

## O DESAFIO CONSTITUCIONAL DA DIVERSIDADE

### *THE CONSTITUTIONAL CHALLENGE OF DIVERSITY*

Isabela de Castro Franco<sup>6</sup>  
Guilherme Raimundo da Silva<sup>7</sup>

**RESUMO:** O desenvolvimento de uma análise paradigmático-cultural da Constituição nos insere numa atividade de reflexão das questões políticas relacionadas à lógica do Estado Moderno e suas implicações no centro destinatário do ordenamento jurídico-político: a dimensão humana. A partir desta perspectiva, este estudo desenvolve, primeiramente, a lógica moderna consubstanciada em um Estado Moderno Nacional uniformizador e excludente, incapaz de se sustentar na sociedade contemporânea complexa e pluralista, bem como na maneira com que os paradigmas modernos se relacionam com a Constituição em perspectiva histórica, se fixando ainda no contexto político e jurídico atual. Em segundo plano o trabalho, propõe-se contextualizar a realidade brasileira em seu nível social, assimilando a diversidade cultural, a questão educacional e ecológica, para compor a proposição de que ainda presencia-se uma ordem política, jurídica e constitucional fundamentada e comprometida com as ideologias modernas. A partir disso o trabalho busca analisar a constituição vigente à luz das constituições latino-americanas e verificar as suas possibilidades de enfrentamento dos desafios postos diante de um Estado brasileiro diversificado, plural e multicultural. Traçada a análise, busca-se, através do auxílio das constituições plurinacionais, a possibilidade de se pensar uma Constituição democrática e plural, comprometida com a dimensão integral humana e ecológica. Para serem atingidos os objetivos o trabalho utiliza-se do método hipotético-dedutivo por meio de uma pesquisa bibliográfica sobre multiculturalismo, estados plurinacionais e constituições democráticas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição. Estado Moderno. Multicultu-

---

<sup>6</sup> Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Mestrado em Direito. Área de Concentração: Constitucionalismo e Democracia. Pesquisadora do grupo de pesquisa Margens do Direito. Endereço eletrônico <isabelacfranco@gmail.com>

<sup>7</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Mestrado em Direito. Área de Concentração: Constitucionalismo e Democracia. Bolsista da Capes. Pesquisador do grupo de pesquisa Margens do Direito. Endereço eletrônico <guilherme.silva.adv@hotmail.com>

ralismo. Democracia Participativa.

**ABSTRACT:** *The development of a paradigm-cultural analysis of the Constitution places us in a reflection activity of policy issues relating to the logic of the modern state and its implications on the recipient center of the legal-political order: the human dimension. From this perspective, this study develops the modern logic embodied in a national modern state unifying and exclusionary, unable to sustain the complex and pluralistic contemporary society and in the way that modern paradigms relate to the Constitution in historical perspective, is still settling in the current political and legal context. In the background work, it is proposed to contextualize the Brazilian reality in their social status, taking in cultural, educational and ecological issues, to compose the proposition that even witnesses to a political, legal and constitutional order grounded and committed to modern ideologies. From this work seeks to analyze the current Constitution in the light of Latin American constitutions and check their coping possibilities of the challenges posed in front of a diverse Brazilian state, plural and multicultural. Traced the analysis, looking up through the aid of multi-country constitutions, the possibility of thinking a democratic and pluralistic constitution, committed to human and ecological integral dimension. To be achieved the goals the job is used the hypothetical-deductive method through a bibliographic research on multiculturalism, multinational states and democratic constitutions.*

**KEYWORDS:** *Constitution. Modern State. Multiculturalism. Participatory Democracy.*

## INTRODUÇÃO

Trata-se o presente de análise da Constituição relacionada à lógica do Estado Moderno e seus reflexos no centro destinatário do ordenamento jurídico-político: o humano. Desenvolveremos, primeiramente, a lógica moderna consubstanciada em um Estado Moderno Nacional uniformizador e excludente e como se relaciona com a Constituição em perspectiva histórica e como compreendida na atualidade.

Em seguida, propõe-se contextualizar a realidade brasileira em seu nível social. Ou seja, pretende assimilar a diversidade cultural, a questão educacional e de distribuição de renda, como também a desigualdade ra-

cial. A partir da contextualização da realidade brasileira, busca-se analisar a Constituição de 1988 e suas possibilidades de enfrentar os desafios postos por um Estado de grande diversidade cultural, com um povo diversificado espalhado pelos cinco mil quinhentos e setenta municípios.

Traçado a análise, busca-se, através do auxílio do Estado Plurinacional, possibilidade de pensar novas possibilidades ao Estado Brasileiro em perspectivas de reconhecimento integral do indivíduo plural, da diversidade e a concepção humano-ecológica integral.

## 1 O ESTADO MODERNO

O Estado Moderno diante da abordagem que se propõe tem como marco teórico o ano de 1492<sup>8</sup>, segundo Henrique Dussel o mito da modernidade desenvolve em duas bases, de um lado o conceito de emancipação racional e de outro a justificação da violência.

Para a construção da modernidade foi essencial a criação dos exércitos e polícias nacionais, bancos e moedas nacionais, além da religião, direito e escolas nacionais, os quais tinham por objetivo último a padronização, a criação de uma identidade nacional para que pudesse repousar e sustentar o Estado moderno (nacional). José Luiz Quadros de Magalhães (2012) discorre que o Estado moderno surge da falência do sistema feudal, de forma que nobres e burgueses se aproximaram do rei para o financiamento de exércitos e para que pudessem manter seus privilégios, em que os exércitos dos novos Estados europeus subjugarão a América (exceto os Estados Unidos), África e Ásia, as quais financiaram suas economias.

Ponto relevante é entender porque a uniformização apresenta-se tão importante no Estado Moderno. Justifica-se que a uniformização é o núcleo da lógica moderna para o capitalismo e para o Estado, necessita-se de padronização para ser possível produzir para consumidores em massa e o Estado ter o controle. Destaca-se que a uniformização é o lado oposto da diversidade, que é ocultada pela modernidade.

Em análise da criação do Estado moderno europeu, observa-se que o rei não poderia se identificar com nenhum grupo étnico específico, ou seja, era necessário criar a identidade nacional, a qual foi construída com base na criação do inimigo comum, o estrangeiro, de

---

<sup>8</sup> Vale dizer que é divergente entre pesquisadores uma data e a origem do Estado Moderno, destacando que a abordagem tratada é uma perspectiva dentre outras possíveis.

uma religião comum e de uma economia comum. Magalhães (2012, p. 30) salienta que o Estado europeu se formou com a uniformização dos menos diferentes e com a expulsão dos mais diferentes. Este processo ajuda-nos a compreender fenômenos como o nazismo, o ultranacionalismo, o racismo, e, como até hoje, mergulhados no mesmo paradigma moderno estes Estados e os seus nacionais continuem perseguindo, expulsando ou mesmo matando entres outros que ocupam o lugar “d’eles” em algum momento da história.

Souza Santos (2009, p. 205) nos esclarece que o Estado Moderno surge a partir de uma “simplificação brutal da vida”, sendo a construção do Estado Moderno intimamente ligada à construção de uma identidade nacional, ou em outras palavras, da imposição de valores comuns que deveriam ser compartilhados pelos diversos grupos étnicos, sociais, para que assim todos reconhecessem o poder do Estado.

Já os Estados nacionais na América Latina se formaram pelas lutas de independência ocorridas no século XIX. Todavia, esses Estados soberanos foram construídos por homens brancos, descendentes de europeus. Os povos originários e afrodescendentes, que eram a maior parte da população, ficaram a margem, excluídos de qualquer concepção de nacionalidade. Se na Europa houve o enquadramento e padronização na construção do Estado nacional, na América Latina não se esperavam que indígenas e negros se comportassem como iguais, fazendo sua exclusão.

### **1.1 A LÓGICA MODERNA: NÓS *VERSUS* ELES**

O projeto moderno é marcado pela visão de mundo do colonizador-vencedor e contraposto a ele, estaria o ‘outro’, que é sempre encoberto pelo mito da modernidade (DUSSEL, 1994, p. 08). Assim, a colonização ocorreu com a justificativa de que a invasão da América era de grande utilidade e seria para o bem de todos, o que se verifica um discurso vazio e aponta na realidade a autodenominação de melhor/ civilizado (europeus) e o inferior/incivilizado (conquistados) (DUSSEL, 1994, p. 69).

Nesse sentido, a racionalidade é utilizada como justificativa de um discurso racional de utilidade e benefício de todos, mascarando o projeto moderno que consiste na vitimização do outro, declarando-o incapaz pela própria condição (DUSSEL, 1994, p. 70).

Apresentando com mais clareza, o conceito de modernidade é de

emancipação pela razão, com respeito às civilizações, com sua respectiva estrutura econômica e política. Mas, de forma oculta é o processo de dominação, de violência que exerce sobre o outro.

Há sempre presente o dispositivo “nós x eles”. O objetivo do dispositivo é sempre de retirar a complexidade que existe em torno de pessoas, que são únicas e singulares. Por isso, utilizam-se as nomeações de grupos, os nomes de grupos que, inclusive, serviram para justificar genocídios. Magalhães (2012, p. 34) aponta que “a palavra ‘judeu’ escondeu toda a diversidade histórica pessoal do grupo de pessoas que são chamadas por este nome. A nomeação é um mecanismo de simplificação e de geração de preconceitos que facilita a manipulação e a dominação”.

