

Os direitos indígenas como direitos culturais fundamentais

LUCAS FUCCI AMATO

Doutorando em Direito –Filosofia e Teoria Geral do Direito (USP).

Graduado em Direito (USP).

Artigo recebido em 23/11/2013 e aprovado em 24/03/2014.

SUMÁRIO: 1 Introdução • 2 As raízes dos (não) direitos indígenas na colonização da América Ibérica • 3 Direito internacional e direito constitucional comparado (América do Sul) • 4 Direito e política indigenista no Brasil: breve lembrança • 5 Os direitos indígenas como direitos fundamentais: possibilidades • 6 Conclusão • 7 Referências.

RESUMO: Este artigo busca apresentar algumas possibilidades de concretização dos direitos indígenas e de argumentação jurídica a partir do reconhecimento desses direitos no plano constitucional ao lado dos direitos culturais fundamentais. Tal análise é precedida por um enquadramento histórico da situação dos direitos indígenas no contexto da América Ibérica e especificamente no Brasil. Também se expõe sobre o direito internacional dos direitos indígenas e o direito constitucional comparado sul-americano. A consagração dos direitos indígenas pela Constituição brasileira de 1988 é então analisada tendo em vista as possibilidades de reconhecimento, na esfera pública constitucional, tanto de direitos subjetivos a pessoas e a comunidades autóctones, quanto de ordens jurídicas dos povos indígenas.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos indígenas • Direitos culturais • Direitos fundamentais • Pluralismo jurídico • Reconhecimento.

Indigenous rights as constitutional cultural rights

CONTENTS: *1 Introduction* • *2 The roots of the indigenous (non) rights in the colonization of Ibero-America* • *3 International law and comparative constitutional law (South America)* • *4 Indigenist law and politics in Brazil: a brief recall* • *5 Indigenous rights as constitutional rights: possibilities* • *6 Conclusions* • *7 References*.

ABSTRACT: This paper aims at presenting some possibilities for the concretization of indigenous rights and for legal argumentation on the basis of the constitutional recognition of these rights among the cultural constitutional rights. This analysis is preceded by a historical perspective of the situation of indigenous rights in the context of Ibero-America and specifically of Brazil. There is also an explanation on the international law of indigenous rights and of South-American comparative constitutional law. The acknowledgement of indigenous rights by the Brazilian 1988 Constitution is, therefore, analyzed under the possibilities of recognition, in the public constitutional sphere, of subjective rights for persons and autochthon communities, as so as the recognition of legal orders of the indigenous people.

KEYWORDS: Indigenous rights • Cultural rights • Constitutional rights • Legal pluralism • Recognition.

Los derechos indígenas como derechos culturales fundamentales

CONTENIDO: *1 Introducción • 2 Las raíces de los (no) derechos de los indígenas en la colonización de Iberoamérica • 3 Derecho internacional y derecho constitucional comparado (América del Sur) • 4 Derecho y política indigenista en Brasil: breve retrospectiva • 5 Los derechos indígenas como derechos fundamentales: posibilidades • 6 Conclusión • 7 Referencias.*

RESUMEN: Este artículo presenta algunas posibilidades de concretización de los derechos de los indígenas y opciones de argumentación jurídica a partir del reconocimiento de tales derechos a nivel constitucional, junto con los derechos culturales fundamentales. Este análisis es precedido por una retrospectiva de la situación de los derechos indígenas en Iberoamérica y especialmente en Brasil. También se trata el derecho internacional de los derechos de los indígenas y el derecho constitucional comparado sudamericano. La consagración de los derechos de los indígenas por la Constitución brasileña de 1988 es analizada en el marco de las posibilidades de reconocimiento, en la esfera pública constitucional, tanto de derechos subjetivos de las personas y comunidades nativas, como de órdenes jurídicas de los pueblos indígenas.

PALABRAS CLAVE: Derechos indígenas • Derechos culturales • Derechos fundamentales • Pluralismo jurídico • Reconocimiento.

1 Introdução

Os Estados lidam com a questão da diversidade cultural (étnica, linguística, religiosa) de diversas formas, tendo como horizonte comum a manutenção ou consolidação de uma base nacional ou multinacional para a institucionalização política, o que implica evitar que minorias efetivem sua autodeterminação a ponto de galgarem, elas próprias, a construção de um Estado independente (separatismo). Do ponto de vista dos Estados, o fenômeno das minorias pode ser tratado desde o ponto de vista da recusa ao seu reconhecimento, que implica uma política de assimilação, até a institucionalização do pluralismo jurídico e da autonomia política; pode envolver desde o reconhecimento de personalidade jurídica individual e coletiva, até a formação de políticas especiais de proteção ou de institucionalização da autonomia. Em geral, no máximo, reconhece-se a presença de minorias “linguísticas”, “étnicas”, mas o conceito de nacionalidade é reservado ao povo constituinte do Estado soberano. Há, porém, Estados expressa e constitucionalmente multinacionais, como Rússia e China (PIERRÉ-CAPS; POUMARÈRE, 2004).

Considerada a clássica função política e jurídica do conceito de nação como base para a cidadania (no sentido estrito de direitos políticos) e a soberania do povo (constituente), emerge então uma fórmula paradoxal: a de soberania do “povo multinacional”. O reconhecimento das minorias pode ter efeitos paradoxais, acelerando a assimilação, principalmente quando os direitos são reconhecidos em termos individuais, e não (também) coletivos. Na concepção liberal, que evita coletividades intermediárias entre o indivíduo e o Estado, tem-se apenas o exercício privado de liberdades públicas, sem ressonância maior de um pluralismo cultural coletivamente representado no espaço público e no centro do sistema jurídico.

Os regimes eleitorais também podem favorecer a inclusão ou exclusão de minorias da representação política, podendo, inclusive, prever compensações de participação a título de “discriminação positiva” ou de “democracia associativa” (em coordenação com a “regra da maioria”). No sistema jurídico estatal, há importante diferença quando se reconhecem as questões coletivas das minorias como judicializáveis e as minorias como coletividades legitimadas jurisdicionalmente.

A política pluralista mais radical, porém, é a da descentralização política para além do federalismo clássico como sistema de alocação de recursos e distribuição de competências; nesse sentido, o grande exemplo de Estado regional é a Espanha (PIERRÉ-CAPS; POUMARÈRE, 2004).

O objetivo deste trabalho é apresentar as possibilidades que decorrem de um tipo específico de institucionalização dos indivíduos e comunidades autóctones por parte do direito estatal: a regulação constitucional dos índios e comunidades indígenas, especialmente no marco de atribuição de direitos fundamentais, focando nos contextos latino e sul-americano, com especial destaque ao caso brasileiro. Registre-se que, no Brasil, existem aproximadamente 225 povos indígenas, mais de 450 terras reconhecidas oficialmente e 180 línguas e dialetos desses povos (VILLARES, 2009, p. 16).

Trata-se de investigar as possibilidades abertas diante do reconhecimento dos direitos indígenas como direitos fundamentais. São possibilidades de argumentação jurídica e luta política para o aprofundamento e a concretização desses direitos. Não obstante o foco na questão indígena, o raciocínio desenvolvido pode ser aplicado *mutatis mutandis* a outras comunidades cultural e historicamente delimitadas, como as comunidades quilombolas no Brasil, com relação às quais a Constituição de 1988 (ADCT, art. 68) reconhece a propriedade definitiva das terras aos “remanescentes das comunidades dos quilombos” (BRASIL, 1988).

O itinerário do argumento se desenvolve por uma retomada histórica da questão dos direitos indígenas na América Latina, no marco da colonização. Tal contexto frisa não apenas uma falta de direitos (subjetivos) dos indígenas, coletiva e individualmente, na ordem jurídica colonial construída, como também uma negação do pluralismo jurídico, da vigência concomitante de ordens jurídicas (direito objetivo) diversas – as autóctones e a colonial/metropolitana –, reconhecimento este que poderia ter suscitado modelos jurídicos próprios para lidar com conflitos entre essas ordens.

