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil e em vigor no país. Dessa forma, furtou-se de tal incumbência ao vetar o § 2º, do art. 1º, da Lei nº 13.445/2017, visto que o direito à livre mobilidade indígena entre fronteiras é um direito reconhecido internacionalmente pelo artigo 32 da Convenção nº 169 da OIT, pelo artigo 36 da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, e pelo artigo XX da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Após, concentra-se na atuação da Corte IDH, no controle externo de convencionalidade e na transconstitucionalização dos direitos dos povos indígenas, com foco na hipótese de que o direito de circulação transfronteiriça dos povos indígenas está presente no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que a interceptação da prática cultural de perambulação no território ancestral pelos órgãos de fiscalização estatais, bem como, a negativa de proteção jurídica com a aprovação da Lei de Migração sem o § 2º, do art. 1º, representam uma postura de não compliance do Brasil, mediante a ausência de controle convencionalidade por parte dos agentes públicos.

Também, no que se refere aos parâmetros estabelecidos pela Corte IDH, analisa-se o caso Comunidades Afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Cacarica vs. Colômbia, o caso do Povo indígena Kichwa de Sarayaku vs Equador e o caso Comunidade Indígena *Xákmok Kásek* vs. Paraguai, como *standards* de interpretação jurídica da CADH, a partir da força expansiva dos direitos humanos. Referidos casos servem de paradigma, apesar de suas especificidades, pois em muito se assemelham às condições de violação dos Kaiowá *Paĩ Tavyterã* em *Ñande Ru Marangatu*, o que pode contribuir para visualizar a violação ao direito de circulação e residência dos povos tradicionais que foram expropriados de seu território sem ter tido seu direito de circular pelo território tradicional.

⁶⁰ O princípio do *pacta sunt servanda* advém do direito internacional consuetudinário e dispõe a respeito da necessidade do cumprimento de boa-fé e da impossibilidade de invocar disposições do direito interno para justificar o descumprimento de tratados internacionais (Art. 26, 31.1 e 27 da Convenção de Viena), o que implica na necessidade de realização do controle de convencionalidade e da interpretação conforme como meio de efetiva proteção dos direitos humanos na região (BAZAN, 2011).

3.1.1 O direito de circulação e residência e os parâmetros estabelecidos pela Corte IDH

Apesar de não existir jurisprudência proferida pela Corte IDH que trate do fenômeno da mobilidade territorial ancestral dos povos indígenas na região de fronteira, a partir do método hipotético-dedutivo, analisa-se os parâmetros estabelecidos até então a respeito do direito de circulação e residência, previsto pelo artigo 22 da CADH, aplicado a povos tradicionais, de modo a se conjecturar que a proteção do fenômeno da mobilidade encontra-se incorporada no ordenamento jurídico interno, tendo em vista a previsão normativa do direito de circulação e residência, da prática da interpretação evolutiva, e da submissão do Brasil à jurisdição da Corte IDH e ao SIDH como um todo. Dessa forma, a violação do direito à livre mobilidade indígena dentro de seu território ancestral, em especial, traçando paralelo com o caso dos Guarani e Kaiowá na Terra Indígena *Ñande Ru Marangatu*, no município de Antônio João/MS, representa uma postura de resistência dos agentes públicos estatais contra a prática do controle de convencionalidade e ao avanço do DIDH.

Em capítulos anteriores, foram exploradas as normativas internacionais que reconhecem expressamente o direito à prática da mobilidade transfronteiriça pelos povos indígenas, contudo, também se propõe a análise da Convenção Americana que, apesar de não trazer direitos específicos em matéria dos povos indígenas, tem sido interpretada de maneira evolutiva, conforme artigo 29, b, da CADH, que proíbe a interpretação restritiva dos direitos nela elencados. Dessa maneira, a proteção da mobilidade transfronteiriça indígena no Sistema Interamericano pode ser fundamentada nos seguintes artigos da CADH: artigo 1 (obrigação de respeitar direitos), artigo 4 (direito à vida), artigo 5 (direito à integridade pessoal), artigo 7 (direito à liberdade pessoal), artigo 13 (liberdade de pensamento e expressão), artigo 21 (direito à propriedade) e artigo 22 (direito de circulação e de residência).

Sendo a mobilidade voluntária dos Kaiowá *Paĩ Tavyterã*, na fronteira entre Brasil e Paraguai, uma manifestação do sistema simbólico-cultural desse povo, que se faz presente na cosmologia e fortalece as redes de parentela e alianças políticas (CAVARARO RODRIGUES, 2019, p. 109), sua proteção relaciona-se diretamente com: o direito à vida, tendo em vista que o modo de ser e viver indígena depende de sua expressão cultural; o direito à integridade pessoal, pois a reprodução física e cultural dos Kaiowá é vislumbrada de forma coletiva a partir do contato e circulação em seu território ancestral; e, por fim, com o direito à liberdade pessoal, tendo em consideração que o direito de ir e vir sob perspectiva intercultural dos povos indígenas depende do livre trânsito, circulação e intercomunicação dos membros da coletividade com as terras tradicionais.

Em relação ao direito de circulação e de residência, previsto no artigo 22 da CADH, sua violação, no caso dos Kaiowá *Paĩ Tavyterã de Ñande Ru Marangatu*, é vislumbrada pelo impedimento da livre circulação desse povo dentro de seu *tekoha guasu*, sendo, também, uma forma de impedimento da expressão de sua cultura, o que impacta diretamente no exercício do modo de ser Kaiowá e prejudica sua transmissão às gerações futuras.

Além disso, o deslocamento forçado dos Kaiowá *Paĩ Tavyterã de Ñande Ru Marangatu* em função da expropriação do território tradicional, iniciada no processo de formação das fronteiras impostas pelos Estados Nacionais, representa uma violação do direito à propriedade, previsto no artigo 21 da CADH e interpretado evolutivamente pela Corte IDH mediante o instituto da propriedade comunal indígena, sendo que as noções de domínio e da posse das terras indígenas não necessariamente correspondem à concepção clássica de propriedade, mas merecem igual proteção do artigo 21 da Convenção Americana.

Também, a falta de respeito ao território ancestral, e a ausência de reconhecimento da especial relação que os povos indígenas mantêm com seu território, mediante a retirada de proteção jurídica do direito à livre circulação em terras tradicionalmente ocupadas, medida concretizada pelo veto ao §2º do art. 1º, da Lei nº 13.445/2017, fere o direito de participação dos representantes indígenas nos processos e tomadas de decisões acerca de temas que afetem sua vida cotidiana e a sua sobrevivência cultural. Assim, a participação do Chefe do Poder Executivo no processo legislativo se deu de forma monocrática e resultou em uma decisão unilateral, que não levou em consideração o direito das populações indígenas de serem consultadas sobre medidas que impactam sua relação com o território ancestral e que repercutem em sua expressão cultural.

Por fim, apesar do dever dos Estados-parte da CADH de respeitar os direitos e liberdades sem nenhuma discriminação⁶¹, conforme artigo 1º da CADH, a Mensagem de Veto nº 163 utilizou-se da justificativa da inconstitucionalidade para, com pobreza argumentativa e sem respeitar o bloco de constitucionalidade vigente no Brasil, negar de forma discriminatória direitos aos povos indígenas.

Como fundamento à hipótese apresentada, examinam-se os parâmetros estabelecidos pela Corte IDH até então, no que tange à interpretação do direito à circulação e de residência dos povos tradicionais, conforme caso das Comunidades Afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Cacarica vs. Colômbia, caso Povo indígena Kichwa de Sarayaku vs Equador e

⁶¹ Segundo o princípio da não discriminação, estabelecido no artigo 1.1 da Convenção, o reconhecimento do direito à identidade cultural é ingrediente e via de interpretação transversal para conceber, respeitar e garantir o gozo e o exercício dos direitos humanos dos povos e comunidades indígenas protegidos pela Convenção e, segundo seu artigo 29.b), também pelos ordenamentos jurídicos internos (OEA, 2012, parágrafo 213).

caso da Comunidade Indígena *Xákmok Kásek* vs. Paraguai. Em comum, os casos citados foram julgados pela Corte IDH em sede de violações de direitos de povos tradicionais, com enfoque na violação ao direito de circulação e residência, previsto no artigo 22 da CADH.

O caso Povo indígena Kichwa de Sarayaku vs Equador representa um *standard* mínimo para se pautar a mobilidade voluntária praticada pelos Kaiowá *Paĩ Tavyterã* em seu *tekoha guasu* a partir da proteção do direito de circulação e de residência, tendo em vista que foi declarada a responsabilidade internacional do Estado Equatoriano pela violação, entre outros, do direito de circulação e residência, reconhecido no artigo 22, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento dos membros do povo indígena. Ao que parece, o Equador possui certa consideração pela prática da circulação indígena no território ancestral, é o que se depreende dos fatos anteriores relatados na sentença da Corte IDH:

Em 27 de novembro de 2002, o Defensor Público do Equador emitiu uma declaração defensorial, na qual estabeleceu que os membros do Povo Sarayaku encontravam-se sob a proteção de sua autoridade. Também declarou que nenhuma pessoa, ou autoridade, ou funcionário, poderia impedir o livre trânsito, circulação, navegação e intercomunicação dos membros pertencentes aos Sarayaku por todas as terras e rios pelos quais necessitassem e solicitassem passar, em direito legítimo. Aquele que obstrua, impeça, ou limite, o direito de livre trânsito e circulação dos membros dessa comunidade, ou a ele oponha-se, estará sujeito à imposição das penas e sanções que estabelecem as leis do Equador (CORTE IDH, 2012, parágrafo 86).

O direito de circulação e residência é interpretado de forma evolutiva pela Corte IDH ao ser constatada a impossibilidade do povo indígena de poder circular livremente em seu território ancestral, concretamente, foi considerado que o Estado tinha pleno conhecimento do problema de livre circulação que afetou o Povo Sarayaku, mas não ofereceu, ou implementou, as medidas de proteção necessárias e suficientes para sanar essa situação (CORTE IDH, 2012, parágrafo 134).

Outro entendimento firmado pela Corte IDH no julgamento do caso Povo indígena Kichwa de Sarayaku vs Equador diz respeito ao diálogo firmado com a ordem normativa indígena, em tentativa da Corte de compreender a perspectiva de dignidade humana adotada pelos povos indígenas e a relação especial que o Povo Sarayaku possui com seu território

Para determinar a existência da relação dos povos e comunidades indígenas com suas terras tradicionais, a Corte estabeleceu: i) que ela pode expressar-se de diferentes maneiras, de acordo com o povo indígena em questão e as circunstâncias concretas em que se encontre; e ii) que a relação com as terras deve ser possível. Algumas formas de expressão dessa relação poderiam incluir o uso ou presença tradicional, por meio dos laços espirituais ou cerimoniais; assentamentos ou cultivos esporádicos; formas tradicionais de subsistência, como caça, pesca, ou colheita sazonal ou nômade; uso de recursos naturais ligados a seus costumes ou outros elementos característicos de sua cultura. O segundo elemento implica que os membros da comunidade não se vejam impedidos, por causas alheias à sua vontade,

de realizar as atividades que revelam a persistência da relação com suas terras tradicionais (CORTE IDH, 2012, parágrafo 148).

Por outro lado, o caso Comunidades Afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Cacarica vs. Colômbia representa um *standard* mínimo para se pautar o deslocamento forçado dos Kaiowá *Paĩ Tavyterã*, do Brasil para o Paraguai, em função da expropriação de seu território e pela formação das fronteiras nacionais entre os dois países. A peculiaridade do caso Comunidades Afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Cacarica vs. Colômbia advém da realização da Operação Gênesis, que resultou em graves violações de direitos humanos e no deslocamento forçado de quase 3.500 pessoas.

A sentença proferida pela Corte IDH reconheceu a responsabilidade do Estado colombiano no tocante

a) a violação dos direitos à integridade pessoal e a não serem deslocados forçadamente de suas comunidades (art. 5.1 da CADH); b) violação do direito à vida e à integridade pessoal do Sr. López Mena (art. 5.1 c/c art. 4.4 da CADH); c) a violação do direito à circulação e residência das Comunidades afrodescendentes deslocadas, bem como do direito à integridade das crianças afrodescendentes deslocadas em razão da operação militar (art. 22.1 da CADH); d) a violação do direito à propriedade coletiva dos membros das comunidades deslocadas (art. 21 da CADH); e) a violação dos direitos e garantias judiciais das comunidades afrodescendentes envolvidas e; f) pela atuação insuficiente do Poder Judiciário colombiano, que ocasionou prejuízo aos familiares de Marino López Mena (art. 25.1 da CADH) (CORTE IDH, 2013).

O reconhecimento da propriedade coletiva às comunidades afrodescendentes é uma inovação trazida pela sentença, que conferiu os direitos diferenciados aplicáveis aos povos indígenas às populações negras tradicionais⁶². Além disso, o deslocamento forçado e a falta de assistência humanitária contribuíram para o quadro de violação de direitos da comunidade, intensificando a discriminação e a desigualdade de acesso a direitos básicos, motivo pelo qual, entre as medidas exigidas na sentença, está a obrigação estatal de garantia de regresso seguro das comunidades afrodescendentes deslocadas para seu território tradicional, na forma dos artigos 22 e 5 da CADH.

Além disso, em função do deslocamento forçado, a Corte IDH ponderou a respeito da proteção da família e dos direitos da infância e da juventude daqueles impedidos de viver em seu território tradicional. Segundo a sentença, “*el Estado no tomó las medidas positivas*

⁶² Referido entendimento representa, na verdade, uma evolução na jurisprudência da Corte IDH, tendo em vista que pela primeira vez foi utilizado o termo “comunidade afrodescendente”, pois antes as comunidades negras eram referenciadas como “comunidades tribais”. A aplicação direta do direito à propriedade coletiva do território ancestral se deu a partir de um diálogo da Corte com o ordenamento jurídico colombiano, que, de antemão, aplicava diretamente os direitos diferenciados dos povos indígenas para as comunidades afrodescendentes (PAIVA; ARAGON HEEMANN, 2019, p. 245).

necesarias para la debida protección e integridad de las familias desplazadas, las cuales se vieron fragmentadas o separados sus miembros” (CORTE IDH, 2013, parágrafo 325).

Apesar da particularidade do caso em tela estar relacionado à situação de conflito armado, ainda sim, paralelos são traçados em comparação com a situação dos Kaiowá *Paĩ Tavyterã* em *Ñande Ru Marangatu*, visto que a expropriação de seu território tradicional e o consequente “esparramo” desmantelou aldeias e desarticulou diversas famílias, deixando esses moradores dispersos sem as condições necessárias para manter suas práticas religiosas coletivas e específicas, especialmente os rituais de iniciação dos meninos e das meninas (CAVARARO RODRIGUES, 2019, p. 43).

Quanto aos direitos das crianças de comunidades tradicionais em situação de deslocamento forçado, a Corte IDH pronunciou que

En el presente caso, no ha sido controvertido que, como consecuencia de los hechos del presente caso, varios centenares de personas han tenido que desplazarse de las Comunidades del río Cacarica, dentro de las cuales se encuentran niñas y niños mientras que otros nacieron en condiciones de desplazamiento. Por ende, el Estado es responsable por la violación a los derechos de niños y niñas, por no haber desarrollado las acciones positivas suficientes a su favor en un contexto de mayor vulnerabilidad, en particular mientras estuvieron alejados de sus territorios ancestrales, período en que se vieron afectados por la falta de acceso a educación y a salud, el hacinamiento y la falta de alimentación adecuada (CORTE IDH, 2013, parágrafo 330).

Outro exemplo importante para demonstrar a postura da Corte IDH no que tange ao direito dos povos indígenas de viver livremente em seus próprios territórios, cita-se o julgamento do caso da Comunidade Indígena *Xákmok Kásek* vs. Paraguai, em que foi sustentada a estreita relação que mantêm com a terra, devendo ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de sua cultura, de sua vida espiritual, de sua integridade e de sua sobrevivência econômica (CORTE IDH, 2010, parágrafo 87). Referido caso é relevante porque a reivindicação indígena dizia respeito ao uso do território ancestral, sem as restrições impostas na região, bem como, ao direito de ir e vir no território, pois suas práticas culturais e ritos estavam sendo obstaculizados em virtude da restrição de locomoção.

A esse respeito, o direito comunitário de propriedade também estava sendo restringido em virtude das diversas proibições relativas às atividades de caça, pesca e cultivo de alimentos nas denominadas áreas silvestres protegidas sob domínio privado, ignorando o modo de vida peculiar dos indígenas e seu direito de locomoção. O parágrafo 311 da sentença prolatada, inclusive, chama a atenção para o dever do Paraguai em exercer o devido controle

de convencionalidade entre suas normas internas, a convenção e demais diplomas de proteção e promoção dos direitos humanos na região:

En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (CORTE IDH, 2010, parágrafo 311, p. 79).

Com a incursão teórica e análise de sentenças prolatadas pela Corte IDH, verifica-se que o mero “vazio normativo” no ordenamento jurídico interno não é justificativa para impedir a efetivação de direitos e liberdades fundamentais dos povos indígenas, os quais são reconhecidos por normativas internacionais, pelo SIDH e pelos parâmetros estipulados como *standards* mínimos de conduta dos países integrantes do sistema. Assim, à luz dos casos Comunidades Afrodescendentes deslocadas da Bacia do Rio Cacarica vs. Colômbia, Povo indígena Kichwa de Sarayaku vs Equador e Comunidade Indígena *Xákmok Kásek* vs. Paraguai, é possível suprimir normas contrárias ou ausentes no ordenamento jurídico brasileiro e desenvolver manifestações de ordem pública ajustadas ao fim de proteção dos direitos dos povos indígenas.

Dessa forma, mediante a proposição dos parâmetros apresentados, infere-se que a interpretação evolutiva dos artigos da CADH confere proteção aos povos indígenas, mesmo que referida normativa não faça menção expressa a seus direitos, podendo, inclusive, amparar o contexto dos Guarani e Kaiowá da Terra Indígena *Ñande Ru Marangatu*, no município de Antônio João/MS, uma vez que a Corte IDH firmou o entendimento de que o deslocamento forçado de comunidades tradicionais para longe de seu território ancestral viola o direito de circulação e residência, previsto no artigo 22 da CADH, bem como, também se pronunciou a respeito da responsabilidade do Estado pela adoção de medidas que resultem no impedimento da livre circulação das comunidades indígenas em seu território ancestral, que, no caso brasileiro, é representado pela Mensagem de Veto nº 163, um ato estatal do Poder Executivo que deixou de reconhecer a livre circulação em terras tradicionalmente ocupadas, impondo uma situação de forjada clandestinidade aos indígenas fronteiriços.

3.1.2 Controle de convencionalidade interno e a Mensagem de Veto nº 163

A responsabilidade internacional de um Estado por descumprimento de suas obrigações internacionais faz parte da nova realidade instaurada pelo paradigma do DIDH, pela flexibilização da soberania estatal e pelos processos de constitucionalização do direito internacional e de internacionalização do direito constitucional, os quais proporcionaram a contínua expansão da proteção da dignidade humana no cenário internacional e interno dos países integrantes dos sistemas globais e regionais de proteção.