Nesse aspecto, atentamos ao fato de que a violência é exercida contra determinado grupo de pessoas, no qual o diferente é expulso, morto, torturado, preso, pois carregam a condição ser o outro, decorrente da lógica binária moderna (nós x eles). “Eles” poderíamos apontar aqui os bárbaros, selvagens, mulheres, negros, ou todo aquele que é considerado estranho e não se encaixa no projeto uniformizador do Estado Moderno. A lógica binária *nós x eles* é narcisista e hegemônica, com a característica de subalternização do outro, de forma que a invasão da América marca o genocídio do diferente, considerado selvagem e menos gente (MAGALHÃES, 2013).

É válido que em determinado Conselho Indígena Sul-americano destacou que os crimes cometidos contra os índios são anteriores aos praticados pelo governo nazista alemão, o qual gerou grande impacto político e jurídico. Sob a mesma lógica, incontáveis negros sofreram pelo mito da modernidade. Assim, os índios seriam as primeiras vítimas do holocausto decorrente de um mito da modernidade, depois os negros, judeus, dentre tantos outros (DUSSEL, 1994, p. 152-153).

Destaca-se que inserimos a lógica moderna a fim de entender como ainda hoje ela se sustenta, quando vemos a marca da desigualdade social, racial e de gênero tratando especificamente do Brasil, ainda com a Constituição de 1988 que tem firmes propositos garantistas de igualdade, sem discriminação de qualquer espécie conforme proclamado no *caput* do artigo 5º<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)

## 1.2 O ESTADO MODERNO ENTRE CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA

Deve-se se atentar que o Estado moderno surge da aliança entre rei, nobreza e burguesia para a manutenção de privilégios decorrentes da crise no sistema feudal. O segundo passo do Estado moderno é o surgimento do constitucionalismo. Com o amadurecimento da burguesia através de seu crescimento econômico, a mesma não busca apenas a proteção do rei, mas também o poder político. Ressalta Magalhães (2012, p. 45-46) que o constitucionalismo moderno surge com necessidade de segurança nas relações econômicas, fazendo com que exista lei maior que o Estado: a Constituição, a qual tem por significado “segurança”. Nesse sentido, o constitucionalismo nasce liberal e não democrático, sendo que demorou bastante a se democratizar.

Discorre o autor que foi decorrente das lutas no século XIX, principalmente pela classe operária, com a proliferação de sindicatos considerados ilegais e o surgimento de partidos políticos de oposição, que foi conquistado o direito ao voto igualitário masculino, antes o que havia na constituição liberal era a previsão do voto censitário, destinados aos homens brancos, proprietários e ricos. Ainda com o casamento entre democracia e constitucionalismo, destaca-se que a convivência entre o constitucionalismo e democracia é tensa, mas necessária (MAGALHÃES, 2012, p. 50).

Se a constituição é segurança, a democracia é transformação, logo, risco. A sociedade democrática é uma sociedade de risco no sentido de que pode se transformar, estando em mutação permanente. Assim, na busca de equilíbrio entre os conceitos se tem a dicotomia da transformação com segurança, mudança com permanência e o risco minimamente previsível. A base do constitucionalismo é oferecer segurança nas transformações decorrentes de processos democráticos, os quais se apresentam nas emendas constitucionais com limites materiais, temporais e processuais. Assim, a constituição não pode mudar completamente arriscando sua segurança, nem ser imutável, não se adequando às transformações sociais. “(...) A constituição enquanto limite e garantia de um núcleo duro imutável, contramajoritário, que protege os direitos fundamentais das maiorias provisórias” (MAGALHÃES, 2012, p. 50).

Reconhece que a sociedade democrática, inevitavelmente, mudará mais rápido que a constituição e chegará o momento em que esta se torna-

rá ultrapassada, sendo chegada a hora de ruptura. Solucionado pelo poder constituinte originário ilimitado do ponto de vista jurídico e limitado à observância à realidade social, cultural, histórica, econômica.

## **2 O BRASIL E A CONSTITUIÇÃO: DESAFIOS À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA DIVERSIDADE**

### **2.1 UM POVO DIVERSIFICADO**

Um país com 200 milhões de habitantes, com dimensão territorial continental e de diversidade cultural grandiosa posta por seus povos originários, pelo processo de colonização e, posteriormente, pelas emigrações.

Reconhece-se que no Brasil há 896,9 mil indígenas em todo o território nacional, com 274 línguas<sup>10</sup>. Ainda com 13 milhões de analfabetos. Com os maiores números de homicídio entre negros.

Reconhecer o racismo é necessário para romper com ele, uma vez que só podemos modificar algo quando reconhecemos. Mas, principalmente, fortalecer a riqueza gastronômica e cultural dada através dos negros é muito importante. O que vale dizer que entender a diversidade cultural é importante para fortalecer a importância dos negros na construção do Estado Brasileiro.

Decorrente da lógica moderna, a desigualdade social caracterizada por poucos deterem grande parte da riqueza do país, enquanto “outros” ignorados pelo projeto moderno sucumbem à fome e à marginalização em que a forma de reprodução dessas condições, é fortemente assegurada por um aparato penal estatal típico de guerra.

### **2.2 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA**

Pode-se dizer, nas palavras do Ministro Ayres Britto (2012) que a Constituição tem humanismo quase poético, no sentido de que possui o sonho, a idealidade de uma sociedade livre e igualitária, ambiciosa em garantir os direitos fundamentais e efetivar os direitos sociais, com a preponderante preservação da vida.

Todavia, deve-se entender que a Constituição é fruto de um pro-

<sup>10</sup>IBGE. Censo Indígena 2010. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2012/08/brasil-tem-quase-900-mil-indios-de-305-etnias-e-274-idiommas>> Acesso em 02 de fevereiro de 2015.

cesso histórico, assim como tudo o que existe enquanto construção permanente. Pois todo o presente é impregnado de passado e, em razão disso, deve-se reconhecer a Constituição de 1988 como fruto da luta democrática devida por um período autoritário. Nesse sentido, Bahia (2012, p. 101-104) aponta a ruptura de um regime ditatorial, decorrente do apoio de setores conservadores de elite. De forma que a Constituição de 1988, ainda que com seu espírito popular, respaldada por emendas populares inseridas em seu texto, conserva “ranços” autoritários que ainda se revelam, como exemplo, nas medidas provisórias e no gigantismo do presidencialismo em detrimento do Legislativo.

Alguns desafios constitucionais para o alcance do efetivo reconhecimento à diversidade necessitam ser postos no jogo político. O fortalecimento do poder local-comunitário é uma questão importante. Apesar da expressiva força de ente federativo dada pela Constituição de 1988, percebe-se que o município ainda carece de recursos e atenção no âmbito do Estado brasileiro. E por um lado não pode ser esquecido que este é exatamente o local no qual as pessoas vivem e por consequência o local mais propício para o processamento das questões democráticas e o reconhecimento das diversidades culturais.

Acredita-se que a Constituição simboliza a unidade de seu povo. Mas será que a Constituição de 1988 reconhece toda a diversidade de seu povo? Ao que se apresenta, a Constituição não reconhece sua origem, como fez a Constituição Equatoriana e Bolivariana quando trata no texto da busca do Bem Viver com fundamento em seus povos originários. O Brasil, devido uma colonização brutal, que, inclusive, retirou os traços identitários através da violência sexual e cultural não se reconhece latino-americano.

Talvez, assim, entendemos a repulsa por parte de alguns na divulgação e reconhecimento do fortalecimento da América Latina, mas de forma paradoxal soa encantador e interessante estudar a União Europeia.

Ainda que a constituição aborde questões sobre demarcação de terras indígenas, garantia da igualdade formal racial e de gênero e aponte como objetivo a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, vê-se a dificuldade de efetivação ante uma mentalidade moderna impregnada em nossa cultura, nossa educação e nossa política.

Tão interessante, porém se faz a desconstrução de nossa hermenêutica constitucional. Se o nosso Estado se considera multicultural, com várias expressões e povos, não é viável interpretar a Constituição de modo moderno,



européu e hegemônico. Do mesmo modo acontece com as constituições dos Estados Plurinacionais que mostram potencial reconstrutivo na Teoria da Constituição e exigem uma hermenêutica não moderna e não hegemônica.

### **3 POR UMA CONSTITUIÇÃO PLURALISTA E UMA PERSPECTIVA DEMOCRÁTICO-PARTICIPATIVA**

O conteúdo racional de uma moral baseada no mesmo respeito por todos e na responsabilidade solidária geral de cada um pelo outro é a ideia inclusiva perspectivada por este estudo. Habermas (2007, p. 07) também aponta que a desconfiança moderna diante do universalismo que, sem nenhuma cerimônia, a todos assimila e iguala não entende o sentido da moral solidária responsável e, no ardor da batalha, faz desaparecer a estrutura relacional da alteridade e da diferença, que vem sendo validada por um universalismo bem entendido.

A crise de alteridade imposta pela modernidade impulsionou um alerta aos Estados, no entendimento de que não há como se garantir efetivamente os direitos fundamentais da pessoa humana, sem que se reconheça em primeira instância a diversificação dos povos, para depois se reconhecer a singularidade de cada um. Nesse sentido Bittar (2009) opina que as crises da modernidade afetam classes sociais distintas, e que comprometem inclusive a eficácia dos mecanismos sociais de controle ideológico do estado, tais como a educação, a segurança e a justiça, requerendo a modelação das instituições nacionais. Se a crise é generalizada não se pode então medir quais os sistemas mais afetados pela acentuada decadência do sistema jurídico, político e econômico estatal, mas se pode compreender que as classes sociais menos favorecidas e os grupos culturalmente diversificados sofrem um impacto imediato.