A seguir, são focados marcos do direito internacional dos direitos indígenas, bem como a experiência constitucional recente dos países sul-americanos. Uma breve menção histórica à política indigenista brasileira abre caminho à evidenciação do caráter inovador da Constituição de 1988 nesta seara. A Constituição, como se defende enfim, abre caminho a uma série de desafios e possibilidades no que tange a questões como pluralismo jurídico, isonomia e políticas públicas. Tais possibilidades são analisadas especialmente no marco da teoria constitucional desenvolvida por Marcelo Neves, a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.

2 As raízes dos (não) direitos indígenas na colonização da América Ibérica

O empreendimento colonial representou um processo de destruição criadora do direito, não apenas encobrindo a existência e negando a vigência das ordens jurídicas nativas (nos termos do direito ocidental moderno), mas substituindo-as por uma ordem experimental em construção, misto de transplante do direito da metrópole e “aclimatações” pragmáticas, tantas vezes violentas, à realidade a ser domada pelo colonizador. Nessa destruição e construção de ordens jurídicas, também o equivalente à titularidade de direitos pelos povos autóctones (em sua individualidade e coletividade) foi esvaziado; o direito de propriedade que emerge com a nova ordem consistiu, para os nativos, no não direito, não apenas por legalizar a usurpação privada ou pública de suas terras e outros bens, mas também por constituir nova base jurídica de uma nova dinâmica econômica, à qual ao indígena foi concedido que se integrasse como pobre rural ou, depois, urbano – a própria criação simbólica e material da pobreza indígena é obra da colonização e de sucessivas políticas “desenvolvimentistas” de cerco aos povos autóctones (MUELAS HURTADO, 2012, p. 36-37).

O direito metropolitano em que se fundaram as descobertas e a exploração da América Latina pelos ibéricos teve como fontes as bulas papais, os tratados e os contratos, tais quais as capitulações, as instruções e os contratos de hostes. Esses instrumentos normativos coloniais davam conta de delimitar e garantir juridicamente três ordens básicas de interesses: da Coroa, no domínio territorial, populacional e econômico; da Igreja, no domínio espiritual do “novo mundo” e de seus povos autóctones; dos conquistadores, na apropriação privada das riquezas das terras e povos descobertos (TORRE RANGEL, 1998, p. 220; WOLKMER, 1998, p. 80-83; PIRES, 1998, p. 64-68).

O lado indígena da questão foi pontuado em instrumentos do direito metropolitano espanhol como a Lei de Burgos (1512) que, na tradição dominicana inspirada em Tomás de Aquino, registrava a liberdade do índio na plenitude de seus direitos e seu direito natural de propriedade. Na prática, porém, institucionalizava o *reque-rimiento*, um ultimato lido aos nativos para que se submetessem à soberania do rei de Castela, sem o que sua liberdade e propriedades seriam confiscadas (RUSCHEL, 1998a, p. 97-98). A proibição da escravização indígena foi reiterada na compilação das Leis Novas (1542), que defendia a liberdade do índio como condição para ser vassalo da Coroa de Castela. Nesse sentido, a lei registrava a preocupação com que fossem reportados à metrópole os maus tratos aos índios, e conclamava a um pro-

cedimento judicial especial nos casos que os envolvessem, com o resguardo dos usos e costumes desses povos (TORRE RANGEL, 1998, p. 221-222).

Aquele instrumento jurídico, como tantas outras *Leyes de Indias*, é expressão nítida de duas grandes facetas do direito colonial. De um lado, é evidente a ampla ineficácia das determinações estatais diante de colonizações geridas em grande medida por particulares – assim, assentou-se o princípio do “acata-se, mas não se cumpre”, a prerrogativa de não cumprir, em circunstâncias “justificadas”, as leis oriundas da metrópole. De outro lado, estabilizou-se um regime capaz de preservar de alguma forma as comunidades indígenas e de proteger o índio no que tange à sua condição de trabalhador não escravo, mas submetido à tributação da Coroa (trabalho em espécie ou parcela do produto do trabalho) e à evangelização católica (WOLKMER, 1998, p. 79; TORRE RANGEL, 1998, p. 228). “A *encomienda* é um direito concedido, por mercê real, aos destacados conquistadores – beneméritos das Índias – para receber e cobrar, para si, os tributos dos índios que se encomendarem [...]” (TORRE RANGEL, 1998, p. 228). Ao lado da *encomienda*, institutos como *mita* e *yacónato*, além da escravidão pura, faziam com que, na prática, imperasse a divisão das terras descobertas entre uma minoria de conquistadores, com o respectivo *repartimiento* dos nativos para cada um daqueles (RUSCHEL, 1998a, p. 97).

De fato, o problema jurídico suscitado pela descoberta, conquista e exploração das terras americanas suscitou no mundo ibérico duas linhas de argumentação. De um lado, autores como Juan Gines de Sepúlveda afirmavam, à metade do século XVI, que a missão de civilizar os povos bárbaros legitimava a submissão destes, se preciso, por uma guerra justa (PIRES, 1998, p. 70). De outro, religiosos dominicanos como Montesinos, Valdivieso e, notadamente, Bartolomé de las Casas foram destacadas figuras de engajamento prático na defesa dos indígenas, havendo no plano do pensamento humanístico uma linha de defesa desses povos desenvolvida pelos teólogos e moralistas da Escola de Salamanca, como Francisco de Vitória e Domingo de Soto (WOLKMER, 1998, p. 84-85).

Entre 1609 e 1768, nas reduções jesuíticas da bacia platina (atuais Paraguai, Argentina e Brasil), desenvolveu-se uma hibridização entre as práticas europeias (o direito metropolitano oficial suplementado pela normatividade da Companhia de Jesus) e o “solidarismo” indígena (guarani), dando origem a um coletivismo nativo isolacionista fundado na autonomia municipal e sob a proteção dos jesuítas espanhóis (WOLKMER, 1998, p. 86-87; TORRE RANGEL, 1998, p. 229-230). Uma das criações dessa experiência foi um regime jurídico misto de propriedade, cindi-

do entre bens de uso público e propriedade coletiva (*tupambaé*) e bens cujo usufruto era cedido a cada família (*abambaé*). Tal experiência terminou pela expulsão dos jesuítas da Espanha, com a substituição destes por administradores leigos externos nas reduções, e, por parte de Portugal, pelo confisco das terras e bens (RUSCHEL, 1998a; 1998b).

No caso da colonização portuguesa, especificamente, a Justiça, a chefia militar e a administração na colônia foram fragmentadas e privatizadas pela Coroa por meio do regime de capitânias hereditárias; a legislação metropolitana voltada às terras então exploradas era, portanto, muito pouco efetiva. Só a partir da segunda metade do século XVI é que a Coroa portuguesa realmente deu início à sua empreitada colonial no Brasil, impondo um sistema centralizado de governo, baseado na instituição do governador-geral; a Justiça passou então à responsabilidade do cargo de ouvidor.

Apenas durante os séculos XVII e XVIII consolidou-se um sistema de Justiça civil, isto é, realizada pela burocracia estatal preparada na metrópole. A base normativa da colonização portuguesa foram as Ordenações do Reino – Alfonsinas (1446), Manuelinas (1521) e Filipinas (1603) –, a serem executadas tal como aplicadas na própria metrópole. O comércio de escravos foi não apenas permitido como também regulado por meio da concessão de privilégios e licenças pela Coroa.

Quanto à exploração do índio, esta apenas foi regulamentada a partir do sistema dos governadores-gerais; embora preservada, nos requerimentos dos governadores-gerais, a “liberdade” dos indígenas e o controle de sua conversão pelos jesuítas, a Lei dos Índios, de 1570, instituiu na prática um regime de escravidão controlada dos nativos. Toda a questão escravagista foi, de forma geral, submetida à dicotomia de regimes jurídicos: homens brancos enquanto sujeitos de direito e escravos enquanto objeto (WOLKMER, 1998, p. 88-91).

O balanço geral do direito colonial aponta sua fundação nas bases de uma legislação casuística e em “políticas de ensaio” (TORRE RANGEL, 1998, p. 220). A ocidentalização dos povos e terras “descobertos” acompanhou-se dos efeitos comuns que, repetidamente, as diversas políticas e ciclos de modernização impuseram aos povos autóctones – inclusive após as independências nacionais e mesmo em experiências recentes (como o período ditatorial do “milagre econômico” no Brasil): não apenas a dizimação física e a desagregação social e cultural mas, sobretudo, a sua subintegração como mão de obra explorada na agricultura latifundiária fundada pelos colonizadores ou, futuramente, sua migração para os centros urbanos e proletarização.