O controle de convencionalidade apresenta-se como um mecanismo de interação entre ordens jurídicas protetivas que busca, justamente, evitar a responsabilização internacional, pois pressupõe que a prática jurídica dos órgãos estatais internos deve levar em consideração os tratados internacionais ratificados pelo país e a jurisprudência internacional no tocante à proteção da pessoa humana. Foi na sentença proferida no caso *Almonacid Arellano vs. Chile* que a Corte IDH, pela primeira vez⁶³, delineou o papel dos Estados signatários em fazer cumprir a proteção dos direitos humanos pretendida pela CADH,

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CORTE IDH, 2006, parágrafo 124).

Depreende-se de referido trecho da sentença que a Corte IDH entendia o controle de convencionalidade como uma prerrogativa do Poder Judiciário, contudo, conforme evolução da doutrina adotada pela Corte, passou-se a entender, a partir do Caso *Gelman vs. Uruguai*, que o controle de convencionalidade é função e tarefa de qualquer autoridade pública (GUSSOLI, 2020, p. 12). Essa evolução jurisprudencial referente ao controle de convencionalidade é fundamental para o estudo proposto, visto que se defende a incumbência de todas as autoridades domésticas, inclusive o Poder Executivo no exercício de sua função

⁶³ Destaca-se que, conforme classificação proposta por Marcelo Torelly, existem cinco fases para o desenvolvimento da doutrina do controle de convencionalidade por parte da Corte IDH, quais sejam: i) a fase de aproximação do conceito; ii) a fase de estabelecimento da ideia de obrigação dos juízes internos de levarem em conta, quando do exercício do controle de convencionalidade, a interpretação da Convenção dada pela Corte IDH; iii) a fase de reversão do convite aos magistrados a aplicarem a Convenção para uma noção de vinculação à interpretação da Corte; iv) a fase da hierarquia supraconstitucional da Convenção Americana no SIDH; v) e a fase da interpretação empreendida pela Corte IDH entendida como hierarquicamente superior aos atos estatais domésticos, afirmando seu poder de revisão (TORELLY, 2017, p. 331).

no processo legislativo, na verificação da compatibilidade entre as normas jurídicas criadas pelo Estado com a CADH, com a jurisprudência da Corte IDH e com os tratados de direitos humanos de que o Estado seja parte.

O Caso Gelman vs. Uruguai também levanta a questão da compatibilidade entre o sistema jurídico doméstico e o DIDH como uma característica indissociável do Estado Democrático de Direito, uma vez que as cláusulas de abertura constitucionais às normas internacionais objetivam a proteção do indivíduo. A respeito da sentença proferida no caso Gelman vs. Uruguai, destaca-se

A legitimação democrática de determinados fatos ou atos numa sociedade está limitada pelas normas e obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos reconhecidos em tratados como a Convenção Americana, de modo que a existência de um verdadeiro regime democrático está determinada por suas características tanto formais como substantivas, motivo pelo qual particularmente em casos de graves violações às normas do Direito Internacional, a proteção dos direitos humanos constitui um limite intransponível à regra de maiorias, isto é, à esfera do “suscetível de ser decidido” por parte das maiorias em instâncias democráticas, nas quais também deve primar um “controle de convencionalidade” (par. 193 supra), que é função e tarefa de qualquer autoridade pública e não apenas do Poder Judiciário (CORTE IDH, 2011, parágrafo 239).

Entende-se o relevante papel das autoridades estatais domésticas na proteção dos direitos humanos ao exercerem suas funções típicas e adotarem como marco referencial de controle o *corpus iuris* interamericano, formado pela CADH, pela jurisprudência da Corte IDH e pelos tratados internacionais ratificados do Estado (OLSEN, 2020, p. 278), tendo em vista que a convergência entre as ordens jurídicas é capaz de formar padrões jurídicos regionais sobre a proteção dos direitos de grupos vulneráveis, como é o caso dos povos indígenas, respeitando, também, a norma convencional presente na Convenção Americana de Direitos Humanos, na forma do artigo 2º, que demanda dos Estados membros adequação de seu direito interno aos padrões convencionais.

A respeito dos parâmetros a serem utilizados pelas autoridades estatais domésticas, Olsen (2020, p. 280) adverte que, para além das normas da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua interpretação proferida por sentenças interamericanas, deve-se levar em conta, também, outros tratados interamericanos de que os Estados sejam parte, bem como, as opiniões consultivas proferidas pela Corte IDH. À vista disso, salienta-se a ratificação do Brasil à Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que se refere à existência, relevância e respeitabilidade de direitos individuais e coletivos dos indígenas, como, a título de exemplo, o direito de transitar, manter, desenvolver contatos, relações e cooperação direta, inclusive atividades de caráter espiritual, cultural, político, econômico e

social, com os membros de seu povo e com outros povos divididos por fronteiras internacionais, na forma do artigo XX de referida Declaração.

Outro ponto que merece destaque é a Opinião Consultiva n. 22/2016 a respeito da titularidade dos direitos humanos das pessoas jurídicas e indígenas no sistema interamericano. A Corte IDH deliberou sobre a OC 22/16⁶⁴, solicitada em 28 de abril de 2014 pela República do Panamá, e sobre a interpretação e alcance do artigo 1.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que trata a respeito da definição do conceito de pessoa, e entendeu que as comunidades indígenas são titulares dos direitos protegidos na Convenção e podem acessar o sistema interamericano (CORTE IDH, 2016).

Cabe mencionar que houve significativa evolução jurisprudencial no que tange aos direitos das comunidades indígenas, isso porque, no caso da Comunidade Mayagna Awas Tingni vs Nicarágua, a Corte IDH considerou como sujeitos de direito apenas os membros da comunidade indígena, enquanto que, no caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Equador, foi reconhecida a comunidade indígena como titular dos direitos protegidos, e não os membros através desta (GALVÃO; BARZA, 2018, p. 177). Nesse campo, a sentença proferida pela Corte considerou a violação dos direitos do povo indígena Kichwa no que tange à propriedade comum, à identidade cultural, à circulação e residência e às garantias judiciais, de modo que o Estado foi considerado responsável por colocar em risco a vida e a integridade física da comunidade em sua coletividade (CORTE IDH, 2012), e a OC 22/16, em conformidade com a evolução do entendimento da Corte sobre a temática, também é favorável aos direitos e garantias dos povos indígenas ao entender que as comunidades indígenas possuem legitimidade para acessar o SIDH.

Diante disso, torna-se necessária a discussão acerca da força expansiva dos direitos dos povos indígenas, protegidos internacionalmente por instrumentos normativos e pela atuação da Corte IDH, em um exercício de convergência e diálogo que, infelizmente, não é acompanhado pelos Estados latino-americanos, cujos atores jurídicos nacionais permanecem negligentes frente às decisões da Corte IDH e também no que tange à aplicação do controle de convencionalidade na rotina da práxis constitucional.

⁶⁴ Frisa-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, além da competência contenciosa, também possui função consultiva, de modo a exercer comportamento interpretativo ao funcionar como órgão de consulta para questionamentos relativos à correta aplicação da Convenção e de outros tratados de Direitos Humanos.

Apesar da teoria do controle de convencionalidade ter evoluído ao ponto de entender como função e tarefa de qualquer autoridade pública a compatibilização do sistema jurídico interno ao *corpus iuris* interamericano, ainda sim, percebe-se displicência dos atores jurídicos nacionais em cumprir com o dever de adequação de seu direito interno aos padrões convencionais. Segundo Fachin, Ribas e Cavassin (2016, p. 296), a falta de aplicação adequada do controle de convencionalidade por parte dos órgãos estatais brasileiros está diretamente relacionada à pouca familiaridade dos atores jurídicos nacionais com o Direito Internacional dos Direitos Humanos⁶⁵, enquanto que os atores jurídicos de outros países, como é o caso da Argentina e do Chile, por outro lado, aplicam automaticamente as decisões internacionais⁶⁶.

A isso se soma a crítica decolonial⁶⁷ que expõe a falta de interesse político na adoção de medidas que assegurem direitos às minorias étnicas, como é o caso da recusa de reconhecimento do direito à livre mobilidade indígena entre fronteiras, por meio de veto presidencial. Sustenta-se que, apesar da reconhecida competência de todas as autoridades estatais em realizar o controle de convencionalidade, o chefe do executivo furtou-se de sua incumbência, tendo em vista que a fruição do direito à mobilidade territorial instiga a consagração de direitos territoriais sobre terras ancestrais usurpadas por ruralistas representantes do agronegócio que comanda o país. Dessa forma, o Presidente da República analisou o dispositivo legal a partir de uma perspectiva restrita ao controle de constitucionalidade, sem levar em consideração o envolvimento do Brasil no DIDH e no SIDH, isto é, apesar da justificativa da inconstitucionalidade assumida pelo veto presidencial,

⁶⁵ Segundo as autoras (FACHIN; RIBAS; CAVASSIN, 2016, p. 295), que se utilizaram de pesquisa realizada por José Ricardo Cunha no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o grau de educação em direitos humanos dentro do Poder Judiciário é baixo, a despeito deste ser o Poder da República com maior incumbência na temática, de modo que, na pesquisa empírica realizada, 84% dos juizes entrevistados não teve qualquer educação em direitos humanos e 59% declararam ter conhecimento apenas superficial dos sistemas da ONU e da OEA. Para mais detalhes consultar: CUNHA, José Ricardo. Direitos Humanos, Poder Judiciário e Sociedade. Rio de Janeiro: FGV, 2011, p. 27-40.

⁶⁶ A Argentina e o Chile possuem cortes locais que referenciam o direito internacional e fazem uma releitura do direito doméstico. O caso da Argentina é significativo pois o país nunca foi condenado pela Corte IDH após a redemocratização, isso porque, segundo Torelly (2016, p. 159), o próprio Judiciário argentino, ao lidar com as leis de anistia, mobilizou diversas fontes normativas internacionais, para além da Convenção Americana e dos julgados da Corte, objetivando dar respostas jurídicas socialmente adequadas a ao problema da impunidade das violações contra os direitos humanos perpetradas na ditadura. O Chile, por outro lado, foi condenado pela Corte Interamericana no bojo do caso Almonacid Arellano v. Chile, contudo, quando a sentença é expedida, em 2006, apesar da manutenção da lei de anistia de 1978, o Chile processava graves violações contra os direitos humanos ocorridas no passado, de modo que as Cortes domésticas chilenas haviam, de antemão, incorporando o Direito Internacional em suas decisões (TORELLY, 2016, p. 163).

⁶⁷ É importante pontuar que, em países da periferia global, os direitos expressos em textos oficiais internacionais são freados por considerações geopolíticas, cuja dinâmica de poder assimétrica prevalece sobre os interesses dos povos originários.

o § 2º, do art. 1º é totalmente convencional e está em conformidade com as normativas internacionais ratificadas pelo Brasil, cujos direitos estão materialmente incorporados no ordenamento jurídico interno.

A Mensagem de Veto nº 163 à Lei nº 13.445/2017, e a entrada no ordenamento jurídico de uma lei infraconstitucional que não reconhece o direito de circulação e residência dos povos indígenas em seu território ancestral, afrontando o bloco de constitucionalidade vigente, demonstram que a postura do Brasil vai na contramão dos *standards* regionais de proteção à identidade cultural indígena delineados pelo Sistema Interamericano. Essa postura de resistência por parte dos órgãos estatais brasileiros pode levar à responsabilização internacional do Brasil, seja pela violação dos tratados internacionais que reconhecem expressamente o direito de mobilidade territorial entre fronteiras, seja pela violação do artigo 22 da CADH, que dispõe a respeito do direito de circulação e residência a partir de uma perspectiva abrangente mas que, em interpretação evolutiva, manifesta a orientação do DIDH no sentido de proteção dos povos indígenas e suas práticas culturais.

3.2 A INCONVENCIONALIDADE DA MENSAGEM DE VETO Nº 163 À LEI Nº 13.445/2017 E A VIOLAÇÃO DO DIREITO DE CIRCULAÇÃO INDÍGENA

A partir desse estudo, evidencia-se a importância da dinâmica territorial indígena para a herança cultural e compartilhamento da cultura Kaiowá, o que demonstra a severidade da Mensagem de Veto nº 163 ao dispositivo do Projeto de Lei de Migração que previa proteção jurídica ao direito à livre mobilidade indígena entre fronteiras.

Os vários vetos presidenciais que incidiram sobre a Lei nº 13.445/2017, em especial, o veto ao § 2º, do art. 1º, que reconhecia o direito originário dos povos indígenas à livre circulação em terras tradicionalmente ocupadas

Dentre as justificativas utilizadas na Mensagem de Veto, não se identificou, contudo, argumentos racionais e fundamentados que tenham levado em conta o bloco de constitucionalidade, composto pelas normas constitucionais e pelos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, de modo que o exercício do poder de veto pelo Presidente da República, no que tange ao direito à livre mobilidade indígena entre fronteiras, representou uma outorga unilateral de decisão que obsta a consumação dos comandos constitucionais garantistas dos direitos indígenas, pautados pelo reconhecimento de diferentes percepções de

realidade e de concepção de dignidade humana.

O desafio da Lei de Migração era revogar o Estatuto do Estrangeiro de modo a compatibilizar a legislação infraconstitucional com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e com os próprios preceitos constitucionais vigentes, para isso, foi responsável por estabelecer o ramo do Direito Migratório e quebrar com o axioma anteriormente vigente de que o imigrante era um antagonista da segurança nacional. Entretanto, o novo marco normativo também deveria ter reconhecido o direito indígena à livre circulação em terras tradicionalmente ocupadas para que pudesse respeitar o bloco de constitucionalidade brasileiro e honrar com o próprio paradigma por ele instaurado.

Para fundamentar tal afirmação, primeiramente, será apresentado o novo arcabouço normativo de regulação dos fluxos migratórios pretendido pelo Projeto de Lei nº 288, de 2013, preocupado em compatibilizar o ordenamento jurídico infraconstitucional com os pilares do Estado Democrático de Direito e com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Também, pretende-se a exposição das investidas retrógradas que incidiram sobre a Lei nº 13.445/2017, mediante a análise dos vetos presidenciais aos diversos dispositivos legais e do Decreto nº 9.199/2017, que busca a regulamentação da Lei de Migração.

Outro ponto relevante a ser apresentado é o modelo institucional do veto, referente ao poder do chefe do executivo de negar sanção a determinada elaboração legislativa, isso porque o veto parcial utilizado para negar o reconhecimento previsto pelo § 2º, do art. 1º da Lei nº 13.445/2017 é uma amostra do poder de agenda presidencial⁶⁸, que permite a condução da política institucional de modo a impedir mudanças indesejadas para o projeto político do governo.

Após debater o poder de veto e seu papel no ordenamento jurídico brasileiro, avalia-se os argumentos utilizados na Mensagem de Veto nº 163, especificamente no que tange ao veto ao § 2º, do art. 1º da Lei nº 13.445/2017, pois aqui interessa ponderar a respeito da constitucionalidade do argumento jurídico empregado pelo Presidente da República, tendo em vista que o bloco de constitucionalidade que vincula a atuação de todos os órgãos estatais é composto não só pelas normas constitucionais, mas também pelos tratados de direitos

⁶⁸ O poder de agenda refere-se a uma das características do presidencialismo, que é conferir capacidade ao Presidente de intervir no processo legislativo, de modo que o presidente pode atender sua agenda política intercedendo diretamente sobre a criação da lei. Para mais detalhes consultar: LAMOUNIER, Leonardo Alves. Poder de agenda, poder de veto e relações Executivo-Legislativo no Brasil contemporâneo: presidencialismo de coalizão e reciprocidade estratégica. 2005. 211 f. Tese (Doutorado em Sociologia e Política) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, Minas Gerais, 2005.

humanos ratificados pelo Brasil, entre eles, a Convenção nº 169 da OIT.

3.2.1 Lei de Migração e os diversos vetos presidenciais

A intensificação dos fluxos migratórios tem fomentado estudos e demandado uma produção normativa a respeito da figura do migrante e sua condição de vulnerabilidade, tendo em vista a ampliação da arena normativa do DIDH e a centralidade dada à pessoa humana no ordenamento jurídico internacional. Contudo, no tocante à mobilidade praticada por povos indígenas em contexto de fronteira, os debates são escassos e, muitas vezes, aliados a uma postura de hostilidade frente à identidade étnica transnacional indígena, que não obedece ao conceito de fronteira nacional e não se enquadra na noção tradicional de migração humana.

A nova Lei de Migração, Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017, instituiu mudanças mais do que necessárias na ordem jurídica brasileira, tendo em vista que a legislação ordinária vigente anteriormente datava do período ditatorial e era materializada pelo Estatuto do Estrangeiro, Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, cuja preocupação fundamental era a segurança nacional e a proteção do trabalhador brasileiro. A perspectiva trazida pela nova legislação migratória nada mais faz, ao considerar o migrante como um sujeito de direitos, do que adequar o tratamento dado ao migrante aos preceitos constitucionais, como os previstos no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, que concebe a dignidade humana como sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), e no artigo 4º, inciso II, também da Constituição Federal, ao determinar que as relações internacionais do Brasil com outros países devem ser regidas pela prevalência dos direitos humanos (BRASIL, 1988).

Não há como negar a ruptura paradigmática propiciada pela nova Lei de Migração, uma vez que sua publicação representa uma guinada democrática rumo à proteção da pessoa humana independente da noção de nacionalidade. Segundo Wermuth (2020, p. 103),

A nova legislação surge a partir de uma profícua interlocução com movimentos sociais, a exemplo da Conferência sobre Migrações e Refúgio (COMIGRAR), do Fórum Social Mundial das Migrações (FSMM) e do I Diálogo de Participação Social promovido pelo Conselho Nacional de Imigração (CNIg). Todos esses eventos, realizados entre os anos de 2013 e 2016, destacaram a importância de uma legislação sobre migrações que mantivesse sintonia com o direito internacional dos Direitos Humanos, em respeito ao princípio da convencionalidade.

Importante pontuar, então, que a intenção do Projeto de Lei nº 288, de 2013, do Senado Federal (BRASIL, 2013), foi justamente incorporar no ordenamento jurídico brasileiro as reivindicações dos movimentos sociais, de modo que o novo marco normativo

migratório promovesse adequação infraconstitucional aos tratados internacionais pertinentes à temática, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, a Convenção da ONU sobre Trabalhadores Migrantes, a Convenção da ONU sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e os Protocolos sobre o Tráfico de Pessoas e o Contrabando de Imigrantes.

Abrir espaço para ouvir a sociedade civil na construção da nova regulação migratória é de extrema valia para consagrar a dignidade humana e atender às demandas de grupos vulneráveis, como é o caso dos povos indígenas. Nesse sentido, na tentativa de alinhar-se à Convenção nº 169 da OIT, bem como à Declaração da ONU e à Declaração de Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, o Projeto de Lei trouxe, no artigo 1º, parágrafo 2º, a seguinte disposição: “são plenamente garantidos os direitos originários dos povos indígenas e das populações tradicionais, em especial o direito à livre circulação em terras tradicionalmente ocupadas” (BRASIL, 2017).