Diante desta crise, eis que é importante frisar a formalização do reconhecimento do outro. Em Derrida isso fundamenta a desconstrução do direito (moderno) e o alcance da justiça. Nas palavras do autor “houve um tempo, nem longínquo nem terminado em que ‘nós os homens’ ‘queria dizer’ nós os europeus adultos machos brancos carnívoros e capazes de sacrifícios” (DERRIDA, 2010, p. 34). Assim tem-se a ideia de que essa justiça – a moderna - sobrepõe o outro – a vítima. “Houve ainda, na espécie humana muitos sujeitos que não são reconhecidos como sujeitos, e recebem tratamento de animal” (DERRIDA, 2010, p. 34). A partir de uma grande interlocução com Levinas, Derrida lança ideia que a justiça é

a relação com outrem. Somente assim teremos um direito infinitamente justo cuja base não é o conceito de “homem”, mas o de “outrem”: A extensão do “direito de outrem” é a de “um direito praticamente infinito” (DERRIDA, 2010, p. 42).

Na perspectiva de alteridade e quebra dos mecanismos de dominação de uns aos outros, tem-se que os Estados plurinacionais latino-americanos apostam na integração política de todos os povos e aproximação ativa entre o poder e a população realizada formalmente.

De fato a democracia representativa no Estado Nacional, aqui tratado como Estado Nacional brasileiro guarda o caráter hegemônico e padronizado proveniente da modernidade e da globalização. Santos (2002, p. 110) analisa que é na política dos movimentos de base, onde o alcance da democracia é ativamente buscado e expandido e que a democracia participativa é concebida, não apenas como desejável, mas como uma forma de organização e uma prática política necessária.

É verificável que sob as condições da globalização, as instituições de democracia representativa nacional são subordinadas ao poder hegemônico global, com suas estruturas políticas e econômicas de decisão, ficando mais distantes e, até mesmo, alienadas das populações. É nesse contexto que a política continuada de democracia participativa iniciada por parte dos movimentos sociais teve uma nova relevância (SANTOS, 2002, p. 110). Na busca pela inclusão do outro e no reconhecimento da diversidade é necessária esta desconstrução democrática a fim de se perspectivar a conscientização, se possível total, de necessidade de transformação paradigmática em relação aos mecanismos de dominação modernos excludentes.

Também entende Fraser (2002, p. 13) que o Estado para alcançar o ideal de justiça e o reconhecimento do outro, deverá requerer arranjos não apenas constitucionais, mas também sociais que permitam a todos os membros da sociedade interagir entre si como pares. São necessárias pelo menos duas condições para que a paridade participativa seja possível. Uma das condições requer que os padrões institucionalizados de valor cultural expressem igual respeito por todos os participantes e garantam iguais oportunidades para alcançar a consideração social.

O reconhecimento de direitos historicamente recusados e ocultados aos povos originários da América Latina é consolidado gradativamente em função da abertura para um canal de comunicação mais estreito entre o Poder Público e os povos culturalmente diversificados.

Nos Estados pluralistas prioriza-se um modelo de institucionalização arvorado na democracia participativa, embora ainda perdurem resquícios do modelo democrático representativo. Assim nesta nova sistemática há representação de diversos grupos sociais na tomada de decisões políticas, sendo que os referidos segmentos participam amplamente das discussões sem qualquer tipo de limitação (GRIJALVA, 2008, p. 53)<sup>11</sup>. A necessidade do Estado brasileiro não é apenas de uma inscrição constitucional capaz de admitir que diferentes seguimentos sociais integrem o poder, mas de instrumentalização efetiva capaz de propiciar a todas as expressões de cultura existentes a efetiva participação igual nas eleições, nas campanhas e nos partidos políticos, para que se tenha uma remodelação da representatividade, sem falar ainda na abertura efetiva à população nas decisões.

A tomada da gestão estatal sob o aspecto da plurinacionalidade e com essa tendência forçosamente democrática concebe o enaltecimento da figura dos grupos oprimidos e explorados (JÚNIOR; ABRAS, 2010, p. 39), nos quais a exposição acima mostrou o quanto foram considerados inferiores e opostos à cultura entendida como superior nos países europeus.

A reinvenção democrática do Estado, ao incorporar a plurinacionalidade e a democracia na forma participativa apresenta uma emancipação social contra-hegemônica, pois abre as portas para a ascensão de uma sociedade multicultural e plural, sobretudo, do reconhecimento constitucional efetivo dos grupos e povos originários. A ideologia agora parte do pressuposto de que não há cultura dominante de um lado e culturas submissas de outro, mas que o ideal de igualdade deve se amoldar às diferentes formas de expressão tendo o reconhecimento do outro no ápice dos projetos.

As novas constituições latino-americanas servem como modelos a serem seguidos, especialmente pelo Estado latino-americano brasileiro que possui uma vasta diversidade cultural e populacional. Essas novas constituições possuem no conteúdo das regras constitucionais, em sua maioria, a regulamen-

---

<sup>11</sup> Grijalva ainda afirma que este constitucionalismo plurinacional deve ser dialógico, concreto e garantista. Dialógico porque conforme necessário requer a comunicação e deliberação permanente de abordagem do outro, o diferente. O nível constitucional no que diz respeito aos direitos das nacionalidades e povos indígenas deve operar interculturalmente. [...] Concreto porque precisa encontrar soluções específicas e ao mesmo tempo consistentes para situações individuais e complexas, e por sua vez, tais situações devem se generalizar para aplicação em situações comparáveis. Para lograr esse encontro entre a norma e a realidade social e cultural, a integração constitucional deve em si mesma ser intercultural e interdisciplinária. [...] Garantista porque essas soluções resultantes em torno dos problemas concretos devem ter por marco a compreensão e a vigência intercultural dos valores constitucionais institucionalizados nos tratados de Direitos Humanos. (Tradução livre).

tação das questões indígenas, como primeiro pressuposto para abertura de participação das demais culturas. Dentre alguns exemplos do texto constitucional temos a equivalência da justiça indígena à justiça institucionalizada; a garantia de representação dos povos originários no parlamento; a reorganização territorial do país, o que garante autonomia às frações territoriais (departamental, regional, municipal e indígena), cada uma delas podendo organizar suas eleições e administrar os recursos econômicos; e o reconhecimento dos direitos de família e propriedade de cada povo originário, são alguns dos pontos essenciais da nova democracia constitucional (MAGALHÃES; WEIL, 2010, p. 13-26). Tão interessante é também a ideia de ecologia integral em uma dimensão humana. Em nosso território, com um povo que se diz amante da terra e suas origens, há que ser repensada a construção do conceito de natureza como um conceito integral e não mais como um recurso a ser dominado e explorado pelo ser civilizado, condicionando o ambiente às necessidades econômicas. Desconstruindo a ideia moderna que temos a respeito da natureza, iremos conseqüentemente reconstruir o conceito de pessoa humana, superando a ideia de “indivíduo liberal” que nasce e morre distinto e separado de todos e do ambiente, abrindo espaços para a ascensão do “indivíduo plural” e dinâmico que não se limita a um rótulo (MAGALHÃES, 2013).

A importância de uma teoria da constituição que abrace diferentes expressões e incorpore no seio estatal a valorização do multiculturalismo é capaz de superar a lógica moderna e traçar um olhar mais humano nos aparelhos estatais. Magalhães aposta em uma democracia pautada no consenso, mesmo que provisório, mas não majoritário e hegemônico. Ao contrário da democracia moderna essencialmente representativa, a democracia de um Estado incorporado pela plurinacionalidade vai além dos mecanismos representativos majoritários. Não quer dizer que estes mecanismos não existam, mas, sim, que devem ceder espaço crescente para os mecanismos institucionalizados de construção de consensos (MAGALHÃES, 2012, p. 54).

Ao repensarmos o Estado de modo que seja protagonizado o respeito às diferenças étnicas e culturais, por meio da compreensão da existência de uma sociedade multicultural e plural, inauguramos a construção de um novo paradigma estatal que pode não apenas tolerar, mas introduzir os diferentes povos que compõem o território no núcleo estatal.

A reinvenção democrática propiciada pelo pluriculturalismo ou plurinacionalismo enseja uma democracia participativa e dialógica, não apenas representativa das culturas civilizadas dominantes, mas representa-

tiva de todas as culturas, em especial as que foram historicamente foram ocultadas e que agora, em nome da memória jurídica e cultural clamam pela reconstrução por meio de um efetivo garantismo político.

O desafio constitucional de reconhecimento da diversidade é uma luta contra a uniformização moderna que sempre reagiu aos movimentos políticos e comunitários com violência, exclusão, encarceramento e ocultação. Mesmo que houvesse reconhecimento legal e constitucional da diferença, isso foi sempre feito de modo moderno, isto é, o diferente é admitido, mas não deixa de ser contrário ao padrão. Isso faz refletir que a diferença entra no sistema jurídico de modo infiltrado e com isso surgem os preconceitos. As constituições da Bolívia e do Equador constroem a diversidade como um direito individual e coletivo de modo originário, não de forma infiltrada, isto é, mediante a introdução dos povos diversificados no sistema, mas de forma original mediante a construção de um novo sistema.

