

A AUTONOMIA DO DIREITO PRÓPRIO DOS POVOS INDÍGENAS: UMA ABORDAGEM SOB A PERSPECTIVA LATINO-AMERICANA

Raimundo Paulino Cavalcante Filho

Universidade Federal Fluminense

Roberto da Silva Fragale Filho

Universidade Federal Fluminense

RESUMO

Este artigo cuida da temática relativa à autonomia da ordem jurídica indígena sob a perspectiva latino-americana, especialmente em colisão com a ordem jurídica estatal, inclusive com os direitos fundamentais definidos pela ordem jurídica interna e/ou pelas normas internacionais de direitos humanos. Formula-se no plano do direito constitucional latino-americano, sobretudo do transfronteiriço território amazônico, a proposição da autonomia da ordem jurídica indígena enquanto decorrência da ideia de Estado plurinacional, mediante abordagem bibliográfica, o que amparou a pesquisa da temática a partir da confrontação com o modelo de Estado-nação. Referida metodologia autorizou demonstrar a possibilidade da autonomia jurídica extraestatal de coletividade nativa, cujos resultados obtidos coligem pela correta noção de transconstitucionalismo unilateral de tolerância, com realce nas concepções da autodeterminação, do multiculturalismo e da jusdiversidade.

Palavras-chave: Estado Plurinacional. Multiculturalismo. Jusdiversidade.

THE AUTONOMY OF THE INDIGENOUS PEOPLES 'OWN RIGHTS: AN APPROACH FROM THE LATIN AMERICAN PERSPECTIVE

ABSTRACT

This article deals with the theme related to the autonomy of the indigenous legal order from a Latin American perspective, especially in collision with the state legal order, including the fundamental rights defined by the domestic legal order and / or international human rights standards. In the plan of Latin American constitutional law, especially the cross-border Amazonian territory, the proposition of autonomy of the indigenous legal order as a result of the idea of a plurinational state, through a bibliographic approach, which supported the research of the theme from the confrontation with the nation-state model. Said methodology authorized to demonstrate the possibility of extra-state legal autonomy of native collectivity, whose results obtained are linked by the correct notion of unilateral transconstitucionalism of tolerance, with emphasis on the conceptions of self-determination, multiculturalism and jusdiversity.

Keywords: Plurinational State. Multiculturalism. Jusdiversity.

Recebido em: 19/08/2020

Aceito em: 29/10/2021

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o desígnio de revelar a possibilidade da autonomia da ordem jurídica indígena sob a perspectiva latino-americana, porquanto habitualmente depara-se com questões compreendendo a temática dos direitos dos povos indígenas, especialmente, em colisão com a ordem jurídica estatal, inclusive com os direitos fundamentais definidos pela ordem jurídica interna e/ou pelas normas internacionais de direitos humanos.

A fim de contextualizar a matéria, analisar-se-á, inicialmente, a temática da autonomia da ordem jurídica indígena latino-americana sob o ângulo histórico-evolutivo da ideia de Estado plurinacional, mormente em cotejo com o modelo de Estado-nação, por ocupar ambiente de destaque no cenário jurídico internacional, acentuadamente, no que se refere à doutrina pertinente, dado o significativo avanço de aludido fenômeno nos países latino-americanos, suscitando, inclusive, a edição de documentos internacionais, como, v. g., a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais e, ainda, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Nesse contexto, examinar-se-á a possibilidade de solução da colisão da ordem jurídica extraestatal de coletividade nativa com a ordem jurídica estatal diante da teoria do transconstitucionalismo unilateral de tolerância, evidenciando-se, então, de acordo com orientação traçada por acatada doutrina nacional, a concreta possibilidade de garantia da autonomia cultural dos povos indígenas, elevando ao máximo a concepção de autodeterminação e multiculturalismo.

Após incursões nos campos da sociologia e da antropologia, abordar-se-á o constitucionalismo latino-americano à luz do transfronteiriço território amazônico, com ênfase na ideia de jusdiversidade indígena, interlegalidade e pluralismo jurídico.

1 ESTADO-NAÇÃO *VERSUS* ESTADO PLURINACIONAL

O Estado moderno, como é cediço, fora idealizado sob a perspectiva da singularidade, consubstanciado na ideia de que a nação seria formada por um único povo, envolto em um mesmo território, com a finalidade de unificar os diferentes tecidos sociais, por meio de uma proposta de supremacia de vida, e, sobretudo, lastreado em um modelo econômico de mercado totalizante.

Referido modelo de integração, conforme Silveira (2010, p. 28), quando não realizado discretamente em face da superposição da cultura europeia sobre outras, “ocorre – em última instância – com o emprego da força legitimada pelos mecanismos de direito concebidos e/ou reconhecidos pelo próprio estado”, sendo o uso interno da coação física, nesse sentido, uma espécie de manifestação de afirmação do Estado moderno e soberano, desde que aplicada, segundo o citado autor, “pelos órgãos burocráticos competentes, ou seja, por aqueles que se encontram cuidadosamente discriminados na constituição”.

Tratar-se-ia, nas palavras de Weber (2004, p. 67-85), do monopólio de sujeição física legítima por parte do Estado, no qual a existência de um quadro coercitivo se mostra determinante para a existência do próprio Estado. Nessa linha de pensamento, pode-se coligir, conforme Silveira em nota de rodapé (2010, p. 28), que “os conceitos de direito e burocracia para Weber, par de um monopólio de racionalidade, formam a base oficial de todo o pensamento jurídico moderno”. Nessa perspectiva, acresce o citado autor:

Foi nesse caderno político que formalmente se dispôs o organograma de funcionamento de todo o estado, sem embargo do rol de direitos e garantias individuais originariamente fixados nas declarações revolucionárias da Europa, principalmente aquelas concebidas no apogeu das revoluções Inglesa e Francesa. O direito monopolizado pelo estado moderno, disposto ainda em constituições escritas à semelhança dos contratos, se pautou na tutela preferencial do indivíduo, garantido-lhe proteção, por exemplo, da sua propriedade, excluindo todos os outros direitos sociais do usufruto de bens que estejam circunscritos à respectiva subjetividade. Exsurge desse modo o constitucionalismo, fenômeno que se transformou no centro compilador dos interesses do indivíduo e do estado. Assim se resume a estrutura política dominante na modernidade: estado nascido de uma constituição que, ao mesmo tempo, representa o suporte físico de todo o sistema jurídico da individualidade. A ordem iluminista do direito e o estado moderno estão tão intimamente ligados que Hans Kelsen, talvez o maior expoente do positivismo jurídico, chega mesmo a confundi-los, um não existindo sem a presença do outro. Monismo, individualismo e unidade concorrem para unir os destinos do estado e de seu arcabouço jurídico, não reconhecendo ambos outros centros irradiadores de comandos, normas e decisões. (SILVEIRA, 2010, p. 28-29)

Souza Filho (2018, p. 76-77), nessa linha de pensamento, declara que no final do século passado, “cada pedaço da terra foi dividido entre as nações organizadas”, sendo que jamais “se podia admitir que um território ou povo estivesse fora da tutela de um Estado e, nesse conceito, Estado seria o ente público reconhecido internacionalmente”, mas que, para ser reconhecido como tal, carecia ter uma Constituição e, para ter uma Constituição, “deveria assegurar os direitos individuais, como a propriedade”.

Assim, consoante Souza Filho (2018, p. 77), “os povos ou territórios que não queriam ou não estavam interessados em escrever uma Constituição, passaram a ser tutelados por outros”, tratando-se de “colonialismo de novo tipo, cujas sequelas são visíveis e dramáticas na África e em algumas regiões da Ásia”.

No que se refere à América Latina, segundo Souza Filho (2018, p. 77), mencionada “tutelage passou a valer apenas para as regiões não habitadas e para os povos indígenas, que de uma ou outra forma, ainda que não o soubessem, já estavam vivendo em território de um ou mais Estados nacionais”. Nesse sentido, ao discorrer sobre autodeterminação e multiculturalismo, declara Silveira (2010, p. 31-32):

Comprimidos numa base territorial única, à mercê de um núcleo étnico dominante e desprezados pelo estado que não enxerga as coletividades, essas minorias invisíveis sequer conseguem exercer o direito à autodeterminação de modo pacífico. No ver do estado contemporâneo, autodeterminação de um povo entronando em território específico significa a constituição de novo ente estatal e ameaça à soberania nacional. [...] Com efeito, e mesmo que sobredita autodeterminação não chegue às raias do pleito territorial apartado, também não se admite no interior desse mesmo estado outra espécie de controle sobre os diversos segmentos sociais que não os comandos oficiais centralizados, numa relação de poder que se dá de modo verticalizado, imposto de cima para baixo, a ser cumprido indistintamente por todos os povos. Nos moldes desse modelo estatal, autodeterminação não consentida significa insubordinação, anarquismo e desrespeito à soberania nacional, porquanto caminhar com as próprias pernas e sem acolher os ditames estabelecidos pelo centro hegemônico de poder implica sério desvirtuamento, punido como crime atentatório à segurança de toda a ordem política e social vigentes.