Referido dispositivo não apenas está em conformidade com os tratados internacionais citados, e com o artigo 231 da Constituição Federal⁶⁹, também está em harmonia com outros dispositivos da Lei, como o art. 3º, inciso I, que estabelece como princípios e diretrizes da política migratória brasileira a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos” (BRASIL, 2017). Assim, a partir de uma interpretação sistemática da norma, os próprios princípios e diretrizes da Lei de Migração oportunizam o reconhecimento e a proteção jurídica da prática da mobilidade territorial indígena, afinal, a segurança nacional deixou de ser o eixo central da regulação migratória no ordenamento jurídico brasileiro.

Salienta-se, também, segundo Vedovato (2020, p. 713), outra inovação marcante da Nova Lei de Migração é que ela inaugura, no Brasil, o Direito Migratório e fortalece o debate a respeito da permanência do migrante no Brasil, tendo em vista que amplia as formas de regulação da situação migratória do migrante sem ter que se retirar do território nacional. Por

⁶⁹ O reconhecimento do direito originário dos povos indígenas à livre circulação em terras tradicionalmente ocupadas decorre do artigo 231 da Constituição Federal, visto que, como apresentado em tópicos anteriores, a prática da mobilidade territorial compõe a estrutura social, os costumes e as tradições indígenas, bens jurídicos protegidos pela norma constitucional. Acrescenta-se a essa constatação o fato de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas não observam as fronteiras nacionais impostas pelos Estados, motivo pelo qual o direito de trânsito no território ancestral decorre do direito de usufruto conferido aos indígenas pelo próprio artigo 231.

outro lado, mais uma vez deixou-se de lado o direito à participação política dos imigrantes⁷⁰, o que dificulta sua atuação em lutas sociais que reivindicam direitos frente ao poder público.

Para além das limitações materiais da nova legislação, provenientes do próprio processo legislativo, bem como do desafio de garantir uma aplicação e interpretação a partir dos direitos humanos pelos tribunais e órgãos administrativos, a Lei de Migração foi sancionada com diversos vetos. Esses vetos presidenciais retiram importantes dispositivos legais democraticamente discutidos nas Conferências e Fóruns, realizados ao longo de anos e com a participação ativa de movimentos sociais. Além dos vetos, cita-se também aprovação do Decreto nº 9.199/2017, que regulamenta a Lei de Migração e que, em alguns pontos, filiou-se a ideias vigentes no antigo Estatuto do Estrangeiro, diploma revogado pela Lei de Migração (VEDOVATO, 2020, p. 712).

O Decreto nº 9.199/2017, que busca regulamentar a Lei de Migração, na verdade, está em contradição com o próprio documento legal, pois minimiza a perspectiva protetiva pensada pela iniciativa legislativa ao, em seu art. 36, § 1º, atribuir aos Ministros de Estado da Justiça e Segurança Pública, das Relações Exteriores e do Trabalho a definição das condições, prazos e requisitos para a emissão do visto temporário para acolhida humanitária, o que esvazia a noção de acolhida humanitária proposta na lei (VEDOVATO, 2020, p. 715). Outro ponto importante de ser pontuado a respeito do Decreto nº 9.199/2017 é que este segue uma lógica de criminalização e securitização das migrações, como se depreende da previsão a respeito da possibilidade de solicitação de prisão, na forma de seu artigo 211.

Entre os vetos presidenciais destaca-se aquele referente ao § 2º, do art. 1º do Projeto de Lei n. 288, de 2013 (n. 2.516/15 na Câmara dos Deputados). Insta salientar que referido dispositivo foi a medida estatal mais próxima de uma proteção jurídica da mobilidade territorial, visto que reconhecia a presença marcante e dinâmica das populações indígenas em regiões fronteiriças. A partir do veto, a proteção jurídica conferida pelo Projeto de Lei foi frustrada, de modo que o Poder Executivo empregou o poder de veto na contramão de direitos reconhecidos internacionalmente por tratados de direitos humanos, como é o caso da Convenção nº 169 da OIT, de 1989, da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, e da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas,

⁷⁰ A esse respeito, apesar de não configurar objeto de análise do presente trabalho, pontua-se que o não reconhecimento da participação política do migrante deixa o Brasil isolado no constitucionalismo latino-americano, uma vez que o voto dos migrantes é direito reconhecido na Argentina, Bolívia, Colômbia, Equador, México e Peru. Além disso, importante compreender que a falta de reconhecimento desse direito, da mesma forma que o direito indígena, está relacionada às investidas conservadoras, conforme Vedovato (2020, p. 710), pois vários movimentos contrários à aprovação da lei se expressaram nas ruas de São Paulo e nas redes sociais, tomando fôlego e cooptando a pauta migratória pela disputa político-partidária.

de 2016.

A lógica empregada pelas investidas conservadoras ao novo marco normativo migratório, em vez de consagrar a dignidade humana e o protagonismo do migrante como sujeito de direitos, acaba por sujeitá-lo às demandas do interesse do Estado, além de violar o direito dos povos indígenas, que além de negligenciados também foram alvo direto de ataque pelo Poder Executivo. Nesse sentido,

Se, por um lado, a atual Lei de Migração aprovada é um passo inestimável na disputa de conceber os migrantes como pessoas portadoras de direitos, os vetos aos quais foi submetida pelo poder executivo com posterior concordância do Congresso Nacional e o resultado final da regulamentação pelo Decreto 9.199, não deixam dúvidas de que a democracia não é um valor em si mesma, é um processo de construção constante que avança e retrocede, sem que possamos perder a vigilância, sobretudo, em momentos de retrocesso ao respeito e às garantias de direitos humanos como os que o Brasil passa atualmente (SARTARETTO; BAGGIO, 2019, p. 56).

Por fim, não se nega o avanço legislativo firmado pela aprovação da Nova Lei de Migração e pela revogação do Estatuto do Estrangeiro, pois representaram marcos que redirecionam a política migratória brasileira rumo à constitucionalidade e ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Contudo, apenas se pontua que os povos indígenas figuram, mais uma vez, como minorias postas à margem da proteção jurídica garantida aos demais, visto que a negativa de reconhecimento da circulação desses povos pelo seu território ancestral demonstra a verdadeira postura do Estado brasileiro frente às reivindicações indígenas, postura essa capaz de ignorar vinculações jurídicas constitucionais e internacionais.

Para progredir na discussão, também é necessário compreender o instituto do poder de veto do Poder Executivo, visto que a previsão constitucional que garante a prerrogativa do chefe do executivo de negar sanção na fase final do processo legislativo não o abstém de cumprir seu papel de aplicar diretamente as normas de tratados internacionais de direitos humanos, conforme bloco de constitucionalidade convencional ampliado⁷¹ vigente no novo contexto de constitucionalização do direito internacional e de internacionalização do direito

⁷¹ Devido à cláusula de abertura presente no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, além dos direitos e garantias expressos no texto constitucional, direitos implícitos e outros decorrentes de tratados internacionais também estão integrados materialmente ao texto da Constituição, compondo, assim, o bloco de constitucionalidade. Além disso, sustenta-se que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) também compõe o bloco de constitucionalidade brasileiro, visto que o Decreto nº 4.463/2002 reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte IDH e o Decreto nº 678/1992 promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), tornando sua jurisprudência vinculante não apenas para a interpretação da Constituição, como também para a própria formação do paradigma de controle concentrado de constitucionalidade (CONCI; FARACO, 2020, p. 98).

constitucional.

3.2.2 Poder de veto no ordenamento jurídico brasileiro

O poder de veto é uma prerrogativa do Presidente da República ao participar da fase final do processo legislativo, representando uma característica do sistema de governo presidencialista e um dos dispositivos institucionais da teoria da separação dos poderes. A Constituição Federal prevê a participação do Poder Executivo no processo legislativo em seu artigo 66, de forma a configurar um dos principais poderes legislativos⁷² assegurados constitucionalmente ao chefe do poder Executivo nacional (HETSPER, 2012, p. 215).

Nesse tocante, passa-se a demonstrar que o papel desempenhado pelo Poder Executivo no processo legislativo não o desobriga de atender as demandas por adaptação dos arcabouços jurídicos e organizacionais aos compromissos internacionais firmados pelo Brasil, por isso, a expressa previsão constitucional, que prevê a possibilidade do chefe do Poder Executivo negar sanção a um projeto de lei, não pode ser usada como pretexto para descumprir o bloco de constitucionalidade em prol de interesses político-partidários disfarçados de argumentos jurídicos.

Ao compor o sistema de freios e contrapesos e caracterizar um instituto juspolítico, o veto presidencial não representa, em si, uma forma de embate entre o poder legislativo e o poder executivo, conforme defende Cirne (2018, p. 141), o veto pode corresponder à divergência dentro do arranjo político entre poderes, mas também é um mecanismo de cooperação entre eles. Sendo o veto o ato pelo qual o Chefe do Poder Executivo nega sanção a um projeto, ou a parte dele, obstando a sua conversão em lei, pressupõe-se que haja uma discordância, jurídica ou política, entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, mas, na prática, é possível que haja um acordo político entre os dois, dado a complexidade de referido instrumento (CIRNE, 2018, p. 142).

A respeito do veto como mecanismo de cooperação entre Poderes,

Diante da relação simbiótica entre Executivo e Legislativo, é preciso também observá-lo como um meio de cooperação de forças entre os poderes. Mais do que resumi-lo ao conflito, parece melhor conceituar o veto como uma forma de resolver problemas entre os poderes que não foram solucionados no regular processo legislativo. Trata-se de um instituto juspolítico que normatiza aspectos da relação

⁷² Destaca-se que a natureza jurídica do veto não é consenso no meio jurídico. Entende-se o veto como uma atribuição legislativa do poder executivo de interferir na criação de leis, conforme defendem Britto (1966) e Cunha (1981).

que se estabelece entre Executivo e Legislativo no processo legislativo, sem perder, contudo, seu caráter reativo, pois a reação do veto, aposto pelo Presidente da República, pode ser algumas vezes decorrente de um acordo político (CIRNE, 2018, p. 141).

Entender o veto como uma reciprocidade estratégica pode auxiliar na análise da negativa de reconhecimento ao direito à livre mobilidade indígena entre fronteiras, tendo em vista o modelo de presidencialismo de coalizão adotado no Brasil, que possibilita a preponderância do Executivo na arena legislativa. Isso porque entender o veto como a materialização de uma forma de colaboração do Poder Executivo no processo legislativo pressupõe que o Presidente da República enfrenta as mesmas questões que foram colocadas aos parlamentares sem, contudo, este ter participado do processo de interlocução com a sociedade civil, afinal, no caso da Lei de Migração, o projeto nº 288/2017 foi elaborado após a contribuição da Conferência sobre Migrações e Refúgio (COMIGRAR), do Fórum Social Mundial das Migrações (FSMM) e do I Diálogo de Participação Social promovido pelo Conselho Nacional de Imigração (CNIg).

O quadro institucional traçado coloca em questão o desempenho democrático por trás da publicação da Lei nº 13.445, uma vez que o projeto aprovado pelo Legislativo conseguiu concretizar algumas reivindicações sociais, como a previsão e reconhecimento das dinâmicas circulares dos povos indígenas em região de fronteira, que mais tarde foram rejeitadas unilateralmente⁷³ pelo Poder Executivo. Defende-se a hipótese da cooperação entre Poderes pois não houve interesse político por parte do Congresso Nacional em apreciar as razões do veto presidencial, na forma do artigo 66, § 4º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), de modo a rejeitar o veto e garantir os direitos antes materializados no projeto de lei.

Ressalta-se que a atribuição legislativa do Presidente da República não é ilimitada, nem discricionária. Segundo Hetsper (2012, p. 221), existem demarcações formais e materiais para o exercício do poder de veto, formalmente, o veto pode abranger ou a totalidade do projeto, ou integralidade de artigos, parágrafos, incisos ou alíneas; e materialmente, o veto precisa ser fundamentado e respeitar a racionalidade legislativa.

⁷³ Cita-se novamente o hiperpresidencialismo e a democracia deliberativa como principais características dos Estados latino-americanos, conforme Guillermo O'Donnell, a democracia deliberativa é aquela que se fundamenta em uma premissa básica: quem ganha uma eleição presidencial é autorizado a governar o país como lhe parecer conveniente, uma vez que o presidente é a encarnação da nação, o principal fiador do interesse nacional, o qual, inclusive, cabe a ele definir sem a intervenção nem do Legislativo, nem do Judiciário. Para mais detalhes consultar: O'DONNELL, G. Democracia delegativa?. *Novos Estudos Cebrap*, n. 31, 1991. Disponível em: <https://uenf.br/cch/lesce/files/2013/08/Texto-2.pdf>. Acesso em: 03 out. 2021.

A respeito das razões do veto, Manuel Gonçalves Ferreira Filho (2012, p. 244) esclarece que as justificativas aceitas para a recusa de sanção são a inconstitucionalidade e a inconveniência, de modo que “aquela, um motivo estritamente jurídico, a incompatibilidade com a lei mais alta. Esta, um motivo estritamente político, envolvendo uma apreciação de vantagem e desvantagem”.

Para além das limitações materiais e formais incidentes sobre a atribuição legislativa do chefe do executivo, pontua-se que, no novo contexto instaurado pelo DIDH e pelos processos de constitucionalização do direito internacional e de internacionalização do direito constitucional, a atuação do Poder Executivo no exercício de suas funções deve ser amparada pelo bloco de constitucionalidade convencionado e ampliado, conforme artigo 5º, §2º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), de modo a promover a compatibilização entre o ordenamento jurídico interno e os tratados internacionais ratificados pelo Brasil.

No caso da Lei nº 13.445/2017, o Chefe do Executivo vetou parcialmente o Projeto de Lei nº 288, de 2013, que institui a Lei de Migração, utilizando como justificativa tanto o interesse público quanto a inconstitucionalidade. Dos 18 vetos presidenciais, destaca-se o veto ao § 2º, do art. 1º, tendo em vista sua peculiaridade: o projeto de lei reconhecia o direito à livre mobilidade indígena entre fronteiras, contudo, o Executivo Federal recusou sanção a este dispositivo, impedindo que referida prática lograsse proteção jurídica. Partindo da análise de Cirne (2018), aposta-se na cooperação entre poderes em acordo político, em oposição à hipótese de divergência, tendo em vista que o Congresso Nacional brasileiro tem sido responsável por discursos que legitimam projetos de lei anti-indígenas⁷⁴, devido ao aumento de parlamentares representantes do agronegócio.

Nas razões do veto, estampadas na Mensagem de Veto nº 163/2017, percebe-se nítida confusão entre jurídico e político, entre inconstitucionalidade e inconveniência, e uma atuação jurídica-formal com pobreza argumentativa que comprometem a própria legalidade da negativa de sanção, visto que um de seus requisitos é, justamente, a motivação. Por esse motivo, é relevante o estudo da racionalidade jurídica por trás dos argumentos empregados para formular o veto emitido pelo Presidente da República, visto que o Poder Executivo tem prerrogativa constitucional para participar da elaboração legislativa, mas seu papel é monocrático e resulta em uma decisão unilateral que, no caso em tela, demonstrou sobreposição dos interesses da elite agroeconômica perante às reivindicações indígenas.

⁷⁴ Nesse sentido, Marco Antônio Rodrigues (2019, p. 14) defende que o veto ao dispositivo da Lei de Migração referente à garantia do direito à livre mobilidade dos povos fronteiriços atuou como um reflexo das políticas antidemarcatórias, visto que a livre mobilidade poderia representar uma ameaça aos interesses dos grandes latifundiários contrários aos processos de retomada de territórios historicamente pertencentes aos indígenas.

3.2.3 Os argumentos jurídicos do Presidente da República e a violação do direito de circulação dos povos indígenas

Investigar a argumentação jurídica e política da Mensagem de Veto nº 163 de 2017 torna-se imperioso para entender como é árduo o processo de elaboração normativa que garanta direitos aos povos indígenas, pois, no caso em tela, empregou-se malabarismos jurídico-formais para barrar a proteção jurídica destinada à prática da livre mobilidade indígena entre fronteiras.

O veto manifestado pelo Chefe do Executivo utilizou-se do motivo de inconstitucionalidade como justificativa legal, conforme se observa:

O dispositivo afronta os artigos 1º, I; 20, § 2º; e 231 da Constituição da República, que impõem a defesa do território nacional como elemento de soberania, pela via da atuação das instituições brasileiras nos pontos de fronteira, no controle da entrada e saída de índios e não índios e a competência da União de demarcar as terras tradicionalmente ocupadas, proteger e fazer respeitar os bens dos índios brasileiros (BRASIL, 2017).

Ao não reconhecer a livre circulação dos povos indígenas entre fronteiras, o veto presidencial representou uma violação ao seu modo de vida, desrespeitando, inclusive, o preceito constitucional de proteção e respeito para com esses povos, conforme previsto no artigo 231 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Nesse sentido, Dupas e Botelho (2017, p. 80) defendem que as justificativas legais apresentadas pelo veto presidencial não condizem com os princípios vigentes na Nova Lei de Migração, na verdade, mais se assemelham à lógica do Estatuto do Estrangeiro de defesa da soberania nacional e do utilitarismo econômico. Principiologia esta que é substituída com a Nova Lei de Migração, que em seu artigo 3º norteia política migratória por meio dos princípios da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos (DUPAS; BOTELHO, 2017, p. 81).

Em uma extensa pesquisa qualitativa a respeito do comportamento do poder Executivo na fase de sanção do processo legislativo, Cirne (2018, p. 280) relata que a manifestação jurídica possui papel de mera coadjuvante nesse processo, apesar das razões de veto serem por inconstitucionalidade ou interesse público, na prática, a autora constatou que o político é quem exerce o papel de desenvolver argumentos jurídico-formais. Nessa perspectiva, a Mensagem de Veto nº 163 manifesta-se pela inconstitucionalidade material do dispositivo que previa a mobilidade indígena entre fronteiras, porém, a manifestação jurídica resignou-se a citar os artigos 1º, I, 20, § 2º, e 231 da Constituição Federal de 1988 e traçar

razões baseadas nos antigos ditames do Estatuto do Estrangeiro, deixando de aplicar, quando a temática indígena está em pauta, a perspectiva de proteção de direitos humanos privilegiada pela nova legislação, preservando a preocupação fundamental com a defesa nacional e com a preservação da lei e da ordem.

Mediante avaliação da argumentação jurídica empregada pela Mensagem de Veto nº 163 de 2017, verifica-se a utilização de três principais fundamentos: a soberania como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme artigo 1º, inciso I, da Constituição Federal; as faixas de fronteiras como bens da União e passíveis de utilização para defesa do território nacional, na forma do artigo 20 da Constituição Federal; e, por fim, utilizou-se a parte final do *caput* do artigo 231, que dispõe a competência da União para demarcar as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, bem como, a competência da União para proteger e fazer respeitar os bens dos povos indígenas.