O reconhecimento original e integral da diversidade, seja ela humana, coletiva ou ecológica é o caminho para a consolidação da solidariedade e complementariedade das relações sociais.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS: UMA CONSTITUIÇÃO APTA AOS DESAFIOS POSTOS**

Veem-se os múltiplos brasileiros existentes nos 5.570 municípios, com inúmeras possibilidades de existência, que, ainda assim, reconhecem-se pela narrativa de vida comum, nas dificuldades enfrentadas pela inefetividade de uma constituição que sonha, mas que precisa de seu povo para efetivá-la.

Esse povo não pode dizer definir ou conceituar, mas que é fruto da diversidade, e, principalmente por isso não pode negá-la. Vale dizer que o ato de racismo contra negros, índios, pardos é uma violência contra o Estado Brasileiro que existe com a junção de toda a diversidade existente. Da mesma forma que negar a cultura europeia é ir contra também as suas origens, a sua história, que embora de uma violência brutal, assim foi escrita.

O que se pretende dizer é que devemos reconhecer nossa história e a partir dela escrever uma história própria, que não nega suas origens, mas constrói algo diferente a partir da diversidade imposta, que necessariamente passa pelo reconhecimento do outro, pelo respeito à diversidade e consequente negação e rompimento com o Estado Moderno.

Pois, conforme aponta Fernando Brant e Milton Nascimento: “Mas

é preciso ter raça sempre, quem trás na pele essa marca, Maria, mistura dor e alegria” Marias, Joãos, Guaranis, Quilombolas, rostos múltiplos de um povo uno, que precisam ter sua singularidade infinita reconhecida. Ou seja, deve-se investir em um pluralismo e conseqüente condicionamento de uma constituição da América do Sul, em que reconhece de forma latente a diversidade.

Para tanto, a emancipação deve ocorrer nos mais diversos planos, na forma de educação, no âmbito democrático, de criação de mecanismos dialógicos que deve conseguir escutar todos os rostos que compõe o Estado, de forma que o município pode ser instrumento para uma democracia participativa.

Creemos que as mudanças constitucionais ou paradigmáticas estatais não ocorrerão apenas através do sonho de um mundo melhor. Essas mudanças ocorrerão como resultado do movimento das leis das sociedades humanas (AVELÁS NUNES, 2012, p. 182). E os povos organizados podem acelerar esse movimento.

É preciso inclusive revestir de humanismo as práticas legais e os movimentos institucionais do Estado nacional. Os povos unidos devem percorrer um caminho estreito, árduo, a serviço do bem comum. Não a serviço do capital ou do poder, da imposição ou dominação, mas a serviço da socialização, da solidariedade, do respeito e da paz. E como diz o poeta se o sonho comanda a vida, a utopia ajuda a fazer o caminho. Encerramos com Chico Buarque de Holanda “apesar de você amanhã há de ser outro dia”.

## REFERÊNCIAS

AVELÁS NUNES. Antônio. Europa neoliberal e a crise do capitalismo. In: **Revista Prima Facie**, João Pessoa, v. 11, n. 21, Ano 11, jul-dez, 2012.

BRITTO, Ayres. **O Humanismo como Categoria Constitucional**. 1. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BAHIA. Alexandre Melo Franco *et. al.* In: **Constitucionalismo e Democracia**. Coord. Eduardo Henrique Lopes Figueiredo *et. al.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

DERRIDA, Jacques. Do direito a Justiça. In: **Força de Lei: O fundamento**

místico da autoridade. Tradução Leyla Perrone Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DUSSEL, Enrique. **1492**. El encubrimiento del Otro. Hacia el mito de la modernidad. La Paz: Plural Editores, 1994.

FRASER, Nancy. A Justiça Social na Globalização: redistribuição, reconhecimento e participação. Trad. TAVARES, Teresa. In.: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n.63, outubro de 2002.

GRIJALVA, Augustin. El Estado Plurinacional e Intercultural en La Constitución Ecuatoriana Del 2008. In: **Revista Ecuador Debate**. 2008.

HABERMAS, Jurgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução George Sperber, Paulo Astor Soethe, Milton Camargo Mota. 3 ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

IBGE. **Censo Indígena 2010**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2012/08/brasil-tem-quase-900-mil-indios-de-305-etnias-e-274-idiommas>> acesso em 02 de fev. de 2015.

JUNIOR, Luiz Márcio de Siqueira; ABRAS, Michele. A autodeterminação dos povos no Estado Plurinacional: Da integração latino-americana à objeção dos efeitos perversos da globalização. In: **Revista da Faculdade Mineira de Direito**. v.13, n. 26. 2010.

MAGALHÃES. José Luiz Quadros de. **O estado plurinacional e o direito internacional moderno**. Curitiba: Juruá, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito à diversidade individual e coletiva e a superação de uma teoria da Constituição Moderna**. 2013. Disponível em: <<http://jqlqm1962.blogspot.com.br/2013/11/artigo-direito-diversidade-individual-e.html>> Acesso em 25 de fevereiro de 2015.

\_\_\_\_\_; WEIL, Henrique. **Bioética no Estado de Direito Plurinacional**. In: Revista de Direitos Culturais, vol. 5, no. 8, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democratizar a Democracia**: Os cami-

nhos para uma democracia participativa. (Org.) Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002.



## OS POVOS INDÍGENAS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRA E ARGENTINA: UMA ANÁLISE SEGUNDO A DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS

*I POPOLI INDIGENI NELLE COSTITUZIONI BRASILIANA E ARGENTINA: UN'ANALISE SECONDO LA DICHIARAZIONE DELLE NAZIONE UNITE SUI DIRITTI DEI POPOLI INDIGENI*

Kelly Cristina Canela<sup>12</sup>

**RESUMO:** A Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, de 2007, é um relevante instrumento para a busca da efetivação dos direitos humanos dos povos indígenas. Através desta Declaração foi reconhecida uma série de direitos individuais e coletivos aos indígenas, tais como direito à diferença, à não discriminação, ao reconhecimento das culturas e das práticas tradicionais indígenas, as quais estão ligadas à ideia de sustentabilidade, direito das crianças indígenas etc. No direito brasileiro, desde a Constituição de 1934, foram consagrados direitos territoriais aos indígenas. Contudo, apenas com a Constituição Federal de 1988 houve um amplo reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, superando a legislação anterior, inclusive o Estatuto do Índio, Lei nº. 6001 de 1973. Abandonando a perspectiva de assimilação e integração dos indígenas ao ambiente socioeconômico nacional, o art. 231 da Constituição de 1988 reconhece, além dos direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas, os direitos à organização social, aos costumes, à língua, às crenças e tradições. Na Argentina, a discussão sobre a tutela dos direitos indígenas ganhou maior destaque a partir da década de 80, com a retomada a democracia. Porém, foi através da reforma de 1994 que houve a incorporação do reconhecimento dos direitos dos povos indígenas quanto à sua pré-existência étnica e cultural (art. 75 da Constituição Nacional). A estes povos são reconhecidos, dentre outros, o direito a uma educação bilíngue e intercultural, bem como a participação na gestão de seus recursos naturais e de outros assuntos que os afetem. Através dos métodos dialético e comparatístico, o presente trabalho busca compreender o tratamento que as Constituições do Brasil e da Argentina oferecem no

<sup>12</sup> Professora Doutora do Departamento de Direito Privado da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), Campus de Franca. E-mail: kellyccanela@gmail.com.

que tange aos direitos dos povos indígenas. A comparação entre o direito constitucional destes países e o confronto desta análise com os direitos humanos dos povos indígenas reconhecidos pela Declaração das Nações Unidas será capaz de demonstrar em que medida tais países latino-americanos possuem um direito apto a garantir o reconhecimento, a promoção e a proteção dos direitos pertencentes à população indígena tutelados na ordem internacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos humanos. Povos indígenas. Direito constitucional.

**RIASSUNTO:** *La dichiarazione delle Nazioni Unite sui diritti dei popoli indigeni, del 2007, è una guida importante per il perseguimento della realizzazione dei diritti umani delle popolazioni indigene. Con tale dichiarazione sono stati riconosciuti una serie di diritti individuali e collettivi degli indigeni, come il diritto alla differenza, di non discriminazione e il riconoscimento delle culture indigene e pratiche tradizionali, che sono collegati all'idea di sostenibilità, diritti dei bambini indigeni ecc. Nel diritto brasiliano, sin dalla Costituzione di 1934, i diritti alla terra sono stati dedicati agli indigeni. Tuttavia, solo con la Costituzione federale del 1988 c'è stata un ampio riconoscimento dei diritti delle popolazioni indigene, superando la precedente normativa, tra cui lo statuto del indigena, la legge n. 6001 del 1973. Abbandonando la prospettiva di assimilazione e di integrazione degli indigeni all'ambiente socio-economico nazionale, l'art. 231 della Costituzione del 1988 riconosce al di là dei diritti per le terre tradizionalmente occupate, i diritti di organizzazione sociale, costumi, lingua, credenze e tradizioni. In Argentina, la discussione sulla tutela dei diritti dei popoli indigeni ha assunto maggiore importanza sin dagli anni '80, con il ritorno alla democrazia. Tuttavia, è stato attraverso la riforma del 1994 che ch'è successo il riconoscimento dei diritti dei popoli indigeni per la loro preesistenza etnica e culturale (art. 75 della Costituzione Nazionale). A costoro sono riconosciute, tra gli altri, il diritto a un'educazione bilingue e interculturale, nonché la partecipazione nella gestione delle loro risorse naturali e altre questioni che li riguardano. Attraverso i metodi dialettico e comparativo, questo articolo cerca di capire il trattamento che le Costituzioni del Brasile e Argentina dispongono per quanto riguarda i diritti delle popolazioni indigene. Il confronto tra il diritto costituzionale di questi paesi e il confronto di questa analisi con i diritti umani dei popoli indigeni riconosciuti*

*dalla Dichiarazione delle Nazioni Unite, sarà in grado di dimostrare in che misura tali paesi latinoamericani hanno un diritto adatto per garantire il riconoscimento, la promozione e la protezione dei diritti appartenenti alla popolazione indígena tutelati nell'ordine internazionale.*

**PALORE CHIAVE:** *Diritti Umani. Popoli indigeni. Direito constitucional.*

## INTRODUÇÃO

A busca pelo reconhecimento e efetivação dos direitos dos povos indígenas tem sido uma longa e sofrida luta presente em toda a América Latina e no mundo. Ao longo da história, foram retirados dos indígenas suas terras, suas tradições, suas identidades e suas vidas. Jamais, porém, conseguiram lhes tomar a força para lutar.