Todavia, a despeito da concepção do Estado contemporâneo, convivem dentro do Estado “povos com línguas, crenças, costumes e noções bem diferenciadas de territorialidade que chegam a colidir com os valores defendidos pelos órgãos governamentais, configurados em sua maioria por uma visão determinada, homogênea e totalizante” (SILVEIRA, 2010, p. 32).¹

Nessa contextura, urge pontuar que a peleja e as vitórias obtidas pelos povos indígenas latino-americanos ao longo da última quadra histórica, têm forte ligação com um novo modelo jurídico-constitucional, ao qual vivencia o referido território, baseado exatamente na ideia de descolonização, pluralidade e multiculturalismo, assim entendido como o reconhecimento da

¹ “Negando-se o direito de autodeterminação das ‘minorias invisíveis’ que resistiram ao poderio opressor do estado-nação, se estaria por tabela deixando de reconhecer uma pluralidade de culturas que sempre existiu e que, com a supremacia dos interesses privados do mercado e a sua confusão com as políticas de estado, passou a incomodar quem de fato controla e dita os rumos da sociedade hegemônica. É por isso que se percebe um distanciamento tão grande entre a teoria política patrocinada pelos estados nacionais com sua prática política no ocidente, em evidente prejuízo aos diferentes intolerados e aos resistentes desobedientes. [...]” (SILVEIRA, 2010, p. 33-34)

paridade entre as culturas ocidental hegemônica e dos povos indígenas, inclusive mediante o respeito aos Estados plurinacionais. Nesse sentido, traz-se à colação expressivo registro histórico de Almeida (2010, p. 9):

Os povos indígenas tiveram participação essencial nos processos de conquista e colonização em todas as regiões da América. Na condição de aliados ou inimigos, eles desempenharam importantes e variados papéis na construção das sociedades coloniais e pós-coloniais. Foram diferentes grupos nativos do continente americano de etnias, línguas e culturas diversas que receberam os europeus das formas mais variadas e foram todos, por eles, chamados índios. Eram, em sua grande maioria, povos guerreiros, e suas guerras e histórias se entrelaçaram, desde o século XVI, com as guerras e histórias dos colonizadores, contribuindo para delinear seus rumos.

Doutrina constitucional alienígena de escol estruturou o citado modelo, assinalando as etapas pelas quais diversos textos constitucionais latino-americanos atravessaram na busca de uma solidificação do almejado projeto de descolonização. Segundo Fajardo, são três os paradigmas marcantes desse processo, quais sejam, (a) o liberal monista do século XIX; (b) o social integracionista do século XX; e (c) o pluralista, em progresso desde a década de 1980 e compreendido nos seguintes períodos: (i) multicultural (1982-1988), (ii) pluricultural (1989-2005) e (iii) plurinacional (2006-2009).

Afirma a citada teórica, quanto à etapa alusiva ao pluralismo constitucional, especialmente no que se refere ao primeiro ciclo, que as constituições introduzem “o conceito de diversidade cultural, o reconhecimento da configuração multicultural e multilíngue da sociedade, o direito [...] à identidade cultural e alguns direitos indígenas específicos”, referindo-se às constituições do Canadá (1982), Guatemala (1985), Nicarágua (1987) e, inclusive, à constituição do Brasil (1988) (FAJARDO, 2011, p. 142 e 155).

Acerca do período pluricultural, perseveram os direitos à identidade étnica e à diversidade cultural, qualificando-se o Estado como pluricultural, momento em que as constituições regionais perfilham as expressões que tanto pluralizam os centros de produção legislativa, inclusive as fontes consuetudinárias indígenas, quanto rompem com o monopólio de aplicação do direito, porquanto resta distinguida a autoridade da ordem jurídica indígena, surgindo, então, segundo a citada autora, o pluralismo latino-americano nos seguintes termos:

[...] as Constituições introduzem fórmulas de pluralismo jurídico que logram romper com a identidade Estado-direito ou o monismo jurídico, isto é, a ideia de que só é “direito” o sistema de normas produzido pelos órgãos soberanos do Estado (os poderes Legislativo, Judiciário e

Executivo). As constituições deste ciclo reconhecem as autoridades indígenas, com suas próprias normas e procedimentos ou seu direito consuetudinário e funções jurisdicionais ou de justiça. A partir destes reconhecimentos se põe em questão a ideia clássica de soberania e o monopólio que as Constituições assinalavam aos “poderes ou órgãos soberanos” do Estado para a produção do direito e a violência legítima. Pluralizam as fontes de produção legal do direito e da violência legítima tanto quanto as funções de produção de normas, administração da justiça e organização da ordem pública interna podem ser exercidas tanto pelos órgãos soberanos (clássicos) do Estado quanto pelas autoridades dos povos indígenas, sempre sob o controle constitucional. (FAJARDO, 2011, p. 142)

A referida autora (FAJARDO, 2011, p. 143), a título de exemplificação, cita as constituições da Colômbia (1991), México (1992), Paraguai (1992), Peru (1993), Bolívia (1994), Argentina (1994), Equador (1996 e 1998) e Venezuela (1999).

Pontua-se, nesse contexto, que a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais dispôs, no art. 8º, que ao “aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário” (inc. 1) e, ainda, que referidos "povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos" (inc. 2), ressaltando, enfim, que "sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste principio" (inc. 3). Ao comentar referida norma, declara Salgado (2006, p. 115-116):

El artículo, en sus tres apartados, establece el marco dentro del cual cada estado ha de resolver las cuestiones que plantea la coexistencia de sistemas jurídicos diferentes. En primer lugar, la aplicación del derecho estatal deberá «tomar en consideración» la especificidad indígena. Además, los pueblos indígenas tienen el derecho a mantener sus propias normas e instituciones y el estado debe establecer procedimientos para solucionar los conflictos. El párrafo final deja aclarado que la aplicación de tales principios no puede fundamentar ninguna discriminación en perjuicio de los pueblos indígenas.

No mesmo sentido, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, em seu art. 34, dispôs que os "povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistemas jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos".

Portanto, as normas diferenciadas que regulam as estruturas institucionais, os costumes, a organização social e o funcionamento das sociedades indígenas são reconhecidos pelo direito do

Estado, rompendo-se, assim, a velha ideia integracionista dos povos indígenas à sociedade reputada por nacional, a evitar prejuízos e discriminação, sobretudo diante da jusdiversidade, da interlegalidade e do pluralismo jurídico,² a fim de saudar uma nova expectativa, na certeza de ser imperativa a concepção de busca de concretização dos direitos fundamentais de sujeitos vulneráveis, e, quiçá, como defendido em doutrina nacional, um conceito de posse pelos povos indígenas em suas múltiplas extensões, significando um retorno à ideia de que ela compreendia a concepção de um *habitat* de valores culturais.³

Todavia, a despeito do reconhecimento da autonomia das ordens extraestatais de coletividades nativas, no sentido de que “*las relaciones entre la legislación nacional y las propias normas indígenas deben juzgarse según los criterios de la diversidad cultural y no de la hegemonía de una cultura sobre outra*” (SALGADO, 2006, p. 114), tanto a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho quanto a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas definem limite à autonomia das ordens jurídicas arcaicas, qual seja, a conformidade com os direitos fundamentais definidos pela ordem jurídica estatal e/ou pelas normas internacionais de direitos humanos, surgindo, assim, evidente colisão entre as ordens jurídicas indígena e estatal, cuja

² Ao ponderar a proposta de um programa de pesquisa para uma Antropologia no Direito, registra Lobão (2016, p. 55): “SOBRE O PROGRAMA DE PESQUISA E O CONTEXTO DE JUSDIVERSIDADE. Uma breve aproximação com o contexto das relações interétnicas derivadas do encontro de diversas sensibilidades jurídicas no Estado de Roraima, região norte do Brasil, atraiu minha atenção de forma decisiva. Os processos judiciais paradigmáticos de interlegalidade, em contextos de jusdiversidade, representados, entre outros, pelo Caso Basílio e pelo Caso Denílson, despertaram não só as dimensões cognitivas clássicas do antropólogo, mas a perspectiva zetética do professor na Faculdade de Direito. O Caso Basílio refere-se a um processo levado ao Tribunal do Júri Federal em Roraima, no qual Basílio, vice-tuxaua de uma comunidade macuxi, foi inocentado da acusação de homicídio, por já ter sido julgado, condenado e cumprido pena, de acordo a decisão de tuxauas e lideranças macuxi. O instituto jurídico do nosso Direito que presidiu tal decisão no Tribunal do Júri de Roraima foi o de *no bis in idem*, que veda a dupla punição pelo mesmo ato ilícito. Nas palavras do Juiz Federal Helder Girão Barreto, que presidiu o Júri, ‘A Justiça, em seu sentido mais puro, foi feita. A Justiça dos Índios. Esperamos que se faça Justiça para os índios’. O Caso Denílson, julgado em 2012, transitou no judiciário estadual de Roraima, na comarca de Bonfim, onde Denílson, um índio macuxi, acusado por crime de homicídio praticado contra seu irmão dentro de terra indígena teve a sentença do Juiz Estadual Aluizio Ferreira Vieira conclusa nos seguintes termos: ‘deixo de apreciar o mérito da denúncia do Órgão Ministerial, representante do Estado, para declarar a ausência *in casu* do direito de punir estatal, em face do julgamento do fato por comunidade indígena’. O fundamento de Direito acionado pelo juiz foi, segundo suas palavras, um instituto novo, ou seja, a vedação de duplo *jus puniendi*. [...]”

