ISSN: 1678-7145 | E-ISSN: 2318-4558

Seção Artigos

Volume 26, Número 2, agosto de 2024

Submetido em: 20/02/2024

Aprovado em: 25/07/2024

**A PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO NO BRASIL** **– COLÔMBIA COMO CONTRIBUIÇÃO PARA O DEBATE SOBRE O DIREITO INDIGENISTA NO BRASIL**

***THE PERSPECTIVE OF COMPARATIVE LAW BRAZIL – COLOMBIA AS A CONTRIBUTION TO THE DEBATE ON INDIGENOUS LAW IN BRAZIL***

Carlos Eduardo FAMADAS[[1]](#footnote-1)

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)

Fabianne MANHÃES[[2]](#footnote-2)

Universidade Federal Fluminense (UFF)

**Resumo**

Analisa-se de maneira comparada nesse artigo o Direito Indigenista no Brasil e na Colômbia. A história do Direito Indigenista em ambos os países foi confrontada desde a colonização europeia até a promulgação das Constituições Cidadã no Brasil e Política na Colômbia. Analisa-se especificamente os processos constituintes e a atual legislação indigenista de cada país. Conclui-se a análise com a observação do contexto e da atuação das cortes constitucionais de ambos os países sobre o Direito Indigenista. Trata-se de uma pesquisa empírica, realizada mediante as metodologias: exploratória e qualitativa-quantitativa sobre os dados coletados; de pesquisa bibliográfica direta e indireta de fontes multidisciplinares sobre o tema; e de etnografia documental sobre os instrumentos normativos analisados. Em cada etapa, a análise foi realizada sob os espectros jurídico, histórico e político de maneira que se possa alcançar uma perspectiva contextualizada sobre o tema. Objetiva-se analisar, dialógica e criticamente, os contextos do Direito Indigenista no Brasil e na Colômbia, confrontando-os a fim de encontrar similaridades e singularidades que possam contribuir para o avanço do Direito Indigenista no Brasil.

**Palavras-chave**: direito Indigenista; direito comparado; povos indígenas.

**Abstract**

This article comparatively analyzes Indigenous Law in Brazil and Colombia. The history of Indigenous Law in both countries is examined from the period of European colonization to the enactment of the Citizen Constitution in Brazil and the Political Constitution in Colombia. The article specifically analyzes the constitutional processes and the current indigenous legislation of each country. The analysis concludes with an observation of the context and actions of the constitutional courts of both countries regarding Indigenous Law. This empirical research is conducted using exploratory and qualitative-quantitative methodologies on the collected data, direct and indirect bibliographic research from multidisciplinary sources on the topic, and documentary ethnography on the analyzed normative instruments. At each stage, the analysis is carried out under legal, historical, and political spectrums to achieve a more contextualized perspective on the subject. The objective is to critically and dialogically analyze the contexts of Indigenous Law in Brazil and Colombia, comparing them to identify similarities and singularities that may contribute to the advancement of Indigenous Law in Brazil.

**Keywords**: indigenous law; comparative law; indigenous folk.

**Introdução**

O Direito Indigenista corresponde ao Direito criado pelo Estado para contemplar os povos indígenas submetidos à soberania nacional e, logo, não corresponde à realidade jurídica emanada do cerne de cada aldeia indígena (TERENA, 2022). Os povos indígenas raramente são contemplados pelo Direito alienígena (de fora da aldeia) de maneira digna e consonante com suas próprias instituições, tradições e com a sua pluralidade étnica e cultural, o que os torna ainda mais vulneráveis.

O presente artigo é um recorte feito em Trabalho de Conclusão de Curso, no qual se observou que os direitos reconhecidos aos povos indígenas pelo ordenamento jurídico brasileiro, principalmente pela Constituição de 1988, encontram-se pendentes de efetivação e sob uma disputa política que remonta ao período colonial do Brasil. Observou-se, também, que o Direito Indigenista brasileiro não está devidamente em consonância com as diretrizes, tratados e órgãos do Direito Internacional dos quais o país é membro ou signatário.

Diante da urgência do tema e com o escopo de ampliar o debate e a compreensão sobre o Direito Indigenista no Brasil, realizou-se um *paralelismo* com o Direito Indigenista na Colômbia, devido às similaridades e às singularidades evidenciadas entre as nações, em busca de conceitos, iniciativas e institutos jurídicos que possam contribuir para o avanço do tema no país. Utilizou-se uma metodologia predominantemente empírica e exploratória mediante as técnicas de pesquisa bibliográfica direta e indireta, qualitativa-quantitativa e de etnografia documental, bem como uma perspectiva política e histórica sobre o tema.

**1. Assimilacionismo e colonialismo: contextualizando o direito indigenista no Brasil e na Colômbia**

Para um mais amplo entendimento sobre o objeto deste artigo, é necessário que se analise o contexto histórico dos povos indígenas em cada país desde os seus primeiros contatos com os povos alienígenas e com o Direito do colonizador. Os povos indígenas, dos territórios correspondentes aos atuais Estados de Brasil e Colômbia, sofreram nos séculos XV e XVI com um processo de colonização por monarquias europeias. Esse processo de colonização foi marcado pelo genocídio e pelo etnocídio dos povos originários, mediante extermínio belicoso, transmissão de doenças e submissão dos seus corpos, territórios e tradições.

A população indígena no Brasil em 1500 era de quase 3 milhões de indivíduos (IBGE, 2000), enquanto na Colômbia não foi encontrada uma estimativa oficial do Governo, variando as demais fontes entre 1,5 e 11 milhões de indivíduos (MEJÍA, 2015, p. 23). No Censo de 2022, o Brasil contava com uma população indígena de 1.693.535.917 indígenas, 0,83% da população brasileira, sob 305 etnias diferentes. Já a Colômbia possuía em 2018 uma população de 1.905.617 indígenas em seu território, o equivalente a 4,4% da população colombiana, sob 115 etnias diferentes.

O Brasil foi colonizado pela Coroa Portuguesa (1500) e a Colômbia pela Coroa Espanhola (1499), que incorporaram os povos indígenas ao Direito, ora como sujeito de direito, ora como objeto do Direito. No Brasil, os primeiros documentos jurídicos a versarem sobre os povos indígenas foram as Cartas Régias, que instituíram a escravização dos povos indígenas e os Aldeamentos Jesuíticos[[3]](#footnote-3). Do séc. XVI ao XVIII foram redigidas diversas normas acerca dos povos indígenas sob a forma de cartas régias, alvarás e leis, como o Alvará de 1º de abril de 1680 e as Leis Pombalinas, em que é possível observar o surgimento de uma tendência do Direito luso-brasileiro sobre a regulamentação de determinadas matérias em relação aos povos indígenas.

As terras tradicionalmente ocupadas pelos povos originários despertaram um interesse especial da Coroa Portuguesa. Na Constituição do Brasil de 1824, fruto da proclamação da independência, não houve nenhuma disposição sobre os direitos dos povos indígenas. Em 1845, publicou-se o Regulamento das Missões de Catequese e Civilização dos Índios e somente em 1850 as terras indígenas tornaram a ser objeto do Direito brasileiro através da Lei de Terras, a qual determina como competência do Governo a destinação de terras devolutas aos povos indígenas (LOPES; MATTOS, 2006, p. 223). Mas, essas terras não correspondiam às tradicionalmente ocupadas por esses povos e sobre elas os indígenas só tinham o direito de posse.

A Coroa Espanhola não tardou em introduzir os povos indígenas no Direito espanhol. Em 1503 foi publicada a *Real Provisión de Ordenanzas,* um documento jurídico que determinava os povos indígenas pessoas livres e dignas. Esse documento tratava dos povos indígenas que sobreviveram aos conflitos bélicos contra os colonizadores e foram submetidos às *Encomiendas[[4]](#footnote-4)*. Essa disposição se esgotou com a morte da monarca que a cunhou em 1504 até que em 1512 foram publicadas as *Leyes de Burgos*, novamente tratando os indígenas como homens livres e determinando o trabalho compulsório destes em favor da Coroa.