O poder econômico e a ignorância humana cegaram a civilização dominante, a qual identificou os indígenas como povo não civilizado e que deveria necessariamente abandonar suas tradições para se integrarem a mais elevada cultura, ao modo de vida “civilizado”. A verdade, porém, é que não existe superioridade de culturas. Toda cultura produzida pelos homens constitui o patrimônio cultural e a maior riqueza da humanidade.

Vários Estados reproduziram, por muito tempo, em suas legislações, normas de caráter discriminatório e, desta forma, legitimaram um verdadeiro atentado à diversidade cultural e à dignidade dos povos indígenas.

Num mundo em que se valoriza cada vez mais a sustentabilidade, passamos a observar o surgimento de normas nacionais e internacionais que reconhecem a relação espiritual e, portanto, sagrada, entre os povos indígenas e suas terras e recursos naturais. A relação dos indígenas com a natureza e seus conhecimentos ancestrais são de extrema relevância para o atual estágio de desenvolvimento das nações.

Vivenciamos, no momento presente, uma ruptura paradigmática no que tange ao direito que disciplina as questões indígenas. É preciso compreender e estudar estas questões para possibilitarmos a real tutela destes povos e para a necessária difusão do conhecimento e conscientização de toda a humanidade.

No presente trabalho, busca-se compreender o caminho evolutivo e a atual importância da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas.

Após esta análise, serão abordadas as normas constitucionais do Brasil e da Argentina sobre as questões indígenas para compreender a situação jurídica de cada país em confronto com a citada Declaração e entre si. Além disso, serão indicados os avanços e os atuais desafios que estes países enfrentam no âmbito da tutela dos povos indígenas.

## **1 DOS PRINCIPAIS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE TUTELA DOS POVOS INDÍGENAS ATÉ 1989**

Embora o presente trabalho esteja concentrado na análise da Declaração das Nações Unidas, importa destacar alguns relevantes instrumentos internacionais que trataram especificamente da questão indígena, não desconsiderando o fato de que o Direito dos Povos Indígenas também deve ser analisado à luz do Sistema Interamericano de Proteção e Promoção do Direitos Humanos. O objetivo desta abordagem é possibilitar a compreensão evolutiva do tema no que tange aos instrumentos internacionais.

Em primeiro lugar, interessa mencionar a Convenção sobre o Instituto Indigenista Interamericano, concluída em Patzcuaro, no México, em 1940. Esta Convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional Brasileiro através do Decreto Legislativo n. 55, de 17 de julho de 1953, e promulgado pelo Decreto n. 36.098, de 19 de agosto de 1954.

Consta, no seu preâmbulo, o reconhecimento de que as questões indígenas dizem respeito a toda a América, sendo que muitos dos seus países enfrentam problemas praticamente idênticos. Esta seria uma das justificativas para a criação deste Instituto. Visando elucidar estes problemas foram propostas as criações de alguns órgãos: um Congresso Indigenista Interamericano, o Instituto Indigenista Interamericano e os Institutos Indigenistas Nacionais.

Observa-se que a finalidade da criação dos mencionados órgãos foi a formulação de produção científica e técnica, bem como de debates, para servir de apoio à formulação da política indigenista dos diversos países.

A Convenção de Patzcuaro representou um grande avanço para o enfrentamento da questão, mas pode ser observado que ainda não havia sido consagrada a ideia da participação democrática dos povos indígenas nas tomadas de decisões. No art. 4.2, alínea “e”, consta que, dentre as funções do Instituto, está solicitar, coletar, ordenar e distribuir informações sobre as recomendações feitas pelos próprios indígenas nos que tange aos

assuntos de seu interesse. São, portanto, recomendações, mas não atuação ativa na tomada de decisões sobre as políticas indigenistas.

As próximas convenções foram elaboradas no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), porém, não dizem respeito apenas ao tema do trabalho e seguridade social. Tais normas abordam propriamente uma ampla tutela dos Direitos Indígenas.

A Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho, sobre Populações Indígenas e outras Populações Tribais em Países Independentes, de 5 de julho de 1957, foi ratificada pelo Brasil em 18 de junho de 1965, sendo denunciada posteriormente em razão da ratificação da Convenção 169 pelo Brasil em 2002.

Observa-se, pelo Preâmbulo da Convenção 107, que eram três os seus principais objetivos em relação às populações indígenas e às populações tribais: proteção, integração e melhoria das condições sociais e trabalhistas.

Tratando de diversos assuntos em trinta e sete artigos, além da análise das condições de emprego, formação profissional, segurança social e saúde (arts. 15 a 20), esta Convenção destacava outras questões como as terras indígenas e a educação.

Quanto à disciplina das terras (arts. 11 a 14), garantia-se o direito de propriedade, coletivo ou individual, sobre as terras ocupadas tradicionalmente e a proibição de deslocamento destes povos dos territórios. Tal deslocamento, todavia, era permitido excepcionalmente diante dos seguintes motivos: segurança nacional, interesse do desenvolvimento econômico do país ou interesse da saúde destas populações. Neste caso, a população deslocada de suas terras deveria receber outras terras de qualidade ao menos igual à sua ou, se preferisse, simplesmente a indenização (art. 12.2).

No que tange à educação (arts. 21 a 26), fica clara a ênfase dada ao aspecto da integração e não à preservação da identidade cultural. A preocupação era garantir a tais populações o acesso à educação de forma isonômica em relação ao resto da comunidade nacional (art. 21). Deveria ser assegurado às crianças o ensino em língua materna, devendo, porém, haver uma transição progressiva da língua materna à língua nacional. Apenas na medida do possível deveriam ser tomadas medidas para a preservação da língua materna (art. 23).

A Convenção 169, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Povos Indígenas e Tribais, foi adotada em 27 de junho de 1989. Sua aprovação, pelo Congresso Nacional Brasileiro, ocorreu através do Decreto Legislativo n. 143, de 20 de junho de 2002, e sua promulgação foi realizada por meio do De-

creto n. 5.051, de 19 de abril de 2004. Na Argentina, esta Convenção foi aprovada pela Lei n. 24.071, de 1992. Neste país, a ratificação ocorreu em 2000.

Trata-se de uma revisão da Convenção 107 da OIT. Na realidade, é possível verificar uma verdadeira ruptura de perspectiva, uma nova fase do reconhecimento dos Direitos dos Povos Indígenas. Com esta Convenção, pode-se falar propriamente de um direito descolonizador (GOMIZ; SALGADO, 2010, p. 23).

Busca-se eliminar a orientação assimilacionista que esteve presente nas normas precedentes e atribuir poder a estes povos para assumirem “o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas identidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram” (Preâmbulo da Convenção). É reconhecida, desta forma, a autonomia destes povos e, nos termos do Preâmbulo, a sua contribuição para a formação da diversidade cultural e da harmonia social ecológica da humanidade.

Segundo esta Convenção, no seu art. 2º, a promoção e defesa dos direitos dos povos indígenas devem ser realizadas através da atuação coordenada e sistemática dos governos, com a participação dos povos interessados. A partir deste momento, observa-se uma inversão de perspectiva, na medida em que estes povos deixam de ser “guiados” pelo Estado que os integram à cultura nacional e passam a ser sujeitos ativos na definição de seu futuro. O Estado deveria deixar de dominar para estabelecer um diálogo e fornecer meios de implementação dos direitos humanos e liberdades fundamentais dos povos indígenas.

Superando a concepção assimilacionista e integracionista, a Convenção reconhece que tais povos possuem o direito de conservar seus costumes e suas instituições próprias, desde que não violem os direitos fundamentais nacionais e os direitos humanos consagrados internacionalmente. Além disso, os seus costumes, bem como o seus direitos consuetudinários devem ser levados em consideração quando o direito nacional a eles forem aplicados (art. 8º).

O art. 13 desta Convenção reconhece o caráter especial que a relação entre estes povos e as suas terras ocupadas tradicionalmente exercem para a sua cultura e seus valores espirituais. Esta seria uma das razões para a especial tutela dos direitos à posse e à propriedade e para a proibição do traslado destes povos de suas terras. Segundo o art. 16. 2, o traslado e o reassentamento são excepcionais, apenas podendo ocorrer:

[...] com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados .

Observa-se não apenas a necessidade do devido processo legal, mas também do diálogo, da consulta, da participação dos povos indígenas nas decisões que interferem diretamente nos seus interesses. Não basta a simples aplicação da lei. Aliás, neste mesmo sentido, cabe mencionar que o Estado deve consultar os povos interessados antes de autorizar a exploração de recursos naturais existentes nestas terras (art. 15).

Por fim, resta mencionar que, no tocante à educação, deve ser garantido ao povo indígena a oportunidade de dominar a língua oficial da nação e o acesso a todos os níveis de ensino, “pelo menos em condições de igualdade com o restante da comunidade nacional” (art. 26). Todavia, há o cuidado de preservação e difusão da língua original das comunidades indígenas, devendo “ser adotadas disposições para se preservar as línguas indígenas dos povos interessados e promover o desenvolvimento e prática das mesmas” (art. 28).

Esta mudança paradigmática foi o caminho necessário para se chegar à Declaração da Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

## **2 DA DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS**

Diferentemente das convenções internacionais, que são normas cogentes, as declarações não possuem força obrigatória (são espécies de *soft law*). Contudo, elas são um fundamental instrumento que direciona a construção dos direitos futuros, além de servir como parâmetro hermenêutico para a aplicação do direito e referência para a construção de políticas públicas.

A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas foi aprovada em 13 de setembro de 2007. É um documento recente, extenso, complexo, sendo composto por quarenta e seis artigos. Pode-se afirmar que a Declaração consolida a ruptura paradigmática mencionada anteriormente e avança muito nas conquistas, restando

para os Estados a concretização das mesmas<sup>13</sup>.

Cria-se um parâmetro aberto de reconhecimento de direitos, apresentando como única limitação a lei fundamentada no respeito às normas internacionais de direitos humanos<sup>14</sup>. Consoante o art. 43, a Declaração elenca apenas as “normas mínimas para a sobrevivência, a dignidade e o bem-estar dos povos indígenas do mundo”.

Este instrumento internacional ainda apresenta os sete princípios que devem nortear a interpretação dos seus dispositivos: 1) justiça; 2) democracia; 3) respeito aos direitos humanos; 4) igualdade; 5) não-discriminação; 6) boa governança; e 7) boa-fé.

É importante mencionar algumas das informações apresentadas no Preâmbulo desta Declaração das Nações Unidas e que representam a atual concepção que deve nortear a reconhecimento e tutela dos Direitos Indígenas.

Há o reconhecimento expresso das históricas injustiças sofridas pelos povos indígenas “como resultado, entre outras coisas, da colonização e da subtração de suas terras, territórios e recursos, o que lhes tem impedido de exercer, em especial, seu direito ao desenvolvimento, em conformidade com suas próprias necessidades e interesses”.

E tais injustiças continuaram a ser praticadas pelas diversas nações ao longo da história sob o manto da igualdade formal fundada na pretensa superioridade não apenas econômica, mas também cultural, de um povo. Neste sentido, consta na parte introdutória da Declaração que todos os povos são iguais e contribuem com suas diversidades culturais para a formação de um patrimônio comum da humanidade.

Aos povos indígenas é necessário ser ofertado igual tratamento oferecido aos demais povos, devendo ser respeitados os seus conhecimentos<sup>15</sup>, suas práticas tradicionais, concepções religiosas e culturais, bem

<sup>13</sup> Segundo o Preâmbulo da Declaração da Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas, de 2007, os Estados são incentivados a cumprírem e aplicarem com eficácia as normas internacionais sobre a tutela dos povos indígenas, com a consulta e cooperação destes.

<sup>14</sup> Art. 63.2: “No exercício dos direitos enunciados na presente Declaração, serão respeitados os direitos humanos e as liberdades fundamentais de todos. O exercício dos direitos estabelecidos na presente Declaração estará sujeito exclusivamente às limitações previstas em lei e em conformidade com as obrigações internacionais em matéria de direitos humanos. Essas limitações não serão discriminatórias e serão somente aquelas estritamente necessárias para garantir o reconhecimento e o respeito devidos aos direitos e às liberdades dos demais e para satisfazer as justas e mais urgentes necessidades de uma sociedade democrática”.

<sup>15</sup> O conhecimento produzido pelos povos indígenas geram direitos relativos à propriedade intelectual. Eles “têm o direito de manter, controlar, proteger e desenvolver sua propriedade intelectual sobre o mencionado patrimônio cultural, seus conhecimentos tradicionais e suas expressões culturais tradicionais” (art. 31).



como suas instituições. A não obediência a esta regra configura discriminação e racismo.

Não é por outra razão que consta expresso no Preâmbulo o seguinte:

[...] todas as doutrinas, políticas e práticas baseadas na superioridade de determinados povos ou indivíduos, ou que a defendem alegando razões de origem nacional ou diferenças raciais, religiosas, étnicas ou culturais, são racistas, cientificamente falsas, juridicamente inválidas, moralmente condenáveis e socialmente injustas.

Diversos temas são tratados nesta Declaração, cabendo destacar apenas os seguintes: a) a autodeterminação do povo indígena; c) consulta, cooperação de boa-fé e participação na tomada de decisões; c) questão territorial; e d) educação.

Segundo o art. 3º da Declaração, os povos indígenas possuem o direito de definirem os seus destinos, o direito de autodeterminação nas esferas política, de desenvolvimento econômico, social e cultural. É a completa superação das políticas assimilacionistas e integracionistas<sup>16</sup>. O artigo seguinte afirma que deve ser garantido o direito ao autogoverno para a direção das questões internas e locais, assim como os meios financeiros suficientes para o exercício desta atividade.

A consulta e a cooperação de boa-fé com povos indígenas são elementos fundamentais para a atuação e legitimação dos atos estatais neste campo. Elas devem estar presentes antes da adoção e aplicação de “medidas legislativas e administrativas que os afetem” (art. 19). Elas também precisam ser realizadas, *u. g.*, na hipótese do art. 32.2, sobre aprovação de projetos de exploração de recursos naturais:

Os Estados celebrarão consultas e cooperarão de boa-fé com os povos indígenas interessados, por meio de suas próprias instituições representativas, a fim de obter seu consentimento livre e informado antes de aprovar qualquer projeto que afete suas terras ou territórios e outros recursos, particularmente em relação ao desenvolvimento, à utilização ou à exploração de recursos minerais, hídricos ou de outro tipo.

---

<sup>16</sup> Neste sentido, cabe mencionar o art. 8º: “1. Os povos e pessoas indígenas têm direito a não sofrer assimilação forçada ou a destruição de sua cultura. 2. Os Estados estabelecerão mecanismos eficazes para a prevenção e a reparação de: (...) d) Toda forma de assimilação ou integração forçadas”.

O direito de participar, através de seus representantes, das tomadas de decisões nas questões pertinentes aos seus interesses está assegurando no art. 18.

Consoante o art. 25, existe uma relação espiritual entre os indígenas e a terra, bem como recursos naturais:

Os povos indígenas têm o direito de manter e de fortalecer sua própria relação espiritual com as terras, territórios, águas, mares costeiros e outros recursos que tradicionalmente possuam ou ocupem e utilizem, e de assumir as responsabilidades que a esse respeito incorrem em relação às gerações futuras.

Em razão desta estreita relação, é conferida uma especial tutela jurídica em relação à terras, territórios e recursos naturais pertencentes originariamente aos indígenas. O traslado destes povos de suas terras e territórios só é admitida mediante “o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas interessados” e “um acordo prévio sobre uma indenização justa e equitativa e, sempre que possível, com a opção do regresso” (art. 10).

Quanto à indenização, “se fará sob a forma de terras, territórios e recursos de igual qualidade, extensão e condição jurídica, ou de uma indenização pecuniária ou de qualquer outra reparação adequada”, havendo a possibilidade de solução diversa, desde que estabelecida de forma livre pelos povos interessados (art. 28. 2).

Quanto à educação, observa-se uma alteração de grande relevância. Os povos indígenas têm o direito, seguindo seus próprios métodos, de estabelecer e controlar os seus sistemas e suas instituições educativas, as quais devem oferecer o ensino em sua língua original (art. 14). Além disso, os indígenas possuem direito, em especial as crianças, de acesso, sem qualquer discriminação, a todos os níveis de ensino da educação nacional.

Esta declaração, embora recente, já ensejou relevantes alterações constitucionais em diferentes países da América Latina, cabendo verificar a situação do Brasil e da Argentina neste contexto.

### **3 A TUTELA DOS POVOS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988**

A primeira Constituição brasileira a disciplinar o direito dos indi-

genas foi a Constituição de 1934. No seu art. 129, era garantido o direito à posse das terras ocupadas permanentemente, vedando-se a possibilidade de alienação destas terras.

As Constituições posteriores também trataram deste tema, porém sempre permanecendo nas perspectivas de assimilação e integração dos índios à comunidade nacional, ou seja, sem respeitar os valores culturais, espirituais e tradicionais destes povos. Os indígenas eram estigmatizados e tratados com discriminação pela própria ordem jurídica. Foi justamente a Constituição de 1988 que alterou esta perspectiva, reconhecendo-se a plena dignidade dos povos indígenas, ao menos no plano teórico constitucional.

Para contextualizar esta transição, cabe mencionar as diferentes fases de abordagem do tema conforme a espécie de intervenção governamental do Estado brasileiro (LUCIANO, 2006, p. 70).