3 Direito internacional e direito constitucional comparado (América do Sul)

Os direitos indígenas são consagrados no plano internacional basicamente por quatro instrumentos normativos, de diferentes graus de vinculatoriedade. O primeiro deles, vinculante e promulgado no Brasil mediante o Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004, é a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, adotada em Genebra em 1989. Villares (2009, p. 31) ressalta que a Convenção 169 da OIT considera em seu âmbito pessoal (como sujeitos de direito) as populações que habitavam o território do atual país (ou região deste) quando da conquista ou colonização; considera a consciência da identidade indígena ou tribal como critério fundamental de identificação e define cultura a partir da conservação das próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas (ou de parte delas) dos povos indígenas e tribais.

Dentre os eixos da Convenção, nota-se o artigo 8º, que prevê: a consideração dos costumes e do direito consuetudinário dos povos indígenas e tribais quando da aplicação da legislação nacional; a titularidade, pelos membros desses povos, dos direitos reconhecidos aos demais cidadãos do país; o direito dos povos de conservar seus costumes e instituições, criando-se procedimentos para a solução de eventuais conflitos entre as ordens jurídicas desses povos, de um lado, e o padrão constitucional de direitos fundamentais e o direito internacional dos direitos humanos, de outro (OIT, 1989).

Cronologicamente, um segundo documento internacional relevante na matéria, embora com caráter de *soft law*, é a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), que em seu princípio 22 prevê:

Os povos indígenas e suas comunidades, bem como outras comunidades locais, têm um papel vital no gerenciamento ambiental e no desenvolvimento, em virtude de seus conhecimentos e de suas práticas tradicionais. Os Estados devem reconhecer e apoiar adequadamente sua identidade, cultura e interesses, e oferecer condições para sua efetiva participação no atingimento do desenvolvimento sustentável. (ONU, 1992).

A Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais, adotada pela Organização das Nações Unidas para Educação, a Ciência e a Cultura - UNESCO em 2005, é um tratado internacional multilateral vinculante, internalizado pelo Decreto Legislativo nº 485 de 20 de dezembro de 2006 (BRASIL, 2006). Sua grande importância no que concerne aos direitos indígenas diz respeito a inseri-los no marco dos direitos culturais, após uma série de instrumentos não vinculantes sobre

tais direitos, celebrados no direito internacional regional e universal (notadamente a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural, da UNESCO, de 2001).

Finalmente, a consagração dos direitos indígenas no âmbito internacional chega com a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, adotada pela Assembleia Geral da ONU em 2007. Essa Declaração, conjugada às bases constitucionais nacionais, é marco normativo que redefine as argumentações e as lutas pela concretização dos direitos indígenas, na transversalidade das arenas políticas internacionais e nacionais.

Além desses instrumentos, o constitucionalismo sul-americano tem desenvolvido notáveis inovações na matéria. Porém, é preciso discernir a situação dos países com grandes contingentes indígenas daqueles em que estes representam minoria não apenas qualitativamente (politicamente), mas também quantitativa/demograficamente (RAMOS, 2012, p. 9). No primeiro grupo, encontram-se Peru e Bolívia: a Constituição peruana de 1993 reconhece autonomia jurídica e organizacional às comunidades nativas, e sua personalidade jurídica, deixando que sua jurisdição própria atue segundo a normatividade consuetudinária, nos limites dos direitos fundamentais da pessoa disciplinados no texto constitucional (PERU, 1993); a Constituição boliviana de 2007, que classifica o Estado como “plurinacional comunitário”, reconhece às comunidades nativas personalidade jurídica e auto-organização, e integração na formação da vontade estatal (BOLÍVIA, 2007).

O desenvolvimento das lutas pelo reconhecimento indígena diante da oficialidade nacional implica específicas tensões entre as formas de vida, pensamento e organização autóctones e a burocracia e o jogo político nacionais. Não apenas lideranças dos povos indígenas podem ascender sem levarem consigo a ascensão simbólica e material desses povos, como as coletividades podem se ver na posição de, para defender a si mesmas, perder o lastro cultural que se coloca como condição e objetivo das próprias lutas e como objeto da proteção dos direitos defendidos (JIMÉNEZ TURÓN, 2012, p. 22; BANIWA, 2012, p. 222). A dignificação jurídica dos povos indígenas nos textos constitucionais dependeu da construção de um imaginário que permitisse às organizações locais comunicar a seriedade de suas demandas ét(n)icas até ganharem ressonância na esfera pública urbana, da “sociedade moderna” e da burocracia estatal (JIMENO, 2012, p. 56-57, 64).

A situação venezuelana, com sua experiência de uma Constituição bolivariana entendida como marco e ferramenta de uma revolução socialista-nacionalista, demonstra a reconstrução de um ideário nativista pela apropriação simbólica do

indígena em oposição ao inimigo externo imperialista; ao mesmo tempo, porém, a estrutura estatal não apenas deixa de incorporar como também reforça o desca-minho de práticas econômicas, políticas e culturais dos povos indígenas (JIMÉNEZ TURÓN, 2012, p. 22; ARVELO-JIMÉNEZ, 2012, p. 28-30).

Inserido na política nacional desde o texto constitucional, o movimento indígena viu-se organizado segundo a lógica burocrática da forma política daquele Estado, ao mesmo tempo em que ameaçado por seu projeto “desenvolvimentista”; assim, oficializou-se e hierarquizou-se o movimento, criando-se lideranças nacionais que ofuscam a atuação contestatória das “autênticas lideranças locais e regionais” (JIMÉNEZ TURÓN, 2012, p. 23). A Constituição venezuelana de 1999, portanto, não apenas usou o “valor do nativo” como referência para a “hegemonia comunicacional” da nacionalidade e do “poder popular”, mas também criou uma burocracia indígena nos poderes Cidadão (Moral), Legislativo e Executivo – que, ao lado do Eleitoral e do Judiciário, compõem o peculiar esquema de divisão de Poderes naquele Estado (ARVELO-JIMÉNEZ, 2012, p. 28).

Apesar do vínculo construído entre reconhecimento no texto constitucional e organização burocrática com vistas a concretizá-lo, a experiência bolivariana da Venezuela parece demonstrar mais um caso de simbolismo constitucional – no sentido de Neves (2007) (embora o autor trate de sistemas democráticos com autonomia do direito, cuja existência é polêmica em relação à Venezuela). Observadores registram que questões práticas determinantes, como educação intercultural bilíngue e titulação de terras ancestrais, não foram efetivamente aprofundadas a partir do modelo constitucional (ARVELO-JIMÉNEZ, 2012, p. 29).

Já o caso colombiano, “onde a população nativa representa uma pequena minoria demográfica dispersa pelo território nacional” (JIMENO, 2012, p. 54), começa por realçar característica compartilhada pelos sul-americanos de forma geral: a convivência de padrões constitucionais ou internacionais altamente atualizados e abertos às demandas indígenas (textualmente ao menos), criados a partir dos anos de 1980, com legislação infraconstitucional indigenista anacrônica. Assim é que Muelas Hurtado (2012, p. 37-39) relata a vigência da Lei nº 89, de 1890, que estabelecia um prazo de 50 anos para a “integração” total do índio na sociedade colombiana e qualificava os indígenas (hoje mais de um milhão) como “selvagens” ou “semisselvagens” e juridicamente incapazes, como se fossem menores de idade; tal lei teve dispositivos julgados como inconstitucionais pela Corte Constitucional apenas em 1996.

Mas o caso colombiano também é significativo em outros aspectos. O reconhecimento das terras indígenas pelo instituto colonial do *resguardo* foi substituído pela constitucionalização da autonomia dos territórios indígenas (ao lado dos departamentos, distritos e municípios) e de seu direito ao autogoverno (organizado em *cabildos*); tal organização política territorial deve ser a base para o desenvolvimento da identidade cultural autóctone e para a reprodução das formas nativas de economia, política, religiosidade, etc., enfim, para um processo de integração autodirigido pelos indígenas em face da “modernidade ocidental”, em lugar de uma assimilação destrutiva por esta (MUELAS HURTADO, 2012, p. 41-44).