³ Ao apontar o futuro do direito, Grau (2008, p. 316), citando Jacques Derrida, conclui: “O tempo passou, e ao modismo dos princípios, após sua aterradora banalização, seguiu-se o da hermenêutica, da qual todos tratam com injustificada familiaridade. Criaturas do direito formal, os juristas permanecem presos à dogmática da subsunção, uma enorme distância apartando os discursos que repetem da prática dos tribunais. Passam à margem de uma incisiva observação de Jacques Derrida, que me permito reproduzir: a decisão justa há de, para ser justa, ser conforme a uma lei preexistente; mas a interpretação dessa lei, que a decisão pressupõe, há de ser reinstauradora, reinventiva, livre; daí que a decisão justa há de ser a um tempo só regrada e sem regra, há de conservar a regra (a lei, *rectius* o direito) e destruí-la ou suspendê-la para reinventá-la em cada caso; cada caso é um caso \neg prossegue Derrida \neg , cada decisão é diferente e requer uma interpretação absolutamente única, que nenhuma regra existente ou codificada pode nem deve absolutamente garantir.”

solução, segundo doutrina de Neves (2009, p. 216-217), deve ser calcada na ideia de transconstitucionalismo unilateral de tolerância nos termos seguintes:

Um outro lado do transconstitucionalismo aponta para a relação problemática entre as ordens jurídicas estatais e as ordens extraestatais de coletividades nativas, cujos pressupostos antropológico-culturais não se compatibilizam com o modelo de constitucionalismo do Estado. Evidentemente, nesse caso, trata-se de ordens arcaicas que não dispõem de princípios ou regras secundárias de organização e, por conseguinte, não se enquadram no modelo reflexivo do constitucionalismo. A rigor, elas não admitem problemas jurídico-constitucionais de direitos humanos e de limitação jurídica do poder. Ordens normativas dessa espécie [...] exigem, quando entram em colisão com as instituições da ordem jurídica constitucional de um Estado, um “transconstitucionalismo unilateral” de tolerância e, em certa medida, de aprendizado. Essa forma de transconstitucionalismo impõe-se porque – embora as referidas ordens jurídicas, em muitas de suas normas e práticas, afastem-se sensivelmente do modelo de direitos humanos e de limitação jurídica do poder nos termos do sistema jurídico da sociedade mundial – a simples outorga unilateral de “direitos humanos” aos seus membros é contrária ao transconstitucionalismo. Medidas nessa direção tendem a ter consequências destrutivas sobre mentes e corpos, sendo contrárias ao próprio conceito de direitos humanos [...]. Nesse contexto, há um paradoxo do transconstitucionalismo, pois ele se envolve em conversações constitucionais com ordens normativas que estão à margem do próprio constitucionalismo. Mas essa situação é resultante da necessidade intrínseca ao transconstitucionalismo de não excluir o desenvolvimento de institutos alternativos que possibilitem um diálogo construtivo com essas ordens dos antropológico-culturalmente “diferentes”, baseadas milenarmente no território do respectivo Estado. Nesse contexto, embora limitado, o transconstitucionalismo não perde o seu significado para o desenvolvimento da dimensão normativa da sociedade mundial do presente.

Assevera o referido autor, nessa linha de pensamento, que a prática latino-americana se mostra abastada de “problemas jurídico-constitucionais decorrentes do entrelaçamento entre ordens normativas nativas e ordens constitucionais dos Estados”, nomeadamente no que concerne aos direitos fundamentais, sendo que, em regra, “procura-se enfrentar o problema com o modelo de integração constitucional da pluralidade resultante das particularidades normativas das comunidades indígenas”, citando o mencionado autor, a título de exemplificação, as constituições da Colômbia e da Bolívia, as quais fixam “critérios de articulação entre o direito estatal e as ordens normativas das comunidades indígenas” (NEVES, 2009, p. 217-218). Em seguida, estabelece o referido teórico, como modelo de situação que dá ensejo a colisões entre ordens normativas com implicações constitucionais, entre outros casos, o seguinte:

Um dos casos mais delicados apresentou-se recentemente na relação entre a ordem jurídica estatal brasileira e a ordem normativa dos índios Suruahá, habitantes do município de Tapauá, localizado no estado do Amazonas, que permaneceram isolados voluntariamente até os fins da década de 1970. Conforme o direito consuetudinário dos Suruahá, é obrigatório o homicídio dos recém-nascidos quando tenham alguma deficiência física ou de saúde em geral. Em outra comunidade, a dos indígenas Yawanawá, localizada no estado do Acre, na

fronteira entre Brasil e Peru, há uma ordem normativa consuetudinária que determina que se tire a vida de um dos gêmeos recém-nascidos. Nesse contexto, também tornou-se público o fato de que práticas desse tipo eram comuns entre os Yanomami e outras etnias indígenas. Essa situação levou a polêmicas, pois se tratava de um conflito praticamente insolúvel entre direito de autonomia cultural e direito à vida. O problema já tomara destaque na ocasião em que uma indígena Yawanawá, em oficina de direitos humanos da Fundação Nacional do Índio, em 2002, descreveu a obrigatoriedade, em sua comunidade, da prática de homicídio de um dos gêmeos, apresentando-se como vítima dessa prática jurídica costumeira. Nesse contexto, a questão também foi apresentada como conflito entre direito de autonomia cultural e direito das mulheres. Passou, porém, a ter ampla repercussão pública em relação ao direito da criança à vida – sobretudo mediante a destacada difusão nos meios de comunicação de massa de grande influência – com a divulgação do resgate, por um casal de missionários, de uma criança com uma grave disfunção hormonal congênita, que estava condenada à morte entre os Suruahá. (NEVES, 2009, p. 222)

Acresce o referido autor que a repercussão pública do caso transcrito em linhas precedentes, especialmente do costume dos Suruahá, ensejou à proposição por parte do então deputado federal Henrique Afonso, representante do Estado do Acre, do Projeto de Lei n. 1.057, de 2007, tendido especificamente à criminalização daquela prática.⁴ Segundo o citado teórico, os adeptos do Projeto de Lei balizaram a proposta na ideia “da absolutização do direito fundamental individual à vida, nos termos da moral cristã ocidental”, e, ainda que secundariamente, no direito fundamental da mãe à maternidade,⁵ acrescentando o aludido autor nos seguintes termos:

⁴ “A ementa desse projeto tem o seguinte teor: ‘Dispõe sobre o combate a práticas tradicionais nocivas e à proteção dos direitos fundamentais de crianças indígenas, bem como pertencentes a outras sociedades ditas não tradicionais.’ Para fins de medidas específicas de combate a essas práticas, inclusive a criminalização daqueles que, em contato com a comunidade nativa, não procedessem à devida notificação às autoridades competentes, assim como das autoridades que não tomassem as providências cabíveis (arts. 3º, 4º e 5º), o art. 2º, incisos I a VIII, do Projeto, previa a tipificação dos seguintes casos de ‘homicídio de recém-nascidos’: ‘em casos de falta de um dos genitores’; ‘em casos de gestação múltipla’; ‘quando estes são portadores de doenças físicas e/ou mentais’; ‘quando há preferência de gênero’; ‘quando houver breve espaço de tempo entre uma gestação anterior e o nascimento em questão’; ‘em casos de exceder o número de filhos apropriado para o grupo’; ‘quando estes possuírem algum sinal ou marca de nascença que os diferencie dos demais’; ‘quando estes são considerados de má sorte para a família ou para o grupo’. O Projeto também propunha a tipificação dos ‘homicídios de criança, em caso de crença de que a criança desnutrida é fruto de maldição, ou por qualquer outra crença que leve ao óbito intencional por desnutrição’ (art. 2º, inciso IX). Essas hipóteses previstas no Projeto, além de outras referentes a abusos sexuais, maus tratos e outras agressões físico-psíquicas de crianças e seus genitores por fundamentos culturais e tradicionais (art. 2º, incisos X, XI e XII), correspondem a práticas verificadas nas comunidades indígenas localizadas no território do Estado brasileiro. Esse Projeto deu ensejo a uma audiência pública na Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados. Embora não tenha logrado êxito, o contexto em que foi elaborado e a discussão que engendrou apontam para um caso singular de diálogo transconstitucional entre ordem jurídica estatal e ordens normativas locais das comunidades indígenas.” (NEVES, 2009, p. 223-224)