A primeira fase de tutela dos indígenas tem início com a atuação governamental tutelar. Os índios eram considerados pessoas relativamente incapazes e não apenas no sentido jurídico. Diante deste fato, em 1910, foi criado um órgão para representá-los e protegê-los contra os contínuos abusos, o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), que, desde 1967, foi substituído pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

Este sentido de incapacidade relativa e necessidade de tutela estatal ficaram expressamente consagradas no art. 4º, inc. III, do Código Civil de 1916, o qual utilizava o termo “silvícolas”. Importa mencionar que os índios não são mais elencados entre os relativamente incapazes pelo Código Civil de 2002. Segundo o parágrafo único do art. 4º desta codificação, “a capacidade dos índios será regulada por legislação especial”.

O Estatuto do Índio, Lei 6.001, de 1973, pode ser inserido ideologicamente nesta primeira fase, haja vista que, apenas em 1989, com a Convenção 169 da OIT, vamos presenciar, no âmbito internacional, uma ruptura paradigmática na abordagem da questão indígena. Existe o Projeto de Lei n. 2.057, de 1991, que busca a aprovação do Estatuto das Sociedades Indígenas. Há uma urgente necessidade de retomar os debates legislativos para ajustar a legislação infraconstitucional brasileira aos ditames das normas internacionais que tutelam os direitos humanos dos povos indígenas.

A segunda fase, mencionada por Luciano (2006, p. 72), é caracterizada pela tutela não governamental, especificamente pela atuação da Igreja

Católica renovada<sup>17</sup>, bem como por organizações não governamentais<sup>18</sup>. Ela teve início na década de 70 e estes agentes foram fundamentais, influenciando, inclusive durante o momento de retomada da democracia, as discussões que deram ensejo à Constituição de 1988.

Por fim, a presente fase é caracterizada pela atuação governamental contemporânea de reconhecimento dos direitos originários. Este é um momento de ampliação de diálogo e cooperação entre o Estado e os povos indígenas. Foram criados vários órgãos em diferentes ministérios, rompendo com a autonomia e representatividade hegemônicas da FUNAI. Novas políticas públicas vão sendo delineadas à luz da Convenção 169 da OIT e da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Todavia, cabe destacar que ainda há uma grande distância entre o reconhecimento e a tutela efetiva dos direitos indígenas. Neste sentido, cabe mencionar o posicionamento de Luciano (2006, p. 74):

[...] o fato marcante desse período foi a superação teórico-jurídica do princípio da tutela dos povos indígenas por parte do Estado brasileiro (entendida como incapacidade indígena) e o reconhecimento da diversidade cultural e da organização política dos índios. Digo teórico porque até hoje esta mudança na Letra da Lei não foi implementada na prática. A FUNAI, por exemplo, continua atuando a partir da orientação da tutela e do não-reconhecimento das organizações indígenas como interlocutoras diretas e legítimas dos povos indígenas. Outro exemplo pode ser o fato de que algumas políticas públicas destinadas aos povos indígenas, principalmente no âmbito da FUNAI, continuam insistindo na formulação e na execução das tomadas de decisões com pouca ou nenhuma participação indígena e sem qualquer envolvimento compartilhado de responsabilidade. Daí, a permanente crítica dos índios ao órgão.

A Constituição Federal de 1988, mesmo sendo um corpo legislativo extenso, disciplinou o tema de forma breve em dois artigos, apresentando de forma ampla alguns direitos, deixando para o legislador infraconstitucional a análise específica de outros temas. Certamente impulsionada pelos novos paradigmas internacionais, está em vigência, no Brasil, o Decreto n. 6.861, de 2009, sobre

---

<sup>17</sup> Através de pastorais específicas voltadas para obras assistenciais, ou por meio do Conselho Indigenista Missionário (CIM), responsável por denúncias e atuações políticas.

<sup>18</sup> Mencionam-se, a título de exemplo, algumas organizações citadas por Luciano (2006, p. 72): Operação Amazônica Nativa (OPAN), Comissão Pró-Yanomami (CCPY), Instituto Socioambiental (ISA) etc.

Educação Escolar Indígena, e o Decreto n. 7.742, de 2009, sobre a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental das Terras Indígenas (PNGATI).

É curioso destacar que no ano seguinte ao da promulgação da Constituição de 1988, exatamente em 1989, foi aprovada a Convenção 169 da OIT. É grande o mérito da Constituição de 1988 que, mesmo sendo aprovada anteriormente à Convenção Internacional, já apresenta uma ruptura com a visão de integração e assimilação.

Observa-se, no texto constitucional, um grande destaque no que tange à questão territorial e ao aproveitamento dos recursos naturais.

O Capítulo dedicado aos índios está inserido, na Constituição Federal, no Título VIII, sobre a Ordem Social, especificamente nos arts. 231 e 232.

O art. 231 reconhece a autonomia dos povos indígenas e a dignidade de suas culturas e tradições, as quais devem ser respeitadas e preservadas. Desaparece por completo a indicação de assimilação cultural. São reconhecidos seis direitos mínimos: organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e direitos originários sobre as terras.

As terras indígenas devem ser demarcadas e protegidas pela União, sendo inalienáveis, indisponíveis e os direitos sobre elas imprescritíveis (art. 231, *caput* e § 4º).

Os incisos do art. 231 tratam exatamente da questão da terra e da exploração dos recursos naturais. Os indígenas têm o direito de posse – a Constituição não confere o direito de propriedade individual ou coletiva - permanente das suas terras ocupadas tradicionalmente, bem como o usufruto exclusivo dos seus recursos naturais (§ 2º). Porém, o Congresso Nacional pode autorizar a exploração dos recursos hídricos ou das riquezas minerais nas terras indígenas desde que observados dois requisitos: 1) as comunidades afetadas devem se consultadas (“ouvidas”); 2) tais comunidades possuem, nos termos da lei, direito de receberem participação nos resultados da lavra (§ 3º). Cabe destacar que este tema gera grande potencial de conflito em razão da relação espiritual que liga estes povos às suas terras e recursos naturais. A existência digna da comunidade indígena está ligada ao uso sustentável das suas terras e de seus recursos naturais e não à exploração econômicas destes. Outra crítica que pode ser formulada aqui é o poder praticamente absoluto que o Congresso Nacional tem nesta esfera.

Quaisquer atos de ocupação, domínio ou posse de terra ou de recursos naturais indígenas são nulos e extintos, não produzindo, desta forma, efeitos jurídicos. O § 6º do art. 235 oferece, como exceção a esta regra,

atos fundados no “relevante interesse público da União”, segundo o disposto em lei complementar. Em caso de nulidade e extinção de atos, não é lícito o ajuizamento de ações ou pedido de indenização em face da União, salvo na hipótese de “benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé”.

É vedada a remoção de povos indígenas, salvo suas exceções, *ad referendum* do Congresso Nacional: 1) catástrofe ou epidemia que ponha em risco a população; ou 2) interesse da soberania nacional. Cessado o risco, deve ser garantido o retorno imediato. Conclui-se, assim, que o traslado da população somente ocorrerá em casos reais de perigo/ urgência, seja para a comunidade indígena, seja para a soberania nacional (§ 5º). Uma crítica que pode ser formulada a respeito deste dispositivo, em confronto com a Declaração das Nações Unidas já analisada, reside no fato de não haver uma consulta prévia e informativa aos povos interessados ou, nos termos no art. 10 da Declaração, não haver “o consentimento livre, prévio e informado dos povos”. Mesmo no caso de perigo ou urgência, há a necessidade de constante diálogo e cooperação de boa-fé entre o Estado e os povos indígenas.

A capacidade processual individual e coletiva dos indígenas está garantida no art. 232.

#### **4 A TUTELA DOS POVOS INDÍGENAS NA CONSTITUIÇÃO NACIONAL ARGENTINA**

A questão indígena já era abordada nas Constituições argentinas mais antigas. A Constituição das Províncias Unidas, de 1819, reconhecia, no seu art. 128, que os índios, assim como os demais cidadãos eram iguais em dignidade e direito. Por outro lado, a Constituição Nacional de 1853, o seu art. 65, inc. 15, determinava a necessidade de haver um trato pacífico com os índios e a sua gradual conversão ao catolicismo.

Além da não valorização das práticas e tradições ancestrais, da cultura e da religião indígena, a igualdade formal perante a lei gerava a possibilidade de retirada das terras indígenas à luz da própria ordem jurídica (DEFENSOR, 2012, p. 8).

A luta pela defesa dos direitos dos povos indígenas ganhou novos rumos após o advento da democracia em 1983, mas, especialmente, nos anos 90, diante de uma abertura simultaneamente social, econômica e jurídica. Tornaram-se mais intensos os debates sobre diversidade, tolerância

e convivência social. Vários movimentos sociais e culturais foram tomando maior força, inclusive o movimento indígena (DEFENSOR, 2012, p. 9), dando ensejo à reforma constitucional de 1994.

A atual Constituição Argentina, embora com redação breve, apresenta alguns fundamentais avanços e uma grande densidade teórica e axiológica. Este fato surge como consequência da Reforma Constitucional de 22 de agosto de 1994 que alterou a redação do seu art. 75, inciso 17:

*Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afectan. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.<sup>19</sup>*

De imediato, já é possível observar total coerência entre a Constituição Argentina e a Convenção 169 da OIT.

O reconhecimento da preexistência étnica e cultural dos povos indígenas argentinos e o respeito à identidade são o resultado de uma longa conquista que ainda necessita da real efetivação cotidiana. Tais povos não são considerados em transição para a integração nacional. Pelo contrário, são povos com dignidade e cultura próprias, que devem ser respeitadas e preservadas, com total respeito à diversidade sociocultural.