Em 1542, com o advento das *Nuevas Leyes,* os indígenas foram determinados como livres súditos da Coroa e as *Encomiendas* proibidas sob pena de morte, um artifício para enfraquecer os Governadores e manter a centralização do poder na Metrópole. Em 1550 ocorreu a Controvérsia de Valladolid[[5]](#footnote-5) que influenciou a criação do *Protector de Índios* – figura jurídica com o escopo de fiscalizar possíveis abusos e a exploração contra os povos indígenas (CERVERA, 2015). As *Encomiendas* foram sucedidas pelos *Resguardos[[6]](#footnote-6) – Ley 89 de 1890,* ainda em vigor no Direito colombiano.

O Direito de cada nação elaborou uma política indigenista particular e com foco em objetos diferentes, embora apresentem similaridades. Enquanto o Direito luso-brasileiro se debruçou com maior interesse sobre as terras indígenas, o Direito hispânico priorizou o debate sobre a natureza jurídica dos indígenas, ora os reconhecendo como homens livres e sujeitos de direito, ora como propriedade privada. Ambos os casos foram marcados pelo assimilacionismo e etnocídio dos povos indígenas, nos quais a Igreja Católica assumiu papel fundamental ao legitimar e executar essas políticas.

As políticas indigenistas coloniais influenciam significativamente o Direito de Brasil e Colômbia desde seus períodos republicanos – iniciados em 1889 e 1886 respectivamente. Esse período foi marcado em ambos os países por um forte crescimento da discriminação dos povos indígenas e da violação dos seus direitos. O próprio Direito denominava os indígenas como silvícolas ou *salvajes* e como incapazes a serem tutelados pelo Estado, civilizados e progressivamente assimilados à comunhão nacional.

Na Colômbia a interação entre os povos indígenas e o Estado reflete um contexto histórico conflituoso, principalmente, no início do séc. XX, através do líder indígena Manuel Quintín Lame[[7]](#footnote-7). Esses embates alcançaram o conflito armado em 1980, quando insurgiu a primeira guerrilha indígena da América Latina, inspirada em Lame, para se defender da violência praticada pelo Estado e por outras forças paramilitares e proteger as terras ancestrais indígenas.

A vulnerabilidade e violação dos povos indígenas pelo Estado e pela sociedade não indígena nesses países chegaram ao auge na segunda metade do séc. XX, quando sofreram, respectivamente, com períodos de Ditadura Militar e Estado de Sítio (Guerra Civil). Os povos indígenas, sem amparo estatal e sendo vilipendiados pelo Estado, viram-se obrigados a se organizar politicamente para lutar pelos seus direitos.

A insurgência das organizações políticas indígenas no Brasil e na Colômbia, somada à decadência dos períodos supracitados e ao fortalecimento e influência dos novos ideais indigenistas do Direito Internacional culminou em um processo de redemocratização e abertura política em ambos os países e, pois, na instalação das Assembleias Constituintes de 1987 (Brasil) e 1991 (Colômbia). Fatores igualmente importantes contribuíram significativamente com esse processo, como a ascendência do neoliberalismo, a consolidação dos ideais humanitários pós-guerras e a aprovação da Convenção 169 da OIT de 1989 sobre povos indígenas e tribais (GARZÓN, 2008, p. 33).

Os povos indígenas, além de participarem efetivamente dos processos constituintes de seus países, protagonizaram esses processos e serviram de capital simbólico para legitimar as Assembleias Constituintes e suas respectivas Constituições que viriam a ser aprovadas. Criou-se a expectativa de uma nova era para o Direito Indigenista de Brasil e Colômbia, que romperia com os alicerces coloniais e assimilacionistas, reconhecendo e contemplando os povos indígenas como povos plenos e plurais.

**2. A constituição cidadã e a constituição política: das assembleias constituintes a uma nova era do direito indigenista (?)**

No Brasil, a participação dos povos indígenas na Constituinte ocorreu através da consulta e exposição de diversas lideranças indígenas na Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias, em que se destacam o Cacique Raoni Metuktire e o Aílton Krenak. Este representou os povos indígenas na Assembleia Constituinte em 1987 mediante um discurso contundente e um ato de protesto sob a forma de um ritual tradicional de seu povo.

Mesmo reconhecendo o valor da participação dos povos indígenas e suas conquistas na Constituinte, Krenak denunciou atentados que visavam frustrar e sabotar os anseios dos povos indígenas e a garantia de seus direitos fundamentais no texto constitucional. Apesar de toda a conjuntura interna e externa que influenciou e culminou na promulgação da Constituição Federal em 1988, evidenciou-se uma forte resistência política por parte da sociedade não indígena e da Assembleia Constituinte, fundamentada nos ideais coloniais e assimilacionistas que regeram a política e o Direito Indigenista no Brasil por quase cinco séculos.

Enquanto na Constituinte do Brasil prevaleceu o embate político e ideológico sobre o reconhecimento dos direitos fundamentais dos povos indígenas, na Colômbia o processo Constituinte procedeu sob tons mais condescendentes por parte da sociedade não indígena e do Estado. Além do direito de consulta, a Assembleia Constituinte elegeu dois representantes indígenas como constituintes para participarem efetivamente do processo que reconheceu diversos direitos aos povos indígenas na Constituição colombiana.

Foram promulgadas em 1988 a Constituição Federal do Brasil e em 1991 a Constituição Política (CP) da Colômbia. Sobre o Direito Indigenista, a principal influência dessas constituições é a Convenção 169 da OIT que reconhece aos povos indígenas, entre outros direitos, o direito à autodeterminação, o direito originário às suas terras e o direito de consulta e participação nas ações e políticas do Estado sobre os temas que lhes concernem. Esse tratado se tornou o principal instrumento normativo do Direito Internacional sobre os povos indígenas pelo seu caráter vinculativo e pelo rompimento com os ideais coloniais e assimilacionistas imperantes, estando seus princípios presentes nos textos de ambas as constituições.

Entretanto, os processos constituintes de Brasil e Colômbia não ocorreram sem dissonâncias – proeminentes ou sutis. O Brasil promulgou sua Constituição em 1988 e a Colômbia em 1991, enquanto a Convenção 169 da OIT foi aprovada em 1989. A CP contou com uma fonte normativa que, à data da promulgação da Constituição Cidadã, ainda estava no âmbito conceitual e sob construção. Apesar dos contextos similares, a soma desses dois fatores contribuiu para uma significativa diferença entre os textos das duas constituições sobre os direitos reconhecidos aos povos indígenas.

**3. O Direito Indigenista nas Constituições de Brasil e Colômbia**

A Constituição Cidadã optou de maneira inovadora por dispor um capítulo específico, ainda que curto, para versar sobre os povos originários, composto por dois artigos e sete parágrafos. Diferentemente, a CP abordou o Direito Indigenista de maneira esparsa em seu texto, reconhecendo, quando necessário, direitos diferenciados referentes aos povos indígenas em cada capítulo. As constituições são regidas por princípios distintos que influenciam diretamente a forma como os constituintes versaram sobre o Direito Indigenista:

TÍTULO I. DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS. Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988)

*TÍTULO I. DE LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES. Artículo 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana.* (COLÔMBIA, 1991).

A CP se expressa de maneira mais objetiva e reconhece o Estado colombiano como pluriétnico e multicultural, isto é, como um conjunto de grupos sociais, étnicos e culturais diferentes, singulares e com necessidades específicas, enquanto a Constituição brasileira reconhece a universalidade dos direitos e das pessoas, reconhecendo-as através da igualação das suas diferenças.

