



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
CENTRO DE ESTUDOS AVANÇADOS MULTIDISCIPLINARES – CEAM
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DESENVOLVIMENTO, SOCIEDADE
E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL – PPGDSCI**

LUCAS OLIVEIRA ANDRADE COELHO

**Novo Constitucionalismo Latino-Americano e Direitos Indígenas,
perspectivas pós-coloniais de um desenvolvimento sob o prisma do Sul:
Análise da Proposta de Estatuto dos Povos Indígenas da Comissão
Nacional de Políticas Indigenistas**

**BRASÍLIA, DF
2018**

LUCAS OLIVEIRA ANDRADE COELHO

**Novo Constitucionalismo Latino-Americano e Direitos Indígenas,
perspectivas pós-coloniais de um desenvolvimento sob o prisma do Sul:
Análise da Proposta de Estatuto dos Povos Indígenas da Comissão
Nacional de Políticas Indigenistas**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento, Sociedade e Cooperação Internacional – PPGDSCI – do Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares – CEAM –, da Universidade de Brasília – UnB.

Área de Concentração: Desenvolvimento, Sociedade e Cooperação Internacional.

Linha de Pesquisa: Desenvolvimento e Políticas Públicas

Área Temática: Políticas e gestão pública para o desenvolvimento

Orientador: Prof. Dr. Frederico Barbosa da Silva

**BRASÍLIA, DF
2018**

LUCAS OLIVEIRA ANDRADE COELHO

**NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E
DIREITOS INDÍGENAS, PERSPECTIVAS PÓS-COLONIAIS DE UM
DESENVOLVIMENTO SOB O PRISMA DO SUL: ANÁLISE DA
PROPOSTA DE ESTATUTO DOS POVOS INDÍGENAS DA
COMISSÃO NACIONAL DE POLÍTICAS INDIGENISTAS**

Dissertação apresentada como requisito parcial para
obtenção do título de Mestre em Desenvolvimento,
Sociedade e Cooperação Internacional.

Brasília, 11 de julho de 2018.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Frederico Augusto Barbosa da Silva
Orientador – Universidade de Brasília

Profa. Dra. Maria de Fátima Rodrigues Makiuchi
Examinador Interno – Universidade de Brasília

Prof. Rodrigo Augusto Lima de Medeiros
Examinador Suplente – Examinador Externo

AGRADECIMENTOS

Considero que todo o meu mestrado se deu em meio a uma jornada épica, iniciada de forma despreziosa, envolvendo um momento delicado de minha saúde. Nesse meio tempo, batalhas foram enfrentadas, problemas encarados e diante desses tormentos, em dado momento, pensei em desistir. Mas, surpreendentemente, o caminho que eu estava trilhando de repente se mostrou leve, agradável e afável; no meio do medo de não conseguir cumprir todos os inúmeros requisitos, quando me dei conta, já tinha conseguido qualificar. Passou rápido, foi uma jornada acadêmica solitária, mas nesse caminho, encontrei muito apoio de pessoas pelas quais nutro grande afeição e gratidão.

Agradeço primeiramente a mim, por ter tido força suficiente para não desistir diante das adversidades que se apresentaram quando isso parecia a escolha mais óbvia. Mas sabe-se que nenhuma batalha é vencida sozinha e nenhuma jornada se faz memorável sem o auxílio de tantos. Quem me conhece sabe que a família sempre vem primeiro, meus amores maiores, meu rincão de luz, que agradeço na pessoa do meu pai, que sempre me recebeu com um sorriso largo que me deu forças para continuar.

Entre amigos, colegas e professores, agradeço a todos, em especial aos meus colegas da Procuradoria pelo apoio sem o qual esse sonho não seria possível. Agradeço ao Professor Frederico, que apareceu de forma inesperada e se fez presente, assim como aos demais professores e colegas do programa, em especial a Lara, que por tantas vezes me deu o apoio que precisei.

RESUMO

Os países latino-americanos reformaram seus sistemas constitucionais nas últimas décadas, criando um modelo constitucional com características únicas pautado no reconhecimento de direitos e garantias aos diversos sujeitos que compõem estas sociedades. Com isto, a América Latina reconheceu uma identidade própria baseada no pluralismo jurídico e na interculturalidade. Esse processo se deu em meio ao esforço em superar um modelo constitucional importado e incompatível com as singularidades desses países. Todo esse processo ocorreu ao redor dos direitos indígenas, considerando que a negação dos seus direitos e de suas identidades caracteriza um reflexo da colonialidade do poder que historicamente caracterizou as elites locais, reprodutoras do sistema colonial de dominação. O reconhecimento desses direitos e a forma que tal processo ocorreu, rompeu assim com a lógica monista e eurocêntrica que conduziu esses países, inclusive posteriormente, à independência. Tal fato constitui um verdadeiro giro decolonial. Mostra-se a necessidade de elaborar a regulamentação desses sistemas no âmbito infraconstitucional. A proposta da Comissão Nacional de Políticas Indigenista tenta superar o Estatuto do Índio construído ainda sob a égide de uma lógica assimilacionista, que não se coaduna com o atual paradigma constitucional vigente. Este passo importante permite finalmente que se construa um modelo de desenvolvimento feito no Sul para o Sul.

Palavras-chave: Constitucionalismo Latino-americano; desenvolvimento; direitos indígenas; interculturalidade, epistemologias do Sul; políticas públicas, legislação; teorias pós-coloniais.

ABSTRACT

Latin American countries reformed their constitutional systems in the last decades creating a constitutional model with unique characteristics, based on the recognition of rights and guarantees to the diverse subjects that make up these societies. They recognized their own identity based on legal pluralism and interculturality. It came in exchange by an imported constitutional model that was not compatible with the singularities of those countries. All this process took place around indigenous rights, considering that the denial of these rights and identities is a reflection of the colonialist of power, which is linked to the elites that reproduced the colonial domination system. The recognition of these rights and the way in which this process took place thus breaks with the monist and Eurocentric logic that led these countries, even after their independence. This process promotes a true decolonial turn, that constitutes a model of development done by the South to the South. It is necessary to elaborate the regulation of these systems at an infraconstitutional scope. The proposal of the National Commission for Indigenous Policies attempts to overcome the Indian Statute built under an assimilationist logic that is not in line with the current paradigm.

Key words: Latin American constitutionalism; development; indigenous rights; interculturality; Southern epistemologies; public policies; legislation; postcolonial theories.

LISTA DE FIGURAS E QUADROS

Figura 1: mapa de povos indígenas na América Latina.....	61
Tabela 1 - Linha do tempo da política indigenista no Brasil.....	90
Tabela 2: Comparação sobre o direito de consulta entre os Estatuto do Índio e o dos Povos Indígenas.....	115
Tabela 3: Comparação entre os artigos 1º do Estatuto do Índio e o dos Povos Indígenas	118
Tabela 4: Comparação entre o texto do Estatuto do índio e a proposta de Estatuto dos povos indígenas	118
Tabela 5: Comparação entre o texto do Estatuto do índio e a proposta de Estatuto dos povos indígenas (continuação)	120
Tabela 6: Comparação entre o texto do Estatuto do índio e a proposta de Estatuto dos povos indígenas (continuação)	120

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADCT	Ato de Disposições Constitucionais Transitórias
ATL	Acampamento Terra Livre
CEPAL	Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe
CIMI	Conselho Indigenista Missionário
CF	Constituição Federal
CF/88	Constituição Federal de 1988
CNPI	Comissão Nacional de Políticas Indigenistas
CNPI	Conselho Nacional de Políticas Indigenistas
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
OIT	Organização Internacional do Trabalho
ONU	Organização das Nações Unidas
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a educação, a ciência e a cultura

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 METODOLOGIA	16
2 REPENSANDO O CONSTITUCIONALISMO NA VISÃO DO SUL	19
2.1 Novo Constitucionalismo americano, colonialidade e o reconhecimento de si mesmo.....	19
2.2 Do positivismo modernista ao pós-positivismo hipermoderno	21
2.3 Constitucionalismo sob o prisma do Sul, a promoção do giro decolonial e a construção de uma estrada própria para o desenvolvimento	28
2.4 Epistemologias do Sul	28
2.5 Colonialidade, pós-colonialidade, decolonialidade: rompendo com as estruturas de poder. As lentes do Sul e o giro decolonial	30
2.6 Novo Constitucionalismo Latino-Americano, interculturalidade e perspectivas decoloniais	38
3 POVOS INDÍGENAS: DA INTEGRAÇÃO À AUTODETERMINAÇÃO. O NÚCLEO EPISTEMOLÓGICO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO	55
3.1 Sumak kamsay e o bem viver	55
3.2 Povos Indígenas - entre a negação dos direitos e a mobilização; um breve histórico da questão indígena na América Latina.....	59
3.3 Direitos indígenas, do integracionismo forçado ao pluralismo multicultural	63
3.4 A América Latina, entre instrumentos internacionais e reformas constitucionais, a gestação dos atuais sistemas jurídicos indigenistas	66
3.5 Lutas e Movimentos indígenas, embriões dos direitos indígenas na América Latina	68

3.6 Ciclos de reformas constitucionais dos direitos indígenas e paradigmas jurídicos existentes no constitucionalismo latino-americano	72
3.7 Impasses para a efetividade dos direitos indígenas no Novo Constitucionalismo Latino-americano, sob o prisma do ordenamento jurídico	79
4 O ESTATUTO DOS POVOS INDÍGENAS, PROJETO ELABORADO PELA CNPI, UM PASSO ADIANTE RUMO AO CONSTITUCIONALISMO INTERCULTURAL, DA TUTELA À AUTODETERMINAÇÃO DOS INDÍGENAS	84
4.1 Breve histórico das políticas indigenistas, perspectiva sobre o momento histórico e o paradigma vigente que nortearam a elaboração do Estatuto do Índio de 1973	87
4.2 A superação do paradigma da tutela e a efetiva autodeterminação dos povos indígenas, o direito a consulta, olhares sobre a Constituição de 1988 e a Convenção 169 da OIT	98
4.3 O Estatuto dos Povos Indígenas elaborado pela CNPI.....	102
4.4 Análise dos Princípios e principais dispositivos do texto do projeto do Estatuto dos Povos Indígenas da CNPI; estudo comparado de preceitos do Estatuto do Índio e da proposta de estatuto da CNPI	106
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	124
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	129
ANEXO I - ESTATUTO DO ÍNDIO	136
ANEXO II - ESTATUTO DOS POVOS INDÍGENAS	149
ANEXO III - Declaração sobre os direitos dos povos indígenas	212
ANEXO IV - Convenção n° 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais.....	213
ANEXO V - ROTEIRO PARA ENTREVISTA INDIVIDUAL SEMIESTRUTURADA.....	231
ANEXO VI - ENTREVISTA INDIVIDUAL SEMIESTRUTURADA.....	232

INTRODUÇÃO

Os direitos indígenas constituem um gênero de direitos individuais e coletivos que perpassa por diversos ramos jurídicos. Relacionados ao reconhecimento e proteção dos indígenas, descendentes dos povos originários. Tais direitos conferem proteção e efetividade dos povos e interesses dos indígenas. Uma vez que suas origens preexistem aos estados em que vivem, os indígenas pertencem a povos que se encontravam nesses territórios anteriormente ao esbulho praticado pelos colonizadores; deste modo, trata-se de uma temática que está umbilicalmente ligado à noção de colonialidade.