O direito à educação bilíngue e intercultural<sup>20</sup> é outro relevante avanço da Constituição argentina e que não é encontrado na Constituição brasileira. A educação tem um papel fundamental para garantir a preservação e a valorização das identidades indígenas, inclusive para combater a discriminação e o racismo. É certo que os indígenas devem ter direito ao

---

<sup>19</sup> Art. 75, inc. 15, da Constituição Nacional Argentina: “Reconhecer a pré-existência ética e cultural dos povos indígenas argentinos. Garantir o respeito à sua identidade e o direito a uma educação bilíngue e intercultural; reconhecer a personalidade jurídica das suas comunidades, e a posse e a propriedade comunitárias das terras que tradicionalmente ocupam; e regular a entrega de outras aptas e suficientes para o desenvolvimento humano; nenhuma dela será alienável, transmissível, nem suscetível de gravames ou embargos. Assegurar sua participação na gestão relativa a seus recursos naturais e nos demais interesses que os afetam. As províncias podem exercer concorrentemente estas atribuições”.

<sup>20</sup> Vide a Lei n. 26.206/2006, sobre a educação nacional.

ensino nacional, mas jamais sem a isonômica valorização da sua própria língua e cultura. Neste sentido, a educação bilíngue e intercultural proposta na Constituição Argentina supera positivamente inclusive as disposições da Declaração das Nações Unidas neste tema.

A Constituição Argentina também reconhece que as comunidades indígenas possuem personalidade jurídica, o que lhes confere mais poder para atuar diretamente na sociedade em defesa dos seus direitos.

Quanto à questão territorial e ao uso dos recursos naturais, outros notáveis avanços foram consolidados no texto constitucional.

Inicialmente, são reconhecidos os direitos de posse e de propriedade comunitárias<sup>21</sup> das terras ocupadas tradicionalmente. Mas, além disso, também devem ser entregues outras terras que sejam suficientes e adequadas para garantir o desenvolvimento humano. Observa-se que a posse e propriedade são comunitárias, exatamente para dar poder à comunidade e não dividi-la.

As terras indígenas, além de serem inalienáveis e intransmissíveis, não podem sofrer qualquer gravame ou embargo.

Por fim, a Constituição determina que os indígenas participem da gestão tanto em relação aos recursos naturais das suas terras, quanto a todos os demais assuntos que os afetem. Os povos indígenas deixam de ser sujeitos passivos que aguardam a decisão sobre os seus destinos pelo Estado e passam a atuar ativamente em prol dos seus direitos.

Interessante destacar que o Novo Código Civil da Argentina, diferentemente da codificação civil brasileira, trata dos direitos indígenas reconhecidos constitucionalmente. Este fato demonstra não apenas os novos conceitos que permeiam o direito privado argentino, como, *v.g.*, o direito à diversidade, a interculturalidade, superação do individualismo no que tange ao temas da posse e propriedade. Além disso, demonstram o sério comprometimento deste Estado na busca da efetivação dos direitos indígenas.

Quanto ao direito argentino, é importante destacar que o intenso avanço constitucional no que diz respeito às questões indígenas ainda enfrenta a dificuldade de concretização na esfera prática. Os desafios atuais residem propriamente na aplicação do direito previsto constitucionalmente em todas as esferas do Estado (DEFENSOR, 2012, p. 9).

Aliás, segundo Bazán (2004, p. 320), espera-se que o disposto no art. 75, inc. 17 da Constituição Nacional da Argentina, não seja uma

---

<sup>21</sup> Vide a Lei n. 26.160/2006, sobre a emergência em matéria de posse e propriedade das terras tradicionalmente ocupadas por comunidades indígenas originárias. Esta lei foi regulamentada pelo Decreto n. 1122, de 2007.



“mera cláusula retórica”, reivindicada de forma tão bela.

## CONCLUSÕES

O reconhecimento, no âmbito internacional, da igual dignidade entre os diferentes povos, corrigindo injustiças perpetradas ao longo da história, representa uma tardia e fundamental conquista da sociedade contemporânea.

Os novos desafios são a implementação dos mecanismos que possibilitem efetivação destes direitos e a tomada de consciência da população mundial acerca do tema.

Segundo Isa e Berraondo (2012, p. 9), os maiores desafios atuais são o pleno reconhecimento, por parte dos Estados, de todos os direitos consagrados na Declaração das Nações Unidas sobre os direitos indígenas e a implementação e alcance destes direitos. Outro desafio mencionado por Maceira (2001, p. 320), é a participação dos povos indígenas no debate político através conselhos, associações e organizações.

O momento fundamental de ruptura quanto à abordagem estatal das questões indígenas foi, sem dúvida, a aprovação da Convenção 169, de 1989.

É neste período que se localiza a Constituição Brasileira de 1988. Este corpo normativo trouxe uma verdadeira mudança de paradigma para o direito nacional, valorizando a dignidade e diversidade cultural dos povos indígenas. Foram reconhecidos os direitos de organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e direitos quanto às terras ocupadas originalmente.

Estes foram os notáveis avanços que encontram, até hoje, o desafio de efetivação. Deve-se observar, porém, que a questão territorial indígena brasileira ainda precisa avançar também em termos legislativos. Durante este estudo, foi possível observar o grande poder conferido ao Congresso Nacional e, ao mesmo tempo, uma ainda tímida tentativa de participação indígena nas tomadas de decisões, seja na questão do deslocamento de população, seja no que tange ao aproveitamento dos recursos naturais. Devem ser exaltadas as orientações internacionais supracitadas na relação entre o Estado e as comunidades indígenas: consultas prévias, livres e informadas, participação e cooperação de boa-fé.

Destaca-se, ainda, a ausência, na Constituição brasileira, da abordagem sobre o tema educação indígena.

A Constituição argentina, com a reforma de 1994, incorporou no seu texto as conquistas da Convenção 169 da OIT, antecipando e até mes-

mo avançando, em alguns pontos, no que diz respeito às disposições da Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas. Cabe destacar o reconhecimento dos direitos de posse e propriedade comunitárias de terras ocupadas originalmente, valorizando o enfoque coletivo e evitando a fragmentação de interesses. Além disso, o Estado deve regular a entrega de outras terras que sejam aptas e suficientes para o desenvolvimento humano. Não há, aqui, a restrição de direitos apenas em relação às terras ocupadas originalmente.

Outro tema que merece destaque no direito argentino é a determinação constitucional que garante aos indígenas educação bilíngue e intercultural.

Além disso, é importante mencionar que a Constituição argentina garante a participação dos povos indígenas na gestão dos seus recursos naturais e de outras questões de seu interesse.

Enquanto a Constituição brasileira dá enfoque na questão territorial indígena – após mencionar vários direitos –, apresentando forte poder estatal, a Constituição argentina menciona, sem privilegiar, diferentes temas como a educação, a posse e a propriedade comunitárias e a participação dos povos indígenas nas questões de seu interesse, dando maior enfoque nas responsabilidades do Estado.

A Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas representa um relevante avanço para o reconhecimento dos direitos indígenas, devendo servir de guia seguro e justo para a formulação de políticas públicas e reformas legislativas dos Estados nesta área. Várias conquistas podem ser destacadas neste instrumento internacional, mas importa a referência de duas nesta conclusão: 1) deve haver a participação e cooperação de boa-fé entre o Estado e os povos indígenas. O Estado, nesta relação, é responsável por dar condições para tais povos efetivarem seus direitos de autodeterminação e desenvolvimento conforme suas necessidades e interesses; e 2) os princípios indicados na Declaração para a interpretação dos seus dispositivos também devem ser utilizados pelos Estados das questões indígenas: justiça, democracia, respeito aos direitos humanos, igualdade, não-discriminação, boa-governança e boa-fé.

Muito foi elaborado nos planos teóricos e legislativos. E há ainda muito a desenvolver. Resta sempre o maior desafio: a efetivação dos direitos.

## REFERÊNCIAS

BAZÁN, Víctor. Los Derechos de los Pueblos Indígenas en Argentina:

Diversos Aspectos de la Problemática. Sus Proyecciones en los Ámbitos Interno e Internacional. In: **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Nueva Serie, año XXXVI, n. 108, set.-dez., 2004, pp. 759-838.

DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN. **Derechos de los Pueblos Indígenas en Argentina**. Guía para Consulta. Buenos Aires: Defensor del Pueblo de la Nación, 2012.

GOMIZ, María Micaela; SALGADO, Juan Manuel (orgs.). **Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas**: Su aplicación en el derecho interno argentino. 2 ed. Neuquén: ODHPI, 2010.

ISA, Felipe Gómez; BERRAONDO, Mikel (orgs.). **Los derechos indígenas tras la Declaración**. El desafío de la implementación. Bilbao: Universidad de Deusto, 2012.

LUCIANO, Gersem dos Santos. **O Índio Brasileiro**: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. LACED/Museu Nacional, 2006.

MACEIRA, Malena Rocío. El Estado Argentino y los pueblos originarios. El respeto por la propiedad comunitaria. In: **Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones “Ambrosio L. Gioja”**, Año V, Número Especial, 2001, pp. 312-322. Disponible em: <[http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R000E01A005\\_0034\\_p-d-der-humanos.pdf](http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R000E01A005_0034_p-d-der-humanos.pdf)>. Acceso: 2/11/2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas**. Rio de Janeiro: Nações Unidas, 2008.