A Constituição Cidadã não se exime de reconhecer as instituições indígenas e os direitos diferenciados aos povos originários, mas o faz em segundo plano no Capítulo XVIII. Destacam-se as disposições inéditas no país sobre a exploração de recursos hídricos e minerais, inclusive com potencial energético, em territórios indígenas e a legitimação desses povos para ingressarem em juízo independentemente de condições especiais. Em artigos esparsos no texto, reconhece o ensino básico nas línguas indígenas concomitantemente com a língua portuguesa e o dever do Estado de valorizar, proteger e difundir as culturas indígenas.

A principal inovação jurídica advinda da Constituição Cidadã é o reconhecimento do direito originário dos povos indígenas positivado no caput do art. 231 sobre as terras que historicamente e tradicionalmente ocupam. É, pois, o reconhecimento do que o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, jurisconsulto e autor João Mendes Júnior classificou como Teoria do Indigenato **(**1912). Essa teoria, bem como a sua influência sobre a Constituição de 1988, pode ser ilustrada pelo seguinte trecho a seguir:

A teoria do indigenato foi desenvolvida por João Mendes Júnior no início do século XX e trouxe um relevante argumento para posse indígena sobre as terras tradicionalmente ocupadas. Tal teoria influenciou constitucionalistas e administrativistas para consolidação dos direitos territoriais indígenas no Brasil. A argumentação de Mendes Júnior considera séculos de exploração, exclusão e genocídio praticado contra os povos indígenas durante a colonização portuguesa no Brasil. Tal direito é considerado pelo referido autor como congênito, isto é, um direito inato, significando, portanto, que o direito dos povos indígenas às suas terras tradicionalmente ocupadas é anterior à própria criação do Estado brasileiro, devendo este último apenas demarcar e declarar os limites espaciais deste território. [...] Esta teoria tem sua importância por fornecer as bases do entendimento consolidado na Constituição Federal de 1988 sobre demarcação de terras indígenas. Assim, o direito à permanência dos povos indígenas em suas terras é uma fonte jurídica primária da posse territorial, um direito congênito característico do indivíduo membro daquela comunidade antes mesmo de seu nascimento (NOGUEIRA/MASSULO, 2019).

Além do direito originário de posse dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, no caput do art. 231, o Constituinte destinou complementarmente sete parágrafos versando sobre a classificação, o usufruto e a exploração das terras indígenas, tornando estas o foco do Direito Indigenista constitucional. O art. 231 ainda prevê o dever do Estado em demarcar as terras tradicionais dos povos indígenas e o art. 67 dos ADCT determina o prazo de cinco anos, a partir da promulgação da Constituição, para o cumprimento.

A Constituição de 1988 inova outra vez ao reconhecer em seu art. 232 a capacidade processual dos povos indígenas, que não depende mais do grau de integração e assimilação destes à comunhão nacional – como previa o Direito brasileiro até a promulgação da Constituição. Com a intervenção do Ministério Público, qualquer indígena, comunidade indígena ou organização indígena possui legitimidade para acionar o judiciário em busca dos seus direitos e atuar como parte.

A CP também reconhece e protege as culturas indígenas, determinando o dever concorrente do Estado e da sociedade de proteger essas culturas e promover o ensino público bilíngue, respeitando as línguas indígenas e reconhecendo-as oficialmente em seus territórios. Diferentemente da Constituição Cidadã, a CP reconhece esses direitos como princípios fundamentais da Constituição e do Estado.

O principal advento da CP no tocante ao Direito Indigenista é a criação de três figuras jurídicas inovadoras e complexas, a Jurisdição Especial Indígena (JEI), a Circunscrição Especial Indígena (CEI) e a Entidade Territorial Indígena (ETI). A primeira reconhece através do art. 246 o direito à autodeterminação, conferindo aos povos indígenas amplos poderes jurisdicionais dentro de seus territórios e a liberdade de estabelecer e desenvolver instituições e procedimentos normativos próprios, desde que não confrontem a Constituição ou a legislação nacional.

A CP reserva, dentro do Congresso Nacional da Colômbia, cadeiras especiais para representantes dos povos indígenas, a CEI (art. 171). Esse instituto jurídico reserva duas cadeiras no Senado e uma na Câmara dos Representantes aos congressistas indígenas eleitos por meio do sistema de quociente eleitoral. Estabelece, também, os requisitos para ocupar essas cadeiras, sendo necessário que o candidato possua representatividade e experiência como líder de uma comunidade ou organização indígena certificada e expedida pela organização indígena competente e reconhecida pelo Governo.

Em relação às terras indígenas, inicialmente, a CP de 1991 institui o *Resguardo* por meio dos arts. 63 e 329, definindo as terras sob esse regime como bens coletivos inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis. Essa figura jurídica antecede a constituinte de 1991, tendo sido apenas reconhecida por esta, e remonta ao período colonial colombiano:

*La institución de los resguardos se remite al repartimiento español, que era la repartición y asignación de las tierras a los indígenas. En los siglos XVII y XVIII no se trazaron límites precisos, sino que se designaba a la tierra según puntos y camiños dentro de cuya superfície debían asentarse los indígenas. En el caso del resguardo, se trató de la figura de propriedad de la tierra comunal para los indígenas [pleno domínio y propriedad], que debía ser no enajenable y que era confirmada mediante otorgamiento de títulos sobre las tierras. […] hacia fines del siglo XVIII se prohibió la constitución de nuevos resguardos y los existentes fueron integrados sucesivamente a las parroquias de la población española y criolla. El primer presidente de Colombia y libertador, Simón Bolívar, dispuso por decreto de 1820 la devolución de los resguardos a los indígenas* (SEMPER, 2006, p. 768).

Durante a Assembleia Constituinte, o *Resguardo* foi alvo de questionamentos por organizações indígenas e indigenistas por ser obsoleto, por contemplar os povos indígenas de maneira restrita e por não serem suas terras tradicionais, não acompanhando os avanços do tema no Direito Internacional. Sem prejuízo do *Resguardo* e buscando sanar a demanda dos povos indígenas, a Constituinte inaugurou a figura jurídica da ETI:

*A primera vista, la cuestión de las tierras parece estar resuelta de manera bastante satisfactoria en Colombia a través del modelo de los resguardos, porque un porcentaje de los pueblos y las comunidades indígenas vive dentro de superfícies tituladas. Pero, a pesar del elevado porcentaje de superfícies assignadas oficialmente a los indígenas, en muchos casos éstas son insuficientes para una adecuada explotación, ya que se trata básicamente de tierras de calidad inferior. [...] El resguardo es una invención de la época colonial que perdura en el presente. Sin embargo, ya no se condice con las ideas actuales de los indígenas sobre su tierra. Por eso durante las sesiones de la Asamblea Constituyente se desarrollaron conceptos más amplios respecto de los territorios indígenas [as ETI´s], que fueron volcados al texto constitucional sin que quedara claro qué relación guardan las diferentes figuras jurídicas entre sí* (SEMPER, 2006, p. 767).

O art. 286 define as Entidades Territoriais como unidades administrativas do Estado colombiano (departamentos, distritos e municípios) e ainda classifica as ETI´s como uma dessas unidades. As figuras jurídicas da ETI e do *Resguardo* são diferentes e versam sobre o mesmo objeto, as terras indígenas.

Ao adotar ambas, a CP não estabeleceu qual relação essas duas figuras jurídicas possuem entre si, tampouco as diferenças mais específicas entre elas. Entende-se que o *Resguardo* configura apenas o direito coletivo de posse e propriedade sobre a terra, atuando como uma proteção mínima das terras indígenas, enquanto a ETI é uma espécie de evolução do *Resguardo* a ser aplicada de maneira gradativa, a transformação do território indígena em uma unidade político-administrativa do Estado e, pois, uma personalidade jurídica de direito interno (GARZÓN, 2008, p. 47).