Referidos fundamentos, contudo, carecem de racionalidade jurídica, visto que os argumentos não estão em sintonia com o bloco de constitucionalidade vigente, nem mesmo com os próprios princípios estabelecidos pela Lei de Migração em seus outros dispositivos legais. A pobreza argumentativa e a citação do artigo 231 da Constituição Federal, instrumentalizado de forma incongruente com o próprio significado da norma, revelam que a manifestação jurídica da Mensagem de Veto nº 163 se resume a uma aversão institucional à consagração dos direitos indígenas, visto que, não raro, predomina entre juízes, legisladores e integrantes do Poder Executivo a conduta de minimizar direitos de indígenas e de outras populações tradicionais.

Além disso, ao mencionar o artigo 231 da Constituição Federal, a Mensagem de Veto ignorou o reconhecimento da organização social e das práticas tradicionais das comunidades indígenas previsto no mesmo artigo, que seria fundamento suficiente para a proteção jurídica da mobilidade entre fronteiras. A Mensagem de Veto, na verdade, valeu-se apenas da premissa final do *caput* do artigo, qual seja, a competência da União na proteção dos bens dos indígenas.

Depreende-se que referido argumento pode ter se baseado na convicção de que os indígenas adotam as mesmas concepções de nacionalidade e identidade que a sociedade envolvente, e que a presença de indígenas residentes em outros países ameaçaria os interesses dos indígenas ditos “brasileiros”⁷⁵. Outra interpretação possível para a lógica empregada pelo

⁷⁵ Como analisado anteriormente, a delimitação de fronteiras nacionais, impostas pelo Estado a fim de instituir limites ao poder soberanamente exercido, acaba por ignorar a realidade concreta das fronteiras étnico-culturais

veto relaciona-se ao fato de que o reconhecimento da interconexão entre indígenas para além das fronteiras nacionais abriria margem para se deduzir que o território a que os povos indígenas têm direito abrange muito mais do que as terras demarcadas ou em vias de possível demarcação.

Dessa forma, a justificativa para o veto, qual seja, o motivo da inconstitucionalidade, representaria apenas um pretexto para que a atuação do Poder Executivo cumprisse com os requisitos constitucionais, afinal, as razões de veto restringem-se à invocação de inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público. Ao apontar a inconstitucionalidade material do dispositivo, espera-se que o chefe do Poder Executivo verifique a adequação da nova lei com a ordem jurídica vigente, funcionando como uma instância de controle prévio tanto de constitucionalidade quanto de convencionalidade⁷⁶, contudo, não foi o que ocorreu.

O embate entre a afirmação étnica e a estrutura agrária brasileira explica a mora do país para com a consagração dos direitos territoriais indígenas, visto que a demarcação de terras é vista como um obstáculo à geração de riquezas e a uma certa noção de progresso (ARAÚJO JUNIOR, 2018, p. 54). Por conseguinte, inexistindo interesse político na prevalência da propriedade indígena sobre o latifúndio, ainda menos conveniente para o projeto político do governo seria garantir um direito que demandaria o reconhecimento de direitos territoriais mais abrangentes, motivo pelo qual a previsão do § 2º, do art. 1º, da Lei nº 13.445/2017, pode ter sido interpretada como ameaçadora e, por isso, foi alvo de veto presidencial.

Nas razões do veto, percebe-se nítida confusão entre jurídico e político, entre inconstitucionalidade e inconveniência, bem como, uma atuação jurídica-formal com pobreza argumentativa, deixando parecer que a justificativa jurídica foi obtida após um juízo de valor partidário e tendencioso do § 2º, do art. 1º, da Lei nº 13.445/2017. É diante de tal constatação que se mostra necessário o empenho da Teoria do Direito⁷⁷ em examinar a atuação legislativa

reconhecidas pelos povos indígenas, as quais são definidas e redefinidas a partir de relações sociais de reciprocidade e parentesco, de perfil dinâmico e marcadas pela persistência transfronteiriça de suas redes de relacionamento dentro do território ancestral. Tendo em vista que o território ancestral acaba por ser fracionado entre fronteiras de Estados nacionais, o conceito de nacionalidade ocidental não se aplica às práticas sociais indígenas, fundadas no pertencimento étnico e na identidade coletiva que transcende a lógica hegemônica.

⁷⁶ Segundo Gussoli (2020, p. 4), o controle de convencionalidade corresponde à verificação da compatibilidade substancial de leis e atos normativos do Poder Público com os tratados internacionais de direitos humanos incorporados, de modo que, é reconhecida a possibilidade da própria Administração Pública, de ofício e no exercício de sua função típica, exercer o papel do controle de compatibilidade da função administrativa com normas de tratados internacionais, apesar de referida atividade estar majoritariamente atrelada ao Poder Judiciário.

⁷⁷ Cirne (2018, p. 163) afirma que a Teoria do Direito concentra-se quase que exclusivamente no raciocínio judicial, motivo pelo qual propõe a desjudicialização do filósofo do Direito para que este inicie estudos no tocante à atuação dos legisladores, ou, no caso, do presidente e seu papel na última fase do processo legislativo. No mesmo sentido, Virgílio Zapatero (1994, p. 770) defende que a Teoria do Direito se preocupa demasiado

do Poder Executivo no processo de criação de leis, nesse sentido, Cirne (2018, p. 177) fornece o argumento de que

A redução das barreiras entre países facilita a comparação entre as escolhas políticas. A teoria da soberania do processo formal precisa lidar com o surgimento de novas fontes do Direito. Isso reforça a necessidade de melhor fundamentar suas decisões. Em terceiro lugar, está em andamento uma mudança do papel do Estado, o que demanda uma avaliação sobre se as decisões legislativas alcançaram seus objetivos. Isso exige um constante refinamento dos projetos (no caso, das leis) para manter a sua legitimidade. Em quarto lugar, existe uma insatisfação dos cidadãos com a inflação legislativa, a falta de clareza das normas e a insegurança provocada por uma redação defeituosa. Neste contexto, cabe ao processo legislativo se preocupar com técnicas de desenvolvimento normativo que respeitem o direito dos cidadãos e reconstruam a sua legitimidade.

Portanto, ao não reconhecer a livre circulação dos povos indígenas entre fronteiras, o veto presidencial representou uma violação ao modo de vida dos povos indígenas, desrespeitando, inclusive, o preceito constitucional de proteção e respeito aos povos indígenas, conforme previsto no artigo 231 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), bem como, a ordem internacional, tanto no sistema global quanto no sistema regional de direitos humanos, ao violar o artigo 32 da Convenção nº 169 da OIT, o artigo 36 da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, e o artigo XX da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, as quais garantem o direito de trânsito no território ancestral aos povos indígenas divididos por fronteiras internacionais e vinculam todos os órgãos estatais a adotarem medidas eficazes para facilitar o exercício e garantir a aplicação deste direito.

Dessa forma, o poder executivo, mediante poder de veto, não apenas barrou um avanço legislativo que poderia ter sido bem maior, como também não contemplou os povos indígenas como sujeitos de direitos, pois favoreceu a defesa do território nacional como elemento de soberania do estado em detrimento da fruição dos direitos fundamentais dos povos indígenas, os quais possuem noções de dignidade próprias relacionadas à territorialidade, ao pertencimento, à identidade e à mobilidade humana.

Em síntese, o Projeto de Lei nº 288/2013 pretendia um avanço legislativo muito maior do que o vigente atualmente, pois, em vez de ampliar os direitos democráticos previstos pelo artigo 231 da Constituição Federal e consagrados no âmbito internacional e interamericano, a Lei de Migração aprovada deixa de garantir proteção jurídica à livre circulação dos povos indígenas transfronteiriços em terras de ocupação originária. Esse ponto

com o que fazem os juízes e de maneira insuficiente com o que fazem os legisladores. Parece não haver uma preocupação com as questões que afetam a qualidade das normas (a efetividade, eficácia e eficiência das normas). Para mais detalhes consultar: ZAPATERO, Virgilio. De la jurisprudencia a la legislación. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante, n. 15-16, p. 769-789, 1994. Disponível em: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10653>. Acesso em: 25 out. 2021.

de retrocesso entre o Projeto de Lei e a Lei aprovada é criticada pelo trabalho jornalístico de Yamada (2017), que denuncia a criação de situações de ilegalidades artificiais para os povos indígenas transfronteiriços, enquanto que, por outro lado, nenhuma iniciativa do poder público pretende proteger as terras indígenas contra invasões e grilagens.

Em termos concretos, a falta de políticas migratórias que reconhecem tratamento diferenciado aos povos indígenas afeta diretamente a vivência física e cultural dos Kaiowá *Paĩ Tavyterã* em *Ñande Ru Marangatu*, no município de Antônio João/MS, conforme anteriormente evidenciado, pois a prática de sua *Oguata Guasu* fica comprometida e obstaculizada em virtude dos entraves burocráticos que não levam em consideração a mobilidade como um exercício do direito à identidade étnica diferenciada. Contudo, a ausência de previsão expressa a respeito dos povos indígenas na política migratória atual também prejudica outras realidade e outros povos indígenas, como é o caso do povo Warao⁷⁸, que é considerado migrante “irregular” ou indocumentado pelos agentes estatais, que pecam em desenvolver políticas de acolhimento, proteção e integração que respeite o modo de vida e identidade desses sujeitos em condição situacional migratória (CAMARGO; GALIB; MARTINI; OLIVEIRA, 2020).

Assim, o exercício do poder de veto sobre o § 2º, do art. 1º, da Lei nº 13.445/2017, demonstra que o Poder Executivo furtou-se da incumbência de verificar a compatibilidade do dispositivo legal com a Constituição e com os tratados de direitos humanos que integram o bloco de constitucionalidade brasileiro⁷⁹. Defende-se, nesse sentido, que o veto jurídico por

⁷⁸ A vinda dos indígenas Warao da República Bolivariana da Venezuela para o Brasil é um fenômeno recente que vem chamando atenção do Estado em função da delicada condição em que esses indígenas são encontrados quando em solo brasileiro. A migração de pessoas vindas da Venezuela é uma realidade contemporânea em virtude da crise econômica e política iniciada em 2014, contudo, o cenário é dificultado quando do fluxo de povos indígenas advindos do país, isso porque a política migratória de acolhimento do migrante deixa de levar em consideração o respeito integral à identidade cultural, ao modo de vida, língua, formas de expressão no mundo, desses povos. Segundo relatório da Organização Internacional para a Migração (OIM, 2020), os Warao no Brasil têm enfrentado diversas dificuldades na acolhida e permanência, como estruturas de acolhimento inadequadas aos seus modos de vida, por vezes compartilhadas com não indígenas, não havendo, tampouco, recepção adequada com relação aos benefícios do Sistema Único de Saúde de atendimento especializado a sua condição singular. Para mais detalhes consultar: OIM. Organización Internacional para las Migraciones. Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2020. Ginebra, 2020. Disponível em: <https://www.iom.int/es/news/el-informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2020-de-la-oim-obtiene-galardones-internacionales-por-su-diseno>. Acesso em: 18 jan. 2022.

⁷⁹ Devido à cláusula de abertura presente no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, além dos direitos e garantias expressos no texto constitucional, direitos implícitos e outros decorrentes de tratados internacionais também estão integrados materialmente ao texto da Constituição, compondo, assim, o bloco de constitucionalidade. Além disso, sustenta-se que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) também compõe o bloco de constitucionalidade brasileiro, visto que o Decreto nº 4.463/2002 reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte IDH e o Decreto nº 678/1992 promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa Rica), tornando sua jurisprudência vinculante não apenas para

motivo de inconstitucionalidade foi uma escusa do Poder Executivo, pois, na realidade, o reconhecimento do direito à livre mobilidade, apesar de assegurado internacionalmente e abarcado pelo artigo 231 da Constituição Federal, pressupõe uma responsabilidade do Estado na demarcação de terras indígenas que não é conveniente para o projeto político do governo.

3.3 TRANSCONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS E A ORDEM NORMATIVA INDÍGENA

Por fim, dá-se continuidade à investigação da hipótese de que a submissão do Estado brasileiro ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, principalmente a partir da construção do *Ius Constitutionale Commune* em matéria de proteção dos povos indígenas, é responsável pela introdução do direito de circulação transfronteiriça dos povos indígenas no ordenamento jurídico interno brasileiro, mesmo sem previsão infralegal específica e expressa, devendo ser considerado por todas as autoridades estatais no desempenho de suas funções atinentes aos direitos dos povos originários.

Essa análise tem por pano de fundo a vinculação do Estado brasileiro aos comandos internacionais protetivos dos direitos dos povos indígenas, em especial, o direito à livre mobilidade territorial entre fronteiras, que, conforme debatido anteriormente, foi violado no momento em que a proteção jurídica pretendida pelo Projeto de Lei nº 288, de 2013, do Senado Federal (BRASIL, 2013), foi negada pelo Presidente da República. Para tanto, discute-se o controle de convencionalidade como promotor de um diálogo entre ordens jurídicas regionais na América Latina, cuja atribuição não se restringe ao Poder Judiciário, mas sim, é tarefa de todos os órgãos estatais, inclusive, do Poder Executivo quando da participação no processo legislativo de elaboração de normas.

Além dos fundamentos apresentados para embasamento da hipótese, apresenta-se a teoria do transconstitucionalismo como um vetor de complemento e a noção de governança transversal como contraponto. A partir de Marcelo Neves (2012), vislumbra-se que a solução para o problema jurídico-constitucional, referente à proteção do direito de circulação indígena, demanda uma rede transversal construtiva de reconhecimento dos limites de observação de cada ordem envolvida, de modo que a atuação estatal deve levar em

a interpretação da Constituição, como também para a própria formação do paradigma de controle concentrado de constitucionalidade (CONCI; FARACO, 2020, p. 98).

consideração que as ordens normativas indígenas possuem racionalidades próprias no que tange aos conceitos de fronteira, mobilidade humana e vida digna.

Por fim, a partir do conceito de governança transversal, elaborada por Marcelo Torelly (2016), reconhece-se o papel proativo e relevante desempenhado pela Corte Interamericana na consolidação dos direitos dos povos indígenas na região, mais notadamente a norma de responsabilização estatal, mas se questiona a concentração do poder decisório em um único agente, como uma corte constitucional doméstica, sendo mais produtivo, segundo o autor, a participação de múltiplos atores nos espaços de decisão (TORELLY, 2016, p. 268), de modo que os órgãos estatais da ordem doméstica possam assumir uma postura reflexiva, não apenas a partir dos *standards* mínimos de proteção dos povos indígenas estabelecidos pela Corte IDH, mas também a partir da relação direta com as ordens normativas extraestatais das comunidades indígenas.

Dentre os temas trabalhados, destaca-se a retirada de proteção jurídica do direito de circulação transfronteiriça por meio de veto presidencial, a qual representa a materialização de um problema jurídico-constitucional decorrente do entrelaçamento entre a ordem constitucional estatal e as ordens normativas das comunidades indígenas, visto que, de um lado, o Chefe do Poder Executivo negou sanção ao dispositivo da Lei de Migração com base em uma interpretação literal da Constituição, e, de outro, a prática Guarani e Kaiowá de perambulação entre fronteiras representa uma prática cultural prevista pela ordem normativa das comunidades indígenas, seja como mecanismo de resolução de conflitos, para fortalecimento de laços sociais e políticos, para fins simbólicos e espirituais, ou para a garantia da vida digna e da melhor reprodução dos costumes Guarani e Kaiowá.

Na tentativa de propor a prática de um transconstitucionalismo unilateral de tolerância, marco teórico elaborado por Marcelo Neves (2012), ou a prática de um transconstitucionalismo reflexivo, conforme teoria criada por Marcelo Torelly (2016), entende-se que a construção de soluções ao problema jurídico-constitucional apresentado demanda conceber estratégias de abertura ao diálogo, de receptividade ao diferente e de prática da alteridade.

Para tanto, apresenta-se o conceito de transconstitucionalismo concebido por Marcelo Neves (2012), cuja proposta inclui a possibilidade de construção de uma relação construtiva de aprendizado e intercâmbio com as ordens normativas indígenas, a partir do viés da alteridade, em contraposição ao contexto brasileiro atual, que proporciona a sobreposição de

interesses politicamente dominantes, como ocorreu nos casos da lacuna normativa na Lei de Migração no que tange aos indígenas fronteiriços e da delonga no reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação das terras tradicionalmente ocupadas.

Ademais, importante expor que, na hipótese de colisão entre ordem estatal e ordem indígena, a proposta do transconstitucionalismo unilateral de tolerância pode ser uma alternativa à outorga de concepções externas do significado de dignidade humana e de direitos a serem conferidos aos povos indígenas, pois promove a prática da alteridade para que as comunidades indígenas sejam vistas como interlocutores de suas próprias perspectivas, a partir do conceito de “pontes de transição”.

As “pontes de transição”, preconizadas por Marcelo Neves (2012), também fundamentam o comportamento reflexivo das autoridades estatais das ordens domésticas, conforme proposta de Torelly (2016), em uma atitude de articulação jurídica transversal que instrumentalize o controle de convencionalidade, o bloco de constitucionalidade convencional e as perspectivas vigentes nas ordens normativas indígenas, que devem ser levadas em consideração quando da tomada de decisão a respeito de direitos fundamentais que lhes caibam.

3.3.1 A transconstitucionalização dos direitos dos povos indígenas e a cultura jurídica Guarani e Kaiowá de perambular pelo território

Até aqui foram construídas sínteses sobre a múltipla proteção dos direitos dos povos indígenas e sobre como o entrelaçamento entre ordens jurídicas regionais e nacionais pode resultar na incorporação do direito de circulação transfronteiriça dos povos indígenas no ordenamento jurídico interno, a despeito da ausência de reconhecimento expresso na legislação infraconstitucional, especificamente, da ausência de reconhecimento no texto aprovado e publicado da Lei de Migração. Essa discussão retrata um problema jurídico transconstitucional⁸⁰, o qual, segundo Torelly (2016, p. 95), é caracterizado por ocorrer simultaneamente em distintas ordens e regimes normativos, demandando soluções e arranjos de compatibilidade, uma vez que não são resolvíveis pela simples distribuição horizontal ou vertical de capacidades decisórias, e formas do que o autor chama de governança transversal.

A transconstitucionalização dos direitos dos povos indígenas refere-se à construção de

⁸⁰ Na perspectiva de Marcelo Neves (2012, p. 255), um problema transconstitucional pode envolver tribunais estatais, internacionais, supranacionais e instituições jurídicas locais nativas de comunidades indígenas, em busca de uma solução integrada que leve em consideração todas as ordens.

um espaço de atenção a direitos manifestados em diferentes normatividades, sejam elas globais, regionais, estrangeiras, nacionais ou extraestatais. Tal perspectiva é retirada da obra de Marcelo Torelly (2016), que contribui para o estudo ao propor que a ideia de transconstitucionalidade pode ajudar a conciliar as pretensões protetivas do sistema regional interamericano, a previsão do artigo 231 da Constituição Federal em âmbito doméstico, bem como, a normatividade própria das comunidades indígenas.