Mas Jimeno (2012, p. 55-57) lembra que o reconhecimento ameríndio (de direitos particulares e específicos a terra, educação, saúde, cultura, jurisdição dentro de seus territórios, língua e outros direitos coletivos de sujeitos coletivos) insere-se no marco mais amplo do reconhecimento de um país multiétnico e pluricultural. Assim é que a Constituição da Colômbia de 1991, em seu artigo 7º, dispôs que “[o] Estado reconhece e protege a diversidade étnica e cultural da Nação colombiana”, colocando no artigo seguinte, como obrigação do Estado e das pessoas, a proteção das riquezas naturais e culturais desta Nação (COLÔMBIA, 1991). Já no artigo 70, frisou-se a inserção da educação no “processo de criação da identidade nacional”, considerando que “[a] cultura em suas diversas manifestações é fundamento da nacionalidade. O Estado reconhece a igualdade e dignidade de todas as que convivem no país” (COLÔMBIA, 1991). Assim é que a Constituição colombiana também deu fundamento a conquistas jurídicas de outras populações, como representa a Lei de Comunidades Negras, de 1993.

Diverso é o caso chileno, no qual os direitos indígenas não ganharam reconhecimento constitucional, nem por ratificação da Convenção 169 da OIT, mas apenas há um tratamento regional e nacional por meio de “leis indigenistas”, já que a ampliação do reconhecimento jurídico dessas populações não interessa aos acordos internacionais de comércio e aos interesses da política econômica do país. A questão indígena foi então confundida simplesmente com as demandas de um campesinato pobre, a serem supridas pelas políticas agressivas de “desenvolvimento” (infraestrutura) ou por assistência técnica e financeira para a agricultura.

A lei indigenista revela ambiguidades e debilidade em sua concretização diante da própria legislação voltada a infraestrutura e recursos minerais e hídricos. Ainda, em meio à luta pela redemocratização do país, a própria liderança indígena viu se dissiparem suas pretensões específicas de autonomia e reconhecimento cultural

(MILLAMAN REINAO, 2012). Apenas se reconhece um povo, o povo chileno, não se garantindo efetivamente aos indígenas (classificados apenas em termos de “etnias”) o direito a suas organizações tradicionais, autodeterminação, autonomia, sistemas de justiça próprios, direitos territoriais e à gestão e preservação de recursos naturais.

A Lei nº 19.253/93 (CHILE, 1993) tem grandes debilidades: o reconhecimento restritivo dos costumes indígenas (apenas no que compatíveis com a Constituição); o caráter “programático” de disposições sobre a proteção à cultura e aos idiomas indígenas; a restrição da liberdade de expressão cultural aos limites da moral, dos bons costumes e da ordem pública, julgados da perspectiva estatal; a participação meramente em caráter consultivo nas deliberações que digam respeito a interesses dessas “etnias” (em oposição ao direito de decidir as prioridades em seu processo de desenvolvimento e na utilização de suas terras, territórios e outros recursos, reconhecido no artigo 7.1. da Convenção 169 da OIT e no artigo 30.1 da Declaração da ONU) (OIT, 1989; ONU, 2007) (AYLWIN, 2012).

O caso argentino reitera a necessidade, porém insuficiência, da dignificação simbólica dos direitos indígenas, isto é, de seu reconhecimento constitucional, cujos desdobramentos em termos de legislação e concretização por organizações, procedimentos e políticas muitas vezes são obstados pelos “fatores reais do poder” – interesses econômicos, jogos políticos ideológicos e federativos, etc. (MELILLAN, 2012; BRIONES, 2012). A reforma constitucional de 1994 e a ratificação da Convenção 169 da OIT em 1992 permitiram o reconhecimento da particularidade dos povos indígenas e de seu enraizamento inclusive jurídico anterior à constituição do Estado nacional. O artigo 75, inciso 17, incorporado à Constituição argentina em 1994, reconheceu tal enraizamento, bem como direitos territoriais e a uma educação “intercultural” (ARGENTINA, 1994).

Mas a Argentina também exemplifica outra já citada característica comum do constitucionalismo latino-americano: a vigência concomitante dos padrões de “reconhecimento” (direitos constitucionais e internacionais) e legislação (infraconstitucional) de “desconhecimento”. Assim é que a Lei Indigenista Nacional 23.302/85 (ARGENTINA, 1985) continua a ser usada como marco prático, embora anacrônica em face do marco constitucional e da Convenção da OIT (BRIONES, 2012, p. 160). De outro lado, o reconhecimento de direitos em nível constitucional e internacional, nota Melillan (2012, p. 154-155), implica em si mesmo uma aculturação, ao transcrever as reivindicações emergentes de outros contextos culturais para termos do direito formal ocidental, o que passa a requisitar dos povos autóctones uma reorde-

nação de seus universos semânticos e pragmáticos no que tange ao conhecimento de seus direitos e à capacidade de interpelação por meio do direito estatal.

4 Direito e política indigenista no Brasil: breve rememoração

À violência do período colonial, quer manifesta no extermínio físico dos grupos indígenas, quer simbolizada na aculturação sob a proteção católica, seguiu-se o projeto de construção nacional do Império, quando José Bonifácio de Andrada e Silva propunha a “civilização dos índios bravos”, o banimento da “ignorância” e “barbárie de costumes” pela imposição da língua portuguesa e dos hábitos civilizados (VILLAS BÔAS FILHO, 2006, p. 32-35). Se no império as leis resumiram-se à abolição de missões e venda de suas terras, na república a questão indígena atingiu os foros políticos institucionais e a opinião pública, culminando na criação do Serviço de Proteção ao Índio - SPI, pelo Decreto Federal nº 8.072, de 1910, órgão este que marcou a vitória dos militares positivistas representados pelo marechal Rondon, cuja concepção pleiteava o respeito à autonomia indígena e a assistência nacional desinteressada como condições para a evolução espontânea dos grupos autóctones rumo à sua progressiva incorporação na modernidade brasileira (VILLAS BÔAS FILHO, 2006, p. 35-39).

O SPI, porém, teve que se mover na contradição de seus objetivos institucionais (dentre os quais a “colonização” dos “vazios” do território pela a fixação de mão de obra em pequenas colônias) e dos interesses que nele se intercruzavam (incluindo, desde o início, segmentos agrários interessados em recuperar a mão de obra perdida desde a abolição da escravatura); daí o caráter assimilacionista deste órgão (VILLAS BÔAS FILHO, 2006, p. 48-51). O grande contraponto de política indigenista que se apresentou foi representado pela experiência xinguana.

Cláudio e Orlando Villas Bôas tomaram parte inicialmente do projeto estatal getulista de integração do território nacional e constituição de “núcleos civilizados” no interior do Brasil, de modo a afirmar a soberania do país no contexto da Segunda Guerra Mundial (quando se espalhava a ideia de “espaço vital” – *lebensraum* – na Europa) (VILLAS BÔAS FILHO, 2006, p. 41-6). Em contato com a esfera política oficial e com o apoio de outras figuras notáveis, como o antropólogo Darcy Ribeiro, os Villas Bôas conseguiram institucionalizar seu projeto com a criação do Parque Indígena do Xingu (1961), experiência que mudou o tom da política indigenista, partindo dos pressupostos de Rondon e os desenvolvendo para além, com a premissa de que “o índio só sobrevive em sua própria cultura” e de que sua integração

à sociedade brasileira deveria ser temporalizada, sob o controle dos próprios povos autóctones, dentro de um espaço reservado ao seu próprio desenvolvimento e com um meio ambiente adequado, de modo que reconstruíssem dentro de sua própria vivência, seletivamente, os elementos da “modernidade” apresentados pelo contato com a sociedade brasileira (VILLAS BÔAS FILHO, 2006, p. 46-47, 59-71).