A CP criou a Corte Constitucional (CC) da Colômbia como tribunal independente da Suprema Corte. Inaugurada pelo art. 86, esse tribunal exerce a função de controle e interpretação das normas constitucionais. No mesmo artigo, é inaugurada a Ação de Tutela, por meio da qual é permitido a qualquer pessoa pleitear a garantia imediata de seus direitos constitucionais perante a CC, através de um procedimento preferencial e sumário nos termos da CP.

As constituições brasileira e colombiana reconhecem o direito de participação e consulta dos povos indígenas nas ações e decisões do Estado sobre a exploração dos recursos naturais localizados em territórios indígenas, bem como delimitam o direito territorial dos povos indígenas apenas à posse e usufruto das terras. Em uma análise superficial, que priorize a literalidade do texto normativo, a Constituição Cidadã e CP se apresentam, a princípio, como as principais fontes do Direito Indigenista e como uma grande conquista dos povos indígenas desses países.

**4. Entre Abstracionismos, “Delegacionismos” e Interesses**

Apesar do marco histórico que a promulgação das constituições em análise representou para o Direito Indigenista e para os povos indígenas de Brasil e Colômbia, existem em ambas as cartas, e em suas respectivas assembleias constituintes, meandros do ponto de vista semântico, jurídico e político que induzem ao questionamento sobre o real interesse e intuito do Estado e da sociedade em reconhecer esses direitos aos povos indígenas.

No art. 231 da CF/88, os direitos de posse e usufruto dos povos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam não são absolutos, pois o § 3º possibilita a exploração dos territórios indígenas sob a aprovação do Poder Legislativo e a remoção destes em caso de interesse da soberania do País, sem conceituar e dimensionar esse interesse, condicionando-o apenas à vontade política do Congresso Nacional.

Na Constituição Cidadã, o objeto sobre o qual o Constituinte versou de maneira mais interessada foi às terras indígenas, evidenciando assim, a manutenção da tendência que caracterizou a política e o Direito Indigenista no Brasil desde o seu período colonial. Trinta anos após o fim do prazo constitucional para a demarcação de todas as terras indígenas, ainda existem 728 em diferentes etapas do processo demarcatório, além daquelas que sequer tiveram o processo demarcatório iniciado ou reconhecido.

Pode-se questionar outras disposições da Constituição brasileira, como o art. 215, que reconhece as expressões culturais indígenas e prescreve ao Estado o dever de protegê-las e incentivá-las. Esse artigo é de extrema importância no contexto social brasileiro vide o longo processo de folclorização e redução das tradições dos povos indígenas pelo colonizador. O Estado se exime dessa função e, frequentemente, contribui com esse processo. Uma expressão simbólica dessa negligência estatal é a manutenção institucional da nomenclatura “Índio” para se referir aos habitantes originários do país, denominando o dia 19/04 como Dia do Índio, a Lei 6.001 como Estatuto do Índio ou o Capítulo VIII da Constituição como “Dos Índios”. Para o professor Daniel Munduruku:

Quando a gente comemora o Dia do Índio, estamos comemorando uma ficção [...]. É uma ideia folclórica e preconceituosa. A palavra 'indígena' diz muito mais a nosso respeito do que a palavra 'índio'. Indígena quer dizer originário, aquele que está ali antes dos outros. Do meu ponto de vista, a palavra índio perdeu o seu sentido. É uma palavra que só desqualifica, remonta a preconceitos. [...] Quando a gente usa a palavra índio, estamos nos reportando a duas ideias. Uma é a ideia romântica, folclórica. A segunda ideia é ideologizada. [...] A ideia de que o índio acabou virando um empecilho para o desenvolvimento brasileiro (MUNDURUKU, 2019).

Quando se utiliza termo genérico, “leva-nos a crer que não há diversidade de povos, pois todos são uma coisa só – índios. [...] O termo contribui, enfim, para falsamente diminuir a diversidade indígena brasileira ou, em outras palavras, universalizar o diverso” (GUARANY, 2006, p. 151).

Os direitos e o protagonismo reconhecidos aos povos indígenas na Constituição de 1988, bem como o seu suposto propósito, não condizem com as ações e o posicionamento do Estado e da sociedade quanto ao tema. Sob um panorama geral, a conquista de direitos, ora abordada, foi limitada à letra dos dispositivos constitucionais, não alcançando a devida efetivação no Brasil.

Enquanto o Direito Indigenista da Constituição Cidadã se dilui em meio a ambiguidades, abstracionismos e contradições, a CP da Colômbia apresenta barreiras mais práticas para a devida efetivação dos direitos reconhecidos aos povos indígenas, compatíveis com a objetividade de seu texto. Os direitos reconhecidos aos povos indígenas na CP são categoricamente determinados, muitos deles foram condicionados a regulamentação pelo Poder Legislativo. As ETI´s ficaram condicionadas à criação de uma LOOT[[8]](#footnote-8) e a JEI de uma lei especial, ambas pendentes de efetivação por falta da criação das respectivas leis. A CEI foi devidamente aplicada e foram destinadas aos povos indígenas as cadeiras especiais no Congresso Nacional.

A súbita generosidade do Estado e a complacência da sociedade não indígena durante a Constituinte na Colômbia antagonizou diretamente com o tratamento conferido aos povos originários desde o período colonial e, principalmente, durante quase todo o séc. XX, gerando teorias diversas sobre a real intenção por trás desse cenário. A teoria majoritária entende que a conduta do Governo colombiano foi motivada pela pequena porcentagem de indígenas no país e, pois, pela irrelevância dos direitos reconhecidos a eles em relação ao *status quo* nacional, como ilustram os trechos a seguir:

*En Colombia, en cambio, la cuestión indígena desempeña un papel secundario en general. En buena medida ello guarda relación con el hecho de que la participación de los sectores indígenas en el total de la población no supera el 2% [en 1991]. De allí que la Asamblea Constituyente no tuvo mayores problemas en concederle amplios derechos en la Constitución Política de Colombia de 1991* (SEMPER, 2006, p. 762).

Outros ativistas e acadêmicos como Garcia e Uprimy, pensam que foi por conta da baixa porcentagem da população indígena na Colômbia que foi possível a aprovação de direitos diferenciados para estes grupos sem assumir mudanças estruturais ao mesmo tempo em que o Estado se aproveitava da legitimidade que eles transferiram à nova Constituição como símbolo de mudança histórica (GARZÓN, 2008, p. 46).

Através dessa teoria é possível compreender o porquê das condicionantes e das pendências das ETI´s e da JEI, assim como o porquê da efetivação imediata da CEI. Esta concede aos povos indígenas representatividade no Congresso, sob o pretexto de garantir e aumentar a participação indígena no Poder Legislativo.

A realidade é que os povos indígenas não encontram apoio político para se elegerem em concorrência com os candidatos não indígenas pelo processo eleitoral convencional, assim como os congressistas indígenas eleitos através da CEI não encontram apoio dentro do Congresso para reivindicar suas demandas e efetivar seus direitos constitucionais, dentre eles as ETI´s e a JEI. Estas possibilitam a autogestão dos povos indígenas dentro de seus territórios e de suas comunidades, fortalecendo as suas instituições políticas e jurídicas e, assim, o seu poder dentro da sociedade e do próprio Estado. Estão condicionados à apreciação legislativa os direitos reconhecidos aos povos indígenas com o maior potencial de alteração do *status quo* social, político, territorial e econômico da Colômbia, em consonância com as teorias de Semper e Garzón.

Entre singularidades e similaridades, os direitos reconhecidos aos povos indígenas nas constituições de Brasil e Colômbia com tanto clamor e sob promessas de renovação da política e do Direito Indigenista se encontram pendentes de efetivação ou efetivados de maneira que não impacte significativamente a herança do colonizador.