A estes povos foram longamente negados o reconhecimento de seus direitos, além de sua identidade, costumes, tradições, território, idioma - inclusive o direito à vida, considerando a dominação e os genocídios praticados por colonizadores. No entanto, apesar de que seus direitos tenham sido aviltados ao longo de todo o processo de colonização, percebe-se que tal cenário permaneceu mesmo após a independência do Brasil e demais países latino-americanos.

O reconhecimento desses direitos e a sua proteção é medida que caracteriza a proteção e a valorização de uma subjetividade relacionada diretamente à identidade dos países colonizados. Esse processo relaciona-se com as epistemologias do Sul e com um modelo de desenvolvimento que rompe com padrões coloniais. O que é responsável por promover o giro decolonial no âmbito dos sistemas jurídicos latino-americanos. Isso ocorre porque há uma valorização das características e do pensar local que são elevados ao patamar de paradigma jurídico reinante. Ademais, tal acontecimento rompe com a tradição constitucional que foi espelhada a partir dos países centrais.

Tais fatos repercutem diretamente no arcabouço normativo, nas políticas públicas e na forma de se pensar o Estado, e reflete também sobre a América Latina, pois a coloca sob o prisma do Sul.

Na definição das Nações Unidas mencionada na obra de Gersem do Santos Luciano, os indígenas representam;

as comunidades, os povos e as nações indígenas são aqueles que, contando com uma continuidade histórica das sociedades anteriores à invasão e à colonização que foi desenvolvida em seus territórios, consideram a si mesmos distintos de outros setores da sociedade, e estão decididos a conservar, a desenvolver e a transmitir às gerações futuras seus territórios ancestrais e sua identidade étnica, como base de sua existência continuada como povos, em conformidade com seus próprios padrões culturais, as instituições sociais e os sistemas jurídicos (LUCIANO, 2006, p. 26).

Nessa esteira, como supramencionado, trata-se de um gênero que, portanto, tutela os direitos humanos, coletivos, individuais, sociais, patrimoniais, culturais, trabalhistas, previdenciários, agrários, dentre tantos outros desses sujeitos. Para serem incluídos na categoria de direitos indígenas, basta-se que tais direitos estejam relacionados aos interesses desses povos, representando assim direitos que são definidos pelos sujeitos e titulares envolvidos.

Cuida-se de analisar esses direitos como gênero dentro de uma perspectiva relacionada a um constitucionalismo latino-americano que, a cada ano, se fortalece mais dentro de uma hermenêutica e uma epistemologia própria desses países. Vale ressaltar que, apesar de muito se ter caminhado em relação ao reconhecimento desses direitos, ainda se percebe que tal evolução não ocorreu da mesma maneira em relação ao ideário coletivo da sociedade civil desses países, tampouco em relação à atuação do Estado, seus agentes e do estabelecimento das respectivas políticas públicas.

O patamar atual caminha no sentido de se reconhecer a multiculturalidade, com a existência de instrumentos formais e agências estatais que buscam promover os direitos dos indígenas. Contudo, percebe-se que quando interesses dos povos indígenas contrapõem-se com os interesses liberais, há um movimento hegemônico no sentido de que o desenvolvimento econômico - na perspectiva liberal e que favorece os interesses das elites locais - supere o que está positivado nas constituições e nos demais instrumentos normativos, com a superposição das garantias dos povos indígenas. Este panorama é possível de ser exemplificado em diversos eventos recentes ocorridos no Brasil: por exemplo, no caso do embate dos latifundiários e o movimento de extermínio dos Guaranis Kaiowás no Mato Grosso do Sul; na construção da Usina de Belo Monte no Pará, dentre tantos outros.

A experiência política vivenciada pelos países latino-americanos durante as ditaduras da segunda metade do século XX (em que golpes de Estado impuseram regimes políticos austeros, diretamente responsáveis por limitar as liberdades individuais, tanto como por reprimir os movimentos sociais) foi responsável por gerar uma demanda social represada, que encontrou na positivação dos direitos e garantias nos seus respectivos textos constitucionais uma medida para buscar a persecução e proteção de seus direitos, outrora violados.

O processo de redemocratização nesses países se deu de maneira a buscar um rompimento com os regimes militares que os dominaram. Foram convocadas assembleias constituintes com o objetivo de se inaugurar marcos constitucionais originais, criando

assim uma nova ordem democrática com o objetivo de se romper a ligação com os regimes políticos anteriores.

Esse processo de redemocratização afetou diretamente o pensamento constitucional inaugurado por esses países. Como regra geral, as constituições latino-americanas pós-ditadura são dogmáticas, pois representam o pensamento coletivo da época e, desse modo, trazem características que as conectam com a realidade social e com o contexto histórico existentes. Além do caráter simbólico de que a positivação de garantias contra o arbítrio estatal asseguraria uma estabilidade e um respeito às incipientes democracias que foram se estabelecendo.

Ademais, estes textos constitucionais são extremamente minuciosos, caracterizando essas constituições como analíticas, sendo essas responsáveis por tratar de questões que não são materialmente constitucionais, fugindo aos temas tradicionais de organização do Estado, forma de Estado, sistema de governo, direitos individuais, sociais e políticos, dentre outros. Tal movimento é chamado por Uadi Lammego Bulos (2013) de totalitarismo constitucional. Na linha de constituição programática, há aqui um forte conteúdo social nesses textos que são responsáveis por assegurar direitos. Tal fenômeno caracteriza a chamada constitucionalização do ordenamento jurídico.

Esta colocação é importante, pois mostra como esses regimes jurídicos se apegaram à força normativa da constituição no sentido de se acreditar que, havendo previsão constitucional, os direitos estariam mais resguardados. Isso demonstra uma fragilidade do tecido social, tendo em vista que se busca no positivismo jurídico lograr a proteção dos direitos.

Com isto, observou-se um esforço dos movimentos sociais e demais atores políticos no sentido de que o texto constitucional preveja tantos direitos quanto seja possível, com o objetivo de protegê-los e de gerar uma provável segurança jurídica maior e, em um segundo momento, buscar a consecução de sua efetividade.

O movimento de acreditar na força normativa da constituição e em seu papel como limitador do poder arbitrário se coaduna com a teoria clássica do constitucionalismo, nos dizeres de Kildare Goncalves Carvalho (2012). Existe, assim, em jogo uma perspectiva jurídica e sociológica, tendo em vista que, em termos jurídicos, reporta-se a um sistema normativo, enfeixado na constituição. E que se encontra acima dos detentores do poder; sociologicamente, representa um movimento sociológico que dá sustentação à limitação

do poder, inviabilizando que os governantes possam fazer prevalecer seus interesses e regras na condição do Estado¹.

Esse modelo constitucional existente na América Latina caracteriza um novo constitucionalismo latino-americano que adveio dessa experiência democratizante, com características próprias. Assim, inaugura-se um novo modelo de estado democrático constitucional, diferente do modelo de constitucionalismo europeu e americano, representando um verdadeiro pensar latino-americano, alinhado com um modelo pós-colonial de desenvolvimento e, portanto, caracterizado como uma epistemologia do Sul.

O objetivo da dissertação é, então, analisar os direitos indígenas sob a perspectiva desse novo constitucionalismo latino-americano, no viés de uma revisão bibliográfica da matéria e, por fim, sob esse prisma, realizar ao final uma análise do Estatuto dos Povos Indígenas proposto pela Comissão Nacional de Política Indigenista em 2009. Tal passo será feito a partir de uma comparação com a legislação vigente, sob o viés do direito de consulta prévia aos indígenas, que foi reconhecido pela Convenção 169 da Organização Internacional do trabalho.

A pesquisa em questão é interdisciplinar, pois todo o estudo dos direitos indígenas se relaciona com a história e a cultura desses povos e países em que vivem. Estabelece-se como marco teórico estudos realizados em diversas searas, que se relacionam com os estudos pós-coloniais e as epistemologias do Sul e as teorias do desenvolvimento, sob o enfoque de um modelo de desenvolvimento latino-americano que valoriza o pensar local e mostra como foi possível a criação de um novo constitucionalismo único e que possui características próprias.

Tal análise é sumariamente interdisciplinar, se coadunando com o objetivo do programa, pois passa pelo direito, políticas públicas, movimentos sociais, teoria das elites, sociologia, história, antropologia, ciências do estado e estudos culturais desses povos e países, pensando o sistema constitucional latino-americano, pela identidade de fatos e de

¹ Alguns conceitos relacionados com a Teoria da Constituição foram utilizados. Abaixo, uma breve síntese dos dois conceitos:

1) Constituição Sociológica: “As questões constitucionais não são questões jurídicas, mas sim questões políticas. A Constituição de um país expressa as relações de poder nele dominantes, quais sejam, o poder militar (Forças Armadas), o poder social (latifundiários), o poder econômico (grandes indústrias e capital), o poder intelectual (consciência e cultura gerais)” (CASASSANTA, 2008, p. 1). Para o autor, existem duas constituições: a folha de papel e a que representa os fatores reais de poder, esta última, o sentido real do que é constituição.

2) Força Normativa da Constituição: “ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas forças políticas e sociais, existe também uma força determinante do Direito Constitucional, a chamada força normativa da Constituição” (idem).

pensamentos ocorridos, pela proximidade contextual e similitude da trajetória política e histórica dos países da região.

O recorte cronológico que pretende se analisar, apesar das diversas remissões a fatos ocorridos em períodos anteriores, concentra-se nas reformas constitucionais ocorridas a partir da segunda metade do Século XX, em especial no final da década de 80, data da promulgação da constituição brasileira em 1988 que deu início às reformas constitucionais da América Latina pós-ditadura, até os dias atuais, com enfoque especial no fenômeno político ocorrido na Bolívia e Equador, responsável por conceber o Estado plurinacional. Este último representa o ponto alto de um modelo de desenvolvimento constitucional tipicamente sul-americano, convergindo para o ápice da representação plural dentro de um Estado, que deve atribuir dignidade e representatividade às minorias, repensando a questão da democracia e de igualdade.