⁵ “Com intensa participação no debate, inclusive na audiência pública realizada em 5 de setembro de 2007 na Câmara dos Deputados, as ponderações da antropóloga Rita Laura Segato contribuíram positivamente para o esclarecimento dessa colisão de ordens jurídicas, apontando para a necessidade de um diálogo entre ordens normativas, em termos que se enquadram em um modelo construtivo de transconstitucionalismo. No contexto do debate, Segato reconheceu que tinha diante de si ‘a tarefa ingrata de argumentar contra essa lei, mas, ao mesmo tempo, de fazer uma forte aposta na transformação do costume’. No âmbito de sua argumentação, ela invocou pesquisa empírica sobre os Suruahá, na qual se verificou que, em um grupo de 143 membros da comunidade indígena, entre 2003 e 2005, houve dezesseis nascimentos, vinte e três suicídios, dois homicídios de recém-nascidos (denominados pelos antropólogos ‘infanticídio’, sem o sentido

Essa postura unilateral pela imposição dos direitos individuais em detrimento da autonomia cultural das comunidades não pareceu adequada para os que se manifestaram em torno do problema em uma perspectiva antropológica mais abrangente. A simples criminalização das práticas indígenas, em nome da defesa do direito à vida, pode ser vista, outrossim, como um verdadeiro genocídio cultural, a destruição da própria comunidade, destruindo suas crenças mais profundas. (NEVES, 2009, p. 224)

Propõe Neves, nessa contextura, conceber a colisão entre duas perspectivas distintas dos direitos, buscando “não ‘fazer injustiça’ mediante a imposição de uma, a da ordem dos mais fortes, à outra, a da ordem dos mais fracos”, porquanto, segundo o citado autor, de um lado “está o direito à autonomia coletiva, do outro o direito à autonomia individual”, pelo que, submeter puramente aquele, “considerado expressão de uma forma ética de vida, a este, considerado expressão de uma moral universal que se apresenta como base dos direitos humanos”, não lhe parece o recurso mais adequado em um padrão de transconstitucionalismo:

Ao contrário, nesse contexto de colisão radical entre a ordem jurídica estatal e as ordens normativas indígenas, tem-se de considerar e ponderar entre “o direito à vida do sujeito individual e o direito à vida do sujeito coletivo”, como argui Segato. No caso, a “ultracriminalização” das práticas do homicídio de recém-nascidos praticadas no interior das comunidades indígenas, proposta no Projeto de Lei nº 1.057/2007, poderia ser “etnocida, ao eliminar valores culturais indispensáveis à vida biológica e cultural de um povo”. Assim sendo, tal solução legal teria implicações de difícil compatibilização inclusive com a ordem constitucional do Estado brasileiro. Parece ser necessária, nessas circunstâncias, a busca de outros caminhos. A proposta que se afigura mais adequada ao transconstitucionalismo reside em garantir a “jurisdição ou foro étnico”, para que cada comunidade indígena “resolva seus conflitos e elabore seu dissenso interno por um caminho próprio”. Isso não implica simplesmente tolerância do mais poderoso, tampouco tolerância perante o intolerante, antes se trata de capacidade de admitir a autonomia do outro, isto é, da esfera de comunicação, do jogo de linguagem ou da forma de vida diferente do nativo, não submetida aos modelos do

técnico-jurídico do tipo penal) e uma morte por doença. Ou seja, enquanto 7,6% das mortes ocorreram por ‘infanticídio’, houve 57,6% de mortes por suicídio entre os Suruahá. Essa situação aponta uma compreensão da vida bem distinta da concepção cristã ocidental. Entre essa comunidade indígena, a vida só tem sentido se não for marcada por excessivo sofrimento para o indivíduo e a comunidade, se for uma vida tranquila e amena. Assim se justificaria o homicídio de recém-nascido em determinados casos. O significado atribuído à vida e à morte pelos Suruahá não seria menos digno do que o sentido que lhes atribui o cristianismo: ‘Também constatamos que se trata de uma visão complexa, sofisticada e de grande dignidade filosófica, que nada deve aos cristianismos’. O argumento é fortificado com a referência à prática yanomami, na qual a mulher tem direito absoluto sobre a vida dos seus recém-nascidos. O parto ocorre em ambiente natural, fora do contexto da vida social, deixando a opção à mãe: ‘se não toca o bebê nem o levanta em seus braços, deixando-o na terra onde caiu, significa que este não foi acolhido no mundo da cultura e das relações sociais, e que não é, portanto, humano. Dessa forma, não se pode dizer que ocorreu, na perspectiva nativa, um homicídio, pois aquele que permaneceu na terra não é uma vida humana’. Essa concepção bem diversa da vida humana importa realmente um delicado problema, que, também me parece, é incompatível com uma mera imposição de concepções externas sobre a vida e a morte, mediante aquilo que, em outro contexto, chamei paradoxalmente de ‘imperialismo dos direitos humanos’. E isso é válido não apenas de um ponto de vista antropológico-cultural ou antropológico-jurídico, mas também na perspectiva específica de um direito constitucional sensível ao transconstitucionalismo.” (NEVES, 2009, p. 225-226)

constitucionalismo estatal. Muito menos cabe falar de sociedades “decentes” e “indecentes”, ou seja, dignas ou indignas do diálogo com as sociedades “liberais” do Estado democrático constitucional, como se não estivéssemos na mesma sociedade mundial, com colisões e conflitos entre domínios de comunicação e jogos de linguagem. Mas cabe ponderar que, não só de um ponto de vista antropológico, mas também na perspectiva do transconstitucionalismo, diante dos dissensos e conflitos no interior das comunidades indígenas, inclusive em torno da prática do homicídio de recém-nascidos, “o papel do Estado, na pessoa dos seus agentes, terá de ser o de estar disponível para supervisionar, mediar ou interceder com o fim único de garantir que o processo interno de deliberação possa ocorrer livremente, sem abuso por parte dos mais poderosos no interior da sociedade”. Assim, a esse respeito, a postura transconstitucional apresenta-se na limitação jurídica do poder abusivo dentro da comunidade. Isso porque, caso haja manipulação das decisões comunitárias pelos mais poderosos, sem legitimidade na ordem normativa respectiva, desaparece a autonomia étnica de que se parte para o diálogo constitucional. Portanto, observa-se, dessa maneira, que nenhuma forma de apresentação de autonomia de esferas sociais, inclusive das construídas por comunidades nativas não diferenciadas funcionalmente, tem um caráter absoluto, sendo todas relativas no âmbito da sociedade mundial do presente. (NEVES, 2009, p. 226-228)

Vislumbra-se, nessa perspectiva, a instituição de uma nova técnica de solução de colisão entre as ordens jurídicas estatal e própria dos povos indígenas, onde a cultura tradicional passa a ser um elemento relevante, trespassando as variáveis econômica e social, com ênfase na concretização dos direitos humanos e na diversidade cultural,⁶ despertando para a ideia de descolonização, com a percepção da singularidade étnica das comunidades indígenas, individualizada pela cultura, com apoio em dois conceitos-chave, quais sejam, “a jusdiversidade e um acordo pós-colonialista” (LOBÃO, 2016, p. 52).

Nessa conjuntura, Madeira Filho e Callegari (2012, p. 198), citando Morin, Giddens, Bauman e Luhmann, sobre o estágio atual da vida moderna, complexa, líquida e sistemicamente acoplada, afirmam ser imperativa “a ruptura de paradigmas para superação dos mais variados obstáculos epistemológicos que prejudicam o desenvolvimento do pensamento científico”.

Destarte, no domínio da ciência, como assevera Weber (2011, p. 32-33), “a obra construída terá envelhecido dentro de dez, vinte ou cinquenta anos”, porquanto “toda obra científica ‘acabada’

⁶ “Esse delicado problema não se restringe ao dilema entre relativismo ético (das culturas particulares) e universalismo moral (dos direitos dos homens), antes aponta para o convívio de ordens jurídicas que partem de experiências históricas diversas, exigindo especialmente por parte do Estado constitucional uma postura de moderação relativamente à sua pretensão de concretizar suas normas específicas, quando essas entrem em colisão com normas de comunidades nativas fundadas em bases culturais essencialmente diferentes. A discricção e o comedimento, nesse caso, parecem ser a via que pode levar a conversações construtivas que estimulem autotransformações internas das comunidades indígenas para uma relação menos conflituosa com a ordem estatal. A tentativa de buscar modelos internos de otimização, nos termos da teoria dos princípios, pode ser desastrosa nessas circunstâncias. Em relação ao ‘outro’, à ordem diversa dos nativos, cabe antes uma postura transconstitucional de autocontenção dos direitos fundamentais cuja otimização possa levar à desintegração de formas de vida, com consequências destrutivas para os corpos e as mentes dos membros das respectivas comunidades.” (NEVES, 2009, p. 228-229)

não tem outro sentido senão o de fazer surgirem novas ‘indagações’: ela pede, portanto, que seja ‘ultrapassada’ e envelheça”, ou seja, quem deseje “servir à ciência deve resignar-se a tal destino”, mormente considerada a premissa, conforme Kelsen (2001, p. 323), no sentido de que a “sociedade é uma ordem da conduta humana”.