A ideia básica desse modelo consistia na criação de reservas indígenas que teriam a função de assegurar a reprodução simbólica e material das comunidades, segundo os usos e costumes, até que a sociedade brasileira estivesse apta a recebê-las e elas prontas para ser integradas, sem perder com isso a identidade cultural. A pretensão das reservas era, portanto, fornecer uma espécie de anteparo às comunidades indígenas brasileiras que as preservasse de contatos indiscriminados com as frentes de penetração que, a partir do processo de interiorização levado a cabo, sobretudo, pela Expedição Roncador-Xingu, passaram a porfiar com o índio a posse da terra. (VILLAS BÔAS FILHO, 2006, p. 47).

A política desenvolvimentista insustentável da ditadura militar de 1964 submeteria os interesses indígenas, reconhecendo em tais povos apenas virtual mão de obra facilmente explorável a partir de sua integração à modernidade projetada pelas grandes obras a atravessar o interior do país – justamente o lócus para os quais os indígenas haviam migrado diante da “civilização” litorânea promovida desde a colonização (VILLAS BÔAS FILHO, 2006, p. 55-58, 73-74; 2008, p. 282; VILLAS BÔAS, 2006).

A Constituição brasileira de 1988, entretanto, como balanço negador da experiência autoritária direcionado à programação da democracia que se inaugurava, recuperou a incontornável experiência do Xingu – a organização de relações pacíficas intertribais, de um lado e, de outro, o reconhecimento dos povos indígenas como experiência cultural valorosa e agente político com autorrespeito e respeitável pela “modernidade” e pela “oficialidade” nacional. O projeto humano, cultural e ambiental do Parque Indígena do Xingu estabeleceu-se como paradigma para “outras grandes áreas de proteção etnoambiental no Brasil e em toda a América do Sul” (HEMMING, 2006, p. 147). Gomes (2006, p. 160) realça a influência do Parque na redação do artigo 231 da Constituição de 1988 e apresenta como “extensões conceituais” do Xingu

o território Yanomami, o território do alto Rio Negro, o Parque Indígena do Javari, as terras dos Javaé e Carajá da Ilha do Bananal, e mais recentemente a terra indígena Raposa Serra do Sol, o território dos Mundurucu e a terra indígena Trombetas-Mapuera, para mencionar algumas. (GOMES, 2006, p. 160).

Os textos jurídicos atuais, para não dizer os “fatores reais do poder” – que Lassa-le (2008) via como “a constituição real e efetiva” –, movem-se justamente na tensão entre a normatividade constitucional de 1988 e o padrão assimilacionista ainda expresso no vigente Estatuto do Índio (Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973), que traça uma continuidade ideológica em relação ao Decreto Federal nº 5.484 de 27 de junho de 1928 (BRASIL, 1928), cuja visão evolutiva e etnocêntrica visava a uma incorporação dos índios à “comunhão nacional” (VILLAS BÔAS FILHO, 2006, p. 92-93). Afinal, no seu artigo 1º, o Estatuto ressalta sua contradição interna, ao prever o duplo propósito em relação aos índios, silvícolas e comunidades indígenas – de “preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmonicamente, à comunhão nacional” (BRASIL, 1973). Assim, o artigo 6º prevê um duplo regime jurídico:

Art. 6º. Serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade nos atos ou negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum.

Parágrafo único: Aplicam-se as normas de direito comum às relações entre índios não integrados e pessoas estranhas à comunidade indígena, executados os que forem menos favoráveis a eles e ressalvado o disposto nesta Lei. (BRASIL, 1973).

O artigo 4º reforça a visão integracionista do Estatuto ao classificar os índios em três categorias: “isolados”, “em vias de integração” e “integrados” (BRASIL, 1973). O artigo 7º coloca “[o]s índios e comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional” sob o regime tutelar específico (BRASIL, 1973).

Na análise de Villas Bôas Filho (2008, p. 284-285), tal legislação indigenista assenta-se sobre uma confusão conceitual, por vezes intencional, entre integração e assimilação. De um lado, a “participação na sociedade nacional sem a perda da identidade étnica”; de outro, “a total incorporação de um indivíduo ou grupo na sociedade nacional, com a perda de sua identidade étnica e cultural”, o que abre caminho à contestação dos direitos indígenas sobre as terras por esses povos ocupadas, o qual só seria reconhecido na medida em que estivesse o povo não assimilado sob a tutela – tal interpretação distorcida do sentido e finalidade atuais do Estatuto (que deve sempre se submeter à “interpretação conforme a Constituição”) tem servido, porém, à espoliação de várias comunidades indígenas com (des)respeito a suas terras.

A par da legislação, os direitos indígenas também chegaram ao centro do sistema jurídico – os tribunais. O julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da validade da portaria e do decreto que homologaram a demarcação da Raposa Serra

do Sol (Petição nº 3388), foi o grande marco da emergência dos direitos indígenas na institucionalidade constitucional, revelando também a instabilidade permanente das conquistas representadas pela positivação constitucional dos direitos diante dos conflitos que permeiam sua concretização (BRASIL, 2014).

5 Os direitos indígenas como direitos fundamentais: possibilidades

A Constituição de 1988 prevê uma série de normas atinentes aos índios e comunidades indígenas: sobre titularidade e exploração econômica das terras indígenas e seus recursos (bens da União – art. 20, XI; autorização ou concessão da União – art. 176, § 1º); sobre competência legislativa (privativa da União – art. 22, XIV; autorização congressual – art. 49, XVI, e 231, §§ 3º, 5º e 7º); sobre competência judicial (Justiça Federal – art. 109, XI) e atribuição de função essencial à Justiça (Ministério Público, art. 129, V); sobre educação e línguas indígenas (art. 210, § 2º); sobre proteção às culturas integrantes do processo civilizatório nacional (art. 215, § 1º); sobre demarcação das terras indígenas (art. 67, ADCT); finalmente, sobre a legitimidade judicial das comunidades indígenas e o respeito à sua organização social, cultural e territorial (arts. 231 e 232) (BRASIL, 1988). No Brasil, a Constituição de 1988 estabeleceu um marco inovador de direitos fundamentais dos povos indígenas, implicando, como sumariza Baniwa:

- a) a superação da tutela, reconhecendo a capacidade civil dos índios;
- b) abandono do pressuposto integracionista, em favor do reconhecimento do direito à diferença sociocultural dos povos indígenas, na linha do multiculturalismo contemporâneo;
- c) reconhecimento da autonomia societária dos povos indígenas, garantindo para isso o direito ao território, à cultura, à educação, à saúde, ao desenvolvimento econômico, de acordo com os seus projetos coletivos presentes e futuros;
- d) reconhecimento do direito à cidadania híbrida: étnica, nacional e global. (BANIWA, 2012, P. 206-207)

A vigência concomitante da Constituição de 1988 com a Convenção 169 da OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas e Tribais implica o reconhecimento normativamente reforçado de uma série de direitos, lembrando-se que direitos fundamentais são previstos ao longo de toda a Constituição e incluem aqueles implícitos (decorrentes do “regime” e dos “princípios” adotados constitucionalmente) e os “decorrentes” de tratados internacionais (art. 5º, § 2º) (BRASIL, 1988). Na síntese de Baniwa (2012, p. 215-216), são direitos indí-

genas vigentes e exigíveis no Brasil: 1) o reconhecimento da capacidade civil e da personalidade de sujeitos de direitos individuais e coletivos; 2) o reconhecimento e a promoção das organizações, costumes, línguas, tradições e crenças autóctones (incluindo seus sistemas jurídicos, políticos, socioculturais, econômicos, religiosos, etc.); 3) direitos originários e imprescritíveis sobre as terras tradicionais, com regularização estatal da posse permanente; 4) usufruto exclusivo das riquezas naturais presentes no território; 5) processos próprios de aprendizagem, com uso da língua nativa; 6) autonomia e autodeterminação territorial e étnica; 7) denominação de povos; 8) direito de serem ouvidos, de forma qualificada, no que lhes disser respeito, especialmente em obras públicas ou privadas que os afetem; 9) consentimento prévio e informado nos assuntos que os afetem.