Baseado em uma democracia participativa, esse conceito, trazido para o âmbito constitucional, trata expressamente da questão da colonialidade. Abre-se com isto um modo de pensar que reconhece a questão histórica de colonizado e instaura um modelo de desenvolvimento adequado à realidade dos países colonizadores, se coadunando com as temáticas dos estudos subalternos.

Paralelamente a tal reconhecimento, viveu-se economicamente o período de reabertura da economia de mercado destes países com a entrada de várias transnacionais, conjuntamente com o processo de redemocratização desses países. Trata-se de um paradoxo, pois, por um lado, reconhece-se direitos e, por outro, permite-se que territórios indígenas sejam explorados por empresas sem a devida autorização, consulta ou contraprestação. Tal fato caracteriza juridicamente, o que se denomina de *constituição nominativa* na concepção de Karl Loewenstein, pois se trata de um texto constitucional que, apesar de prever direitos, é ignorada pelos governantes, não sendo efetiva.

Por derradeiro, busca-se, sob um enfoque interdisciplinar e intercultural, analisar o fenômeno da construção do paradigma jurídico constitucional latino-americano.

Considera-se que o reconhecimento dos direitos indígenas evidencia um processo de maturação da sociedade no sentido de se proteger direitos humanos e de pelo menos se esboçar uma vontade de que haja um arcabouço para que esses povos possam buscar a efetividade desses direitos. Tal pesquisa, demanda uma análise do histórico dos direitos indígenas em um âmbito local e mundial, o que perpassa fenômenos sociológicos, políticos e culturais.

Pode-se falar em graus de reconhecimento e efetividade dos direitos indígenas, indo desde o estado plurinacional boliviano até o estado tipicamente liberal chileno, um dos últimos a ratificar a convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. O Chile, por conseguinte, não possui dispositivos relacionados a esses direitos em sua constituição, existindo apenas dispositivos infraconstitucionais.

Portanto, o estudo constitucional dos direitos indígenas na América Latina se mostra viável e se coaduna com a proposta do programa de pós-graduação, ao se pensar um modelo de desenvolvimento tipicamente latino-americano que envolve questões de ordem jurídica, política e cultural.

A análise do projeto apresentado pela CNPI caracteriza uma possibilidade de, no caso concreto, verificar os preceitos relacionados ao novo constitucionalismo latino-americano como a materialização da mudança de paradigma, especialmente ao se comparar com a legislação vigente, o Estatuto do Índio, Lei 6.001 de 19 de dezembro de 1973. Este recorte possibilita a realização de um estudo comparativo entre a epistemologia vigente no período anterior às reformas constitucionais e o que mudou nesse período em relação à concepção de inclusão e de proteção dos direitos indígenas. Como será possível verificar, houve nesta passagem um giro de 180°, indo desde uma concepção completamente integracionista à autodeterminação dos indígenas.

O trabalho vai se estruturar em três capítulos, em que a análise realizada será precipuamente com base na revisão bibliográfica da matéria. Em um primeiro momento, apresentar-se-á o chamado novo constitucionalismo latino-americano, relacionando-o com os estudos pós-coloniais e com as epistemologias do Sul. Já a segunda parte buscará apresentar um histórico e localizar os direitos indígenas dentro dessa perspectiva. Com os subsídios trazidos no trabalho e a partir dos conceitos trabalhados no terceiro capítulo, será realizada a análise do Estatuto dos Povos Indígenas proposto pela CNPI.

1 METODOLOGIA

Definir os métodos adequados são determinantes no êxito de um trabalho acadêmico. Ao se definir os objetivos e os problemas a serem tratados, é no método que se encontra o caminho para viabilizar a pesquisa.

Já de antemão entende-se não há um método único e exato para que se alcance os resultados objetivados. Na linha de Feyerabend, assume-se que não há método científico que garanta a existência de uma única verdade.

Especialmente no caso de um projeto de cunho interdisciplinar e que, portanto, suscita um olhar que transcenda a caixinha de áreas distintas e sem conexão, o caminho deve ser plurimetodológico. Nos dizeres de Nicolescu (2000) - atualmente, a dificuldade do diálogo entre especialistas das diversas ciências, dos enfoques de cada qual e as concepções múltiplas, foi causada pela disciplinarização do conhecimento – sem a pretensão de se adentrar nesse mérito, entende-se que, por ter um objeto que alcança diversas searas do conhecimento, uma abordagem plurimetodológica se coaduna com o com o propósito da pesquisa. Já que realiza-se aqui um estudo qualitativo, é na revisão bibliográfica que buscar-se-á os fundamentos para se trabalhar os objetivos propostos.

Método científico é o conjunto de processos ou operações mentais que devem se empregar na investigação. É a linha de raciocínio adotada no processo de pesquisa. Os métodos que fornecem as bases lógicas à investigação são: dedutivo, indutivo, hipotético-dedutivo e fenomenológico (GIL, 1999; LAKATOS; MARCONI, 1993 apud SILVA, 2005)

A partir de um raciocínio indutivo que se constrói a partir de experiências concretas, esse fundamento permite se chegar a generalizações. Conforme é possível perceber a partir da análise histórica dos direitos indígenas - em especial do seu reconhecimento nos sistemas jurídicos da América Latina, sob o enfoque das reformas constitucionais ocorridas e a partir da mudança do paradigma fundante desses direitos - analisar-se-á a proposta da CNPI para poder ratificar as conclusões apresentadas no corpo do estudo.

É possível perceber que a pesquisa se baseia também na comparação de regimes constitucionais, utilizando-se do histórico de reformas ocorridas nas cartas magnas da América-latina, com o objetivo de relacionar estes sistemas jurídicos. Tal uso permite entender, a partir da análise do reconhecimento dos direitos indígenas, o modelo constitucional latino-americano em suas características próprias.

Ocorre, portanto, que a análise de um sistema constitucional deve se estruturar em conjunto com outras áreas de estudo. O direito não deve ser considerado como um sistema autopoiético: todas as abordagens que se pretende utilizar podem ser consideradas uma soma de fatores. Com o objetivo de produzir um resultado, demanda-se revisão bibliográfica, análise histórica, estudo comparado, e isso dentro de autores disciplinares

e interdisciplinares. Por isso, não se menciona uma metodologia única - o enfoque é, repete-se, plurimetodológico.

O objetivo geral da pesquisa foi, deste modo, ao delinear o novo constitucionalismo latino-americano, relacionando-o diretamente com os direitos indígenas, tendo nesses o seu núcleo epistemológico, a partir da construção de uma identidade própria com a superação de um modelo constitucional importado, romper com a tradição constitucional importada, eurocêntrica, monista e colonial.

Os objetivos específicos estão relacionados a essa temática anteriormente mencionada, mais especialmente no sentido de se esclarecer os seguintes pontos, dentre outros:

- Identificar os conceitos e as teorias relacionados ao constitucionalismo latino-americano, apresentando suas características.

- Levantar as teorias do desenvolvimento a partir dos estudos subalternos, dos estudos de colonialidade, das epistemologias do Sul, relacionando-os com o movimento constitucional latino-americano.

- Sob a ótica de um constitucionalismo pluralista, relacionar o papel dos direitos indígenas como centro epistemológico desse processo. Com isto, reforça-se o reconhecimento de uma identidade própria que foi negada e a participação dos múltiplos sujeitos e atores que constroem a sociedade latino-americana no processo político.

- Elaborar um estudo a partir dos elementos tomados dos referenciais teóricos de um instrumento normativo concreto, elaborado já sob os preceitos do pluralismo jurídico e de uma hermenêutica do constitucionalismo intercultural.

- A pesquisa se estrutura na apresentação de todos esses conceitos relacionada com os estudos realizados nas disciplinas cursadas no Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento, Sociedade e Cooperação Internacional, relacionando-as com conceitos jurídicos que são referenciados e explicados, com a cautela de tornar o trabalho compreensível para o leitor oriundo de diversas áreas de estudo.

Ao final, utilizou-se a teoria de Lascoumes e Le Galés (2012) sobre os instrumentos da ação pública para realizar a análise da proposta da Comissão Nacional de Direitos Indígenas (CNPI). Isto foi feito a partir de uma análise comparativa com o atual Estatuto do Índio, no sentido de se entender as diferentes fases relacionadas aos direitos indígenas.

2 REPENSANDO O CONSTITUCIONALISMO NA VISÃO DO SUL

2.1 Novo Constitucionalismo americano, colonialidade e o reconhecimento de si mesmo

Reconhecer a violência material imposta pelo colonialismo é o primeiro passo para poder se discutir um novo constitucionalismo latino-americano. A noção de interculturalidade e o reconhecimento de que esta constituiu uma epistemologia do Sul, sendo um contramovimento ao domínio epistemológico monista existente, caracteriza a base teórica dessa corrente. O constitucionalismo intercultural teve início nas últimas décadas do século XX e vem ganhando força desde a entrada no século XXI.

Pelo caráter eminentemente interdisciplinar do presente trabalho, buscou-se sair da metodologia tradicionalmente utilizada nos trabalhos acadêmicos da área jurídica, preocupados basicamente em elencar as características de determinado sistema jurídico. Nesse caso, apesar de se propor uma análise do chamado novo constitucionalismo, sempre se buscará relacioná-lo com aspectos sociológicos, políticos, antropológicos e históricos, nunca se olvidando do caráter interdisciplinar da pesquisa.

Tenta-se não se afastar dos aspectos sociais e políticos que constroem as bases jurídicas de uma sociedade, no sentido de se entender o porquê do surgimento de determinado modelo jurídico. Isso se aplica também à ordem constitucional, seja a positivada, a experimentada pelos interpretes oficiais ou até pelo que foi chamado de sociedade aberta de interpretes da constituição (HABERLE, 2003). Essa sociedade aberta se relaciona diretamente com o constitucionalismo intercultural, pois considera-se que o círculo de interpretes da carta maior deva ser ampliado de modo a incluir cidadãos e representantes dos diversos segmentos sociais.

O Novo Constitucionalismo latino-americano representa um pensamento jurídico diretamente ligado a um pensar do Sul, representado por um modelo epistemológico que afeta as esferas jurídicas, políticas e sociais. As bases fundantes do Estado Constitucional, diretamente ligadas aos fatores sociais de poder que os legitima, cria uma verdadeira ruptura com os modelos anteriormente adotados, importados dos países da Europa e dos Estados Unidos.