2 CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Como declara Barreto (2014, p. 17), o conceito de Constituição mostra-se como sendo plurissignificativo, visto que “ora significa a estrutura ou composição de alguma coisa, ora lei superior e estruturante de um determinado Estado”, constituindo-se “*la concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de um cierto Estado*” (SCHMITT, 1982, p. 30). Nas palavras de Silva (2005, p. 37-38):

A Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu Governo, o modo de aquisição e o exercício do Poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a Constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.

Nessa linha de raciocínio, extrai-se de acatada doutrina nacional que a “Constituição pode ser vista no plano *jurídico-normativo* ou no plano *fático-político*”, pois “a Constituição sofre os mesmos influxos da vida social e política na qual está inserida”, aproximando-se os conceitos transcritos da ideia do designado “constitucionalismo moderno, movimento que teve início na Inglaterra, no século XIII, e universalizou-se a partir da França do século XVIII”, tendo significado, “nos seus primórdios, um movimento de *contenção do poder*: a luta da *Constituição-garantia* contra o *Estado Absoluto*” (BARRETO, 2014, p. 17-18).⁷ Acresce a citada doutrina:

É voz corrente que as Constituições desse período preocupavam-se em serem *garantia* – daí a ênfase na contenção do poder – muito mais que efetivamente *compromisso* com a satisfação das necessidades dos indivíduos e das coletividades. Passados mais de três séculos, os Estados e as sociedades mudaram as Constituições, sobretudo quantitativa e

⁷ “O *constitucionalismo*, na opinião de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, significava que ‘*a comunidade política é originária de um contrato, o qual é fonte da autoridade. Há direitos naturais do homem anteriores à sociedade, e, pelo contrato social esta se obriga a protegê-los e garanti-los contra qualquer arbítrio (...)*’ e visava ‘*(...) a educação cívica do cidadão pela proclamação dos seus direitos; a superioridade da lei escrita sobre o costume.*’ (BARRETO, 2014, p. 18).

qualitativamente. Com efeito, uma Constituição que se equilibra entre as *pretensões de estabilidade* e de *mudança* não pode prescindir de mecanismos *formais e informais* de atualização.

Nesse contexto, assevera-se que, além do “*Poder Constituinte Derivado* (ou *competência* ou *função reformadora*), que altera ou pode alterar pontualmente o *texto* de uma Constituição”, há um “*Poder Constituinte Difuso*, que altera o *sentido* e o *alcance* de uma Constituição”, especialmente através da “*interpretação* e da *aplicação constitucionais*”, mecanismo informal a que se assentou denominar de “Mutação Constitucional” (BARRETO, 2014, p. 19),⁸ inclusive pela atuação do juiz enquanto intérprete/aplicador da norma em potência ou texto de norma (GRAU, 2006, p. 85).⁹

Grau (2008, p. 44), nesse sentido, após observar que o direito é produzido a partir de múltiplas interrelações, compreendeu “a necessidade de o pensarmos dialeticamente, estudando-o em movimento, em constante modificação, formação e destruição – isto é, como de fato ocorre na realidade concreta”.¹⁰

Contudo, como é manifesto, há um antigo costume, na América Latina, de “referências a dispositivos, jurisprudências e doutrinas constitucionais estrangeiras”, sendo certo que, conquanto o prestígio dos Estados Unidos, mormente em razão do intenso prestígio do padrão constitucional desse

⁸ “Diz Meirelles Teixeira: *Seria errôneo, entretanto, e mesmo ingênuo, pensar-se que as Constituições rígidas somente pudessem sofrer alteração através dessas técnicas jurídicas expressa e previamente estabelecidas, e que o impacto da evolução política e social somente pudesse atuar sobre elas através desses canais, em que a vida deveria necessariamente acomodar-se, em seu eterno fluxo de renovação e de progresso, dobrando-se com docilidade ao sabor dessas fórmulas e apenas ao juízo de políticos e legisladores.*” (BARRETO, 2014, p. 18)

⁹ “É bom, porém, que se tenha cuidado para que a invocação frequente da jurisprudência americana, além e de outras ordens jurídicas não constitua mais um episódio histórico de ‘colonialismo’ no campo da cultura jurídica. Passaríamos, então, da ‘importação’ acrítica de modelos legislativos e doutrinários para uma incorporação inadequada de precedentes jurisprudenciais. O que mudaria seria apenas o acesso mais fácil à jurisprudência estrangeira. Fundamental é, portanto, que sejam ‘feitas as devidas adaptações’, para que não caiamos no velho rótulo das ‘ideias fora de lugar’, ou seja, da jurisprudência e da doutrina constitucional deslocadas do seu contexto jurídico e social. Nesse caso, constrói-se o paradoxo de um diálogo em que só constar *alter*, mas falta *ego* enquanto polo da dupla contingência na comunicação. E daí pode decorrer um tipo de jurisprudência e doutrina simbólica, cujo significado normativo é muito limitado.” (NEVES, 2009, p. 182-183)

¹⁰ Ao direito próprio dos povos indígenas, por suas próprias particularidades, jamais seria recomendado assumir uma posição belicosa contra a ordem jurídica estatal, especialmente em razão dos efeitos colaterais de eventual tensão. Nesse sentido, enfatiza autorizada doutrina nacional: “[...] Outra é a situação quando se trata de ordens arcaicas, que não dispõem de princípios e regras secundárias de organização e, portanto, não estão em condições de admitir problemas jurídicos constitucionais. Ordens desse tipo exigem, cada vez mais, um transconstitucionalismo unilateral de tolerância e, em certa medida, de aprendizado: embora elas sejam avessas ao modelo de direitos humanos e de limitação jurídica do poder nos termos do sistema jurídico da sociedade mundial, não se compatibiliza com o transconstitucionalismo a simples imposição unilateral e heterônoma de ‘direitos humanos’ a membros da respectiva comunidade, pois tal medida pode ter efeitos destrutivos em suas mentes e em seus corpos, sendo contrária ao próprio conceito de direitos humanos. Por conseguinte, embora haja ordens jurídicas que estão à margem do transconstitucionalismo, esse não pode excluir o desenvolvimento de institutos que possam levar a uma relação construtiva de aprendizado e intercâmbio com essas ordens. [...]” (NEVES, 2009, p. 130)

país na raiz do constitucionalismo latino-americano, tenha sido, por muito tempo, predominante, “também o direito constitucional dos países europeus e a respectiva jurisprudência passaram a ser invocados crescentemente, cabendo destacar a influência do constitucionalismo alemão” (NEVES, 2009, p. 178). Acrescenta a acenada doutrina:

É verdade que, historicamente, as referências aos textos, doutrinas e jurisprudência constitucional estrangeira, em grande parte, tem sido expressão de “bacharelismo”, tendo se apresentado nos votos “retóricos” dos magistrados como prova de erudição, sem nenhum vínculo de relevância argumentativa com o caso *sub judice*. Não obstante, observa-se, particularmente na jurisprudência recente, a tendência de inclusão de referência a textos constitucionais e precedentes jurisdicionais de Estados estrangeiros como parte não só do *obiter dictum*, mas também da *ratio decidendi*. (NEVES, 2009, p. 178-179)

Nessa contextura, pode-se afirmar que a discussão sobre os direitos dos povos indígenas na América Latina “remonta à colonização entabulada a partir do século XVI, destacando-se o firme posicionamento do frei Bartolomé de Las Casas contra as atrocidades cometidas pelos espanhóis durante o processo de ocupação iniciado pela América Central”,¹¹ sendo certo que os Estados que se formaram na modernidade da América Latina “passaram praticamente à margem dos direitos indígenas até a década de noventa, do século XX”, revelando-se essa quadra histórica prestigiosa em “possibilidades e complexo em sua interpretação, em cujo interior se deu a eclosão de novos movimentos sociais, entre eles, os movimentos indígenas que restaram constitucionalizados como sujeitos políticos de direito” (SILVEIRA, 2010, p. 52-53). Acresce-se:

Chegado o século XXI, temos Estados Nacionais que formam o amplo mosaico amazônico com inestimável avanço na tipificação desses direitos, assim como observamos outros ainda tímidos na sua capitulação, mas não se pode negar que nos últimos vinte anos houve um significativo avanço no reconhecimento constitucional dos povos indígenas em toda a América. (SILVEIRA, 2010, p. 53)

Citando Roque Roldán, observa Silveira (2010, p. 83) que há duas convergências relativamente demarcadas nas ordens constitucionais tratadas, a saber, de um lado “a dos Estados que abrem espaços para os povos indígenas manterem suas identidades e direitos especiais com uma

¹¹ “Naquela época, e diante do quadro de genocídio testemunhado pelo próprio Las Casas, tentava ele fazer vingar uma teoria pacifista e de reconhecimento da diversidade cultural, denunciando que o discurso acerca da inferioridade dos índios seria um mero artifício viabilizador dos interesses de conquista espanhola. Assim, e desde que não violassem a lei divina e natural, os usos e costumes indígenas deveriam ser permitidos pelo mundo do ocidente.” (SILVEIRA, 2010, p. 52)

opção à perpetuidade” e, por outra vertente, “a dos Estados que exibem sua relação com os indígenas como um simples regime de tolerância, definindo ou tratando os modelos de vida daqueles povos como um fator limitante ou negativo da unidade nacional”.¹²

Nessa linha, seguem sucintas exposições acerca de textos constitucionais latino-americanos, nomeadamente dos países do transfronteiriço território amazônico, ainda que à míngua da pretensão de esgotamento da matéria.