**5. As normas infraconstitucionais e o posicionamento dos poderes legislativos de Brasil e Colômbia**

Frente ao “delegacionismo” da Constituição Cidadã e da CP sobre os direitos reconhecidos aos povos originários, e do abstracionismo da primeira, transferiu-se ao Poder Legislativo o poder e o dever de regulamentar e efetivar esses direitos através da criação de leis específicas. Esses direitos se encontram, por motivos semelhantes, pendentes no Direito de Brasil e Colômbia. Aos povos indígenas foram relegados atos administrativos e leis arcaicas, discriminatórias, assimilacionistas e com resíduos de colonialismo, como amparo jurídico para a sua sobrevivência. Enquanto não logram a efetivação de seus direitos constitucionais pelo Congresso Nacional, os povos indígenas de Brasil e Colômbia ainda sofrem com a ameaça de projetos de lei que anseiam flexibilizar, reduzir ou extinguir determinados direitos, principalmente em relação a posse, a exploração e a demarcação de suas terras.

Apenas o Brasil apresenta um estatuto de Direito Indigenista – o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73). Este foi criado há 49 anos pelo governo brasileiro durante o período da Ditadura Militar do Brasil para se tornar o principal instrumento normativo indigenista no país. Marcado pelo contexto antidemocrático em que foi criado, o Estatuto do Índio é norteado por um escopo assimilacionista, alienante, colonial e, principalmente, em desacordo com a Constituição de 1988:

Baseado numa concepção que em nada se diferenciava daquela que existia desde o início da colonização, o Estatuto do Índio anunciava o seu propósito logo no primeiro artigo: “integrar os índios à sociedade brasileira, assimilando-os de forma harmoniosa e progressiva”. Em outras palavras, o objetivo do Estatuto era fazer com que os índios paulatinamente deixassem de serem índios. Tratava-se, portanto, de uma lei cujos destinatários eram como “sujeitos em trânsito”, portadores, por isso mesmo, de direitos temporários, compatíveis com a sua condição e que durariam apenas e enquanto perdurasse essa mesma condição. [...] O advento da nova Carta Constitucional propiciou, na sequência, o debate sobre a necessidade de reformulação do Estatuto do Índio de 1973, cujas bases, como já dito, estavam assentadas no conceito superado da necessidade de integração e de assimilação dos índios à comunhão nacional, e na noção da tutela a ser exercida pelo órgão oficial enquanto aquele objetivo não fosse alcançado (ARAÚJO, 2006, p. 32 e 46).

O Estatuto do Índio continua vigendo, apesar de muito se discutir se possui ou não vigor. Foram elaborados vários projetos de lei que objetivam suplantar a obsolescência ou a falta de vigência efetiva da Lei 6.001/73, como o PL 2.057/91 – Estatuto das Sociedades Indígenas, que se propõe a preencher as lacunas da Constituição de 1988, regulando os temas delegados ao Poder Legislativo pelo constituinte e temas que foram abordados apenas de maneira superficial. Passados 32 anos da sua propositura, esse projeto de lei foi arquivado em 31/01/2023. Ao longo desse período foram apensados 16 projetos de lei ao PL 2.057/91, dentre tantos outros rejeitados, e feitas mais de 200 emendas.

Apesar da sua idade, o Estatuto das Sociedades Indígenas se tornaria, se fosse aprovado, a principal fonte jurídica do Direito Indigenista no Brasil, pois, reconheceria a devida demarcação das terras indígenas, as sociedades indígenas como personalidade jurídica de direito interno e a proteção do patrimônio cultural e a propriedade intelectual desses povos. Estaria em quase total acordo com a Convenção 169 da OIT, sendo mais atual que o Estatuto do Índio e mais completo que a Constituição.

Em abril de 2023 foi instituído pela ministra Sônia Guajajara um grupo de trabalho, formado por membros da Articulação dos Povos Indígenas do Brasil e do Ministério dos Povos Indígenas, para a elaboração do Estatuto dos Povos Indígenas, objetivando superar definitivamente o Estatuto do Índio.

Outros projetos se debruçaram de maneira obscura sobre os direitos dos povos indígenas, como o PL 2903/2023, que após intensa discussão e algumas alterações ao texto original, foi aprovado originando a Lei 14701, de 20/10/2023, que se propõe a regulamentar o art. 231 da Constituição Federal, e dispor sobre o reconhecimento, a demarcação, o uso e a gestão de terras indígenas.

O principal objetivo do legislador com a edição da Lei 14701/2023 era a institucionalização no plano jurídico da teoria do Marco Temporal, que já havia sido levado para análise do Supremo Tribunal Federal (STF) através do Recurso Extraordinário (RE) 1017365/SC, buscando a “definição do estatuto jurídico-constitucional das relações de posse das áreas de tradicional ocupação indígena e desde quando deve prevalecer essa ocupação” (BRASIL, 2024).

O debate levado ao STF através do RE supracitado demandou a análise da concessão de repercussão geral, tendo em vista a possível afronta a direitos fundamentais, necessidade de pacificar a matéria e vincular a partir da decisão a Administração Pública e o Poder Judiciário. Em 21/02/2019 foi estabelecida a repercussão geral do RE nº 1017365/SC, com o Tema 1.031. Conforme ROLIN (2024, p. 52) “a decisão do Supremo Tribunal nesta repercussão geral servirá de parâmetro para a resolução, ao menos, de 82 (oitenta e dois) casos semelhantes que estão sobrestados”.

Salienta-se que a partir da concessão de repercussão geral citada, existiu uma maior mobilização da sociedade civil em defesa de seus interesses particulares, sejam organizações ligadas aos indígenas defendendo a inexistência de marco temporal, sejam alguns Estados e associações de produtores rurais defendendo “uma noção clara de data com a intenção de obter segurança jurídica para a ocupação e demarcação das terras” (ROLIN, 2024, p. 52-53).

Em clara retaliação à decisão do STF, que negou a tese do Marco Temporal, e que foi definida por alguns parlamentares como “ativista”, o Congresso Nacional aprovou em 27/09/2023 o PL 2903/2023 que seguiu para sanção presidencial.

No projeto encaminhado ao Presidente para sanção foi estabelecido que apenas terras que pudessem ser comprovadas a ocupação na data da promulgação da Constituição Federal de 1988, seriam passíveis de demarcação, trazendo previsão contrária à decisão proferida pelo STF no RE 1017365/SC. Fundamentada no acórdão do Supremo, a Presidência vetou parcialmente o texto da lei, inclusive quanto à previsão do Marco Temporal. Mas, esse veto foi tombado na nova análise parlamentar no retorno à Casa Legislativa, sendo publicada no art. 4º da Lei nº 14701/2023 a regra do Marco Temporal. Longe de ser temática livre de controvérsia na sociedade e no Judiciário Brasileiro, resta claro o grande retrocesso estabelecido através da Lei nº 14701/2023.

Na Colômbia, a JEI ainda não foi regulamentada pela devida lei especial como determina a CP, gerando grande insegurança jurídica e jurisdicional sobre o tema e prejudicando o acesso dos povos indígenas aos seus direitos. As ETI´s também não foram devidamente regulamentadas, apesar de ter sido criada uma LOOT em 2011, mas sem qualquer menção às ETI´s. Posteriormente, foi adicionado ao texto dessa LOOT uma disposição que incluiu como finalidade da lei o ordenamento e desenvolvimento das ETI´s. Contudo, essa LOOT apenas repete o texto constitucional e delega no art. 37 o encargo de regulamentar as ETI's à outra lei – uma delegação da delegação.