Esses sistemas importados para a América Latina não representam sua sociedade e não se mostram como modelos jurídicos adequados para a realidade sociopolítica destas nações. Exatamente por representarem a reprodução de um sistema que fortalece o vínculo de colonialidade, tais sistemas obstruem nosso desenvolvimento, criando barreiras para a participação democrática e para o pluralismo jurídico.

A ordem constitucional representa a base normativa do Estado Democrático de Direito. Por esse motivo, só o fato de ela ser democraticamente instituída não assegura que ela guarde pertinência com a realidade social do país. Aliás, sobre a premissa de serem democraticamente promulgadas foi que sistemas fascistas se impuseram, tendo legitimidade jurídica, contudo não reconhecendo e nem tolerando as diferenças, desrespeitando os direitos das minorias e de quem não representa o grupo dominante.

Por esse motivo, os conceitos de democracia, representatividade e alteridade estão diretamente ligados com o novo constitucionalismo latino-americano, até mesmo pelo passado de violações sucessivas dos regimes democráticos e da fragilidade destes. Uma característica marcante de tais regimes é a confusão do público com o privado por parte das elites política e econômica. Por esses motivos, a busca pela democracia real insculpiu esses valores no núcleo constitucional desses países, tendo como corolário a democracia efetiva.

Unger (1999) afirma que os conflitos no mundo inteiro se cambiaram, passaram das querelas entre estatismo e privatismo, entre mercado e dirigismo para chegarem a questões afeitas ao pluralismo econômico, político e social. Falou também no experimentalismo democrático, que engloba o progresso material com a emancipação do indivíduo. Além disso, Unger disserta sobre a transformação preconizada, sendo esse um convite à construção democrática no sentido de trilhar um caminho próprio, que não tenha sido importado ou recomendado por outros.

O conceito de Unger se coaduna fortemente com o paradigma central do novo constitucionalismo que, com base no pluralismo jurídico, intenta reconstruir o conceito de democracia existente na América Latina sob a perspectiva do Sul.

Parte-se do pressuposto de que o direito, no Estado Neoliberal, em uma perspectiva modernista e clássica, representou apenas um mecanismo de conferir legitimidade ao sistema posto. Além disto, ele foi, sob a premissa de democracia e de vontade da maioria, um instrumento de domínio das elites.

2.2 Do positivismo modernista ao pós-positivismo hipermoderno

Por esse motivo é que se necessita retomar os debates acerca de modernismo positivista do século XIX. Foi neste momento que houve a elevação do conhecimento científico como única forma de saber válida, negligenciando assim saberes tradicionais e outros, *extra muros* da academia.

No âmbito do direito, tal orientação repercutiu com a institucionalização da disciplina e o fomento a um positivismo jurídico. O império da normatização absoluta e a exegese da lei, reduzindo os juízes ao legado de meros aplicadores do direito posto, é um movimento contrário à realidade enfrentada nos dias atuais com a absoluta judicialização da sociedade. Há inclusive interferência direta através do fenômeno do ativismo judicial, no âmbito do mérito das políticas públicas.

Nesse sentido, mostra-se necessário que se levante um breve histórico do positivismo jurídico, tendo em vista que ele se encontra intrinsecamente ligado ao pensamento modernista. O positivismo jurídico - estruturado quase hegemonicamente até a Segunda Guerra Mundial, momento de seu apogeu - encontrou forte impacto nas bases jurídicas do constitucionalismo moderno e tradicional. Posteriormente a esse marco, pode-se dizer que houve o rompimento em certa medida com o monopólio desse paradigma.

Nesse contexto, todo o sistema jurídico foi repensado, pois se vivia o ápice da disciplinariedade, da autonomia científica e da própria concepção do positivismo jurídico. Foi nessa hipótese que várias disciplinas, no auge de sua autonomia, questionaram o sistema, levando em consideração a dimensão dos eventos ocorridos durante a segunda grande guerra. Tal evento, um divisor de água da história contemporânea, evidenciou uma notória falência do *status quo*, o que culminou em episódios sofríveis com repercussão global. Foi nesse momento que toda a sociedade repensou os caminhos que estavam trilhando, tendo tal questionamento adentrado as grossas paredes da academia e dos locais produtores de conhecimento.

Nessa esteira, a crítica mais contundente à concepção modernista foi que esta falhou em seu propósito, pois essa autonomia disciplinar, essa supervalorização de uma padronização dos indivíduos e do conhecimento, repercutiu em diversas lutas, como as lutas de classes, por exemplo (LIPOVETSKY, 2004).

Tal digressão é importante, pois o sistema jurídico e o constitucional estão tão enraizados entre si que muitas vezes se confundem. Ela - a constituição - é o centro de

todo o sistema jurídico, regulando as bases do Estado e sua estrutura orgânica, as relações entre os poderes, o sistema político e todo o processo legislativo. Portanto, refletir sobre a forma como se concebe o direito também é pensar o sistema constitucional e como se estruturam as bases e as relações de poder.

O modernismo se caracteriza pela tendência intelectual filosófica, literária, artística que teve origem nos eventos intelectuais que remontam ao iluminismo e possuem a razão como epicentro (BAUMAN, 2009, p. 300).

A prática moderna, especialmente na política, caracterizou-se por eliminar e suprimir o que não poderia ser ou o que não fosse precisamente definido em termos racionais. Sendo assim, a intolerância foi uma inclinação natural da prática moderna, no qual se caracterizou a deslegitimação do outro, do diferente que não pôde ser assimilado ou racionalizado. O Estado Moderno e sua soberania estão relacionados com sua capacidade de fazer com que as definições se estabeleçam, sem deixar espaço para o que escapa ao alcance de definições, categorizações e leis (ibid.).

Esse modo de pensar afetou todas as searas de conhecimento, sendo responsável por criar a disciplinabilidade e o movimento emancipatório das ciências. Na seara jurídica, tal disciplina buscou se separar das ciências sociais, repercutindo diretamente na forma pela qual o direito é aplicado e concretizado na sociedade e no exercício da jurisdição estatal.

Criou-se o apego à normatização e ao teor literal das leis, entendendo como direito apenas o emitido exclusivamente pelas fontes oficiais. Desconsiderou-se, com isto, as relações do direito com as ciências sociais e até com a moral². Além disto, um mesmo movimento procurou afastar a esfera jurídica dos sistemas sociais de pacificação e de soluções de litígios, especialmente os mecanismos de autocomposição utilizados por grupos e lideranças locais, que muitas vezes integravam um modelo socialmente reconhecido pelos respectivos segmentos sociais.

A preocupação maior repousava na concepção de conferir legitimidade ao sistema jurídico e relacionar esse emaranhado de normas com um método científico, no sentido de se validar a disciplina jurídica e legitimar esse sistema que seria, portanto, algo

² Fala-se em separação do direito com a moral, pois esses debates foram abordados pela filosofia do direito do período, em que se chegou a se defender que a preocupação do sistema jurídico não era com os padrões morais socialmente existentes, tamanho era o apego pela autonomia disciplinar pelos defensores do positivismo jurídico.

intrínseco a uma atividade tipicamente estatal, mesmo que o objeto muitas vezes tenha um caráter exclusivamente privado.

Criou-se a cultura da tutela estatal: só é válido o que é reconhecido pelo Estado, e esse possui poder para invadir a autonomia das relações privadas. Trata-se de um evidente paradoxo com as narrativas liberais; contudo, essa prática permitiu que se estabelecesse as bases do Estado como conhecemos.

Oportunamente, quando se adentrar na temática dos direitos indígenas e na interculturalidade que permeia os sistemas constitucionais sul-americanos, perceber-se-á o quanto esses conceitos se relacionam. A cultura da tutela estatal está relacionada exatamente com essa possibilidade/dever de o Estado regular relações onde deveriam haver autonomia da vontade e autodeterminação dos grupos.

Essa autonomia jurídica foi estabelecida pela edição de códigos universais, que anulava as prerrogativas de grupos não reconhecendo uma forma legal de discriminação positiva (ibid., p. 124). A pós-modernidade representa assim uma ameaça para a lógica modernista, na medida em que representa uma ideia inerentemente polissêmica, referida à aceitação da inextirpável pluralidade de mundo. Ademais, essa pós-modernidade significa uma concepção de emancipação em relação à ânsia moderna de superar a ambivalência e promover uma clareza monossêmica da uniformidade (ibid., p. 108).

Pode-se conceber que toda essa relação se reproduziu no micromundo do Direito. Ou seja, antes de entrar em qualquer debate acerca do modelo colonial do Direito estabelecido e construído ao longo do tempo, é possível se debater de maneira macro a respeito dos sistemas jurídicos frente exatamente a uma concepção notadamente modernista e positivista. Posteriormente foi seguida por um movimento de ruptura contemporâneo ao pós-modernismo que influenciou e trouxe características ao pós-positivismo jurídico.

Sobre o positivismo, especificamente a respeito do positivismo filosófico, em apertada síntese, é possível que se resuma este em três axiomas fundamentais, que foram explanados por Norberto Bobbio (1995):

1. A ciência seria o único conhecimento válido.
2. O conhecimento científico caracteriza-se por ser objetivo
3. O método científico utilizado nas ciências naturais pode ser estendido às ciências sociais.

Percebe-se que a conceituação do politólogo italiano se coaduna com as definições de modernismo expostas por Bauman. Nesse sentido, pode-se dizer que o positivismo filosófico representa uma corrente ideológica relacionada ao modernismo.

Nessa esteira, construiu-se o paradigma que a ciência do direito deveria então ser aplicada e pensada a partir de um método, o que, nas concepções mais radicais, negava a existência de qualquer juízo de valor, separando-se da moral e das ciências sociais.

O ápice o positivismo jurídico se deu com o normativismo de Hans Kelsen, (BARROSO, 2006 p. 64) apresentado em sua obra *A teoria pura do Direito*. Algumas características que definem o positivismo, tal como teorizado pelo autor austríaco, são as seguintes:

- 1) Aproximação quase plena entre o direito e a norma
- 2) A afirmação da estatalidade do Direito
- 3) A completude do ordenamento jurídico, que, nesse aspecto, possuía mecanismos e conceitos necessários de modo a não existir lacunas no Direito
- 4) Formalismo – relacionando a validade de qualquer norma com o procedimento definido para a sua criação

Percebe-se nesse modelo jurídico que, estando de acordo com a norma e com o sistema jurídico-político vigente e tendo essa norma surgido de um regime estatal adequado, isso legitimaria os atos e ações do governo e dos governados.