É interessante analisar o que tal arcabouço implica em termos das possibilidades constitucionais de ganhos na luta política e na concretização jurídica dos direitos indígenas. O reconhecimento dos direitos pelo texto constitucional brasileiro, pelos textos constitucionais de outros Estados sul-americanos e pelo direito internacional geral eleva a potencialidade de participação dos sujeitos indígenas e de visibilização de suas demandas na esfera pública do Estado democrático de direito, assim como reorienta as relações entre ordens jurídicas (nacionais, internacional e autóctones). Nesse sentido, a teoria constitucional de Marcelo Neves, lastreada na teoria dos sistemas de Luhmann, permite vislumbrar potencialidades desse novo marco institucional.

A sociedade moderna é concebida por Luhmann (2007) na escala mundial e diferenciada primariamente em termos funcionais, isto é, estilhaçada em sistemas concorrentes e autorreproduzidos: o direito, a política, a economia, a educação, a arte. Tal cenário pressupõe a quebra de uma moral abrangente compartilhada e a autofundação do direito em termos do próprio direito, ou melhor, em termos constitucionais. Nesse contexto, Luhmann (2002) analisa a emergência dos direitos fundamentais na modernidade ocidental e vislumbra tais direitos como instituições voltadas à manutenção da diferenciação funcional – como é o caso das liberdades públicas, que evitam o cerceamento, pelo Estado, da religião, da arte, da economia e de outras esferas de comunicação; já os “direitos sociais, econômicos e culturais” atuam como pressuposto dessa diferenciação, isto é, como ferramentas a instrumentalizar juridicamente exigências de inclusão (NEVES, 2007, p. 74-78; 2008, p. 175-185).

Se os direitos econômicos e sociais vocalizam demandas por inclusão, os direitos culturais reclamam uma pretensão logicamente sucessiva: a pretensão de reco-

nhecimento. Nesse sentido, os direitos indígenas se inter cruzam com o regime geral da cultura na Constituição de 1988. O direito fundamental à cultura ou os direitos fundamentais culturais são extraíveis de uma série de disposições constitucionais concernentes à cultura, cobrindo competências legislativas e materiais, disposições sobre proteção do patrimônio cultural, sobre política cultural, etc. Tal conteúdo decorre especialmente dos seguintes dispositivos: artigo 5º, incisos IX, XXVII, XXVIII e LXXIII; artigo 23, incisos I, III, IV, V e VI; artigo 24, incisos I, VII, VIII, IX; artigo 30, inciso IX; artigos 215, 216, 216-A, 219; 220, 221, 227 e 231 (BRASIL, 1988).

A demanda por reconhecimento no que tange à questão indígena atinge configurações variadas: reconhecimento individual e coletivo, na produção do direito estatal, mas também na produção das ordens autóctones. A inclusão dos direitos indígenas no texto constitucional e seus desdobramentos na jurisprudência constitucional significam, sobretudo, a inserção da questão indígena na esfera pública. Neves (2008, p. 122-56; 2009a, p. 664-681) vislumbra a esfera pública como horizonte de comunicações que legitima a Constituição em sua (re)produção e concretização, irritando a institucionalidade constitucional pelas pretensões do “mundo da vida”, bem como dos sistemas funcionalmente diferenciados da sociedade moderna (economia, política, educação).

Assim, a esfera pública universalista é a “arena do dissenso” em que se vocalizam demandas – em vista da e com vistas à Constituição –, na forma de valores (preferências de formas de vida ou evidências identitárias), interesses (estratégicos), expectativas e discursos. O reconhecimento dos direitos indígenas e sua interseção com os direitos culturais, ambos como manifestações de direitos fundamentais, potencializa a expressão indígena na esfera pública. Mas é preciso esclarecer ainda alguns pontos: como esse reconhecimento é possível, tendo em vista as diferenças da organização social e cultural indígena em relação à “modernidade ocidental” (na qual se desenvolve a esfera pública do Estado democrático de direito)? Como tal reconhecimento é operacionalizável juridicamente? Afinal, em que consiste tal “reconhecimento”?

No marco da teoria dos sistemas, Teubner e Fischer-Lescano (2008, p. 22-23) vislumbram uma “dupla fragmentação na sociedade global”: de um lado, a modernidade ocidental, que se reproduz cada vez mais globalmente, mas fragmentada em sistemas colidentes (exigências e pretensões econômicas *versus* políticas *versus* sanitárias *versus* ambientais, etc.); de outro, um “policentrismo cultural”, de contrapõe a “sociedade moderna global” a outras formas de organização social e cultural que com aquela coexistem. Teubner e Fischer-Lescano (2008, p. 27-34) apontam

então para a “colisão de formas de diferenciação social” e defendem, como solução possível, embora não ideal, a reconstrução da cultura “tradicional” pelo direito “moderno”, com uma abertura deste àquela. Só assim, por exemplo, os recursos materiais e simbólicos indígenas podem ser protegidos e defendidos juridicamente pelas populações nativas contra as pretensões usurpadoras da economia global e das corporações transnacionais.

Por conceber a esfera pública universalista como dissensual e aberta a diferentes valores, preferências, discursos e expectativas, o modelo de Neves (2008; 2009a, p 667-674) permite que se comuniquem, diante da institucionalidade constitucional, sujeitos individuais e coletivos que vivem em contextos sociais e culturais com formas de vida e “mundivivências” diversas da diferenciação funcional “moderna-ocidental”. O reconhecimento manifesta-se, então, não simplesmente como questão psicológica de interações cotidianas, mas como estrutura generalizada juridicamente. Reconhece-se a autonomia e a dignidade dos sujeitos individuais e coletivos indígenas, pois o comportamento destes – ou melhor, suas demandas e comunicações – são vistas então como escolhas conscientes de sujeitos (pessoas e grupos) dentro de um espaço de liberdade; do contrário, a generalização da falta de reconhecimento provoca não apenas a exclusão de pessoas e grupos da esfera pública, o não reconhecimento da dignidade, da condição de pessoa, como também a exclusão abrangente das pessoas (em relação à política, à economia, à educação) (*apartheid*) e, no limite, a exterminação física dos corpos (genocídio) (NEVES, 2009a, p. 667-681).

A operacionalização jurídica do reconhecimento realiza-se, portanto, em primeiro lugar, pelo reconhecimento textual de direitos subjetivos pelos textos constitucional, legislativos, jurisprudenciais. Tais direitos implicam uma articulação de direito a ter direitos (condição de pessoa, de cidadão em sentido amplo), direito a participar (cidadania em sentido estrito) e direito à diferença (especialmente direitos culturais). Tais institucionalidade e linguagem permitem que se evite a exclusão, o segregacionismo e o separatismo. Fomentam, a partir das ferramentas jurídicas, a expressão de demandas na forma de lutas pela concretização de direitos, permitindo a comunicabilidade universalizante das pretensões, a fim de que sejam reconhecidas por potencialmente todos os participantes da esfera pública, inclusive pessoas e grupos não indígenas. Esse “reconhecimento do outro” precisa ser operacionalizado a partir de direitos e de múltiplos procedimentos que os desdobrem. Salta à vista aqui o exemplo da construção de obra de infraestrutura com impacto

nas comunidades indígenas e os respectivos procedimentos de estudos e consultas prévias e informadas.

A oitiva da comunidade indígena atingida é uma espécie de consentimento prévio e informado. Por isso, nos termos constitucionais, a consulta deve ser precedida de medidas voltadas ao melhor esclarecimento possível da comunidade acerca da exploração que se pretende fazer e dos impactos diretos e indiretos que a mesma pode causar. Isso torna necessária a ampla divulgação do projeto detalhado da exploração, bem como a elaboração dos estudos exigidos pelo ordenamento jurídico, dentre os quais não só o estudo prévio de impacto ambiental expressamente previsto na Constituição (art. 225, § 1o, IV), mas também um estudo prévio de impacto antropológico. Tais estudos devem ser apresentados à comunidade, que pode solicitar a sua complementação ou outros esclarecimentos quaisquer. A posição dos índios deve se guiar, obviamente, pelos seus processos internos de tomada de decisão. Quando se tratar de um grupo indígena que, por suas peculiaridades, não reúna condições de dar o consentimento prévio e informado, como no caso da incapacidade de compreensão mínima do projeto e dos estudos prévios de impacto ambiental e antropológico, entendemos que a exploração não poderá ser levada adiante, pois o requisito constitucional de oitiva da comunidade afetada não estará satisfeito. (ANJOS FILHO, 2008, p. 121-122).