Em ambos os países os direitos indigenistas delegados (ou relegados) pelas constituições ao Poder Legislativo encontram objeções, ou não, para serem efetivados, a depender do seu teor e de quem ele favoreça. Em regra, a aprovação dos projetos de regulamentação dos direitos constitucionais dos povos indígenas fica condicionada à vontade política dos congressos nacionais de Brasil e Colômbia, afligindo relevante prejuízo aos povos indígenas desses países como ilustra o trecho a seguir:

*En cuanto a las Entidades Territoriales Indígenas – ETI – 31 años después, aún no se ha expedido su regulación. Al no existir una Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial que aborde temas indígenas, las comunidades asentadas dentro de las entidades territoriales existentes no gozan de todos sus derechos. La falta de claridad lleva al caos. La carencia de regulación de ordenamiento afecta las políticas de desarrollo. Se generan traslapes institucionales entre departamientos, municipios, autoridades ambientales y territorios indígenas en la demarcación, tratamiento y regulación de los usos del suelo* (GAVIRIA, 2022).

Conforme afirma Joênia Wapichana, apesar do ganho na legislação, ainda recai sobre os povos indígenas a dependência da vontade política para o reconhecimento de fato de seus direitos territoriais. Entende a presidenta da FUNAI que:

Enfrenta-se desde falta de recursos a conflitos judiciais, interesses político-econômicos, ausência de políticas públicas etc. Como vimos, cabe à União Federal demarcar e proteger as terras indígenas, competindo ao Poder Executivo a prerrogativa exclusiva do reconhecimento dos direitos territoriais indígenas. Enquanto há indefinição ou morosidade nos atos administrativos, os interessados na exploração das terras indígenas buscam junto aos outros Poderes [Legislativo e Judiciário] frear a consolidação dos direitos territoriais indígenas, apresentando propostas de Emendas Constitucionais ou infinitas ações judiciais que pretendem suspender atos administrativos de reconhecimento, além de minimizarem os avanços consolidados no texto constitucional. Essas iniciativas acabam estimulando novas violações das garantias constitucionais ofertadas aos povos indígenas (CARVALHO, 2006, p. 88).

Na Colômbia, os Decretos Presidenciais (DP) foram utilizados como via alternativa para a efetivação de alguns dos direitos indigenistas constitucionais. O DP 632 de 2018 se propõe a regulamentar os Territórios Indígenas enquanto a lei não o faz, concedendo às comunidades indígenas autonomia político-administrativa e os equiparando a municípios. Esses territórios assumiram forma de ETI, mas não o são, pois só a LOOT tem o poder de criar novas unidades administrativas (GAVIRIA, 2022).

Esse decreto contempla apenas os povos e comunidades indígenas localizados em três departamentos específicos da Colômbia, todos eles na circunscrição da Amazônia colombiana e fronteira com o Brasil. Isso porque não é motivado apenas pelo reconhecimento dos direitos constitucionais dos povos indígenas, mas pelo somatório de vários fatores preponderantes para a soberania nacional da Colômbia. Por exemplo, a necessidade de o Estado ocupar e estabelecer lideranças sólidas e proativas em áreas ignoradas pelas respectivas Entidades Territoriais, para que estas não sejam alvo de atividades ilegais de mineração, desmatamento e garimpo (GARZÓN, 2018). Não obstante, o decreto possibilita provar empiricamente a viabilidade e a importância das ETI´s a fim de reforçar a necessidade de sua criação e regulamentação pelo Poder Legislativo, mediante aprovação de LOOT que disponha especificamente sobre o tema.

No Brasil, os atos administrativos foram utilizados contra os povos indígenas, principalmente através do Parecer 01/2017 da Advocacia da União, como elucida o Secretário-Executivo do Ministério dos Povos Indígenas, Eloy Terena (TERENA, 2022). Esse parecer atribuiu efeito vinculante à decisão da Pet. 3388/RR (Caso Raposa Serra do Sol) e suas 19 condicionantes, vinculando a Administração Pública à tese do Marco Temporal e o institucionalizando.

É de suma importância a análise do Decreto Legislativo 5051/2004 e da *Ley 21 de 1991,* responsáveis por internalizar a Convenção 169 da OIT de 1989 em Brasil e Colômbia, pois os processos de aprovação e internalização ocorreram de maneira diferente. Enquanto a Colômbia aprovou a *Ley 21* na própria Assembleia Constituinte de 1991, o Brasil só veio a aprovar o DL 5051 15 anos após a aprovação da Convenção 169 pela OIT e sob grande pressão política dos povos indígenas e dos movimentos indigenistas.

A diferença desses cenários é reflexo dos processos constituintes de cada país. Fato é que tanto o DL 5051/04 quanto a *Ley 21 de 1991* se tornaram e são até hoje, na prática, a principal fonte do Direito Indigenista em ambos os países, principalmente, pela ineficácia das suas constituições e pela omissão de seus poderes legislativos.

**6. O protagonismo antagônico das cortes constitucionais**

Na Colômbia, foram instituídas a Corte Constitucional e Ação de Tutelas na Constituição de 1991 com a função única de controlar e interpretar o texto constitucional, sob grande influência do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Essa influência tem sido observada principalmente na atuação da CC em relação aos direitos dos povos indígenas, seu principal foco de atuação desde a sua criação. Atuando nas lacunas da lei criadas pelo desinteresse do Poder Legislativo, a CC efetivou direitos como o direito de consulta e participação dos povos indígenas e a JEI.

Igualmente fundamental e proativa tem sido a atuação da CC em relação às terras indígenas que não estão sob o regime do *Resguardo*, concedendo-o a essas comunidades. A Corte reconheceu os povos indígenas enquanto sujeitos coletivos de direitos fundamentais, permitindo que estes tenham acesso a Ação de Tutela enquanto coletivo e não só como indivíduos, criando um novo sujeito de direito que não é pessoa física ou pessoa jurídica (GARZÓN, 2008, p. 111).

A CC e os povos indígenas interagem mutuamente em prol de seus objetivos, os indígenas em busca de amparo jurídico e a Corte em busca de legitimidade e credibilidade no cenário internacional, principalmente frente ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Em face da desproporção entre a porcentagem da população indígena e de ações de tutela julgadas e revisadas sobre direitos dos povos indígenas (GARZÓN, 2008, p. 110), assim como da discricionariedade da Corte em atuar majoritariamente sobre o tema, surgiram questionamentos e acusações sobre um possível ativismo judicial da CC.

No Brasil, o responsável por salvaguardar os direitos constitucionais é o Supremo Tribunal Federal (STF), que acumula a competência de Corte Constitucional e a competência de Supremo Tribunal, primeira diferença observada em relação à Colômbia. A diferença mais significativa entre as cortes é o contexto de fundação de cada uma delas, que influencia diretamente as suas decisões. Enquanto a CC foi criada sob o contexto da redemocratização e do multiculturalismo da Constituinte, o STF foi criado sob o seguinte cenário, nas palavras da Ministra Ellen Gracie:

O Supremo Tribunal Federal também se volta para o seu passado. [...] em 10 de maio de 1808, por alvará expedido pelo Príncipe Regente, foi a Relação da cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro elevada à Casa de Suplicação do Brasil, vale dizer, a última instância judiciária, onde terminariam os feitos, sem mais atuação da Casa de Suplicação de Lisboa. [...] À Casa de Suplicação, sucedeu, durante o Império, o Supremo Tribunal de Justiça [9/1/1829] e, na República, o Supremo Tribunal Federal [28/2/1891], sem solução de continuidade e com a permanência de muitos de seus membros nas transições (CNJ, 2007, p. 6).

O STF é e se identifica institucionalmente como legatário do Supremo Tribunal do período colonial, no qual os povos indígenas foram substancialmente subjugados, suprimidos e expropriados de suas terras. O STF sucedeu em 1891, quase um século antes da promulgação da Constituição vigente. A sua caracterização institucional se opõe por si só ao Direito Indigenista e reforça a relação histórica entre colonizador e colonizado.