2.1 Bolívia

Em razão das oligarquias bolivianas, as constituições políticas precedentes à década de noventa, excepcionadas as constituições de 1938 e de 1945, as quais perfilhavam legislação e sistema educativo peculiares às comunidades indígenas, ignoraram a realidade dessas comunidades, fixando uma concepção assimilacionista e integracionista sob a óptica da edificação de uma única nação boliviana (SILVEIRA, 2010, p. 54). Nessa contextura, pontua a doutrina em referência:

Ao final de década de oitenta, o Estado Boliviano aceitou somente o movimento campesino como representante dos povos indígenas, ficando a construção e reconhecimento da identidade desses últimos para o desenrolar da próxima década, como consequência involuntária da legislação boliviana e da reforma constitucional de 1994, após incorporação dos discursos internacionais cada vez mais incisivos em matéria de direitos indígenas. Finalmente, e com a reforma agrária de 1996, a Bolívia se declarou internacionalmente um Estado democrático e multicultural. Dito reconhecimento deita raízes principalmente nas profundas reformas de 1994 e 2004 operadas na Constituição Boliviana de 1967, em que novos e significativos avanços se registraram no que diz respeito à visibilidade dos povos indígenas naquele país. (SILVEIRA, 2010, p. 54)

Nessa linha de raciocínio, pode-se coligir que a aspiração de maior envergadura, no tocante à ideia de integração constitucional alusiva às comunidades indígenas, encontra-se na constituição boliviana, promulgada em 07 de fevereiro de 2009, ao estabelecer o Estado como “plurinacional comunitário” (art. 1º), incluindo as referidas comunidades como unidades políticas com poder e

¹² “Será que nós, operadores do Direito, realmente temos *vontade de Constituição*? Reflitamos bem. Será que não está em nossas mãos torná-la *forte*, através de sua crescente aplicabilidade? Será que os órgãos da *Jurisdição Constitucional* têm tido coragem para assumir as responsabilidades que lhes foram confiadas? Ou será que têm faltado com elas, escudados em sofismas tais como ‘não é auto-aplicável’, ‘é norma programática’, ‘o Judiciário funciona como um legislador negativo?’” (BARRETO, 2014, p. 21)

direito de autonomia e autogoverno, assim como a participação na “formação” da vontade estatal (arts. 2º, 30-32, 146, 147, 269, inc. I, e 289-296) (NEVES, 2009, p. 218).¹³

Pontua-se, nessa perspectiva, que a constituição boliviana, ao assegurar aos povos indígenas a participação proporcional na eleição da Assembleia Legislativa Plurinacional e a composição paritária no Tribunal Constitucional Plurinacional, reafirmou a condição de igual categoria que deve imperar entre a jurisdição ordinária e a jurisdição indígena originária campesina, orientada pelos princípios, valores culturais, normas e procedimentos próprios das comunidades indígenas.

2.2 Brasil

Como é sabido, os povos indígenas no Brasil, após longo processo de dizimação e integração, continuaram na invisibilidade oficial por um dilatado período,¹⁴ sendo que apenas ao fim do regime militar houve um chamamento para a elaboração de uma nova constituição, qual seja, a de 05 de outubro de 1988, na qual fora introduzido um capítulo integral alusivo especialmente aos índios, reputados como tais e não mais identificados por silvícolas, sobrevindo verdadeira revolução na relação entre o Estado e os povos indígenas, visto que, pela primeira vez, restou distinguido no Brasil

¹³ “Primeiro a Bolívia rompe definitivamente com a tradição integracionista e se define um estado multiétnico e pluricultural, conferindo expressamente personalidade jurídica às comunidades indígenas, equiparando esses povos aos partidos políticos para efeito de representação popular, podendo inclusive eles postular diretamente candidaturas a Presidente, Vice-Presidente, Senadores, Deputados, Alcaldes e Agentes Municipais, em igualdade de condições e na forma da lei. A mesma constituição lhes reconheceu ainda direitos sociais, econômicos e culturais, especialmente os relativos às suas terras de origem, garantindo não apenas o uso como ainda o aproveitamento sustentável dos recursos naturais; reconhecendo também suas respectivas identidades, valores, línguas, costumes e instituições, bem como respeitando as autoridades naturais das comunidades indígenas que poderão exercer funções de administração e aplicação de normas próprias como solução alternativa de conflitos, em conformidade com seus costumes e procedimentos, sempre que não sejam contrários à própria constituição e às leis do país, ficando a cargo de lei especial a compatibilização dessas funções com as atribuições dos poderes do Estado. [...] A língua de cada um dos povos indígenas daquele país também se tornou idioma oficial, configurando-os na expressa condição de nação, em capítulo próprio e com destaque para o direito à livre determinação e territorialidade; instituições típicas como parte da estrutura geral do Estado; propriedade intelectual coletiva dos seus saberes, ciências e conhecimentos; de ser consultados cada vez que se prevejam medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los; gestão territorial autônoma para o uso; e aproveitamento exclusivo dos recursos naturais, assim como participação nos órgãos e instituições do estado.” (SILVEIRA, 2010, p. 54-55)

¹⁴ “Foi somente com a Constituição de 1934, ou seja, passado mais de um século de existência, é que o Estado Brasileiro resolveu tratar dos direitos indígenas, qualificando os seus titulares como silvícolas e enfrentando de pronto a delicada questão dos seus territórios, assegurando aos índios a posse sobre eles e atribuindo à União responsabilidade pela promoção da política indigenista nacional, sendo nesses pontos acompanhados mais tarde pelo Estatuto da República de 1937, conforme se lê da previsão estampada no artigo 154 da ‘constituição polaca’. Com a magna carta de 1946, a posse indígena sobre a terra continuou merecendo respeito e com a condição de não transferência deles para outra localidade. Na linha do asseguramento desses territórios, seguiu-se o texto de 1967, agora reconhecendo aos silvícolas o direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais e de todas as utilidades nelas existentes.” (SILVEIRA, 2010, p. 57)

o direito de eles permanecerem como índios (SOUZA FILHO, 2018, p. 90), dando-se o reconhecimento constitucional da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos povos indígenas; bem como o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Colhe-se de acatada doutrina nacional o seguinte:

[...] Embora de forma mais restrita, também a Constituição brasileira, no Capítulo VIII do Título VIII (arts. 231 e 232), traz elementos dessa pretensão de integração das comunidades indígenas no âmbito do constitucionalismo estatal. Mas o modelo brasileiro de integração constitucional dos indígenas dirige-se basicamente ao reconhecimento e proteção dos “direitos originários sobre as terras”, determinando a competência da União para demarcá-las. Não estabelece um regime de autonomia institucional, com determinação de jurisdições ou unidades organizacionais próprias. [...] Essa postura limitada de integração e de afirmação da autonomia institucional das comunidades no modelo constitucional brasileiro fortifica a possibilidade de colisões entre a ordem jurídica estatal brasileira e as ordens normativas das comunidades indígenas. [...]. (NEVES, 2009, p. 218-219)

Ao tratar da temática do pluralismo jurídico alternativo no âmbito do direito oficial brasileiro, Wolkmer (2001, p. 292-294) cita a convenção coletiva de trabalho (art. 611, CLT), porquanto se afirma como “um novo tipo de fonte institucionalizada, geradora de normas jurídicas advindas das relações sociais e materializadoras de uma autonomia privada coletiva”, ‘cuja particularidade consiste exatamente na representação de interesses’”, os quais, suplantando “‘a esfera dos indivíduos, não atingem nem se identificam com a esfera pública’”, para, em seguida, acrescentar que “a revelação das situações de pluralismo presente na legislação brasileira e que escapa ao controle do Estado, não se atém apenas às tradicionais práticas de ‘convenção coletiva de trabalho’”, uma vez que “o Direito oficial introduziu, inovadoramente, a figura da ‘convenção coletiva de consumo’” (art. 107, Lei n. 8.078, de 11/09/90 – Código de Defesa do Consumidor) que, abstraindo do Estado, “institui relações de consumo e a auto-regulamentação de interesses entre associações de fornecedores e entidades de consumidores”.