No marco dos Estados nacionais, o reconhecimento da cidadania, no sentido amplo da personalidade jurídica, “do direito a ter direitos” – como elabora Lafer (1988), em diálogo com Hannah Arendt – esteve sempre dependente da condição de nacionalidade, de pertencimento ao povo. O modelo jurídico-político que exigia a nacionalidade como pressuposto de direitos políticos – e ambas as condições como resultantes na figura do cidadão – implicou o problema da apatridia e a resposta a tal situação, que constitui o ethos da emergência do direito internacional dos direitos humanos, na análise de Lafer (1988). A inserção nos marcos internacionais e constitucionais dos direitos culturais e dos direitos indígenas, entretanto, deve provocar uma reconfiguração da noção de cidadania, em vista do direito à diferença-identidade. “A reivindicação do direito à diferença abre as portas para uma definição heterogênea, flexível e abrangente dos direitos” (JIMENO, 2012, p. 58). Nesse sentido, é de se registrar não apenas um reconhecimento de direitos subjetivos, individuais e coletivos dos indígenas no marco dos ordenamentos nacionais e internacionais, mas também um reconhecimento, por tais ordens jurídicas, da covigência de ordens autóctones, a dar azo a uma institucionalização do pluralismo jurídico.

Trata-se da outra face do reconhecimento constitucional: na relação entre a “sociedade moderna mundial”, mas nacionalmente segmentada em termos políticos (e jurídicos), e as comunidades autóctones, é preciso: 1) incluir tais comunidades e suas demandas e pessoas, com condições de autonomia, o que juridicamente se operacionaliza pela previsão e concretização de direitos subjetivos, especialmente direitos humanos e fundamentais; 2) também fortalecer tal autonomia mediante o reconhecimento de ordens jurídicas autóctones e a procedimentalização de suas relações com o direito nacional e internacional, sendo aqui mais uma vez relevante a institucionalidade constitucional.

Destaca-se então a questão da regulação constitucional do pluralismo jurídico, uma vez que este tem essencialmente bases culturais (ROULAND, 2003, p. 158), podendo ser institucionalizado a partir do reconhecimento constitucional de direitos fundamentais culturais, de direitos fundamentais especiais quanto a territórios, auto-organização, autogoverno e autonomia jurisdicional.

Quanto às ordens jurídicas indígenas, seu âmbito material costuma cobrir normas sobre comportamento público dos indivíduos, organização interna da vida da comunidade, relações familiares, intergrupais e de trabalho, apropriação dos recursos naturais, propriedade dos bens, crenças, religiões e rituais, instituições, cargos e funções “públicas”, exercício do poder, sanções das condutas reprovadas, procedimentos e formas de solução de conflitos (VILLARES, 2009, p. 22). Segundo Villares (2009, p. 23): “O direito brasileiro admite a existência e executividade dos sistemas jurídicos indígenas, num reconhecimento de seu alcance limitado, da sua não-completude e da complexidade das relações sociais num país pluriétnico”. Ainda, as normas do direito brasileiro destinadas à generalidade dos cidadãos podem ser afastadas em favor de normas específicas a reger os indígenas ou em favor do próprio direito autóctone.

6 Conclusão

Em termos da teoria dos sistemas, pode-se assumir, como sugere Neves (2003, p. 146-147), a unidade do sistema jurídico, representada por seu “código” (lícito-ilícito), paradoxalmente vinculada à sua pluralidade – o pluralismo de ordens jurídicas como “programas” de direito. Com a especial dignidade simbólica e estruturação institucional das demandas que o reconhecimento constitucional de direitos indígenas constrói, as constituições podem apresentar-se hoje não apenas como constitutivas de um tipo especial de vínculo político com suas raízes históricas e

culturais (a nacionalidade), mas também como instrumentos de reconhecimento e filtro do multiculturalismo.

Especialmente, nos termos do “transconstitucionalismo” (NEVES, 2009b) entre constituições nacionais e ordens jurídicas autóctones, cabe destacar a diferente estruturação e diferenciação das ordens nativas, muitas vezes socialmente reproduzidas em uma miscelânea cultural, religiosa, política, o que pode não permitir a identificação de formas isomórficas à da constituição, de normas secundárias (de organização, julgamento e alteração) ou da categoria de direitos humanos ou fundamentais, com seus pressupostos e implicações (NEVES, 2009b, p. 216-217).

De qualquer modo, defende Neves (2009b, p. 227-229), com relação às ordens nativas, a concretização da constituição (nacional) implica não apenas reconhecê-las, mas garantir o funcionamento da “jurisdição ou foro étnico”, para que a comunidade estruture suas próprias formas de dissenso e solução de controvérsias, cabendo ao Estado apenas garantir a autonomia dos procedimentos deliberativos e decisórios, limitando abusos de poder, sem imposição unilateral do direito estatal, mas em construção de “aberturas normativas” para o diálogo entre as diferentes ordens jurídicas.

Lorenzo Muelas Hurtado (2012, p. 47), dirigente do povo misak ou guambiano da Colômbia e representante indígena na Assembleia Nacional Constituinte de 1991, apresenta como é preciso lidar estrategicamente com as ordens jurídicas indígenas e nacional-estatal a fim de se avançar no reconhecimento e concretização de direitos: as “leis dos brancos são apenas pontos pretos no papel, mudam constantemente e, por si sós, não resolverão nenhum de nossos problemas vitais”; devem ser “ferramentas de luta, tábuas de salvação” para o avanço no reconhecimento de direitos,

[m]as nunca devemos perder de vista que essas leis não são nossas leis, que as normas às quais nos devemos aferrar com todas as nossas forças são as ditadas por nosso Direito Maior, por essas leis originárias, ancestrais, tão antigas como a criação do mundo, emanadas de nossos deuses, desenvolvidas por nossos antepassados, que as passaram a nós para orientar a vida e o desenvolvimento harmônico com a Mãe Terra dos nossos povos há milhares de anos antes da chegada das gentes europeias a nossos territórios. (MUELAS HURTADO, 2012, p. 47).

Outro desafio que se apresenta no marco constitucional é conjugar o padrão universalista dos direitos e políticas públicas com a especificidade dos direitos e políticas dirigidos aos indígenas e em contato com suas formas políticas, jurídicas, culturais, etc. Padrões indígenas precisam ser incorporados na concepção e execução das ações pela burocracia estatal, além de ser fomentado o autogoverno,

dando-se lastro administrativo para as autonomias territoriais. Cabe fortalecer a auto-organização indígena, a participação direta, as redes entre comunidades e organizações representativas indígenas e o contato direto do Estado com organizações indígenas, deixando como subsidiária a intermediação de partidos e sindicatos (BANIWA, 2012, p. 217-223).

A particular insensibilidade da forma “sujeito de direito” – que implica resguardar funcionalidades jurídicas relevantes, como a isonomia – precisa ser articulada aos modos de vida, às formas de viver, criar e fazer organizadas de modo culturalmente distinto, o que demanda o reconhecimento simultâneo da incomensurabilidade e dignidade dessas formas, bem como uma criação e interpretação contextual e dialógica do direito (DUPRAT, 2012).

O reconhecimento da dignidade, da personalidade e dos direitos humanos e fundamentais indígenas é uma ferramenta inicial para a construção de uma nova institucionalidade que leve à realização de demandas e concretização de direitos indígenas. Tal reconhecimento, como diagnostica Villares (2013, p. 424), apenas pode ser materializado por meio de procedimentos que incorporem as comunidades indígenas efetivamente, em condições capazes de abrir canais ao diálogo e equalizar, em termos de respeito às decisões e posições, o lado indígena e o não indígena de cada conflito jurídico concreto.

7 Referências

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. Breve balanço dos direitos das comunidades indígenas: alguns avanços e obstáculos desde a Constituição de 1988. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, p. 93-130, 2008.

ARGENTINA. **Constitución Nacional Argentina**. Buenos Aires, 1994 Disponível em: <www.presidencia.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2013.