No Brasil ocorreu o oposto à Colômbia, no Brasil os ministros do STF interpretaram de forma reticente o aumento de demandas sobre o tema, defendendo que se estabelecesse um limite de competência do Tribunal em relação aos direitos dos povos indígenas (GARZÓN, 2008, p. 76). No STF, em contraponto à CC, os povos indígenas e seus representantes não são os principais sujeitos ativos dos casos julgados:

Com relação às pessoas que interpelam os juízes, denominadas no léxico jurídico de: sujeitos ativos, por serem os que literalmente ativam o aparelho judicial, ganha destaque o Ministério Público, presente em aproximadamente 30% dos casos. Em segundo lugar se encontram as pessoas físicas, que em sua maioria são proprietários de terras que ingressam na justiça para questionar o processo administrativo de demarcação de terras indígenas, (...) Em terceiro lugar estão os Estados da Federação, que frequentemente questionam os critérios de definição de terras devolutas, uma vez que as terras demarcadas como indígenas em muitos casos estão ocupadas por particulares com títulos de transferência de propriedade outorgados diretamente pelos Estados, os quais consideram parte das terras indígenas como devolutas (GARZÓN, 2008, p. 78).

O principal objeto de litígio em relação aos direitos dos povos indígenas no STF são as terras indígenas, enquanto na CC colombiana são os direitos políticos relacionados à autonomia dos povos indígenas e, principalmente, relacionados ao reconhecimento da JEI.

Apenas em 1994 o STF passou a ter uma atuação mais relevante nos litígios sobre os povos indígenas, em que se destacam as disputas sobre a demarcação das terras indígenas. Isto, pois em 1994 findou o prazo constitucional de 5 anos para a conclusão da devida demarcação dessas terras e a União descumpriu o determinado pelo art. 67 dos ADCT, ampliando os conflitos sobre a posse das terras indígenas entre as comunidades indígenas e não indígenas, que, inevitavelmente, alcançaram o Poder Judiciário e o próprio STF.

Desde a promulgação da Constituição o principal tema debatido no STF é a tese do Marco Temporal, que foi rejeitada em 21/09/2023 no julgamento do Tema 1.031, prevalecendo a teoria do Indigenato e a interpretação dos art. 231 e 232 da Constituição como cláusulas pétreas. Apesar dessa decisão positiva, os povos indígenas ainda correm o risco de serem inviabilizados o devido reconhecimento e demarcação de suas terras, pois, como retaliação, o movimento anti-indígena tenta implementar a tese do Marco Temporal pela via legislativa através da Lei 14701/23 – Lei do Marco Temporal, promulgada pelo Congresso Nacional em 20/10/2023, e da PEC 48/2023 – a "PEC da Morte", sob análise de admissibilidade na CCJ.

O Supremo ainda demonstra demasiada parcimônia no reconhecimento pleno do Indigenato e na sua devida efetivação, pois ainda decidirá, no Tema 1.031, a possibilidade de indenização para os ocupantes de boa-fé e de flexibilização da exploração dos recursos naturais em terras indígenas, o que inviabilizaria financeiramente a demarcação dos territórios e a plenitude dos modos de vida desses povos, em desacordo com a Convenção 169 da OIT. Além disso, o ministro Gilmar Mendes, frente a investida legislativa da tese do Marco Temporal, recuou com o posicionamento do STF e abriu, monocraticamente, um processo de mediação e conciliação sobre o tema, agendado para ocorrer entre os dias 05/08/2024 e 18/12/2024, reconduzindo a batalha secular entre os povos indígenas e o colonialismo ao Supremo e restabelecendo a discussão sobre o Marco Temporal.

Enquanto a CC se sobrepõe aos conflitos políticos sobre o tema no Poder Legislativo, flertando abertamente com o SIDH, no Brasil, o STF, apesar da sua importância na tentativa de fixação da teoria do Indigenato, ainda se posiciona de forma relutante, flexível e cedente contra as investidas políticas anti-indígenas do Congresso Nacional. Embora ambas as cortes sejam corriqueiramente acusadas de ativismo judicial pelos seus posicionamentos, representam, em ambos os casos, a principal esperança dos povos indígenas na efetivação de seus direitos.

**Considerações finais**

No desenvolvimento do presente trabalho, pôde-se observar que o Direito Indigenista é mais consolidado na Colômbia do que no Brasil, pois a Constituição Política colombiana possui um texto normativo muito mais objetivo e profundo que a Constituição Cidadã, convergindo melhor com o Direito Indigenista Internacional. Soma-se a isso, o fato de que a CC assumiu para si como estandarte a garantia e proteção dos direitos dos povos indígenas, enquanto o STF, ainda reticente, se opôs por muito tempo à garantia e às conquistas do Direito Indigenista.

Ambos os países apresentam mazelas em relação às suas políticas e legislações indigenistas em função da supremacia de grupos e interesses políticos anti-indígenas, não efetivando os direitos reconhecidos aos povos originários nas constituições. Evidencia-se que o assimilacionismo e o colonialismo predominante na história dos países não foram superados com a promulgação da Constituição Cidadã e da Constituição Política colombiana, como induzido pelos seus processos constituintes.

As pequenas, mas importantes conquistas de direitos pelos povos indígenas desde a colonização até o presente momento só ocorreram sob incessante pressão destes e de seus aliados e mediante troca de capital simbólico. Os Estados do Brasil e da Colômbia reconhecem o mínimo de direitos aos povos indígenas e se apropriam da vulnerabilidade destes para legitimar suas instituições frente à sociedade nacional e, principalmente, internacional.

Conclui-se que o cenário do Direito Indigenista em Brasil e Colômbia são muito semelhantes e que há a expectativa de ampliação das conquistas e da efetivação dos direitos dos povos indígenas, frente às renovações políticas ocorridas em 2022/2023 em ambos os países, e entre avanços e retrocessos, tentativa de reformulação do posicionamento do STF sobre o tema nos últimos anos. Pois, o intercâmbio jurídico seria essencial para o avanço do tema no Brasil, principalmente, em relação à atuação da CC na Colômbia.

**Referências**

ARAÚJO, Ana Valéria; CARVALHO, Joênia Batista; DE OLIVEIRA, Paulo Celso; JÓFEJ, Lúcia Fernanda; GUARANY, Vilmar Martins Moura; ANAYA, S.James (org.). **Povos Indígenas e a Lei dos “Brancos”:** o direito à diferença. Edição única. Brasília: MEC/Unesco, v. 1, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição** **da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: [s.n.], 1988.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2.057, de 09 de outubro de 1991.** Dispõe sobre o Estatuto das Sociedades Indígenas. Brasília: Câmara dos Deputados, 1991. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569>. Acesso em 17 out. 2023.

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 215, de 19 de abril de 2000.** Acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º ambos no Art. 231, da Constituição Federal. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562. Acesso em: 17 out. 2023.

BRASIL. **Marco Temporal:** para ministro Nunes Marques, data de promulgação da Constituição define ocupação tradicional. STF, 15 de set. 2021. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=473051&ori=1. Acesso em: 30 jul. 2024.

CERVERA, César. Así fue la lucha en el Imperio español por defender los derechos de la población indígena. **ABC España.** 14 out. 2015. Disponível em: https//www.abc.es/espana/20151014/abci-leyes-espanolas-indias-conquistas-201510132047.hml. Acesso em: 17 out. 2023.

COLÔMBIA. [Constituição (1991)]. **Constitución Política de Colômbia**. Bogotá: [*s. n.*], 1991.

COLÔMBIA. ***Censo Nacional de Población y Vivienda.*** Disponível em: https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/demografia-y-poblacion/censo-nacional-de-poblacion-y-vivienda-2018. Acesso em: 17 out. 2023.