Urge registrar que, com a edição da Lei n. 13.467, de 2017 – Reforma Trabalhista –, a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho passaram a ter prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre as matérias elencadas no art. 611-A da CLT.

Cite-se, ainda, a título de manifestação de conjuntura de pluralismo jurídico presente na legislação nacional, aquele encartado no art. 217, § 1º, da Constituição Federal, ao dispor que o “Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as

instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”, reconhecendo, assim, a autonomia da jurisdição desportiva.

Portanto, a Constituição de 1988 “teve por mérito conceituar terra indígena na sua ampla concepção, incluindo não só aquelas necessárias à habitação, mas à produção, preservação do meio ambiente e as necessárias à sua reprodução física e cultural”, tendo sido vedada “a remoção de grupos indígenas de suas terras”, atribuindo ao Congresso Nacional a possibilidade “de estudo das eventuais e estabelecidas exceções, declarando finalmente nulos e extintos os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse sobre suas terras, sem direito à indenização ou a ações contra a União” (SILVEIRA, 2010, p. 58).¹⁵

2.3 Colômbia

Ao lado da Bolívia e do Equador, a Colômbia alcançou importante êxito na aprovação de um dos textos constitucionais mais bem sofisticados, no tocante aos direitos indígenas de toda a América Latina, no caso, a Constituição de 1991, que “teve por inspiração um transparente movimento civil encabeçado por jovens e que, em seus enunciados e antecedentes”, buscava reconhecer “um ordenamento supremo que abrisse espaços à tolerância e ao entendimento das diversas facções reinantes num país completamente dividido pelo ódio e pelas lutas largamente difundidas” (SILVEIRA, 2010, p. 59).

Reportando-se a Ciro Angaria Barón, revela Silveira (2010, p. 59) que a carta de 1991, devotada à vontade do constituinte originário, “consagrou diversos instrumentos protetores dos direitos indígenas, que se traduzem não somente no reconhecimento da autonomia territorial daqueles povos”, mas nomeadamente também “nas prerrogativas específicas, como autogoverno, línguas, história, eleição especial de dois senadores diretamente pelas comunidades indígenas e mecanismos próprios de justiça”, sendo os territórios indígenas igualados constitucionalmente, por assim dizer, “aos departamentos, distritos e municípios, gozando de igual *status* político dessas outras entidades territoriais”.

¹⁵ Rita Laura Segato, citada por Neves (2009, p. 2018-2019), observa: “No entanto, na medida em que esses territórios não se comportam como verdadeiras jurisdições, a devolução de terras não foi acompanhada por um processo equivalente de reflexão e reconstrução das instâncias próprias da resolução de conflitos, graus crescentes de autonomia institucional no exercício da justiça própria e recuperação paulatina da prática processual. A figura da tutela, vigente até hoje no Estatuto do Índio, apesar de parcialmente revogada pelo novo texto constitucional, contribui para reduzir cada pessoa indígena em sua individualidade, ao regime ambivalente de subordinação/proteção por parte do Estado Nacional.”

Urge pontuar, enfim, que são considerados nacionais colombianos por adoção “os membros dos povos indígenas que compartilhem territórios fronteiriços, com aplicação do princípio da reciprocidade segundo tratados públicos internacionais (SILVEIRA, 2010, p. 60).

2.4 Equador

Consoante Silveira (2010, p. 60), citando Ramón Torres Galarza, os colonizadores “pretendiam unificar os índios num projeto de construção de estado nacional que passava necessariamente por alguns processos de massificação, tais como obtenção forçada da cidadania, imposição do cristianismo, escolarização obrigatória”, além da “adoção do espanhol como língua oficial e até a unificação das vestimentas”. Acresce o referido autor:

Historicamente os povos indígenas resistiram bravamente a esse intento até meados do século XVIII, quando quedaram vencidos pelas armas e sob o argumento de que Equador se tornara um Estado que expressava uma única nação, justamente mestiça em razão das raízes indígenas e coloniais hispânicas. Desde então, a consolidação da nação se lograria com a integração dos indígenas à sociedade dominante. O processo de integração e de negação da diversidade étnica no Equador passou pelas constituições de 1830, 1929, 1945, 1946, 1978 até chegar ao texto de 1998, considerado por Simone Rodrigues Pinto um dos mais bem elaborados em matéria de direitos indígenas de toda a América Latina, devido em grande parte aos esforços do Partido Socialista Equatoriano, que em 1986 logrou êxito em propor ao Congresso Nacional em projeto de lei sobre as nacionalidades indígenas, definindo-os como aqueles que de fato se assentam no território equatoriano, vivendo a continuidade social de pensamento e organização das comunidades que povoam as Américas antes mesmo da conquista europeia. (SILVEIRA, 2010, P. 60)

Importante avanço, em matéria de direitos indígenas, ocorrera no ano de 2008, quando a Assembleia Constituinte aprovou uma nova constituição,¹⁶ “sendo considerada um marco histórico

¹⁶ “O novo texto constitucional confere regime especial aos territórios indígenas, assegurando a eles a propriedade coletiva e imprescritível da terra, que será também inalienável, inembargável e indivisível, podendo os respectivos povos constituir sobre ela circunscrições territoriais para fins de preservação de sua cultura, nos termos da lei. Como direito coletivo, a par de outros arrolados no próprio texto e também constantes de pactos, convênios, declarações e demais instrumentos internacionais de direitos humanos firmados pelo Equador, garante aos indígenas participação no uso, usufruto, administração e conservação dos recursos naturais renováveis que se achem em suas terras, bem como limitação das atividades militares em seus territórios. O idioma ancestral foi alçado à condição de língua oficial e patrimônio cultural, garantido-se um sistema de educação bilíngue para todos os povos e que será integrado por uma visão intercultural e multiétnica. A Constituição Equatoriana de 2008 também outorgou jurisdição própria para o âmbito territorial de cada povo, respeitando suas normas de resolução de conflitos internos, desde que não sejam contrárias à constituição e aos direitos humanos estabelecidos em instrumentos internacionais. Entretanto, ressalta que ditas decisões estarão sujeitas ao controle oficial de constitucionalidade, ficando a cargo de lei especial o estabelecimento dos mecanismos de coordenação e cooperação entre a jurisdição indígena e a jurisdição ordinária.” (SILVEIRA, 2010, p. 61-62)

no enfileiramento daqueles direitos por parte do Estado Nacional em todo o mundo”, declarando o Equador como sendo “um Estado intercultural e plurinacional, reconhecendo os direitos dos distintos povos que coexistem inclusive dentro de outros estados nacionais”, fortalecendo “a unidade sempre em respeito à diversidade” e empenhando-se, ainda, na promoção do “diálogo intercultural entre todos os povos que o compõem” (SILVEIRA, 2010, p. 61).

Urge pontuar que a Constituição equatoriana, para além do respeito à interculturalidade e à diversidade, estabeleceu o atentado contra os direitos coletivos, a vida e a autodeterminação dos povos indígenas como crime de genocídio e de etnocídio.

2.5 Guiana

Assim como ocorrera com os demais Estados latino-americanos, no tocante ao tratamento conferido aos povos indígenas, a República Cooperativa da Guiana apresenta um histórico de injustiça e perseguição, sobretudo, em razão “das guerras travadas pelos nativos com os europeus, conflitos com os escravos e surgimento de doenças que até então lhes eram estranhas”, sendo que, apenas no ano de 1976, fora editada a atual Lei dos Povos Indígenas da Guiana, na qual restou estabelecida a proposta de transferência de terras às comunidades indígenas, malgrado não fornecer “praticamente nenhuma proteção para aquelas comunidades que possuam título jurídico sobre suas terras”, pois há previsão, no mesmo texto, que referidos títulos podem ser revogados por “interesse público; interesse da defesa, da segurança pública ou da ordem pública; e venda ou transferência das terras por parte dos indígenas sem a devida compensação” (SILVEIRA, 2010, p. 62-63).

Pode-se coligir, nesse contexto, que a fragilidade da ordem jurídica da Guiana se deve “ao fato de que a sua atual constituição, datada de 20 de fevereiro de 1980, foi muito pródiga em relação aos direitos indígenas”, apenas vedando no art. 149, 6, “e”, a edição de lei que discrimine os indígenas, “devendo a legislação nacional se voltar para sua proteção, bem-estar e progresso” (SILVEIRA, 2010, p. 64).