Além disso, o objeto de estudo, qual seja, o fenômeno da livre mobilidade entre fronteiras, é um direito expressamente reconhecido em normas internacionais protetivas dos direitos indígenas, sendo, inclusive, parte do bloco de constitucionalidade brasileiro, entretanto, este direito não é reconhecido expressamente pela legislação migratória, bem como, as instituições estatais não contemplam a perspectiva de direitos de caráter coletivo dos povos indígenas, nem consideram o trânsito entre fronteiras como a materialização do direito à autodeterminação dos povos.

Apesar da previsão expressa em âmbito internacional, da cláusula de abertura prescrita na Constituição Federal, da submissão dos órgãos estatais brasileiros à jurisdição da Corte IDH, ainda assim, a cultura jurídica Guarani e Kaiowá de perambulação pelo território ancestral encontra obstáculos para seu exercício. A negativa de concessão de proteção jurídica por meio de veto presidencial, em clara filiação com interesses coloniais de setores ruralistas anti demarcação de terras indígenas, demonstra uma postura de não conformação do Estado brasileiro, na figura do Poder Executivo, ao *corpus iuris* interamericano e ao DIDH, que reconhecem o tratamento etnicamente diferenciado para os indígenas fronteiriços.

As transformações ocorridas nas últimas décadas propiciaram, devido ao contexto de globalização e dos processos de constitucionalização do direito internacional e de internacionalização do direito constitucional, intenso entrelaçamento de pessoas e culturas, gerando desafios transterritoriais que ultrapassam a limitada esfera de atuação estatal e que põem em xeque a tradicional noção de soberania nacional e de constitucionalismo tradicional. Marcelo Neves (2012, p. 120) assevera que os problemas normativos deixaram de ter uma dimensão territorialmente delimitada, demandando-se que o constitucionalismo seja pensado para além do Estado, visto que se “os problemas constitucionais surgem em diversas ordens jurídicas, exige-se soluções fundadas no entrelaçamento entre elas”.

Segundo apontam Silva e Silva (2017, p. 166), as problemáticas de direitos humanos e fundamentais enfrentadas por uma sociedade mundial globalizada escapam à delimitação

territorial dos Estados nacionais, sendo ponto de interesse entre diversas ordens jurídicas, o que motiva a reformulação da antiga concepção do constitucionalismo.

Portanto, dentre as teorias que visam fazer frente à necessidade de abertura do constitucionalismo estatal para outras ordens jurídicas, a teoria do transconstitucionalismo, desenvolvida por Marcelo Neves (2012), destaca-se por defender que o oferecimento de respostas adequadas a problemas constitucionais comuns da sociedade mundial, partindo de uma perspectiva da diversidade cultural, econômica e social entre ordens jurídicas (CALIXTO; CARVALHO, 2017, p. 365).

Ou seja, diante desse novo cenário, a solução de conflitos jurídico/políticos comuns envolvendo direitos humanos e fundamentais deixou de residir no interior de um Estado nacional, fato que demanda uma nova fase do constitucionalismo moderno que promova o intercâmbio e aprendizado entre as normatividades envolvidas. Esse entrelaçamento entre as ordens jurídicas de níveis múltiplos é chamado por Marcelo Neves (2012) de “transconstitucionalismo”, de modo que as soluções às problemáticas apresentadas passam a considerar outras perspectivas e não apenas a Constituição estatal, através de um processo de constante diálogo e intercâmbio de ideias e conhecimentos entre ordens jurídicas distintas.

O transconstitucionalismo, para Neves (2012, p. 22), pressupõe a existência de um problema jurídico que perpassa diversos tipos de regimes e ordens jurídicas, promovendo o entrelaçamento de tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais, assim como, com instituições jurídicas locais nativas, na busca de uma solução conjunta que interessa a todos os envolvidos. Nesse sentido, destaca-se que a pluralidade de ordens jurídicas implica, na perspectiva do transconstitucionalismo, a relação complementar entre identidade e alteridade, a partir de uma abertura cognitiva, de modo a reconhecer que todo observador possui um limite de visibilidade e que a diversidade de perspectivas possibilita a solução do problema a partir da observação mútua, da compreensão dos próprios limites e da disposição em aprender com o outro (NEVES, 2011, p. 226).

De modo geral, o transconstitucionalismo visa promover a abertura dos constitucionalismos estatais para outras ordens jurídicas, sejam elas também estatais ou não, em um processo constante de aprendizagem recíproca que contribua para a proferição de melhores decisões no alcance de objetivos comuns. Isso importa dizer, no caso da temática indígena, que a racionalidade decisória instrumentalizada pelas autoridades estatais deve, necessariamente, considerar normatividades externas ao centro gravitacional estatal,

abrindo-se para a composição de soluções que articulem a produção normativa doméstica com a ordem internacional e com a normatividade produzida pelos próprios povos indígenas, titulares dos direitos em debate e fontes legítimas de produção de uma racionalidade jurídica própria.

A esse respeito, a necessidade de abertura se torna ainda mais evidente quando enfrentada a problemática dos direitos humanos e fundamentais de povos indígenas, garantidos constitucionalmente por Estados nacionais e respaldados tanto em instrumentos de direito internacional quanto por cortes internacionais, mas que muitas vezes são negligenciados pelos respectivos Estados, ou manejados em desacordo com o significado atribuído pela comunidade indígena, não lhes garantindo a real dignidade (SILVA; SILVA, 2017, p. 167).

Nesse sentido, é preciso compreender que, apesar das ordens extraestatais de coletividades indígenas estarem à margem do constitucionalismo, isto é, não apresentarem previsão formal no tocante aos direitos humanos ou institutos de limitações do poder, ainda sim, regulam experiências comunitárias de sociedades milenares, com suas próprias organizações sociais e institutos de harmonização de conflitos baseados em concepções próprias de dignidade humana, cidadania e direitos básicos.

Diante do confronto entre as ordens normativas indígenas e as instituições de ordem jurídico-constitucional de um Estado, Marcelo Neves (2012, p. 217) defende a prática do transconstitucionalismo unilateral de tolerância e aprendizado para a promoção de um diálogo construtivo de respeito e alteridade, evitando a todo custo a outorga unilateral de concepções externas do que significa a vida humana e de como ela pode se expressar no mundo. Para tanto, as autoridades estatais devem estar comprometidas com a articulação entre o bloco de constitucionalidade vigente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e as normatividades extraestatais das comunidades indígenas, visto que uma decisão tomada em sede de direitos fundamentais dos povos indígenas que não realize referida articulação representa, pura e simplesmente, uma imposição repressiva contrária ao próprio fundamento da dignidade humana estampada da Constituição Federal.

Contudo, é comum que os atores jurídicos estatais permitam a sobreposição de interesses politicamente dominantes atentatórios às reivindicações indígenas, sem que seja oportunizada qualquer perspectiva de diálogo. É o caso da lacuna normativa na Lei de Migração referente à presença de indígenas fronteiriços, dado que o Poder Executivo, a partir

da negativa de sanção presidencial, impediu previsão legal que reconhecesse a circulação de indígenas em terras tradicionalmente ocupadas, postura adotada pelo Chefe do Executivo em exercício de sua prerrogativa de participação no processo legislativo, abdicando de qualquer esforço reflexivo de articulação e do dever de realizar controle de convencionalidade.

Evidentemente, o conflito surge porque as autoridades estatais filiam-se aos interesses econômicos vigentes no contexto da periferia global⁸¹, no caso brasileiro, ao discurso ruralista em prol do neoextrativismo e da defesa do latifúndio, que não se beneficiam da proteção jurídica dos direitos dos povos indígenas, considerados adversários da elite econômica. O desafio enfrentado pelo transconstitucionalismo é justamente denunciar a subordinação da atuação dos órgãos estatais aos interesses econômicos, bem como, abrir caminhos para o reconhecimento dos povos indígenas como fontes legítimas de produção normativa.

O incentivo cognitivo oferecido pela teoria do transconstitucionalismo de Marcelo Neves (2012) permite reconhecer a dissonância entre os preceitos indígenas e os mandamentos estatais, o território, a título de exemplo, representa um dos elementos estruturais clássicos do conceito tradicional de Estado, enquanto que, sob a ótica Guarani, o território é o espaço no qual as relações de parentesco se reproduzem, com suas complexas redes de comunicação, formando um território transnacional entre os países em que as comunidades se instalam e por onde circulam. A inevitável colisão entre a ordem constitucional estatal e as ordens normativas indígenas exige, portanto, uma reinterpretação da ordem jurídica doméstica a partir da incorporação de sentidos normativos extraídos de outras ordens.

Essa perspectiva contribui para a construção de soluções jurídico-constitucionais que satisfaçam as reivindicações territoriais indígenas, como a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas. A respeito da mora do Estado brasileiro frente à fruição do dever constitucional de demarcação de terras, outro exemplo da sobreposição de interesses dominantes, e na contramão do estabelecimento de um diálogo construtivo para com as ordens normativas indígenas, imperioso frisar que, apesar do mandamento constitucional que prevê o direitos dos indígenas às terras tradicionais ter natureza declaratória, a União ainda

⁸¹ O Sul Global representa um contexto marcado por relações assimétricas de poder com o Norte global e por uma intensa desigualdade social, derivada dos processos de colonialidade ainda vigentes e que impactam o ser, o saber e o organiza-se politicamente do sujeito colonizado.

não cumpriu seu dever de demarcá-las nem de proteger e fazer respeitar todos os bens dos indígenas⁸² (BRASIL, 1988).

Os interesses políticos e econômicos acabam por minar as conquistas consolidadas pela Constituição Federal no tocante à questão da demarcação das terras indígenas, isso porque, sob a perspectiva de que os povos indígenas representam os principais adversários do projeto de desenvolvimento traçado para o país, o agronegócio vê na demarcação de terras um entrave para a exploração econômica e expansão da fronteira agrícola (ARAÚJO JÚNIOR, 2018, p. 179).

Na mesma linha, a lacuna normativa na Lei de Migração no que tange ao direito à livre circulação em terras tradicionalmente ocupadas relaciona-se diretamente com a pretensão negacionista dos direitos territoriais indígenas por parte das autoridades estatais, visto que a circulação em terras tradicionalmente ocupadas consiste numa extensão do direito de usufruto dessas terras⁸³, bem como, a proteção jurídica de referido direito demandaria o reconhecimento de direitos territoriais mais abrangentes, por envolver territórios transnacionais delimitados por uma racionalidade advinda diretamente dos povos originários.

Além do transconstitucionalismo entre a ordem normativa indígena e a ordem constitucional do Estado brasileiro, Marcelo Neves (2012, p. 146) destaca o transconstitucionalismo entre a ordem estatal e a ordem regional do SIDH, haja vista que a atuação da Corte IDH é uma alternativa para dirimir o conflito jurídico-constitucional. É o caso do julgamento *Yatama vs. Nicarágua*, referente à participação democrática de membros da comunidade indígena, filiados ao partido Yatama, que foram proibidos de candidatar-se à eleição municipal, segundo Neves (2012, p. 147)

A Corte IDH não só condenou o Estado da Nicarágua a indenizações por danos materiais e imateriais, como também determinou que se procedesse à reforma da respectiva lei eleitoral, concluindo: “O Estado deve reformar a regulação dos requisitos dispostos na Lei Eleitoral nº 311, de 2000, declarados violatórios da Convenção Americana de Direitos Humanos, e adotar, em prazo razoável, as medidas necessárias para que os membros das comunidades indígenas e étnicas possam participar nos processos eleitorais de forma efetiva e tomando em conta

⁸²A mora para com os direitos dos povos indígenas à terra data de 4 de outubro de 1993, quando findou o prazo de cinco anos que lhe foi dado pelo ADCT, na forma do artigo 67 (BRASIL, 1988).

⁸³ Conforme artigo 231, caput e § 2º, é reconhecido pela ordem constitucional brasileira o usufruto exclusivo das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas. Tal direito coletivo fundamental é pensado dentro da lógica ocidental oficialista ao prever o aproveitamento econômico, desde que assegurada participação indígena nos resultados, entendimento condizente com a racionalidade capitalista imperante na sociedade não-indígena. Contudo, a prática da mobilidade por esses territórios não é traduzida como uma extensão de referido direito, visto que contradiz a lógica de fronteiras nacionais definidas e a noção de mobilidade humana como desvinculação com o ponto de partida.

suas tradições, usos e costumes, nos termos do parágrafo 249 de presente sentença”. Aqui se apresenta um exemplo claro em que a ampliação de direitos fundamentais constitucionais encontrou apoio em norma da ordem internacional invocada para dirimir o conflito: a própria compreensão do direito interno de cidadania ativa, matéria intrinsecamente constitucional, ficou vinculada a regulações internacionais, passando a depender da interpretação de um tribunal também internacional.

Tal entendimento investe na ideia de que, independente do resultado ser harmonioso ou dissonante, quando se está diante de um problema jurídico-constitucional que envolva direitos dos povos indígenas, é necessária uma interação entre ordens e regimes jurídicos para que o direito constitucional possa manter sua capacidade reguladora. Afinal, conforme defendem Silva e Silva (2017, p. 174), a Constituição que pretende regular uma sociedade complexa e heterogênea, marcada por uma formação étnica-cultural diversificada, como é o caso da brasileira, para lograr força normativa, necessita articular em seu conteúdo pretensões de inclusão jurídica das coletividades diferenciadas, a partir de arranjos que busquem solucionar conflitos estruturais de sobreposição de interesses.

O papel da Constituição no sistema jurídico é explorado por Marcelo Neves (2012, p. 21) ao sugerir que o Direito deve regular a política, e não substituí-la, visto que “as Constituições em sentido moderno são normativas, não simplesmente porque se compõem de normas jurídicas, mas, especificamente, por apontarem para a diferenciação funcional entre direito e política, implicando vinculação jurídica do poder e seu controle pelo direito”. Ou seja, Neves (2012) propõe um direito constitucional transversalizável como mecanismo de mediação entre direito e política, renegando a mera “mixagem jurídica de fontes por juízes ante a um caso concreto” (TORELLY, 2016, p. 92).

Torelly (2016) interpreta a obra de Marcelo Neves (2012) a partir do posicionamento do direito constitucional em um espaço de governança transversal, sem, contudo, qualquer prevalência *a priori* do direito constitucional doméstico sobre o direito internacional dos direitos humanos (TORELLY, 2016, p. 93). A vista disso, mais uma vez se faz crítica à Mensagem de Veto nº 163, que adotou valores hierárquicos de subordinação entre regimes, ignorando a coordenação entre a ordem doméstica e o SIDH e, também, repudiando a construção de qualquer espaço transversal que leve em conta as normatividades indígenas.

Portanto, o transconstitucionalismo, na contramão da dogmática jurídica oficialista, representa uma fundamentação teórica eficiente para respaldar a tomada de decisões em contextos de alta interação entre ordens e regimes heterárquicos, principalmente no que tange aos direitos dos povos indígenas, seara que envolve ordens internacionais, regionais,

domésticas e extraestatais nativas das comunidades indígenas. Tal perspectiva é relevante para o contexto latino-americano, ambiente marcado pela diversidade étnico-cultural e propício para a aparição de problemas transconstitucionais que envolvam a relação entre ordens jurídicas estatais e ordens normativas das comunidades indígenas.

Por fim, a proposta desenvolvida por Marcelo Neves (2012) oferece incentivo cognitivo para o desenvolvimento de um espaço de transversalidade na tomada de decisões, proporcionando a melhor solução em casos de colisão entre a ordem constitucional estatal e as ordens normativas indígenas. Afinal, o Estado apenas poderá compreender e interpretar as diferentes formas de vida existentes se, na ordem jurídica, promover a receptividade ao diferente, o que influi sobre políticas públicas e decisões judiciais de maneira que seus conteúdos atendam às reivindicações e demandas dos povos indígenas, segundo sua perspectiva própria.

3.3.2 A postura de não compliance do Brasil e o Transconstitucionalismo reflexivo

Adota-se a hipótese de que o direito de circulação dos povos indígenas existe no ordenamento jurídico brasileiro, tendo vista a própria inserção do país no sistema global e interamericano de direitos humanos e a ratificação de tratados e normativas internacionais que prevêm expressamente o dever estatal de proteger e facilitar a prática da perambulação indígena entre fronteiras. Dessa forma, a falta de proteção jurídica e previsão legal na Lei de Migração, em decorrência de veto presidencial, representa, em verdade, uma postura de não compliance⁸⁴ do Brasil, mediante a ausência de controle convencionalidade por parte dos agentes públicos.

Diante da problemática da efetivação dos direitos humanos nas tensas relações entre a produção das normas internas e o respeito aos compromissos internacionais firmados com a ordem internacional, é importante considerar a postura de não conformação do Brasil em relação ao ordenamento jurídico internacional, isso porque a produção normativa a partir do dissenso, isto é, do não compliance, vai na contramão dos avanços realizados pelo DIDH.

⁸⁴ O termo “compliance”, entendido como conformidade da conduta de um agente com o mandato estabelecido por uma norma jurídica, está relacionado, segundo Von Stein (2013, p. 478), ao “grau em que o comportamento de um Estado está em conformidade com aquilo que um acordo prescreve ou proscreeve”. Ocorre compliance, conforme definição de Risse, Ropp e Sikkink (2013, p. 10), quando há um “comportamento sustentado e práticas domésticas que se conformam a normas internacionais de direitos humanos ou comportamento consistente com a lei”. Dessa forma, nota-se que há diferença entre conformidade apenas externa da conduta à norma e a internalização da norma como um princípio da própria conduta.

Isso importa dizer que a mera responsabilização do Brasil frente ao SIDH, por violação de dispositivos da CADH, não seria capaz de assentar o real exercício da livre circulação no território ancestral indígena, e, talvez, nem mesmo garantir a proteção jurídica desse direito, visto que o Brasil tem adotado posturas de resistência frente às decisões da Corte IDH⁸⁵. Para além da mera observância ou não das obrigações internacionais, a efetivação dos direitos dos povos indígenas demanda a articulação de respostas transversais que considerem tanto a normatividade regional do SIDH quanto a normatividade advinda da própria ordem extraestatal indígena.

Aposta-se na adoção de um transconstitucionalismo reflexivo⁸⁶ que considere a racionalidade de outras ordens e sistemas jurídicos na interpretação da tradição constitucional doméstica, de modo que preceitos orientadores da organização social indígena possam representar elementos informativos que fundamentem decisões das autoridades estatais, construindo soluções jurídico-constitucionais integradas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, à jurisprudência da Corte IDH e às normatividades extraestatais indígenas. Nesse sentido, segundo Torelly (2016, p. 101), a abertura dos poderes executivos e legislativo a processos jurídicos transnacionais conduzem à conformação de três padrões de interação entre direito doméstico e direito transnacional:

Os padrões de relacionamento entre o direito doméstico e direito internacional conformam três formas de interação: resistência, convergência e articulação. Enquanto a primeira caracteriza uma negativa da normatividade do direito internacional, a segunda tende a uma estabilização transconstitucional normativa que transforma o direito doméstico em um locus de implementação do direito internacional. A terceira combina elementos de múltiplas ordens e regimes jurídicos, conformando soluções que articulam conteúdos normativos de maneira harmoniosa ou dissonante, mas que sempre consideram a normatividade externa como elemento de composição da racionalidade decisória. Ao articular elementos de ordens e regimes heterárquicos, ampliam-se as possibilidades de governança transversal, explicitando a enorme gama de soluções jurídicas disponíveis para além da estrita observância ou não observância das obrigações internacionais (TORELLY, 2016, p. 107).