Como o foco desse trabalho é, em último ponto, debater um novo sistema constitucional que reconhece o espaço das minorias, percebe-se o risco criado com a insistência nessa pretensa autonomia do Direito e como torna-se fácil legitimar regimes totalitários e fascistas, tal o regime nazista existente na Alemanha e Áustria.

Esse sistema jurídico apregoou uma autonomia e uma imparcialidade do Direito, um cientificismo exasperado que povoou a mente dos juristas durante boa parte do Século XX.

Norberto Bobbio, por fim, apresentou uma crítica ao positivismo: na medida em que esse tentou se ver livre de quaisquer juízos de valor, tornou-se um mecanismo político e ideológico.

A sua decadência está diretamente relacionada à falência do nazismo. Os casos julgados em Nuremberg e as linhas de defesas apresentadas foram todas no sentido de

que os atos eram respaldados pela lei, derivados de um sistema jurídico válido, como se tal concepção pudesse inclusive afastar a responsabilidade dos agentes estatais. Tal foi a estratégia de defesa utilizada no emblemático julgamento do Eichmann em Jerusalém, cujo relato sobre a banalidade do mal foi narrado pela filósofa judia Hannah Arendt (1999).

A Segunda Guerra Mundial foi um divisor de águas na ordem mundial e no pensamento filosófico e jurídico de maneira geral. Esse fracasso político do positivismo deu espaço para um conjunto amplo e inacabado de reflexões. O pós-positivismo foi a designação momentânea desse ideário difuso que problematizou e veio para repensar o modelo até então existente.

Barroso traz uma interessante reflexão sobre a concepção pós-modernista e sua relação com o direito:

Planeta Terra. Início do século XXI. Ainda sem contato com outros mundos habitados. Entre luz e sombra, descortina-se a pós modernidade. O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pode ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente pós-tudo, pós-marxista, pós kelseniana, pós-freudiana.

(...)

Na política, consoma-se a desconstrução do Estado internacional, duramente questionado na sua capacidade de agente do progresso e da justiça social. As causas se acumularam impresentidas, uma conspiração: a onda conservadora nos Estados Unidos e na Europa na década de 80; o colapso da experiência socialista, um sonho desfeito em autoritarismo, burocracia e pobreza; o fiasco das ditaduras sul-americanas, com seu modelo estatizante e violento, devastado pelo insucesso e pela crise social. Quando a noite baixou, o espaço privado invadira o público, o público dissipara-se do estatal e a isso virou um dogma. Ora, passou a ser o guardião do lucro e da competitividade.

No direito, a temática já não é a liberdade individual e seus limites como no Estado liberal; ou a intervenção estatal e seus limites como no *enfare i*. Liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada. A própria lei caiu em desprestígio. No direito público a nova onda é a governabilidade. Fala-se em desconstitucionalização, deslegificação e desregulamentação. No direito privado, o código civil perde sua centralidade, superado por múltiplos microssistemas. Nas relações comerciais revive-se a *lex mercatoria*. A segurança jurídica e seus conceitos essenciais, como o direito adquirido – sofre o sobressalto da velocidade, do imediatismo e das interpretações pragmáticas, embaladas pela ameaça do horror econômico. As formulas abstratas da lei e a descrição judicial já não trazem todas as respostas. O paradigma jurídico, que já passara na modernidade da lei para o juiz, transfere-se

agora para o caso conceito, para a melhor solução singular do problema a ser resolvido (ibid.).

Não há como não pensar em uma teoria crítica do Direito após todos esses acontecimentos e esse apego à normatização, assim como a esse dogma e autonomia e autossuficiência do ordenamento jurídico.

Essa teoria crítica, que ganhou reforço na pós-modernidade, ressaltou o caráter ideológico do Direito como um discurso de legitimação de poder, representando assim o interesse das classes dominantes. Questiona-se com isto a chamada completude do Direito, essa isenção e pretensa neutralidade defendida pelos positivistas.

Ao longo do século XX, especialmente no período mais próximo a suas últimas décadas, o papel do Direito foi ressignificado. Houve uma reaproximação com as ciências sociais e, apesar desse momento de questionamento da credibilidade das instituições estatais, repensou-se a aplicação do Direito.

Esse movimento repercutiu inclusive na opção de se criar microssistemas jurídicos de proteção, como o próprio estatuto do índio, do consumidor e etc. Sem dúvida, a ideia de proteger determinados direitos colocando-os na legislação e conferindo tratamentos jurídicos isonômicos foi uma preocupação em decorrência dos abusos praticados pelos regimes políticos e jurídicos que ocorreram.

Ademais, percebeu-se uma evolução no sentido de igualdade e de alteridade, algo também trabalhado na pós-modernidade.

Percebe-se que o século XXI se inicia com uma concepção mais abrangente do papel e do alcance que deve ter o sistema jurídico, sob o império de princípios norteadores e balizas interpretativas que buscam ampliar o conceito de justiça. Percebeu-se a limitação da norma em sentido estrito, a fragilidade da lei posta e se entendeu que princípios constitucionais norteadores, como razoabilidade e proporcionalidade, vedação de retrocesso em Direitos Humanos, proteção e da dignidade da pessoa humana, deveriam se tornar corolários dos sistemas constitucionais.

Nesse pano de fundo, a Constituição passa a ser não só um sistema em si; alguns autores falam em filtragem constitucional. Ao passo que a ordem jurídica deve ser lida e aprendida sobre o prisma da Constituição. Há uma constitucionalização de todo o sistema jurídico, todas as leis devem ser interpretadas em harmonia com o sistema constitucional e os princípios aplicáveis à sua hermenêutica (BARROSO, 2006, p. 74).

Esse fenômeno característico do Direito pós-moderno e pós-positivista pode ser definido como constitucionalização do Direito. O papel do Direito Constitucional foi redefinido no pós-guerra.

Alguns marcos históricos representaram essa nova postura do regime constitucional: a Lei de Bonn (Constituição alemã) – 1949, a Constituição da Itália de 1947 e a redemocratização da Espanha e Portugal (1978). Já no caso do Brasil e de vários outros países da América Latina, esse movimento chegou de maneira tardia, não se olvidando de levantar a seguinte hipótese: tal fato atende ao interesse de quem?

Ocorre que na América Latina, com a Guerra Fria e o fortalecimento dos movimentos sociais ligados a ideologias que repercutiram inclusive na ascensão de presidentes alinhados tais ideologias, que questionavam o capital e a luta de classes, houve um efeito cascata de golpes militares e ditaduras alinhadas com os propósitos do capitalismo norte-americano.

Com isso, não se pode falar que o movimento constitucional chegou tardiamente aqui. Novamente, o protagonismo da história dos povos latino-americanos foi sequestrado em nome de interesses que não representavam seus povos. Com as constituições pós regimes ditatoriais, nossa Constituição cidadã de 1988 foi nosso marco histórico do novo movimento.

Aproveita-se para se abrir um parêntesis: esses textos constitucionais foram elaborados após um longo período de regimes ditatoriais responsáveis por negar direitos fundamentais, relacionados especialmente às liberdades individuais características dos direitos fundamentais de primeira geração reconhecidos desde o século XIX. Inaugura-se com isto uma série de reformas constitucionais que dão gênese a um novo constitucionalismo latino-americano.

Repensando-se os modelos importados de matrizes europeias e norte-americanas, esse fenômeno promoveu um verdadeiro giro decolonial, em que países em desenvolvimento tardio enfrentaram suas questões e perceberam que os modelos constitucionais existentes não serviam para as suas realidades tão distintas. Pode-se dizer inclusive que a condição de colonizado foi considerada, assim como suas respectivas peculiaridades sociais e políticas. No âmbito constitucional, considerou-se o histórico de dominação por parte dos países colonizadores e pela elite dominante, que reproduz o pensamento colonial até a atualidade.

2.3 Constitucionalismo sob o prisma do Sul, a promoção do giro decolonial e a construção de uma estrada própria para o desenvolvimento

O que se propõe é estabelecer um vínculo entre as teorias do desenvolvimento e os estudos de pós-colonialidade em relação ao novo constitucionalismo latino-americano, mesmo antes de se entender quais são as características deste.

Tal abordagem mostra-se necessária, já que foi das lutas e das perspectivas decoloniais e de desenvolvimento que o movimento neoconstitucionalista latino-americano surgiu. A força motriz neste momento era exatamente a vontade de se ter um sistema jurídico adequado à realidade social e política das nações latino-americanas, sob a perspectiva de um continente periférico, explorado e que precisa buscar um caminho próprio de desenvolvimento social.

Especialmente na alçada do sistema jurídico que teoricamente é estabelecido para reger a sociedade, pois é exatamente no primeiro movimento de constitucionalizar todas essas vontades, repercutiu-se assim em dar voz, a essas demandas por tanto tempo sufocadas. Por essas razões, uma breve revisão sobre as teorias decoloniais e de desenvolvimento é necessária.

2.4 Epistemologias do Sul

Todas essas abordagens teóricas que abordam os estudos coloniais, trazendo conceitos como a pós-colonialidade, decolonialidade, caracterizam epistemologias do Sul. São abordagens teóricas que propõem uma concepção da compreensão de mundo a partir de lentes periféricas do Sul global.

Boaventura Santos em 1995 criou esta denominação, caracterizada por um projeto epistemológico que advém de um contexto histórico em que emergem novos atores no âmbito do Sul global. Espera-se com isto, dar voz a sujeitos coletivos que representam outras formas de saber, e que foram ignorados antes silenciados, marginalizados, oprimidos, desqualificados, sujeitos passivos de uma opressão em nome da razão e progresso, açodada pela epistemologia central e dominante (MENESES, 2008).

Ou seja, trata-se de um projeto que pretende se reexaminar essa epistemologia dominante a partir de olhares ancorados nas experiências históricas e emergentes do Sul.

Nesse caso, o Sul é concebido como uma metáfora, onde se busca reparar os danos e os impactos históricos ocasionados pelo capitalismo e a sua forma de construção colonial disseminada no mundo (ibid.).

O Sul de Boaventura constitui uma metáfora ao imperialismo e à imposição de uma epistemologia dominante, resultante do domínio do capital econômico e das formas de dominação. Boa parte dos autores que propõem os estudos e a epistemologia contra a regra são oriundos do Sul geográfico - da África, da Ásia e da América do Sul-, encontrando-se também no lado do Sul metafórico dos que questionam a forma de domínio colonial e capitalista.