_____. **Ley nº 23.302**. Buenos Aires, 1985. Disponível em: <www1.hcdn.gov.ar/dependencias/educacion/leyes/23302.html>. Acesso em: 22 nov. 2011.

ARVELO-JIMÉNEZ, Nelly. Constituições da Venezuela. In: RAMOS, Alcida Rita (Org.). **Constituições nacionais e povos indígenas**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012, p. 25-33.

AYWIN, José. Os direitos dos povos indígenas no Chile: paradoxos de um Estado “globalizado”. In: RAMOS, Alcida Rita (Org.). **Constituições nacionais e povos indígenas**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012, p. 94-137.

BANIWA, Gersem. A conquista da cidadania indígena e o fantasma da tutela no Brasil contemporâneo. In: RAMOS, Alcida Rita (Org.). **Constituições nacionais e povos indígenas**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012, p. 206-227.

BOLÍVIA. **Constitución política del Estado**. La Paz, 2007. Disponível em: <www.elpais.com/elpaismedia/diario/media/200711/29/internacional/20071129elpepii nt_1_Pes_PDF.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Emb. Decl. na Petição 3.388 Roraima. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 4 fev. 2014. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2288693>>. Acesso em: 27 fev. 2014.

_____. Decreto Legislativo nº 485 de 2006. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2006. Disponível em: <legis.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=485&tipo_norma=DLG&data=20061220&link=s>. Acesso em: 22 nov. 2013.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 21 nov. 2013.

_____. Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973. **Diário Oficial da União**. Brasília, 1973. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm>. Acesso em: 22 nov. 2013.

_____. Decreto Federal nº 5.484 de 27 de junho de 1928. **Oficial da União**. Brasília, 1928. Disponível em: <www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-5484-27-junho-1928-562434-publicacaooriginal-86456-pl.html>. Acesso em: 22 nov. 2013.

_____. Decreto nº 8.072, de 20 de junho de 1910. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 1910. Disponível em: <www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1910-06-20;8072>. Acesso em: 22 nov. 2013.

BRIONES, Claudia. Os direitos territoriais dos povos indígenas na Argentina: um balanço dos reconhecimentos e das políticas. In: RAMOS, Alcida Rita (Org.). **Constituições nacionais e povos indígenas**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012, p. 158-204.

CHILE. **Ley 19.253. Ley Indígena**. Santiago, 1993. Disponível em: <www.uta.cl/masma/patri_edu/PDF/LeyIndigena.PDF>. Acesso em: 22 nov. 2013.

COLÔMBIA. **Constitución política**. Bogotá, 1991. Disponível em: <http://www.senado.gov.co/images/stories/Informacion_General/constitucion_politica.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2013.

DUPRAT, Deborah. O direito sob o marco da pluriethnicidade/ multiculturalidade. In:

RAMOS, Alcida Rita (Org.). **Constituições nacionais e povos indígenas**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012, p. 228-236.

GOMES, Mércio Pereira. Orlando Villas Bôas, herói nacional. In: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando (Org.). **Orlando Villas Bôas: expedições, reflexões e registros**. São Paulo: Metalivros, 2006, p. 159-161.

HEMMING, John. Os defensores dos índios brasileiros: os irmãos Villas Bôas. In: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando (Org.). **Orlando Villas Bôas: expedições, reflexões e registros**. São Paulo: Metalivros, 2006, p. 134-148.

JIMÉNEZ TURÓN, Simeón. O papel aguenta tudo. In: RAMOS, Alcida Rita (Org.). **Constituições nacionais e povos indígenas**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012, p. 20-24.

JIMENO, Myriam. Reforma constitucional na Colômbia e povos indígenas: os limites da lei. In: RAMOS, Alcida Rita (Org.). **Constituições nacionais e povos indígenas**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012, p. 53-76.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LUHMANN, Niklas. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007.

_____. **I diritti fondamentali come istituzione**. Bari: Dedalo, 2002.

MELILLAN, Cecilio. A legislação indígena argentina: ingerência no movimento dos povos originários. In: RAMOS, Alcida Rita (Org.). **Constituições nacionais e povos indígenas**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012, p. 140-157.

MILLAMAN REINAO, Rosamel. Reconhecimento Mapuche no Chile: dialética da negação indígena. In: RAMOS, Alcida Rita (Org.). **Constituições nacionais e povos indígenas**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012, p. 78-93.

MUELAS HURTADO, Lorenzo. Os povos indígenas e a Constituição da Colômbia: primeira experiência de participação indígena nos processos constituintes da América Latina. In: RAMOS, Alcida Rita (Org.). **Constituições nacionais e povos indígenas**. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012, p. 36-52.

NEVES, Marcelo. A constituição e a esfera pública: entre diferenciação sistêmica, inclusão e reconhecimento. In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto (Orgs.). **Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato**. São Paulo: Quartier Latin, 2009a, p. 653-688.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009b.

_____. **Entre Têmis e Leviatã:** uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

_____. **A constitucionalização simbólica.** 2 ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

_____. From legal pluralism to social miscellany: the problem of the lack of identity of the legal sphere(s) in peripheral modernity and its implications for Latin America. **Beyond Law**, Bogota, n. 26, p. 125-154, 2003.

OIT. **Convenção nº 169 sobre povos indígenas e tribais.** 1989. Disponível em: <www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/convencao%20169%20portugues_web_292.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2013.

ONU. **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.** 2007. Disponível em: <www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2013.

_____. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.** 1992. Disponível em: <www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2013.

PERU. **Constitución Política del Perú.** Lima, 1993. Disponível em: <www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>. Acesso em: 22 nov. 2011.

PIERRÉ-CAPS, Stéphane; POUMARÈDE, Jacques. As políticas jurídicas dos Estados. In: ROULAND, Norbert (Org.). **Direito das minorias e dos povos autóctones.** Tradução de Ane Lise Spaltemberg. Brasília: Ed. UnB, 2004, p. 279-325.

PIRES, Sérgio Luiz Fernandes. O aspecto jurídico do da conquista da América pelos espanhóis e a inconformidade de Bartolomé de las Casas. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Direito e justiça na América indígena:** da conquista à colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 55-73.

RAMOS, Alcida Rita. Introdução. In: _____. (Org.). **Constituições nacionais e povos indígenas.** Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2012, p. 07-17.

ROULAND, Norbert. **Nos confins do direito:** antropologia jurídica da modernidade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

RUSCHEL, Ruy Ruben. O direito de propriedade dos índios missionários. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Direito e justiça na América indígena:** da conquista à colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998a, p. 95-109.

_____. Sistema jurídico dos povos missionários. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Direito e justiça na América indígena:** da conquista à colonização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998b, p. 183-197.

TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. Cannibalizing epistemes: will

modern law protect traditional cultural expressions? In: GRABER, Christoph; BURRI-NENOVA, Mira (Eds.). **Intellectual property and traditional cultural expressions in a digital environment**. Cheltenham: Edward Elgar, 2008, p. 17-45.

TORRE RANGEL, Jesus Antonio de la. Direitos dos povos indígenas da Nova Espanha até a modernidade. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Direito e justiça na América indígena: da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 219-242.

VILLARES, Luiz Fernando. **Estado pluralista? O reconhecimento da organização social e jurídica dos povos indígenas no Brasil**. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

_____. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.

VILLAS BÔAS, Orlando. Integrar em quê? In: VILLAS BÔAS FILHO, Orlando (Org.). **Orlando Villas Bôas: expedições, reflexões e registros**. São Paulo: Metalivros, 2006, p. 123-130.

VILLAS-BÔAS FILHO, Orlando. Os direitos indígenas no Brasil contemporâneo. In: BITTAR, Eduardo C. B. **História do direito brasileiro: leituras da ordem jurídica nacional**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 279-293.

_____. História, direito e a política indigenista brasileira no século XX. In: _____. (Org.). **Orlando Villas Bôas: expedições, reflexões e registros**. São Paulo: Metalivros, 2006. p. 32-101.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralidade jurídica na América luso-hispânica. In: _____. (Org.). **Direito e justiça na América indígena: da conquista à colonização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 75-93.