Pontua-se que, para a garantia dos direitos dos povos indígenas, frente a um contexto de múltiplas positivações e de interpretação evolutiva por parte da Corte IDH, é imperativo

⁸⁵ No caso da Comunidade Indígena Xucuru vs. Brasil, julgado em 2018 pela Corte IDH, a única medida de reparação declarada cumprida pelo Relatório de Supervisão de Sentença foi a de publicar o resumo oficial da Sentença, elaborada pela Corte, no Diário Oficial, em corpo de letra legível e adequado, bem como, o texto integral da Sentença, disponível por um período de, pelo menos, um ano, em uma página eletrônica oficial do Estado.

⁸⁶ Torelly (2016, p. 100) diferencia dois tipos de transconstitucionalismo: o reflexivo e o normativo. O transconstitucionalismo reflexivo é aquele no qual cortes ou agentes responsáveis por políticas públicas entram em um diálogo constitucional, harmonioso ou conflitivo, com padrões normativos de outras ordens e regimes jurídicos, enquanto que o transconstitucionalismo normativo representa uma delegação vertical de capacidade decisória ao incorporar o direito internacional dos direitos humanos em um dado nível hierárquico, dentro do regime doméstico, que prescinde da reflexão das autoridades estatais.

pensar para além da estrita observância das obrigações internacionais. A defrontação entre os atos domésticos e as disposições da CADH, ou de outros tratados internacionais, deve ser pautada por um esforço de articulação para construir a melhor interpretação ou a solução jurídica mais apropriada para o problema jurídico-constitucional apresentado, levando em conta os múltiplos regimes de governança⁸⁷.

O que Torelly (2016, p. 96) propõe é que o foco da governança se desloque do eixo substancial da busca do Direito a ser aplicado, rumo a uma perspectiva que reconheça a fragmentação e a pluralidade do Direito, e que se preocupe com o problema jurídico compartilhado. No caso da cultura Guaraní e Kaiowá de perambular pelo território, o foco dos órgãos estatais não deveria ser qual normativa aplicar, o dispositivo constitucional que versa sobre a segurança nacional, ou a norma internacional protetiva dos direitos dos povos indígenas, mas sim como o problema jurídico apresenta uma transversalidade, pois transita entre previsões constitucionais, dispositivos de tratados internacionais, decisões da Corte IDH e, o mais importante, práticas culturais previstas nas normatividades indígenas extraestatais.

Salienta-se que deixar de garantir proteção jurídica a uma prática cultural milenarmente exercida resulta apenas no prejuízo aos viventes da norma, que permanecem em uma situação de clandestinidade forjada, tendo em vista que o fenômeno da livre mobilidade foi e é muito presente no cotidiano dessas comunidades.

Ocorre que, para internalizar referida perspectiva, o Estado, necessariamente, deve reconhecer os povos indígenas como fontes legítimas de produção de normatividades jurídicas, visto que o problema da não efetivação dos direitos dos povos indígenas não será resolvido com a mera aplicação das normas internacionais que expressamente prevêm o direito à livre mobilidade, isso porque entender a ordem jurídica internacional como vinculante no regime doméstico, considerada como possuidora de um dado nível hierárquico, representa uma atitude oficialista de aplicação do direito produzido por não-indígenas, enquanto que os problemas jurídicos referentes às reivindicações desses povos, para sua efetiva solução, demandam uma postura de reconhecimento de suas próprias normatividades, que devem, assim como as ordens jurídicas internacionais e regionais, ser consideradas como elementos informativos na interpretação da tradição constitucional doméstica.

⁸⁷ A governança transversal é criada por Torelly (2016) como tese de interação não hierárquica entre direito doméstico e direito internacional, segundo o autor, um espaço de governança transversal não se limita aos Estados-parte e às organizações do Sistema Interamericano, de modo que novos protagonistas interagem funcionalmente como atores constitucionais produzindo a emergência e o rearranjo de direitos fundamentais de modo dinâmico, desafiando pressupostos de teorias clássicas do constitucionalismo e do direito internacional (TORELLY, 2016, p. 283).

Portanto, o transconstitucionalismo como técnica jurídica é empregado no presente trabalho porque, apesar de se aproximar das leituras funcionalistas⁸⁸ no que tange à construção de ferramentas para a solução de problemas que ocorrem simultaneamente em diferentes regimes e ordens jurídicas, é a única perspectiva que considera as ordens normativas extraestatais das comunidades indígenas como mais um eixo de interação, juntamente com as ordens e regimes jurídicos doméstico e regional, para a solução do problema constitucional que envolve os direitos fundamentais dos povos indígenas.

A articulação entre as múltiplas ordens e regimes jurídicos, incluindo-se, para fins da presente análise, tanto a relação da ordem doméstica com o Sistema Interamericano, quanto com a ordem extraestatal das comunidades indígenas, permite, conforme defende Torelly (2016, p. 66), integrar elementos de ordens e regimes heterárquicos, ampliando as possibilidades de governança transversal e explicitando a enorme gama de soluções jurídicas disponíveis para além da estrita observância ou não observância das obrigações internacionais.

No que tange à publicação da Lei de Migração, após incidência de vetos presidenciais e evidente lacuna normativa no que tange aos indígenas fronteiriços, sustenta-se que a retirada de proteção jurídica do direito de circulação e residência dos povos indígenas ocorreu mediante decisão monocrática do Presidente da República, que desconsiderou o direito internacional dos direitos humanos e o sistema regional interamericano como fontes normativas relevantes no momento de tomada de decisão. Contudo, também não é o caso de pressupor que o direito internacional vincule hierarquicamente o direito constitucional doméstico, na verdade, propõe-se a indução de processos reflexivos por parte das autoridades estatais, que devem ser impulsionados pela noção de *accountability*⁸⁹ no processo de transconstitucionalização dos direitos fundamentais.

⁸⁸ A vertente funcionalista, segundo Lima Sobrinho (2018, p. 29), compreende a interação entre ordens jurídicas a partir da análise de cenários, confrontos de avaliações e de juízos de valor e formulação de regras, interpretando os ordenamentos jurídicos como parte integrante do sistema social. Para mais detalhes consultar: LIMA SOBRINHO, Luis Carlos dos Santos. Controle de convencionalidade sob a abordagem da transjuridicidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁸⁹ Conforme Piovesan (2013), a noção de *international accountability* refere-se à sistemática internacional de monitoramento e controle dos códigos comuns de conduta dos Estados frente aos compromissos por eles assumidos no tocante à proteção dos direitos humanos. Outros autores, como Pinho e Sacramento (2009, p. 1345), empenham-se em traduzir o conceito de *accountability* para a realidade da administração pública brasileira, nesses estudos, a palavra *accountability* tem sido comumente traduzida como “responsabilização”, mas, na verdade, pressupõe complexos processos de organização dos cidadãos, para exercer o controle político do governo, e de descentralização e transparência do aparato governamental. Para mais detalhes consultar: PINHO, José Antonio Gomes; SACRAMENTO, Ana Rita Silva Sacramento. Accountability: já podemos traduzi-la para o português? Revista de Administração Pública (RAP), 43(6), p. 1344- 1368, 2009.

O aproveitamento da racionalidade de outra ordem jurídica para a construção da solução de um problema que corta transversalmente mais de uma ordem jurídica representa, em sua essência, a prática de um transconstitucionalismo reflexivo. No caso da Mensagem de Veto nº 163, para além da aplicação direta do artigo 32 da Convenção nº 169 da OIT, do artigo 36 da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007 e do artigo XX da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que prevêem o direito de circulação em terras tradicionais, o transconstitucionalismo reflexivo demanda o reconhecimento das ordens normativas indígenas como fontes externas legítimas para embasamento da atuação da autoridade estatal.

A aplicação direta das normativas internacionais representaria a mobilização do controle de convencionalidade como um instrumento utilizado pelas autoridades públicas domésticas para a ampliação o campo de possibilidades de cooperação dentro do SIDH, incentivando, também, a criação de um *Ius Constitutionale Commune* em matéria indígena. Porém, uma decisão transconstitucionalizante articula conteúdos normativos em busca de uma resposta mais adequada, que considere o conjunto de normatividades envolvidas, o que, necessariamente, pressupõe uma sensibilidade jurídica aberta à cultura Guarani e Kaiowá de perambulação pelo território.

Nesse sentido, o transconstitucionalismo reflexivo apresenta-se como uma alternativa às posturas hierarquizantes manifestadas por órgãos oficiais, como do Poder Executivo brasileiro, que validou a prevalência de uma interpretação literal do ordenamento jurídico doméstico, em detrimento da articulação entre os conteúdos normativos do bloco de constitucionalidade vigente com as normas internacionais, jurisprudência da Corte IDH e com as próprias ordens normativas indígenas.

No caso da prática da mobilidade transfronteiriça dos povos indígenas, o fundamento da salvaguarda do § 2º, do artigo 1, da Lei de Migração, vai além do controle de convencionalidade, pois vincula-se também ao reconhecimento da circulação nas terras tradicionalmente ocupadas como uma extensão do direito à vida digna, interpretação dada pela própria ordem normativa indígena. Para que a dignidade dos povos indígenas seja atendida, dignidade sob perspectiva da própria comunidade indígena, e não sob perspectiva do olhar dominante, faz-se necessária, então, a promoção de diálogo entre ordens normativas diversas, mesmo que uma delas não ostente estrutura jurídica constitucional, tendo em vista que a solução do impasse não pode significar em outorga unilateral em detrimento da autonomia cultural dos povos indígenas.

Dessa forma, existindo diversas pretensões normativas, bem como, a ocorrência de sobreposição de interesses politicamente dominantes sobre outros, urge a necessidade de se harmonizar os conflitos sócio-culturais existentes entre ordens normativas indígenas e a ordem constitucional estatal, mediante a perspectiva do transconstitucionalismo onde, segundo Marcelo Neves (2012, p. 118),

[...] as ordens se inter-relacionam no plano reflexivo de suas estruturas normativas são autovinculantes e dispõem de primazia. Trata-se de uma “conversação constitucional”. Ou seja, não cabe falar de uma estrutura hierárquica entre ordens: a incorporação recíproca de conteúdos implica uma releitura de sentido à luz da ordem receptora.

O enfoque a partir da teoria do transconstitucionalismo e da governança transversal possibilita conjecturar alternativas que assegurem a fruição de direitos fundamentais aos povos indígenas, que possuem noções de dignidade próprias, sob uma perspectiva específica, relacionada à territorialidade, ao pertencimento, à identidade e à mobilidade humana. Assim, quando o comando constitucional protege as manifestações culturais e a identidade étnica dos povos indígenas, cria-se um compromisso para com essas subjetividades, compromisso que pode ser logrado a partir de uma praxe constitucional voltada ao transconstitucionalismo reflexivo e ao estabelecimento de espaços de governança transversal.

Assim, o veto ao § 2º, do artigo 1, da Lei de Migração, sob o argumento da inconstitucionalidade, representa uma colisão entre a ordem constitucional estatal e as ordens normativas indígenas, pois, de um lado, apresenta-se o argumento de que a mobilidade transfronteiriça dos povos indígenas atenta contra a soberania nacional e os bens dos indígenas brasileiros (BRASIL, 2017), de outro, verifica-se a realidade concreta das comunidades indígenas que circulam por seu território ancestral, e que, empiricamente, localizam-se em diferentes países latino-americanos. A sobreposição do primeiro argumento, em detrimento da realidade dos viventes da norma demonstra que a práxis constitucional brasileira ainda está vinculada a perspectivas hierarquizantes que ignoram a realidade do SIDH e a construção de um *Ius Constitutionale Commune* em matéria de proteção dos povos indígenas, em clara postura de não compliance para com o *corpus iuris* interamericano.

Na perspectiva do Transconstitucionalismo, políticas públicas, decisões judiciais e produções legislativas que versem sobre povos indígenas devem estabelecer uma relação complementar entre identidade e alteridade, a partir de uma abertura cognitiva, de modo a reconhecer que todo observador possui um limite de visibilidade e que a diversidade de

perspectivas possibilita a solução do problema a partir da observação mútua, da compreensão dos próprios limites e da disposição em aprender com o outro (NEVES, 2012, p. 226).

Nesse sentido, a pluralidade conflituosa de interpretações a respeito do conteúdo dos direitos humanos provoca controvérsias que exigem, segundo defende Marcelo Neves (2012, p. 256), a instituição de um transconstitucionalismo pluridimensional dos direitos humanos, a partir do qual se exige uma conversação entre os diversos ordenamentos jurídicos, mediante o estabelecimento de “pontes de transição” entre os diferentes sistemas, como forma de se possibilitar aprendizados recíprocos entre as ordens envolvidas.

O estabelecimento de “pontes de transição” é primordial, especialmente porque cada sociedade detém uma visão incompleta do panorama geral, por conseguinte, a identidade do observador deve ser reconstruída a partir da alteridade, levando-se em consideração a observação do outro, dado que todo observador possui um limite de visão que culmina em um “ponto cego”, mas que pode ser visto pelo outro, em virtude de sua posição ou perspectiva de observação (NEVES, 2012, p. 297).

Segundo Calixto e Carvalho (2017, p. 376), o transconstitucionalismo é, acima de qualquer outro aspecto, contrário a um modelo de identidade cega de uma ordem jurídica determinada, de forma que a observação recíproca garanta a convivência conjunta das diferentes ordens e possibilita a conexão entre elas, superando as constantes colisões entre as diferentes interpretações conferidas aos direitos humanos.

A dignidade humana, por exemplo, é um conceito que varia no tempo e no espaço, apresentando um significado amplo e aberto às diversidades culturais e às variações sociais, motivo pelo qual não pode se dar uniformemente, segundo os padrões ocidentais de uma sociedade global capitalista (SILVA; SILVA, 2017, p. 174). Não se pode negar, a partir dessa ótica, a necessidade da alteridade quando questões de matéria indígena estão em foco, uma vez que a ordem estatal desconhece a perspectiva dos sujeitos coletivos e das concepções milenares que integram a cosmovisão indígena, do contrário, a imposição unilateral do Estado simbolizaria uma violação ao próprio conteúdo de direitos humanos e da dignidade humana.

O incentivo cognitivo propiciado pela teoria do Transconstitucionalismo possibilita que os órgãos estatais, na figura de legisladores, administradores públicos e juízes, quando estiver em pauta direitos fundamentais dos povos indígenas, exerçam suas funções típicas

mediante o corte transversal entre as ordens normativas envolvidas, evitando a todo custo a outorga unilateral de concepções externas do que significa a vida humana e de como ela pode se expressar no mundo. Afinal, para que a dignidade dos povos indígenas seja atendida, dignidade sob perspectiva da própria comunidade indígena, e não sob perspectiva do olhar dominante, faz-se necessária a promoção de “pontes de transição” entre ordens normativas diversas, mesmo que uma delas não ostente estrutura jurídica constitucional, tendo em vista que a solução do impasse não pode significar em outorga unilateral em detrimento da autonomia cultural dos povos indígenas.

Sendo assim, a alteração da percepção de adequação dos conteúdos normativos da ordem jurídica brasileira demanda um processo de transconstitucionalização reflexiva, em que os órgãos estatais, responsáveis pela tomada de decisões atinentes ao direitos dos povos indígenas, estejam abertos às razões externas que orbitam a ordem jurídica doméstica e que são perpassadas transversalmente por problemas jurídico-constitucionais comuns. A demanda por adequação, contudo, depende do desenvolvimento da noção de *accountability* pelas autoridades públicas estatais, que precisam tomar consciência das novas realidades regulatórias para além do Estado nacional e da reivindicação provinda dos novos atores individuais e coletivos da sociedade civil que, aproveitando-se das interações com o Sistema, buscam transformar demandas políticas por direitos em direitos normativamente válidos em um dado regime, com potencial de irradiação doméstica (TORELLY, 2015, p. 106).

No caso dos povos indígenas, a Corte IDH deliberou sobre a legitimidade das comunidades indígenas em acessar diretamente o Sistema Interamericano, na forma da OC 22/16. A perspectiva e a importância da participação das comunidades indígenas como atores emergentes no processo de transconstitucionalização dos direitos fundamentais é essencial para a abertura de um espaço que paute as novas demandas constitucionais transversais emergentes, como é o caso do direito de circulação e residência dos povos indígenas.

Os novos direitos e demandas constitucionais transversais derivam de fontes externas à ordem doméstica estatal e dos novos atores titulares de direitos protegidos pela CADH, cuja litigância pode pressionar as autoridades estatais domésticas na cooperação para com o SIDH, a partir de uma postura reflexiva perante os *standards* mínimos de proteção dos povos indígenas, o que pode ser depreendido da postura adotada por Torelly (2015, p. 117)

No contexto de fragmentação do direito, a Corte é capaz, se não de produzir unidade, de ao menos garantir, por meio da institucionalização de pretensões políticas em decisões normativamente válidas, a construção de *standards*

transversais que serão ou não incorporados ao direito internacional e aos direitos domésticos.

Importante, nesse sentido, tratar a ausência de reconhecimento da mobilidade transfronteiriça indígena como uma demanda constitucional transversal que foi endereçada e não reconhecida pela instituição doméstica brasileira, o que justifica seu remetimento a um fórum internacional, como o SIDH, para, depois, ser devolvida e recodificada pela ordem jurídica doméstica. Para Torelly (2016, p. 148), conceber o litígio estratégico dos novos atores privados, domésticos e transnacionais no processo de enumeração e interpretação de direitos fundamentais é fundamental para compreender a conjuntura atual do direito internacional dos direitos humanos, afinal, esses atores utilizam estratégias políticas de mobilização em âmbito transnacional capazes de pressionar e conquistar o reconhecimento de novos direitos ou impactar o escopo de direitos domesticamente reconhecidos.

Essa mobilização, marcada pela prática de um litígio estratégico, oferece visibilidade à ocorrência de sobreposições da visão ocidental hegemônica em detrimento da realidade plural dos povos indígenas, como no caso concreto da Mensagem de Veto nº 163, uma vez que a recusa de reconhecimento da prática cultural de ultrapassar fronteiras dentro do território ancestral impacta diretamente a organização social indígena, bem como, o direito à posse plena e definitiva das terras ocupadas tradicionalmente, pois é assim que o direito de usar, gozar e dispor de seu território é efetivado.