Boaventura (2010) menciona o conceito de pensamento abissal: este representa uma linha metafórica, onde unilateralmente existe a definição de linhas que separam as experiências, os saberes e os atores sociais, entre os que são reconhecidos, úteis, inteligíveis e visíveis, e os que são inúteis, perigosos e devem ser objeto de supressão e esquecimento. Para o autor, esse pensamento persiste até os dias atuais como um mecanismo de dominação, se projetando para muito além do fim do colonialismo político.

Para se combater esse domínio epistemológico, uma iniciativa pautada na ecologia de saberes e na tradução intercultural deve ser proposta. A ecologia de saberes constitui uma dimensão epistemológica de uma solidariedade entre novos atores e grupos sociais; ela rompe com a noção de atores específicos e conhecimentos tradicionais, reconhecendo a existência de múltiplos saberes que devem comungar entre si. Rompe-se com isto os limites e possibilidades impostos por uma epistemologia que, pela tradução intercultural, contrapondo-se à visão que reconhece apenas um saber como válido.

Santos (2010) trabalha os conceitos de sociologia das ausências e de sociologia das emergências. Essas sociologias questionam diretamente o que o autor chama de Razão Indolente, que justificou o domínio epistemológico do norte global.

Percebe-se que esses conceitos estão diretamente relacionados com a abordagem proposta pelo novo constitucionalismo latino-americano. Todos os conceitos relacionados a modernidade, capitalismo e colonialismo podem ser relacionados com a proposta da interculturalidade intrínseca a esse novo constitucionalismo, pois o reconhecimento do outro, de seus direitos e dos múltiplos saberes estão no cerne do que é proposto pelos estados plurinacionais implementados na América do Sul.

As lentes do Sul permeiam todo esse sistema constitucional, especialmente na forma como o povo reconhece o protagonismo dos diferentes atores social. O Sul metafórico está relacionado ao colonialismo e ao sistema capitalista que negligenciou

diversos atores sociais, relacionados a questões de gênero, diversidade sexual e minorias étnicas.

Ainda sob o viés desse paradigma, pode-se dizer que essa concepção reposiciona os atores negligenciados e seu papel na composição do Estado, reconhecendo que antes de qualquer coisa unidades territoriais e políticas são compostas por nações multiétnicas e que o pluralismo social e jurídico deve repensar a forma de se estruturar o Estado, pois devem ser dadas voz a esses povos.

Isso nada mais é que romper com uma epistemologia que negou e desconsiderou toda a forma de conhecimento que não estava do lado da linha unilateralmente imposta pelo sistema colonial e capitalista.

Também não se pode negligenciar as teorias do desenvolvimento que estão relacionadas com as epistemologias do Sul. Estas questionam vários aspectos do modelo de construção e desenvolvimento adotados pelos países do Sul, relacionando-os inclusive como um reflexo do sistema colonial.

Tais teorias estão diretamente relacionadas com todas essas questões, pois a noção de centro e periferia está ligada com o desenvolvimento, e isso repercute na estrutura estatal que vigente. Portanto, a adoção de um constitucionalismo intercultural representa, no âmbito da Teoria do Estado aplicável nesses países, uma ruptura e uma revisão do *status quo* existente.

2.5 Colonialidade, pós-colonialidade, decolonialidade: rompendo com as estruturas de poder. As lentes do Sul e o giro decolonial

A colonialidade está relacionada com formas de dominação aos quais os países colonizados foram submetidos. Com a completa negligência do conhecimento produzido nesses locais e das estruturas sociais vigentes, houve a imposição de uma cultura importada, de matriz europeia. No caso da América Latina e boa parte da África, ainda houve o domínio pelo idioma, religião, dentre outros aspectos sociais e culturais.

Esse conceito foi trabalhado por Aníbal Quijano e Immanuel Wallerstein (1992), especialmente na análise da América Latina. Os autores refletiram sobre a questão da naturalização das experiências, identidades e relações históricas existentes no mundo, pois essas caracterizam uma situação de exploração a partir da necessidade de destruição da chamada colonialidade do poder.

Quijano, um dos grandes autores que trabalhou os chamados estudos subalternos, defendia que a colonialidade representa um dos elementos constitutivos e específicos do padrão mundial do poder capitalista. Em suas palavras:

A colonialidade é um dos elementos constitutivos e específicos do padrão mundial do poder capitalista. Sustenta-se na imposição de uma classificação racial/étnica da população do mundo como pedra angular do referido padrão de poder e opera em cada um dos planos, meio e dimensões, materiais e subjetivos, da existência social cotidiana e da escala societal. Origina-se e mundializa-se a partir da América. Com a constituição da América (Latina), no mesmo momento e no mesmo movimento histórico, emergente poder capitalista torna-se mundial, os seus centros hegemônicos localizam-se nas zonas situadas sobre o Atlântico – que depois se identificarão como Europa – e como eixos centrais do seu novo padrão de dominação estabelecem-se também a colonialidade e a modernidade. Em pouco tempo, com a América (Latina) o capitalismo torna-se mundial, eurocentrado, e a colonialidade e modernidade instalam-se associadas como eixos constitutivos do seu específico padrão de poder de hoje. (QUIJANO, 2005, p. 93)

Ao tratar da questão da colonialidade de poder, Quijano aborda questões que vão além da perspectiva das relações do capital. O autor reflete sobre a colonialidade frente aos seus efeitos irradiantes que perpassam pelas identidades societais com elas relacionadas - índios, negros, amarelos, mestiços - e a questão geocultural do colonialismo, como a América, África etc.

Deste modo, a colonização se deu com base em duas estruturas fundantes: a racionalização e a racialização. A primeira se estabeleceu, sob o argumento de uma pretensa inferioridade cognitiva dos povos originários que justificaria a dominação colonial, racionalidade essa eurocentrada, criando um arquétipo universal, fato esse responsável por desconsiderar absolutamente outras formas de racionalidade, especialmente a dos nativos americanos (QUIJANO, 2005).

A racialização, por sua vez, estabeleceu nesse sistema de dominação um local de subalterno para os colonizados. Nesse lugar, havia uma hierarquia entre os europeus e os povos indígenas, mestiços, negros. Utilizando-se de um sistema de categorização social, foi possível criar a divisão racial do trabalho, que inclusive constituiu o fundamento sob o qual estabeleceu-se as diversas formas de servidão e de escravidão.

Relaciona-se a colonialidade com a modernidade e a colonialidade do ser; percebe-se que a questão da colonialidade tem várias facetas, dentre elas, a chamada colonialidade do poder que, na concepção de Mignolo (2003), está relacionada com a

modernidade. Segundo essa teoria crítica, jamais existiria modernidade sem colonialidade.

Toda a construção do mundo moderno está relacionada com o sistema colonial. Nesse sentido, não é forçoso reconhecer que o mundo moderno está intrinsecamente relacionado com o mercantilismo e o colonialismo. De acordo com Mignolo, o capitalismo construiu suas bases no sistema colonial. Com isto, a noção de colonialidade pavimentou a construção da modernidade, na medida em que estabeleceu a perspectiva de existir um subalterno e a relação de dominação.

A colonialidade do conhecimento é a colonialidade do saber, estando diretamente ligadas à existência dessa monocultura. Por fim, a conjugação da colonialidade de poder com a colonialidade do saber consubstancia a chamada colonialidade do ser (MIGNOLO, 2003). Tal conceito trata de algo muito mais profundo, relacionada à construção da identidade desses povos, que teria estabelecido um aprisionamento quase ilimitado.

É interessante o protagonismo da América Latina na literatura relacionada. Nela, se evidencia como base da modernidade e do sistema capitalista exatamente a experiência do colonialismo do continente. As bases fundantes do sistema mundo, foram constituídas nessa relação de domínio secular que ocorreu na América Latina. Percebe-se que a questão da colonialidade permeia o que se chamou de identidade societal, especialmente na ausência de reconhecimento dos direitos dos povos originários.

Em síntese, a questão dos direitos indígenas está diretamente ligada à identidade e à colonialidade; e esses conceitos, por sua vez, estão diretamente relacionados ao capitalismo. Portanto, todos os debates acerca de interculturalidade e pluralismo jurídico possuem panos de fundo densos e ligados a toda a estrutura da colonialidade e ao sistema capitalista. Nessa esteira, ao se falar em novo constitucionalismo, remete-se consequentemente à epistemologia do Sul.

O constitucionalismo intercultural está diretamente ligado às mesmas questões de colonialidade. Assim, o recorte dos direitos indígenas se mostra adequado para entender todo sistema constitucional e o pensamento vigente sob uma perspectiva que rompe com a colonialidade.

A América Latina foi submetida a quase cinco séculos de dominação. Algo característico desse processo foi a tentativa de reproduzir a sociedade existente nos países colonizadores, no sentido de promover o rompimento com as crenças e a identidade das nações latino-americanas. Tais nações possuem como traço característico um

multiculturalismo derivado de povos originários - os indígenas - e de imigrantes de diversos locais do mundo. Tal construção antropológica alicerça uma sociedade muito distinta das existentes nos países centrais.

Outro aspecto importante que representa uma característica da colonialidade, evidenciando o processo de emancipação dos países europeus é o fato de que o processo de independência das colônias se deu tendo a frente as elites crioulas, descendentes reprodutoras e historicamente apoiadoras dos regimes coloniais (MIGNOLO, 2005). Excetuam-se alguns casos como o do Brasil, em que os próprios monarcas europeus declararam a independência tendo em vista circunstâncias extremamente particulares.

Há ainda o caso do Haiti, o único caso em que o processo de independência se deu em conjunto com a eliminação da escravidão e foi liderada pela população escrava de ascendência africana. Trata-se aqui de um caso emblemático de empoderamento e de capacidade de mobilização dos povos locais em evidente ruptura com o regime colonial e escravocrata, pelo menos no processo de independência. Infelizmente, as elites na pós-revolução mantiveram um sistema de domínio pela elite, reproduzindo o padrão colonial.

O pós-colonialismo representa o marco temporal posterior ao processo de descolonização desses povos. Seria, portanto, um movimento que se referia a independência, libertação e emancipação dessas sociedades exploradas pelo imperialismo e neocolonialismo (BALLESTRIN, 2013, p. 2).

Este representou a estrutura existente após a emancipação política desses países, que, apesar de romperem com o sistema colonial de maneira formal, permaneceram subjugados de outras maneiras pelos países centrais, persistindo inclusive a exploração econômica, social e política, especialmente na seara ideológica. A situação era complexa, tendo em vista que, logo após os processos de independência, a elite desses países, inclusive a intelectual, iam diretamente estudar nos países europeus, eram, portanto, reprodutores das teorias criadas nos países centrais. Havia uma afinidade ideológica entre as elites das colônias emancipadas com o ideário existente nos países centrais.