COLÔMBIA. **Decreto 632, de 10 de abril de 2018.** Por el cual se dictan las normas fiscales y demás necesarias para poner en funcionamiento los territorios indígenas ubicados en áreas no municipalizadas de los departamentos de Amazonas, Guainía y Vaupés. Bogotá: Función Pública, 2018. Disponível em: https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=164152. Acesso em: 17 out. 2023. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Sessão Solene de Abertura do Ano Judiciário de 2007.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2007/02/aberturaanojud2007.pdf. Acesso em: 17 out. 2023.

COSOY, Natalio. Quién era Manuel Quintín Lame, el colombiano que inspiró la primera guerrilla indígena de América Latina. **BBC News.** 6 out. 2017. Disponível em: https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-41507530. Acesso em: 17 out. 2023.

GARZÓN, Biviany Rojas. Governo da Colômbia reconhece Territórios Indígenas como unidades equivalentes a municípios. **Instituto Socioambiental.** 18 abr. 2018. Disponível em: https://site-antigo.socioambiental.org/pt-br/blog/blog-do-xingu/governo-da-colombia-reconhece-territorios-indigenas-como-unidades-equivalentes-a-municipios. Acesso em: 17 out. 2023.

GARZÓN, Biviany Rojas. **Os Direitos Constitucionais dos Povos Indígenas no Judiciário**: Entre o direito falado e o direito escrito. Uma perspectiv comparada do Brasil e da Colômbia. Orientador: Cristhian Teófilo da Silva. 2008. Dissertação de Mestrado (Mestrado em Ciências Sociais) - Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2008.

GAVIRIA, Simón. Indígenas pendientes. **El Universal**, Cartagena, 30 mar. 2022. Disponível em: https://www.eluniversal.com.co/opinion/columna/indigenas-pendientes-DY6346476. Acesso em: 29, nov. 2022.

IBGE. **Território brasileiro e povoamento. História indígena. Os números da população indígena.** Disponível em: https://brasil500anos.ibge.gov.br/territorio-brasileiro-e-povoamento/historia-indigena/os-numeros-da-populacao-indigena.html. Acesso em: 17 out. 2023.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; MATTOS, Karine Rodrigues. O Direito fundamental dos indígenas à terra: do Brasil-Colônia ao Estado Democrático de Direito. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 43, n. 170, 2006.

MASSULO, Débora Silva; NOGUEIRA, Caroline Barbosa Contente. A TEORIA DO INDIGENATO VS TEORIA DO FATO INDÍGENA (MARCO TEMPORAL): BREVE ANÁLISE DESDE A PERSPECTIVA DO COLONIALISMO INTERNO. **Empório do Direito: Coluna Empório Descolonial.** 15 abr. 2019. Disponível em: https://emporiododireito.com.br/leitura/a-teoria-do-indigenato-vs-teoria-do-fato-indigena-marco-temporal-breve-analisa-desde-a-perspectiva-do-colonialismo-interno. Acesso em: 17 out. 2023.

MEJÍA, Javier. La Población del Territorio Colombiano al Mmomento de la Conquista: Una Revisión Crítica de Estudios. **Economía & Región**, Vol. 9, N°. 2, (Cartagena, diciembre 2015), pp. 7-46.Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/293531012\_La\_Poblacion\_del\_Terrritorio\_Colombiano\_al\_Momento\_de\_la\_Conquisa\_Una\_Revision\_Critica\_de\_Estudios. Acesso em 17 out. 2023.

MINISTÉRIO DOS POVOS INDÍGENAS. **Quem são.** Disponível em: https://www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/povos-indigenas/quem-sao. Acesso em: 17 out. 2023.

OIT. **Convenção nº 169, de 7 de junho de 1989**. Sobre Povos Indígenas e Tribais. [*S. l.*], 1989.

ONU; CEPAL (org.). **Os Povos Indígenas na América Latina**: Avanços na última década e desafios pendentes para a garantia de seus direitos. Santiago, Chile: ONU/CEPAL, 2015. v. 1.

ROLIM, A. A. da S., AZEVEDO, P. H. B. de, FREITAS, F. A. de, & PONTES FILHO, R. P. (2024). RESSONÂNCIAS DO TEMPO: REFLEXÕES E ANÁLISES DOS VOTOS DO STF NO R.E. 1017365 E A TRAMITAÇÃO DA LEI Nº 14.701/2023. ***Revista De Direito & Desenvolvimento Da UniCatólica*,** *7*(1), 49–60. Disponível em: http://publicacoes.unicatolicaquixada.edu.br/index.php/rdd/article/view/1113. Acesso em: 17 out. 2023.

SEMPER, Frank. Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006**, Uruguai, v. 2, 2006.

TERENA, Eloy. **Na pauta do Supremo, as terras indígenas:** precisamos nos mobilizar para a defesa da vida dos povos indígenas. CIMI, 13 mai. 2022. Disponível em: https://cimi.org.br/2022/05/na-pauta-do-supremo-as-terras-indigenas-precisamos-nos-mobilizar-para-a-defesa-da-vida-dos-povos-indigenas/. Acesso em: 17 out. 2023.

TERRAS INDÍGENAS NO BRASIL. **Situação atual das Terras Indígenas.** Disponível em: https://terrasindigenas.org.br/. Acesso em: 17 out. 2023.

Este é um ARTIGO publicado em acesso aberto (*Open Access)* sob a licença *Creative*

*Commons Attribution*, que permite uso, distribuição e reprodução em qualquer meio,

sem restrições, desde que o trabalho original seja corretamente citado.

1. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especialização em andamento em Direito Ambiental Brasileiro pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). – E-mail: carloseduardofamadas@id.uff.br – Orcid: https://orcid.org/0009-0004-8644-1911. [↑](#footnote-ref-1)
2. Professora Associada com dedicação exclusiva na Universidade Federal Fluminense (UFF). Atualmente é Coordenadora da Pós-Graduação Lato Sensu Residência Jurídica em Resolução de Conflitos na Universidade Federal Fluminense. – E-mail: fabiannemanhaes@id.uff.br – Orcid: https://orcid.org/0000-0002-6055-6903 [↑](#footnote-ref-2)
3. Local onde a Ordem da Companhia de Jesus oferecia proteção aos indígenas em troca da submissão destes ao catolicismo. Ademais, os indígenas convertidos eram utilizados nas lavouras em trabalho análogo a escravidão e em campanhas bélicas contra outros povos indígenas. [↑](#footnote-ref-3)
4. Local onde os indígenas eram concentrados e submetidos pela Coroa Espanhola ao trabalho compulsório, análogo à escravidão. Lá os indígenas trabalhavam por um salário que se esgotava com o pagamento dos impostos à Coroa e eram progressivamente catequizados e assimilados pela sociedade espanhola. [↑](#footnote-ref-4)
5. O primeiro debate axiológico sobre os direitos humanos dos povos indígenas. De caráter teológico, foi realizado pela Igreja Católica em função das denúncias realizadas pelos Freis Dominicanos. [↑](#footnote-ref-5)
6. Figura jurídica equivalente à Reserva Indígena. Sucessoras das Encomiendas, raramente correspondem às terras tradicionais dos povos indígenas. São títulos de propriedade e posse inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis (art. 63, CP/1991). [↑](#footnote-ref-6)
7. Líder indígena, militar, político, jurista, autodidata e revolucionário colombiano da etnia Nasa (1880-1967). Lutou na Guerra dos Mil Dias, estudou o direito indigenista colombiano e, nomeado Chefe Indígena de Cauca, tentou constituir uma república indígena em Cauca, foi preso mais de 100 vezes e inspirou o Movimento Armado Quintín Lame em 1980. [↑](#footnote-ref-7)
8. Lei Orgânica de Ordenamento Territorial. Essa lei é um instrumento de organização e de planejamento nacional com o escopo de descentralização político-administrativa. [↑](#footnote-ref-8)