Assim, os espaços de governança transversal criados pelo SIDH são aliados internacionais dos povos indígenas na tentativa de pressionar os Estados para uma mudança de comportamento, afinal,

A mobilização transnacional, mesmo quando desacompanhada do litígio, permite a incidência sobre direitos fundamentais. Desde a perspectiva de uma maior efetividade, é importante a obtenção de soluções amistosas no Sistema Interamericano, uma vez que o grau de implementação destas tende a ser superior ao de observância de uma decisão litigiosa, uma vez que soluções que evitam o litígio geram compromissos de setores relevantes dos Estados nacionais. Por meio de processos transversais como o processo jurídico transnacional que ocorre na Comissão Interamericana, determinados atores sociais são capazes de impulsionar a alteração do escopo de direitos fundamentais, ou mesmo garantir a enumeração de novos direitos. A natureza não-judicial da Comissão Interamericana não lhe exclui do âmbito de instituições transnacionais dotadas dessa capacidade, mas o exemplo do uso do direito internacional e da interação entre a Corte Interamericana e os estados nacionais torna ainda mais explícito o impacto da governança transversal no direito constitucional doméstico (TORELLY, 2016, p. 151).

A mobilização pela garantia dos direitos dos povos indígenas na arena internacional, em conjunto com o desenvolvimento da teoria do controle de convencionalidade como

responsabilidade de todas as autoridades estatais em âmbito interno, são elementos capazes de produzir e induzir processos reflexivos de questionamento a respeito da adequação social da tomada de decisões outorgadas pelos órgãos estatais aos povos indígenas. A possibilidade de considerar o direito de circulação transfronteiriça dos povos indígenas como integrante do ordenamento jurídico brasileiro, seja em virtude do reconhecimento de referida prática pela própria comunidade indígena e sua ordem normativa extraestatal, seja pelo reconhecimento expresso de referido direito por normativas internacionais, as quais o Brasil é signatário, portanto, demonstra a existência de um espaço de governança transversal no Direito Internacional dos Direitos Humanos, em os *standards* mínimos estabelecidos pelo *Ius Constitutionale Commune* em matéria de proteção dos povos indígenas precisam ser verificados quando da tomada de decisões pelos agentes públicos.

Para além da tentativa de submissão dos atos estatais ao litígio inaugurado pelos novos atores transversais, o processo de transconstitucionalização dos direitos dos povos indígenas visa incentivar uma postura reflexiva, por parte dos atores estatais domésticos, que não tem como foco principal a ampliação do catálogo de direitos, mas sim a criação de um espaço de transversalidade onde as comunidades indígenas são ouvidas e onde suas ordens normativas extraestatais são consideradas bases de referência para a tomada de decisões que visem enumerar e redefinir o escopo dos direitos a elas garantidos.

CONCLUSÕES

A presente dissertação buscou analisar o reconhecimento do direito de circulação dos povos indígenas em mobilidade transfronteiriça a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), tendo em vista a lacuna normativa na legislação migratória que conceda proteção jurídica específica à cultura jurídica Guarani e Kaiowá de perambular pelo território ancestral. Referida investigação foi empreendida para tentar responder à indagação a respeito da existência de um direito de circulação dos povos indígenas em mobilidade transfronteiriça no ordenamento jurídico doméstico brasileiro, resultando em uma incursão teórica que rendeu três principais conclusões.

A primeira consideração decorre do objetivo específico estipulado no primeiro capítulo, qual seja, compreender como se dá a prática da mobilidade transfronteiriça pelos Guarani e Kaiowá de Mato Grosso do Sul, a partir de uma perspectiva antropológica e do pluralismo jurídico. Os conhecimentos tradicionais e as práticas culturais dos povos indígenas representam uma racionalidade normativa que colide diretamente com a ordem constitucional estatal, principalmente no que tange às noções de cidadania, fronteira, mobilidade humana, vida digna e liberdade, motivo pelo qual o fenômeno da mobilidade deve ser considerado um direito etnicamente diferenciado.

A partir do pluralismo jurídico, percebe-se que o direito de circulação no território ancestral, que engloba o território de mais de um país latino-americano, é previsto pela ordem normativa indígena, a qual coexiste com a ordem constitucional estatal e deve ser respeitada como uma experiência jurídica válida. Além disso, valeu-se da contribuição da Antropologia do Direito, cujo aporte teórico possibilita a interpretação dos fenômenos sociais e culturais presentes na cultura indígena, o que contribui para a compreensão da etnocidadania por eles exercida, na medida em que a reivindicação por seus direitos, a produção normativa a partir de suas juridicidades e suas concepções de justiça estão associadas com sua etnicidade e pertencimento étnico.

A segunda consideração tem como ponto de partida o objetivo específico de analisar a proteção conferida aos direitos dos povos indígenas pelo Direito Internacional dos Direitos

Humanos, em especial, ao direito de circulação entre fronteiras. A nova estrutura normativa internacional, inaugurada pelo paradigma do DIDH, e a proteção multinível dos direitos indígenas, principalmente em contexto latino-americano, viabilizam a construção de uma justiça constitucional regional que fixe *standards* mínimos de respeito à identidade cultural dos povos indígenas, a qual engloba o direito à vida digna, segundo suas próprias cosmovisões, e o direito à subsistência física e cultural a partir da proteção da peculiar relação das comunidades indígenas com o território, que, conseqüentemente, inclui a prática da circulação pelas terras tradicionalmente ocupadas, mesmo que essa mobilidade envolva o trânsito entre as fronteiras dos Estados nacionais.

A questão enfrentada pela perspectiva da construção de um *Ius Constitutionale Commune* latino-americano em matéria de direitos dos povos indígenas diz respeito à tomada de consciência, pelas autoridades jurídicas e órgãos estatais domésticos, da necessidade de se adotar uma postura reflexiva que considere os *standards* fixados para a tomada de decisões, quando em pauta demandas dos povos indígenas. Em verdade, os países latino-americanos possuem histórico de autoritarismo regional e de consolidação democrática frágil, o que torna referida perspectiva laboriosa de ser efetivada, mas necessária de ser adotada, principalmente como um horizonte a ser almejado, para que novas considerações e propostas sejam pensadas em conjunto com os povos indígenas e suas lideranças.

A terceira consideração adveio da tentativa de verificação do reconhecimento do direito de circulação dos povos indígenas em mobilidade transfronteiriça a partir do bloco de constitucionalidade vigente no Brasil, bem como, do entrelaçamento da ordem constitucional com a ordem normativa extraestatal Guarani e Kaiowá. Apesar da ausência de proteção jurídica específica ao direito à livre mobilidade dos povos indígenas, representando uma lacuna normativa na legislação migratória, entende-se que o direito de circulação transfronteiriça está amplamente resguardado por normativas internacionais e parâmetros fixados pela Corte IDH, de modo que o Brasil, país signatário e sob jurisdição da Corte, tem seu ordenamento jurídico interno inserido no contexto de proteção dos direitos dos povos indígenas pelo *corpus iuris* interamericano.

Em âmbito interno, percebe-se que a conjuntura de tensão e violação dos direitos dos povos indígenas é flagrantemente verificada na disputa pela demarcação de seus territórios ancestrais e no confronto direto com fazendeiros da região de Mato Grosso do Sul. Os argumentos utilizados pelo chefe do executivo para justificar o veto presidencial, que

perpetuou a lacuna normativa na legislação migratória no que tange ao tratamento dos povos indígenas transfronteiriços, apesar de camuflados por uma roupagem jurídica, filiam-se às mesmas convicções das alegações dos fazendeiros contrários à demarcação de terras, quais sejam, de que as fronteiras são estáticas e de que os povos transfronteiriços deveriam se adequar à lógica ocidental que impõe homogeneidade e aniquila conhecimentos tradicionais e práticas religiosas relacionadas à etnicidade e territorialidade Guarani.

Os argumentos utilizados na Mensagem de Veto nº 163, especificamente no que tange ao veto ao § 2º, do art. 1º da Lei nº 13.445/2017, demonstram desinteresse político em propiciar proteção jurídica à prática da mobilidade territorial, motivo pelo qual alega-se que houve acordo político entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, oportunidade em que o veto presidencial foi utilizado como reciprocidade estratégica para conservar os interesses da bancada ruralista no Congresso Nacional.

A pobreza argumentativa e a incongruência lógica das justificativas legais presentes na Mensagem de Veto nº 163 demonstram que a análise se deu levando em consideração apenas a literalidade da norma constitucional, sem, contudo, realizar o controle de convencionalidade, nem levar em consideração o bloco de constitucionalidade vigente no ordenamento jurídico brasileiro, o qual é composto tanto pelos direitos e garantias expressos no texto constitucional, quanto pelos direitos implícitos e outros decorrentes de tratados internacionais, que também estão integrados materialmente ao texto da Constituição.

Posto que as ordens normativas extraestatais das comunidades indígenas, que preveem a prática da mobilidade territorial ancestral como uma expressão étnica e identitária do modo de ser indígena, especificamente, do modo de ser Guarani e Kaiowá, bem como, que a circulação em terras tradicionalmente ocupadas consiste numa extensão do direito de usufruto dessas terras, defende-se que referido direito integra o ordenamento jurídico brasileiro tanto pela ratificação da Convenção nº 169 da OIT, da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007 e da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, quanto pelo próprio artigo 231 da Constituição Federal brasileira.

Dessa forma, o veto ao §2º do art. 1º da Lei nº 13.445/2017 materializa argumentos jurídicos restritos ao controle de constitucionalidade exercido pelo Presidente da República na última fase do processo legislativo de elaboração normativa, representando uma postura de não conformação com o ordenamento interamericano e internacional de proteção de direitos humanos. Referido §2º do art. 1º da Lei nº 13.445/2017, embora tenha sido vetado sob o

argumento de sua inconstitucionalidade, é totalmente convencional, pois está em sintonia com as Convenções e Declarações internacionais ratificadas pelo Brasil, bem como, com os parâmetros mínimos fixados pela Corte IDH no tocante à proteção dos direitos culturais dos povos indígenas.

A hipótese de que o direito de circulação transfronteiriça dos povos indígenas está presente no ordenamento jurídico interno brasileiro, devido a sua incorporação mediante ratificação de normativas internacionais que o preveem expressamente e à sujeição do Brasil ao DIDH e ao SIDH, demonstra a postura de não compliance do Estado Brasileiro. Apresentou-se, a partir desse cenário, a proposta de adoção de um Transconstitucionalismo unilateral de tolerância (NEVES, 2012) ou de um Transconstitucionalismo reflexivo (TORELLY, 2016), sendo que ambas as teorias pressupõem a articulação entre diferentes ordens jurídicas, sendo uma delas, necessariamente, a ordem normativa extraestatal das comunidades indígenas como vetores de inferência normativa de produção própria de juridicidades.

A constituição de referidas conclusões contribui para a confirmação da hipótese apresentada no início do estudo, pois, ao buscar responder à problemática e executar os objetivos específicos, a pesquisa desfecha-se com a premissa de que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, a inserção do Brasil no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, e sua consequente submissão à jurisdição da Corte Interamericana, fundamentam a existência jurídica e o reconhecimento do direito de circulação dos povos indígenas em mobilidade transfronteiriça no ordenamento jurídico brasileiro.

Apesar do veto ao §2º do art. 1º da Lei nº 13.445/2017, o direito de circulação é decorrência lógica do direito cultural, de personalidade e de usufruto das terras tradicionalmente ocupadas, todos previstos na Constituição Federal, bem como, é previsto expressamente por normativas internacionais que foram ratificadas e que geram compromissos perante sistemas de direitos humanos, aos quais o Brasil faz parte e que o país se comprometeu a cumprir. Assim, independente de existir reconhecimento expresso de tratamento diferenciado aos povos indígenas na legislação migratória brasileira, a mobilidade transfronteiriça é um fato, uma prática cultural de caminhada presente na vivência Guarani e Kaiowá que se relaciona com as questões intrínsecas ao *Tekoguata Guasu* e ao modo de ser caminhante característico do direito de personalidade desses povos.

A despeito do direito de circulação transfronteiriça dos povos indígenas estar inserido na ordenamento jurídico interno, seja em função do artigo 32 da Convenção nº 169 da OIT, do artigo 36 da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007, do artigo XX da Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, ou da interpretação evolutiva do artigo 22 da CADH, a fruição desse direito na prática permanece obstaculizada e impactando a realidade concreta de famílias Kaiowá *Paĩ Tavyterã* em *Ñande Ru Marangatu*.

Tendo em vista a vivência cultural e simbólica dos povos indígenas fronteiriços, mesmo comprovada a hipótese, o fato é que a negativa de proteção jurídica do direito à livre mobilidade foi chancelada pelo Congresso Nacional, que não derrubou o veto presidencial, o que impacta na fruição de direitos relacionados à identidade cultural, personalidade, territorialidade e etnocidadania. Em suma, a conclusão deste trabalho não tem por finalidade esgotar o debate e nem apresentar soluções para um problema transconstitucional de tamanha magnitude, porém, cita-se a possibilidade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos apresentar-se como um caminho promissor para que as coletividades indígenas possam reivindicar o enquadramento da atitude estatal como violadora de seus direitos, em função da violação do direito de circulação e residência, previsto no artigo 22 da CADH.

O âmago desta pesquisa científica se encontrou, portanto, no olhar de importância que se deve dar à elaboração de *standards* mínimos de proteção dos direitos culturais indígenas e à consolidação de um *Ius Constitutionale Commune* latino-americano que garanta uma justiça constitucional regional compromissada com a proteção jurídica das singularidades étnicas presentes na América Latina. Naquilo que se entendeu essencial, procurou-se conferir a completude e objetividade necessárias ao desfecho sustentável deste trabalho, de modo que ao analisar o reconhecimento do direito de circulação dos povos indígenas no território ancestral a partir do DIDH e do SIDH, a hipótese de que o fenômeno da perambulação Kaiowá *Paĩ Tavyterã* é amparado pelo ordenamento jurídico interno, malgrado a lacuna normativa na legislação migratória, pode contribuir para o aprofundamento das questões pertinentes à manutenção da cultura e à proteção da etnicidade e dignidade indígena na região de fronteira.

REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. **Constitucionalismo, Autoritarismo e Democracia na América Latina**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. **Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional**: la red judicial latinoamericana como prueba y motor del constitucionalismo multinivel. 2013. Tese (Doutorado em Direito Internacional e Relações Internacionais) – Universidade Complutense de Madrid, Instituto Universitário de Investigación Ortega e Gasset, Madrid, 2013.

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. Zombies e Frankenteins. Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. **Estudios constitucionales**, v. 14(1), p. 15-60, 2016.

AGUILAR CAVALLO, G. Emergencia de un derecho constitucional común en material de pueblos indígenas. In: BOGDANDY, A. v.; FERRER MAC-GREGOR, E.; MORALES ANTONIAZZI, M. (Coord.). **La justicia constitucional y su internacionalización**. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina? México, DF: Unam, 2010. v. 2, p. 3-84.

AGUILERA URQUIZA, Antonio H. (org.). **Culturas e História dos Povos Indígenas em Mato Grosso do Sul**. Campo Grande, MS: Ed. UFMS, 2013.

AGUILERA URQUIZA, A. H.; NASCIMENTO, A. C. Povos Indígenas e as Questões da Territorialidade. In: AGUILERA URQUIZA, A. H. **CRIANÇA INDÍGENA**: diversidade cultural, educação e representações sociais. 1ª. ed. Brasília: LIBER Livro, 2011. p. 53-71.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. In: **Estudios Constitucionales**, ano 9, no 2, 2011. p. 17-76. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n2/art02.pdf>. Acesso em: 29 de junho de 2021.

ARAÚJO, Júlio José Júnior. A Constituição de 1988 e os direitos indígenas: uma prática assimilacionista? In: CUNHA, Manuela Carneiro; BARBOSA, Samuel. (Org.). **Direitos dos Povos Indígenas em Disputa**. São Paulo: Editora Unesp, 2018.

ARAUJO, Luis Claudio Martins de. **Constitucionalismo Transfronteiriço, Direitos Humanos e Direitos Fundamentais**: a consistência argumentativa da jurisdição de garantias nos diálogos transnacionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BECKHAUSEN, Marcelo. Etnocidadania, direitos originários e a inconstitucionalidade do poder tutelar. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia. (org.). **Igualdade, diferença e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BELTRÃO, Jane Felipe; OLIVEIRA, Assis da Costa. “Povos Indígenas e Cidadania: inscrições constitucionais como marcadores sociais da diferença na América Latina”, **Revista de Antropologia** (USP. Impresso), v. 53, 2010, pp. 716-744. Disponível em: <http://www.fflch.usp.br/da/arquivos/53%282%29.pdf>. Acesso em: 21/02/2022

BENITES, Eliel. **Oguata Pyahu (Uma Nova Caminhada) no processo de desconstrução e construção da Educação Escolar Indígena da Reserva Indígena Te'yikue**. Dissertação (Mestrado em Educação). Campo Grande/ MS: UCDB, 2014.

BRAND, Antonio Jacó. **O confinamento e o seu impacto sobre os Pai-Kaiowá**. Dissertação (Mestrado em História) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 1993.

BRAND, A. J.; ALMEIDA, Fernando Augusto Azambuja de; FERREIRA, Eva Maria L.; COLMAN, Rosa Sebastiana; SOUSA, N. M. de. As Fronteiras Guarani na Província do MT (1749-1910). In: II Seminário Internacional América Platina. **Diálogo Regional e Dilemas Contemporâneos**. v. 1. Campo Grande: Fundação Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2008.

BRANDÃO, Pedro. **O Novo Constitucionalismo Pluralista Latino-Americano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Constituição de República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Lei número 9394, 20 de dezembro de 1996.

BRASIL. **Resolução Conjunta CNJ-CNMP Nº 3 de 16/04/2013**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1721>. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL, Ministério da Justiça. **Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos direitos dos migrantes no Brasil**. 2013. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/justicagovbr/anteprojeto-novo-estatutoestrangeiro>> Acesso em: 13 jul. 2021.

BRASIL. Mensagem de Veto no 163. **Dispõe sobre vetos à Lei no 13.445/2017**. Brasília/DF, 24 de maio de 2017.

BOGDANDY, Armin von. Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional publico. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, vol. 6, n. 3-4, 2008, p. 397-413.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, n. 1, p. 105-161, 2014.

CALIXTO, Angela Jank. **Diálogos Interjudiciais e os fatores para sua promoção no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito, UFMS, 2017.

CALIXTO, A. J. ; CARVALHO, Luciani Coimbra De. Pluralismo Jurídico: uma nova perspectiva a respeito da relação entre os sistemas jurídicos internacional e interno. In: FIGUEIREDO, M. CONCI, L.G.A.. (Org.). **Constitucionalismo Multinível e Pluralismo Jurídico**. 1ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, v. 1, p. 3-24.

CAMARGO, Amanda de Souza; GALIB, Carolina Piccolotto; MARTINI, Maria Carolina Gervásio Angelini de; OLIVEIRA, Viviane de Arruda Pessoa. O povo Warao e a Nova Lei de Migração no Brasil. In: RAMOS, André de Carvalho; VEDOVATO, Luís Renato;

BAENINGER, Rosana (coord). **Nova Lei de Migração: Os Três Primeiros Anos**. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” – Nepo; Unicamp-Observatório das Migrações em São Paulo/FADISP, p. 101-117, 2020.

CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio ; GOMES, Jeovane Da Silva. Os direitos de consulta e participação dos povos indígenas e a prática da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista Jurídica**, v. 3, p. 300-323, 2018.

CANÇADO TRINDADE. **Os Direitos Humanos e o Direito Internacional**. Imprensa: Porto Alegre, 1999.

CAVARARO RODRIGUES, Andréa Lúcia. **Kaiowá-Paĩ Tavyterã: onde estamos e aonde vamos?** Um estudo antropológico do Oguata na fronteira Brasil/Paraguai. Dissertação. (Mestrado em Antropologia). Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Campo Grande/MS. 2019.

CAVARARO RODRIGUES, A. L.; COLMAN, R. S.; AGUILERA URQUIZA, A. H. Caminhar, lutar e bem viver: O Significado do Oguata Guasu para o Povo Guarani-Kaiowá. **Revista de Estudos sobre Migrações**, v. 3, n. 1, 22 out. 2019.

CICCARONE, Celeste. **Drama e Sensibilidade: Migração, Xamanismo e Mulheres Mbya Guarani**. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). São Paulo: PUC/SP, 2001.

CIRNE, Mariana Barbosa. **Desvelando um Poder Executivo desenvolvimentista e avesso à Constituição Verde: Um estudo dos argumentos jurídicos e políticos nos vetos presidenciais em projetos de lei ambientais de 1988 a 2016**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília. Brasília: UnB, 2018.

CLASTRES, Hélène. **Terra sem mal – o profetismo Tupi-Guarani**. Brasília: Ed. Ed. Brasiliense. 1978.

COBO, José R. Martínez. **Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Populations**, ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/1986/7/Add.4, 1987.

COLAÇO, Thais Luiza; DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. **Novas perspectivas para a antropologia jurídica na América Latina: o direito e o pensamento decolonial**. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2012.

COLMAN, Rosa Sebastiana. **Guarani Retã e a Mobilidade Espacial Guarani: belas caminhadas e processos de expulsão no território guarani**. Tese (Doutorado em Demografia). Campinas: UNICAMP. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Diálogo entre cortes e o controle de convencionalidade: algumas reflexões sobre a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme (Org.). **Diálogo entre cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

CONCI, L.G.A; FARACO, M. O bloco de constitucionalidade convencionalizado como paradigma contemporâneo da jurisdição constitucional brasileira. In: CLEVE, C. M. (Org). **Jurisdição Constitucional em Perspectiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

CORTE IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C N°. 79.

CORTE IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C 154.

CORTE IDH. Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai. Sentença de interpretação 06 de fevereiro de 2006.

CORTE IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010.

CORTE IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Sentencia de mérito, custas e reparações de 24 de fevereiro de 2011.

CORTE IDH. Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Sentencia de 27 de Junio de 2012. Fondo y Reparaciones. Série C-245.

CORTE IDH. Caso de las Comunidades Afro-descendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C N°. 270.

CORTE IDH. Opinião Consultiva OC-22/16 de 26 de fevereiro de 2016. Titularidade de direitos das pessoas jurídicas no sistema interamericano de direitos humanos, 2016.

CORTE IDH. Caso do Povo Indígena Xucuru e seus membros vs. Brasil. Sentença de 05 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2018/julho/sentenca-cidh-caso-do-povo-indigena-xucuru-e-seus-membros-vs-brasil>. Acesso em: 13 out. 2021.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Cultura com aspas e outros ensaios**. São Paulo: Cosas Naify, 2009, p. 253.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil**: história, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. Entre a nação imaginada e o estado plurinacional: o reconhecimento dos direitos indígenas no novo constitucionalismo latino-americano. In: AVRITZER, Leonardo; GOMES, Lilian Cristina Bernardo (Org.). **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate**. Belo Horizonte: Autêntica, 2017, p. 213-230.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Por um direito comum**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

DUPAS, Elaine; BOTELHO, Tiago Resende. A Nova Lei de Migração e a Biopolítica: o veto à livre circulação de povos indígenas e populações tradicionais transfronteiriças. **Revista Arquivo Jurídico**, v. 4, n. 2, p. 72-89, Jul./Dez. 2017.

DUPRAT, Deborah. O direito sob o marco da pluriethnicidade/multiculturalidade. In: **Constituição de 1988 – O Brasil 20 anos depois**: os cidadãos na Carta Cidadã. Brasília: Senado Federal, 2008.

ELOY AMADO, Luiz Henrique. **Poké'xa Ufí**: o território indígena como direito fundamental para o etnodesenvolvimento. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica Dom Bosco - UCDB. Campo Grande, 2014.

EREMITES DE OLIVEIRA, Jorge; PEREIRA, Levi. **Ñande Ru Marangatu**. Laudo antropológico e histórico sobre uma terra kaiowa na fronteira do Brasil com o Paraguai, município de Antônio João, Mato Grosso do Sul. Dourados: Editora UFGD, 2009.

FACHIN, Melina Girardi; RIBAS, Ana Carolina; CAVASSIN, Lucas Carli. Perspectivas do controle de convencionalidade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Brasil: implicações para um novo Constitucionalismo. In: VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (orgs.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**: diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade. Curitiba: Juruá, 2016, p. 283-299.

FACHIN, Melina Girardi. À Guisa de Introdução: os sentidos do constitucionalismo multinível. In: FACHIN, Melina Girardi (org.). **Direito Constitucional Multinível**: Diálogos a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Curitiba: Prismas, 2017, p. 15-28.

FACHIN, Melina Girardi; RIBAS, Ana Carolina; CAVASSIN, Lucas Carli. Perspectivas do controle de convencionalidade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos no Brasil: implicações para um novo constitucionalismo. In: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (orgs.). **Ius Constitutionale Commune na América Latina**: diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade. Curitiba: Juruá, 2016, v. 3, p. 283-299.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALVÃO, Jéssyka Maria Nunes; BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro. A titularidade dos direitos de pessoas jurídicas: análise do parecer consultivo OC 22/16 e a função interpretativa da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Revista de Direito Brasileira**, v. 19, n. 8, p. 170-185, Jan./Abr. 2018.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Rio de Janeiro (RJ): Livros Técnicos e Científicos; 1989.

GEERTZ, Clifford. O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparativa. In: **O saber local**. Petrópolis: Editora Vozes, 1998, p. 249–356.

GUSSOLI, Felipe Klein. Controle de convencionalidade de ofício pela Administração Pública no exercício de sua função típica. **Revista Jurídica (FURB)**, Blumenau, v. 24, n. 53, e 7853, 2020.

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoria crítica dos direitos humanos**: os direitos humanos como produtos culturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

HETSPER, Rafael Vargas. O Poder de veto no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 193, p. 215-226, 2012.

KAYSER, Hartmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil**: desenvolvimento histórico e estágio atual. Trad. Maria da Glória Lacerda Rurack & Klaus-Peter Rurak. Porto Alegre: Fabris, 2010.

KROHLING, Aloísio. Os direitos humanos na perspectiva da antropologia cultural. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 3, p. 155-182, jul./dez. 2008.

KROHLING, Aloísio; SILVA, Heleno Florindo. A interculturalidade dos direitos humanos e o novo constitucionalismo latino-americano: do universalismo de partida ao universalismo de chegada. **Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 9, p. 1212-1237, 2016.

KYMLICKA, Will. **Multiculturalism**: success, failure and the future. Washington: Migration Policy Institute, 2012.

LACERDA, Rosane Freire. “**Volveré, y Seré Millones**”: contribuições descoloniais dos movimentos indígenas latino americanos para a superação do mito do Estado-Nação. Tese de doutorado. Faculdade de Direito, UnB, 2014.

LADEIRA, Maria Inês. **O caminhar sob a Luz**- O território Mbyá à beira do oceano. São Paulo: Editora Unesp, 2007.

LIMA, Roberto Kant. Por uma Antropologia do Direito no Brasil. In: LIMA, Roberto Kant. **Ensaio de Antropologia e de Direito**: acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumens Juris. pp. 01-38, 2008.

LIMA, Roberto Kant de; VARELLA, Alex. Saber jurídico e direito à diferença no Brasil: questões de teoria e método em uma perspectiva comparada. **Revista de Ciências Sociais**: Rio de Janeiro, vol. 7, n. 1, p. 38-65, 2001.

LUCAS, Douglas Cesar. **Direitos Humanos e interculturalidade**: um diálogo entre a igualdade e a diferença. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo, 2008.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O índio brasileiro**: o que você precisa saber sobre povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília, MEC/SECAD; LACED/Museu Nacional, 2006. Disponível em: <http://www.laced.mn.ufrj.br/trilhas/>. Acesso em: 21/02/2022

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. São Paulo: Brasiliense, 2006.

MACHADO, Almiros Martins. **Exá raú mboguatá guassú mohekauka yvy marãe’y**: De Sonhos ao Oguatá Guassú em Busca da(s) Terra(s) Isenta(s) de Mal. Tese (Doutorado em Antropologia). Belém: UFPA, 2015.

MAIA, Catherine; PRADO, Rafael. As organizações internacionais e a proteção dos direitos dos indígenas no âmbito do Direito Internacional: especial referência ao sistema interamericano de direitos humanos e ao direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto**, v. 1, n. 1, set. 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. **Revista de Informação Legislativa**. a.39 n. 156 out/dez: Brasília, p. 169-177, 2002.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 3. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2013.

MELIÀ, Bartomeu; GRÜNBERG, G.; GRÜNBERG, F. **Los Paĩ Tavyterã**; etnografia guaraní del Paraguay contemporáneo. 2a ed. Asunción: Centro de Estudios Antropologicos, Universidad Catolica “N. S. de la Asunción”, 2008.

MELO, Mario. Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **Revista internacional de direitos humanos**, v. 4, p. 31-47, 2006.

MIGNOLO, Walter. **Desobediencia epistémica**: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad. Buenos Aires: Signo, 2010.

MOTA, Juliana Grasiéli Bueno. **Territórios, multiterritorialidades e memórias dos povos Guarani e Kaiowá**: diferenças geográficas e as lutas pela descolonização na Reserva Indígena e nos acampamentos-tekohá - Dourados/MS. Tese de Doutorado. Faculdade de Ciências e Tecnologia, Universidade Estadual Paulista, 2015.

NEVES, Marcelo. Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: el problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina. In: GARCÍA VILLEGAS, Mauricio; RODRÍGUEZ, César A. (eds.). **Derecho y Sociedad en América Latina**: un debate sobre los estudios jurídicos críticos. Bogotá: ILSA, 2003, p. 261-290. Colección En Clave de Sur.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

OLIVEIRA, Paulo Henrique de. **Direito Indígena à Saúde**: Proteção Constitucional e Internacional. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica, PUC, 2009.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do Ius Constitutionale Commune na América Latina. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019.

ONU. Convenção no 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT. Disponível em: http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao_169_OIT.pdf. Acesso em: 13/06/2021.

ONU. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Rio de Janeiro, 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. San José, 1969.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Procedimento de supervisão de cumprimento de sentença do Caso Yakye Axa Vs. Paraguai. Expedientes.

PAIVA, Caio; ARAGON HEEMANN, Thimotie. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 3º ed. Belo Horizonte, CEI, 2020.

PANIKKAR, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? In: BALDI, César Augusto (org.). **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 205-239.

PEREIRA, Levi Marques. **Parentesco e organização social Kaiowá**. Dissertação (Mestrado em antropologia) - Universidade Estadual de Campinas. Campinas: SP, 1999.

PEREIRA, Levi Marques. Mobilidade e Processos de Territorialização entre os kaiowá atuais. **Suplemento Antropológico**, v. XLII, p. 121-154, 2007.

PERNICE, Ingolf. **La dimensión global del constitucionalismo multinivel: una respuesta global a los desafíos de la globalización**. Madrid: Instituto Universitario de Estudios Europeos, 2012.

PISSOLATO, Elizabeth de Paula. **A duração da pessoa: mobilidade, parentesco e xamanismo Mbya (Guarani)**. São Paulo: Editora da UNESP, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Ius Constitutionale Commune en América Latina: Context, Challenges, and Perspectives. In: BOGDANDY, Armin von; et. al. (ed.) **Transformative Constitutionalism in Latin America**. Oxford: Oxford University Press, p. 49-65, 2017.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do Poder, Eurocentrismo e América Latina. In: Edgardo LANDER (Org.). **A Colonialidade do saber: Eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas**. Colección Sur Sur, CLACSO, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 106/107, p. 497-524, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 7.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RISSE, Thomas; ROPP, Stephen C.; SIKKINK, Kathryn. **The Persistent Power of Human Rights: From Commitment to Compliance**. Cambridge University Press, 2013.

ROCASOLANO, Maria Mendez; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. **Direitos Humanos: Conceitos, Significados e Funções**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Marco Antônio. **A Dinâmica Migratória dos Povos Tradicionais Fronteiriços no Estado do Mato Grosso do Sul e os Reflexos da Mensagem de Veto nº**

163/2017. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito, Mestrado em Direitos Humanos). Campo Grande: UFMS, 2019.

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

SARTORETTO, Laura Madrid; BAGGIO, Roberta Camineiro. O processo de construção do novo marco legal migratório no Brasil: entre a ideologia da segurança nacional e o direito humano de migrar. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 24, n. 3, 2019.

Disponível em:

<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1299>. Acesso em: 27 out. 2021.

SEMPRINI, Andrea. **Multiculturalismo**. Bauru: Edusc, 1999.

SENA NEVES, Rafaela Teixeira. **Compliance na Corte Interamericana de Direitos Humanos: um estudo a partir da propriedade comunal indígena**. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Pará. Belém: UFP, 2016.

SILVA, Heleno Florindo da. **Teoria do estado plurinacional: novo constitucionalismo latino-americano e os direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2014.

SILVA, Julianne Holder da C; SILVA, M. R. F. Entre Tupã e o Leviatã: O transconstitucionalismo e as Ordens Locais indígenas. **Revista Jurídica da UFERSA REJUR**, v. 1, p. 165-187, 2017.

TARRIUS, A. Leer, describir, interpretar las circulaciones migratorias: conveniencia de la noción de ‘territorio circulatorio’. Los nuevos hábitos de la identidad. **Relaciones: estudios de historia y sociedad**, vol. XXI, n. 83, 2000.

TORRADO, Jesús Lima. La globalización como contexto actual del sistema de derechos humanos. **Anuario de filosofía del derecho**: 2000, p. 43-74. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142424>. Acesso em: 22 mar 2021.

TORELLY, Marcelo. “Unidade, Fragmentação e Novos Atores no Direito Mundial: leituras de operadores do Sistema Interamericano de Direitos Humanos sobre a formação de direitos globais no sistema regional”. In: GALINDO, George Rodrigo Bandeira (org.). **Fragmentação do Direito Internacional** – pontos e contrapontos. Belo Horizonte: Arraes, 2015, pp.106-123.

TORELLY, Marcelo. Controle de convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos? **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 321-353, 2017. p. 326.

TORELLY, Marcelo. **Governança transversal dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

VEDOVATO, Luís Renato. A Nova Lei de Migração interpretada pelos Tribunais - A interpretação e as mudanças de cenário. In: RAMOS, André de Carvalho; VEDOVATO, Luís Renato; BAENINGER, Rosana (coord). **Nova Lei de Migração: Os Três Primeiros Anos**. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” – Nepo; Unicamp-Observatório das Migrações em São Paulo/FADISP, p. 699-719, 2020.

VENEZUELA. **República Bolivariana de Venezuela**. Constitución de la República

Bolivariana de Venezuela, 1999, artículo 23.

VITÓRIA, Francisco de. **Os índios e o direito da guerra:** de indis et de jure belli relectiones. Rio Grande do Sul: Unijuí, 2006.

Von Stein, J. The engines of compliance. In: DUNOFF, J. L.; POLLACK, M. A. (coord.). **Interdisciplinary perspectives on international law and international relations:** The state of the art. Cambridge University Press, pp. 477-501, 2013.

WALSH, Catherine. Interculturalidade Crítica e Pedagogia Decolonial: in-surgir, re-existir e re-viver. Tradução de Maria Angélica Lauriano. In: CANDAU, Vera Maria (org.). **Educação Intercultural na América Latina:** entre concepções, tensões e propostas. Rio de Janeiro: 7 letras, 2009.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A Lei 13.445/2017 e a ruptura paradigmática rumo à proteção dos Direitos Humanos dos migrantes no Brasil: avanços e retrocessos. In: RAMOS, André de Carvalho; VEDOVATO, Luís Renato; BAENINGER, Rosana (coord). **Nova Lei de Migração:** Os Três Primeiros Anos. Campinas: Núcleo de Estudos de População “Elza Berquó” – Nepo; Unicamp-Observatório das Migrações em São Paulo/FADISP, p. 101-117, 2020.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico:** fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3 ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos; Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 113-128, jan. 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um constitucionalismo na América Latina. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO Milena Petters (Orgs.). **Constitucionalismo latino-americano:** tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, p. 19-42, 2013.

YAMADA, Erika. Veto na Lei de Imigração aumenta a criminalização de indígenas. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/veto-na-lei-de-imigracao-aumenta-a-criminalizacao-de-indigenas>. Acesso em: 06 ago. 2021.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. De la tutela a los derechos de libre determinación del desarrollo, participación, consulta y consentimiento: fundamentos, balance y retos para su implementación. **Revista de Antropología**, 1 (2), p.368-405, 2009,

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). **El derecho en América Latina:** Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, p. 139-160, 2011.

GLOSSÁRIO

<i>ÑANE RETÃ:</i>	Expressão em Guaraní que significa “nosso território” e representa, em termos jurídicos, a terra tradicionalmente ocupada pela etnia Guaraní e Kaiowá. Apesar de normalmente grafado na forma “ñande retã”, Rosa Colman esclarece que na grafia correta não se utiliza a consoante “D”.
<i>ÑANDE RU MARANGATU:</i>	Terra indígena localizada no município de Antônio João, em Mato Grosso do Sul, na fronteira do Brasil com o Paraguai, de ocupação tradicional da etnia Kaiowá.
<i>OGUATA GUASU:</i>	Substantivo em língua Guaraní que significa “caminhada” ou “bonita caminhada” a ser realizada ao longo do território ancestral.
<i>PAÏ-TAVYTERÃ:</i>	Sub-grupo guarani que se refere aos Guaraní e Kaiowá da região do Mato Grosso do Sul e leste do Paraguai.
<i>TEKOGUATA GUASU:</i>	Modo de ser "caminhante" característico da cosmologia Guaraní e Kaiowá. Termo derivado de “tekoguasú” que significa modo de ser grande e forte, em decorrência direta da característica caminhante que marca essa vivência.
<i>TEKOHÁ GUASU:</i>	Território tradicional Kaiowá. Em guarani significa "território grande" e designa o local físico e espiritual de ocupação tradicional das gerações passadas, presentes e futuras.