Pode-se falar que no pós-colonialismo foram utilizados mecanismos mais sutis de dominação que os existentes durante a existência do colonialismo. No entanto, não houve uma ruptura real com as matrizes, sem o reconhecimento da situação de dominado e a tentativa de se libertar dessas amarras ideológicas implantadas pelo sistema colonial.

Existem escolas que há algumas décadas repensam a questão da colonialidade no subjetivo dos países que foram colonizados sob um enfoque notadamente

interdisciplinar. Mostra-se com isto que os reflexos advindos dessa forma de dominação perpassam por aspectos sociológicos, culturais, jurídicos, antropológicos e econômicos.

Entretanto, tais teóricos questionam esses aspectos e trazem uma forma de se enfrentar essas questões, que pressupõe a construção de um pensamento e a estruturação de modelos que rompem com esse paradigma com o objetivo de promover um desenvolvimento próprio, gerando assim o chamado giro decolonial. Jórissa Daniella Nascimento Aguiar, sintetiza bem essa questão, conforme se expõe;

São mudanças políticas que trazem à baila novas questões teóricas para se pensar a América Latina contemporânea, recobrando o tema da identidade, da multiculturalidade, ao passo que se trava uma aproximação entre a história latino-americana, a formação excludente dos nossos Estados-nação, bem como o questionamento da herança colonial dentro dos atuais padrões de poder. Na esteira dessa reflexão, parte da teoria social latino-americana e seus representantes vêm reivindicando contemporaneamente um giro decolonial, um rompimento com o ocidental-centrismo e seus reflexos no saber, uma demanda que surge pela expansão do argumento pós-colonialidade e dos estudos subalternos, num sentido gramsciano do termo. Os intelectuais e militantes dessa corrente – presente em várias universidades latino-americanas e estadunidenses, porém, com uma recepção tímida no Brasil – propõem uma nova perspectiva epistemológica proveniente dos subalternos, da diferença colonial, como grande contributo ao debate acadêmico. Michel Löwy (2015) destaca, acertadamente a fundamental contribuição da corrente de pensamento decolonial, ou seja, a crítica radical e profunda da visão ocidental centrista que resgata a produção teórica latino-americana (AGUIAR, 2016, p. 274).

O pensamento decolonial latino-americano propõe uma afirmação política, social, cultural e epistemológica desses povos com enfoque nos movimentos sociais indígenas, além do feminista, negro e campesino. Existem várias escolas que abordaram os estudos pós-coloniais, que inicialmente tiveram início com os pós-estruturalistas como Michael Foucault e Derrida.

No caso dos teóricos latino-americanos, uma forte vertente teve origem com intelectuais radicados nos Estados Unidos, o Manifesto Inaugural do Grupo Latino Americano de Estudos Subalternos representou um ato inicial dessa corrente. Dentre esses, destacam-se Ramon Grossfoguel, Anibal Quijano, Castro-Gomes e Meneses.

Segundo Luciana Ballestrim (2013), a ideia inicial dos latino-americanos foi pensar como a colonização sofrida por esses países diverge das ocorridas nos países asiáticos. Ainda segundo a autora, o pós-colonialismo se relacionada com o tempo

histórico posterior aos processos de descolonização do terceiro mundo a partir da metade do século XX. Cronologicamente, fala-se aí especialmente do caso dos países africanos e asiáticos. Já a experiência latino-americana foi de uma colonização de exploração que literalmente impôs um novo idioma, um governo totalmente subordinado às matrizes europeias e durou mais tempo. São duas acepções distintas, que devem ser reconhecidas e analisadas por abordagens diversas.

Basicamente houve uma escola asiática no final da década de 70 que objetivava promover os estudos subalternos, com a liderança do indiano Ranajit Guha. O Grupo Latino-Americano se inspirou em especial no Grupo-Sul Asiático de Estudos Subalternos. No caso do grupo latino-americano, havia entre os representantes nomes como Anibal Quijano, Walter Mignolo, Santiago Castro-Gomez, Nelson Maldonado Torres e Boaventura Santos, entre outros.

Os estudos subalternos diversificam-se em várias abordagens. Há autores com enfoque no desenvolvimento, como o sul-coreano Chang e o indiano Deepak Nayar. Apesar da farta bibliografia sobre a matéria, o enfoque nesse trabalho é a valorização do pensamento que problematiza a questão da colonialidade, dando o direito do subalterno de pensar em seu próprio desenvolvimento.

É interessante que esses autores que tratam da teoria do desenvolvimento dos países periféricos, apesar de não abordarem expressamente os chamados estudos pós-coloniais, claramente o fazem por tratarem de teorias diretamente relacionadas com as questões geoculturais, geoeconômicas e geopolíticas que expressam o interesse dos países centrais na manutenção do sistema de dominação mundial.

Nesse sentido, é possível estabelecer a relação que impõe a dominação dos países centrais aos países em desenvolvimento, inclusive no que se refere a impor um modelo de desenvolvimento.

Por exemplo, o Consenso de Washington ocorrido na década de 90 representou a consolidação das políticas econômicas neoliberais. Estas são as “boas políticas” que Ha-Joon Chang menciona em sua obra - *Chutando a Escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica*. Tais políticas representam o que seria o caminho adequado que certa forma é imposto aos países em desenvolvimento para que estes possam atingir o desenvolvimento pleno.

Essas medidas incluíam, dentre outras, a adoção de práticas de disciplina fiscal, redução sistemática dos gastos públicos, reforma tributária, determinação de juros pelo mercado, liberalização do comércio. O Fundo Monetário Internacional e o Banco

Mundial participaram ativamente da formulação dessas políticas. Frise-se que estes organismos de fomento e empréstimo internacionais exigem de quem se beneficia de seus serviços que adotem medidas e políticas impostas por eles.

Segundo Carlos Lopes (2011), essas políticas foram aplicadas por mais de duas décadas em diferentes contextos em países da África, América Latina, Leste Europeu e Ásia Central. Segundo o autor, isso se deu basicamente em duas fases: 1) Foco de intervenção a se expandir primeiro na estabilidade macroeconômica e ajustamentos estruturais 2) incluir reformas institucionais com vistas a melhorar infraestrutura e combate à corrupção, por exemplo.

Lopes ainda alude que “atualmente é um denominador comum dizer que ajustamentos estruturais e programas de estabilização macroeconômica tiveram um impacto desastroso nas políticas sociais e aumentou a pobreza de muitos países”(ibid.). De fato, as doenças estruturais mencionadas evidenciaram a fragilidade de um modelo que foi aguerridamente defendido.

Nesse sentido, o modelo proposto pelo Consenso de Washington se mostrou incapaz e inapropriado para os países em desenvolvimento, culminando em uma crise econômica recente que aumentou a desigualdade social e a vulnerabilidade da população. Essas doenças estruturais revelaram o domínio do setor financeiro sobre a economia real, o que gerou a criação das famigeradas bolhas especulativas, que implicou na imprevisibilidade da economia.

Admitiu-se assim o questionamento de que as políticas econômicas pensadas e difundidas pelas economias mais fortes não seriam adequadas às realidades e aos interesses dos países em desenvolvimento. A realidade é que a receita de sucesso pregada pelo Consenso de Washington foi posta em cheque.

Essas políticas se beneficiaram de um contexto de crescimento econômico global e de valorização de *commodities* que não se sustentou. Novamente, o pendulo se moveu para o âmbito do Estado e de sua capacidade de administrar a crise que surgiu. Com isto, desconstruiu-se o modelo neoliberal de Estado mínimo.

Tal ocorrência se coaduna com a teoria apresentada por Celso Furtado na obra *O Mito do Desenvolvimento Econômico* e a obra do Sul Coreano Chang supramencionada. Furtado chama de mito a esse livre acesso ao patamar de desenvolvimento econômico, atingido mormente pelos países que lideraram a revolução industrial e que estaria também ao alcance dos países periféricos, algo evidenciado por fatores como a perpetuação da pobreza e a alta concentração de renda.

Parafraseando Chang, o modelo atual é insustentável e os países desenvolvidos literalmente chutam a escada impedindo que os países em desenvolvimento prosperem.

O que se percebe é que esses modelos de desenvolvimento impostos (direta ou indiretamente) trouxeram a adoção - específica no enfoque desse trabalho que analisa o giro decolonial promovido no âmbito do sistema constitucional na América Latina - de um modelo estatal que importou a estrutura orgânica adotada pelos países centrais em um âmbito institucional e normativo.

Portanto, o modelo constitucional implementado durante o período pós-colonial desses países tomou como base os modelos dos países centrais, pois acreditava-se que essa era a medida adequada para se promover o desenvolvimento, sempre na crença quase que espiritual que ao adotar modelos adotados por esses países centrais, estaria assim um passo à frente no movimento de desenvolver-se.

Por muito tempo se pensou assim, até que, com o movimento que valorizou os saberes locais e reconheceu as diferenças existentes nesses países, criou-se uma epistemologia tipicamente do Sul, o que refletiu em um sistema constitucional único, o que por consequência representa um giro decolonial, feito para o sul e pelo sul.

Tudo o que se falou está relacionado a se romper com o padrão de dominação dos países centrais, estando diretamente conectado com a noção de se promover a construção de uma nova lógica para a produção de conhecimento, tendo em vista que nos últimos quinhentos anos a história foi contada a partir de uma perspectiva ocidental.

O Ocidente constituiu sua produção como uma epistemologia única, universal e verdadeira. Este fator ocasionou uma supressão das histórias locais. O reconhecimento das narrativas e conhecimentos locais é uma promoção da epistemologia do Sul. (MIGNOLO, 2003)

O movimento de sair da grande noite, parafraseando a obra homônima do africano Achile Mbembe está relacionada, neste caso, com o direito dos países latino-americanos de estruturarem seu modelo de desenvolvimento e de pensarem o Estado.

O constitucionalismo intercultural latino-americano é assim representativo nesse sentido. Com base na perspectiva do giro decolonial, pretende-se analisar esse constitucionalismo, relacionando assim a temática de direito à multiculturalidade, à participação democrática e a uma nova constitucionalidade que pense no lugar do oprimido e das minorias, respeitando-se a identidade cultural desses povos, em um movimento totalmente inaugural na história política da América Latina.