2.6 Peru

As constituições nacionais peruanas, diferentemente da história do constitucionalismo de outros Estados latino-americanos, continuamente reuniram alguma disposição sobre a temática

alusiva aos direitos dos povos indígenas, mencionando citados povos tanto como pessoas quanto como comunidades.¹⁷

A despeito disso, na última Constituição, promulgada no ano de 1993, após sucessivas reformas, fora sutilmente incorporado artifício neoliberal, ardil este percebido por Raquel Yrigoyen Fajardo, conforme citação feita por Silveira (2010, p. 65), consistente na renúncia da antiga noção de território, mediante a supressão da cláusula de inalienabilidade das terras comunais e a permissão para que fossem vendidas às empresas transnacionais exploradoras de recursos naturais. Ainda assim, trata-se de uma carta por demais celebrada, especialmente, em razão de ter sido a primeira constituição a reconhecer o Peru como um Estado multicultural e multiétnico, “estando nela registrado o respeito que se deverá dar à identidade cultural dos nativos, à sua autonomia, organização e trabalho comunal, desde que dentro do marco estabelecido em lei”. Nesse contexto, extrai-se de acatada doutrina nacional sobre a jusdiversidade indígena peruana:

[...] a Constituição peruana, além de determinar que as autoridades nativas “têm existência legal e são pessoas jurídicas”, assim como que elas “são autônomas em sua organização” (art. 89), estabelece uma jurisdição própria dessa comunidade, baseada nos respectivos direitos consuetudinários, sob a reserva, porém, de que o exercício da correspondente jurisdição não leve à violação dos direitos fundamentais da pessoa (art. 149). (NEVES, 2009, p. 2018).

2.7 Suriname

A diversidade a que caracteriza o Suriname, principalmente entre os colonizadores e os adversos interesses que os afastam, segundo declaração de Silveira (2010, p. 66), certamente esclarece o desamparo da “problemática indígena nas constituições Surinamesas, percebendo-se também poucas referências em legislações secundárias, seguindo uma tradição mais anglo-saxônica de organização legal”. Acresce o referido autor:

A Constituição promulgada em 1987, mesmo com as reformas de 1992, não contém um dispositivo sequer que contemple ou mencione direitos indígenas, limitando-se a dar ênfase à herança cultural do Suriname, criando obrigação para o Estado conservá-la e protegê-la, porquanto se impõe naquele caderno político o dever de promover sua democratização por meio de organizações culturais. Não é de estranhar então que as terras indígenas pertençam ao Estado, sobre as quais os índios não tenham qualquer título legal e sejam tratados pelo governo como meros posseiros de fato. Decorrente dessa grave omissão, aliada ao descaso

¹⁷ Francisco Ballén Aguirre, citado por Silveira (2010, p. 65), ao revisitar as constituições peruanas, pontuou que “elas invariavelmente giravam em torno da proteção da propriedade da terra afeta às respectivas comunidades, esgotando nelas a capacidade legal formalmente reconhecida para os povos indígenas no Peru”.

por parte de suas autoridades, é que o Suriname vem sendo constantemente demandado nos foros internacionais, principalmente envolvido com a liberação indiscriminada da mineração dentro de terras indígenas. (SILVEIRA, 2010, p. 66-67)

2.8 Venezuela

A histórica constitucional da República Bolivariana da Venezuela é assinalada por progressos e retrocessos contínuos, porquanto são intensamente dependentes dos contextos políticos internos, como ocorrera com as constituições de 1811, 1864, 1909, 1947 e, após alguns anos de ditadura militar, com a constituição de 1961, inaugurando-se um período democrático, ao fazer referência à temática dos direitos indígenas.

Todavia, segundo Simone Rodrigues Pinto, citada por Silveira (2010, p. 68), o Estado Venezuelano, autoproclamado multiétnico e pluricultural, dera um salto qualitativo importante com o texto da atual constituição de 1999, ao ampliar “muito o leque dos direitos indígenas, principalmente com a ampla definição de terra indígena, considerada uma das mais avançadas da América Latina”, sendo as terras indígenas inalienáveis, imprescritíveis, inembargáveis e intransferíveis.

O Estado nacional, ao perfilhar “a existência dos povos e comunidades indígenas, sua organização social, política e econômica, suas culturas, usos e costumes, idiomas e religiões”, recebeu a obrigação “de tutelar o direito à manutenção e desenvolvimento das identidades étnicas e culturais – cosmovisões, valores, espiritualidades e seus lugares sagrados de culto –”, com a finalidade de promover “a valorização e difusão dessas manifestações, tendo ainda os indígenas direito a uma educação própria e a um regime educativo de caráter intercultural e bilíngue, atendidas suas particularidades socioculturais, valores e tradições” (SILVEIRA, 2010, p. 69).¹⁸

Finalmente, acerca da ordem jurídica, “poderão as legítimas autoridades indígenas aplicar em seu habitat instâncias de justiça baseadas em suas tradições ancestrais e que somente afetem os seus integrantes, segundo suas próprias normas e procedimentos”, contanto que “não sejam contrários à vigente constituição, à lei e à ordem pública da Venezuela, ficando a cargo de lei especial determinar a forma de coordenação desta jurisdição especial com o sistema judicial nacional” (SILVEIRA, p. 69-70).

¹⁸ Quanto à saúde, urge pontuar que os povos indígenas “têm direito a uma tutela integral que considere suas práticas e culturas, reconhecendo o Estado sua medicina tradicional e as terapias complementares, com sujeição a princípios bioéticos” (SILVEIRA, 2010, p. 69).

CONCLUSÃO

À vista do exposto, pode-se coligir pela autonomia da ordem jurídica indígena latino-americana, especialmente, como decorrência da autonomia cultural dos povos indígenas, elevado ao máximo a concepção de autodeterminação e multiculturalismo, inclusive quando em colisão com os direitos fundamentais definidos pela ordem jurídica interna e/ou pelas normas internacionais de direitos humanos.

A autonomia da ordem jurídica indígena latino-americana decorre também do histórico-evolutivo da ideia de Estado plurinacional, caracterizador do constitucionalismo dos países latino-americanos, nomeadamente dos países do transfronteiriço território amazônico, para além da velha ideia de Estado-nação.

Extraí-se, dessa conjuntura, a necessidade de uma renovada reflexão acerca da solução da colisão entre a ordem extraestatal de coletividade nativa e os direitos fundamentais definidos pela ordem jurídica interna e/ou pelas normas internacionais de direitos humanos, calcada a nova concepção na teoria do transconstitucionalismo unilateral de tolerância.

Além da reformulação da compreensão, na esfera do direito constitucional latino-americano, mostra-se inadiável o abandono, no plano fático, da encanecida visão da necessidade de integração dos povos indígenas à sociedade dominante, reinventando-se em favor da concreta possibilidade de garantia do direito à diferença.

Nessa contextura, aflora a ideia de jusdiversidade indígena, nomeadamente, enquanto instrumento de impedimento da imposição da ordem jurídica estatal – a da ordem dos mais fortes – à ordem jurídica indígena, resguardando, por assim dizer, o direito à autonomia coletiva em detrimento do direito à autonomia individual.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. **Os índios na história do Brasil**. Rio de Janeiro: FGV editora, 2010. 168 p.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas**: vetores constitucionais. Curitiba: Juruá, 2014. 152 p.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. *In*: GARAVITTO, César Rodrigues (Coord.). **El derecho em América Latina**: um mapa para el pensamiento jurídico Del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LOBÃO, Ronaldo Joaquim Silveira. **Notas revisadas em favor de um programa de pesquisa de antropologia no direito em contextos de Jusdiversidade**, Revista Juris Poiesis, ano 19, n. 20, jun-set, 2016.

MADEIRA FILHO, Wilson; CALLEGARI, José Antonio. Formação do espírito científico interdisciplinar: a produção solidária do conhecimento. *Confluências - Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito*, Niterói, v. 12, n. 2, ano 2012, p. 193-212.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

SALGADO, Juan Manuel. **El convenio 169 de la OIT**: comentado y anotado/Juan Manuel Salgado. 1. ed. Neuquén: EDUCO – Universidad Nacional del Comahue, 2006.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madri: Alianza, 1982.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVEIRA, Edson Damas da. **Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia brasileira**. Curitiba: Juruá, 2010. 312 p.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 2018.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Vol. 2. 4. ed. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: UNB: São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.

_____. **Ciência e política**: duas vocações. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. São Paulo: Alga Omega, 2001.

AUTORES:

Raimundo Paulino Cavalcante Filho

Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas. Professor Assistente das Disciplinas Direito do Trabalho I e II, Direito Processual do Trabalho e de Direito da Seguridade Social junto ao Instituto de Ciências Jurídicas (ICJ) da Universidade Federal de Roraima – UFRR. Juiz do Trabalho Titular da 3ª Vara do Trabalho de Boa Vista.

E-mail: paulinocavalcante@yahoo.com.br

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4830-3479>

Roberto da Silva Fragale Filho

Doutor em Ciência Política pela Université de Montpellier I (1997). Professor Titular em Sociologia Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), onde integra o corpo docente do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD). Juiz do Trabalho Titular da 1ª Vara do Trabalho de São João de Meriti (RJ), atuando como Juiz Auxiliar da Escola Judicial do TRT-RJ desde março de 2015.

E-mail: roberto.fragale@gmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9173-340X>.