2.6 Novo Constitucionalismo Latino-Americano, interculturalidade e perspectivas decoloniais

Com o declínio do positivismo jurídico a partir do pós-guerra e o reconhecimento da falência dos regimes constitucionais vigentes, foi inaugurado um movimento no sentido de se repensar o Estado.

Em momento imediatamente anterior, a preocupação se restringiu à inclusão dos direitos sociais nos diplomas constitucionais, como efeitos das revoluções industriais e da divisão do trabalho. Nesse sentido, as Constituições de Weimar na Alemanha e a Constituição Mexicana de 1917 foram precursoras desse movimento, que percebeu que a simples previsão de liberdades e garantias frente ao arbítrio estatal, ou seja, que a institucionalização das garantias individuais frente ao Estado, não foi suficiente para se assegurar uma ordem constitucional justa para a população.

Essas inovações buscavam uma atuação positiva do Estado no sentido de que previam direitos de titularidade positiva, relacionando-se a direitos econômicos, culturais e especialmente sociais. Ocorre que nesse período, anterior ao fortalecimento do pós-positivismo, a noção de cidadania e população era extremamente excludente, preocupando-se em assegurar direitos especialmente da maioria dominante - ou seja, dos homens, brancos, heterossexuais e cristãos. Não havia nessa época a preocupação de se incluir as minorias e as pessoas em estado de vulnerabilidade e de dominação.

Os direitos sociais expressos nas constituições são denominados de direitos fundamentais de segunda dimensão. Já as liberdades e garantias previstas anteriormente constituíam direitos fundamentais de primeira dimensão.

Pode-se dizer que, com o fortalecimento do pós-positivismo após a Segunda Guerra Mundial, foram consolidados valores ligados à fraternidade e à solidariedade, relacionados mormente ao desenvolvimento e progresso, meio ambiente e à autodeterminação dos povos. São direitos destinados à proteção do ser humano como espécie e tudo que envolve sua existência digna.

Percebe-se que o local no tempo e espaço em que houve a preocupação com esses direitos está diretamente relacionado com o impacto que atos avassaladores sobre a humanidade tiveram, seja pelo genocídio, seja porque se começou a sentir os impactos das ações dos homens sobre a natureza.

A preocupação com a autodeterminação dos povos se relaciona exatamente com os fatos ocorridos que implicaram na dominação de povos e minorias étnicas. Apesar de

essa noção estar umbilicalmente relacionada com as nações que foram dominadas na Europa - especialmente, com ações realizadas pelos regimes fascistas e com as reformas políticas do leste europeu-, pode-se dizer que essa noção se reverberou em âmbito mundial. Não é forçoso concluir que essa foi a gênese da noção de pluralismo jurídico, que possui papel determinante nas reformas constitucionais que caracterizam o novo constitucionalismo latino-americano, mesmo que a noção de pluralismo aqui construída seja diferente da originada lá.

Não se pode olvidar o papel dos organismos internacionais, em especial das Organização das Nações Unidas – ONU - no estabelecimento desses diálogos. A ONU deu voz a movimentos sociais existentes dentro de diversas sociedades, trazendo à tona esses diálogos que antes não conseguiam espaço no cenário político internacional. Isso aplica-se também aos direitos indígenas e aos pleitos defendidos pelos respectivos movimentos sociais.

Ocorre que o fortalecimento dessa noção de direitos de pluralismo jurídico, juntamente com os relacionados à democracia e informação são considerados os direitos fundamentais de quarta geração. Estes direitos vêm se consolidando desde o final do Século XX, tendo fortalecimento maior no Século XXI.

O Novo Constitucionalismo Latino Americano se relaciona com direitos fundamentais de maneira abrangente, pois abordam direitos contra o arbítrio do estado, direitos sociais, direitos transindividuais, relacionando-se, portanto, com todas as três primeiras gerações dos direitos fundamentais, que caracterizam espécies destes direitos.

É com base no pensamento relacionado à quarta geração desses direitos que se constituiu seu paradigma fundamental. Foi no reconhecimento de uma sociedade plural e no direito à democracia, sendo essa constituída por uma nação intercultural, que se tornou possível pensar em um direito constitucional que inovou e se adaptou às realidades multiculturais locais. Reconheceu-se com isto a diferença e o direito a ser diferente e poder ter uma participação política e ter seus direitos e sua realidade preservados dentro de uma sociedade constituída com base nos diálogos dos diversos atores e integrantes dessas nações únicas.

Apesar de o constitucionalismo latino-americano sempre ter apresentado traços particulares, ele também esteve em paralelo com o constitucionalismo norte-americano, o que não desvirtua sua autonomia, pois possui, características próprias e resultados que derivaram de seu histórico político-jurídico (GARGARELLA, 2016).

Roberto Gargarella levantou o histórico constitucional das reformas ocorridas nos países da América Latina, num interstício de 200 anos - entre 1810-2010 - dando enfoque nas reformas ocorridas a partir da segunda metade do século XX, no esforço de se assegurar um constitucionalismo multicultural.

Em seu estudo, Gargarella menciona que essas reformas que ele denominou de “ondas” não lograram êxito em avançar na proteção suficiente dos Direitos Humanos, considerando que, apesar de haver esse movimento de constitucionalizar diversos direitos, esses não se efetivaram, pois essas reformas não conseguiram reorganizar as estruturas sociais de poder.

Diversas são as divisões que a doutrina estabelece no estudo do constitucionalismo latino-americano. Gargarella, por exemplo, divide assertivamente em três momentos, a saber:

- **Constituições Liberais-Conservadoras (1850-1910)**: foram estabelecidas como um acordo político engendrado pelos grupos liberais e conservadores. São caracterizadas por um centralismo de autoridade, reforçando assim o poder da autoridade central, que, em regra, era o presidente. Na grande maioria desses países, esse período representou a criação de um sistema constitucional pós-independência dos regimes coloniais, representando a vontade política da elite crioula dominante nesses países. Excluiu-se com isso a participação da massa e da incorporação de cláusulas sociais favoráveis às pessoas em situação de vulnerabilidade, excluindo igualmente as minorias do processo de participação política.
- **Constitucionalismo social (1910-1950)**: a virada do século veio com o fortalecimento de uma classe trabalhadora que tinha um sentimento de insatisfação reforçado pelas condições precárias de trabalho e pelos poucos direitos que faziam jus. A América Latina vivia um momento singular de prosperidade econômica engrenado pelo êxito do mercado de exportação. Nesse sentido, houve uma acentuação da desigualdade e dos efeitos do autoritarismo. Esses movimentos se organizaram no sentido de promover reformas legislativas com o objetivo de proteger e assegurar direitos sociais, em especial laborais e previdenciários. Os movimentos sindicais foram os grandes atores dessas reformas. O grande marco existente foi a Constituição Mexicana de 1917, que promoveu um divisor

de águas na história do constitucionalismo latino-americano. Seguindo o exemplo dessa carta precursora, quase todos os países da América-Latina promoveram grandes reformas em suas constituições, incluindo direitos sociais, como o das mulheres.

- Multiculturalismo e Direitos humanos (1950-2010): Depois da primeira onda de reformas responsável por ampliar os direitos e os atores com representação em âmbito social, as constituições latino-americanas passaram por outra onda de reformas, em especial após o encerramento dos regimes ditatoriais que foram vivenciados por esses países. Dois foram os catalisadores dessas reformas - de um lado a falência na confiança do Estado, tendo em vista que esse foi utilizado como instrumento de dominação, do outro, a existência de uma doutrina neoliberal globalizante relacionada a aspectos econômicos, que impôs regimes econômicos severos sem haver uma assistência por parte do Estado para garantir o mínimo existencial, deixando uma sensação de completo abandono por parte das políticas públicas. Essas reformas buscaram proteger os Direitos Humanos, especialmente os relacionados a uma existência digna e ao direito de participação política.

Insta ressaltar que, na história constitucional latino-americana, as reformas das constituições possuem um caráter muito importante, representando um papel simbólico de que promoverão mudanças na vida das pessoas. Pode-se dizer que a positivação de direitos nos diplomas máximos desses países representa quase que uma característica espiritual, pois simboliza uma “garantia” de que o Estado deverá se balizar por aqueles parâmetros, valores norteadores para o povo.

Percebe-se que isso ocorreu seja nas mudanças efetivadas pelos movimentos sindicais no começo do século passado, seja nas ocorridas com a redemocratização no final do século XX.

Ora, os sucessivos golpes ocorridos e as ditaduras impostas nada mais foram que uma forma de impor o sistema capitalista e os valores ditados pelos países centrais dominantes. Várias garantias, inclusive as relacionadas aos direitos fundamentais de primeira geração - como as liberdades e garantias individuais - foram extirpadas do arcabouço jurídico pátrio.

Todo esse histórico de abuso e de alienação do processo democrático sensibilizou o povo no processo de retomada da democracia, no sentido de se cercar de garantias e de estabelecer uma doutrina a ser seguida pelos governantes. Positivou-se com isso uma série de compromissos e metas a serem cumpridos pelo Estado, de matérias e direitos que esse deve direcionar às políticas públicas no sentido de se promover sua consecução.

Gargarella (2016) criou a teoria da sala de máquinas da Constituição, no sentido de que os reformadores constitucionais, ou não podiam ou não queriam ir muito adiante para efetivarem que as constituições reformadas alcançassem as características que proclamavam.

Por outro lado, na história constitucional latino-americana, nota-se que as mudanças incluídas nos textos constitucionais não são nem de longe inócuas. Percebe-se que esses direitos positivados nas constituições, especialmente nas que são socialmente mais robustas, como as dos Estado Plurinacionais, tem impulsionado o desenvolvimento de práticas judiciais que buscam o cumprimento desses direitos. Ademais, as reformas recentes têm assegurado direitos para classes historicamente marginalizadas e isso tem tido um efeito prático (GARGARELLA, 2016).

Essa última parte do último parágrafo importa em relevante questão, ou seja, o apego quase emocional à necessidade de os textos constitucionais serem extremamente analíticos e extensivos não representa um apego formal sem fundamento. Os textos não representam uma letra morta, ao contrário, percebe-se que nos últimos anos, com uma hipertrofia da atuação judicial, esses têm utilizado regramentos como fundamentos para suas decisões, implementando direitos e atribuindo efetividade ao texto constitucional sem a pretensão de adentrar no mérito das consequências graves desse famigerado ativismo judicial. No que se refere ao modelo estatal e à separação de poderes, o que se pretende aduzir é que os textos constitucionais têm promovido alterações substanciais na vida desses povos, apesar de essas reformas terem escopo limitado.

Essas reformas, portanto, possuem conquistas limitadas e um dos motivos que justificam isso é que esses reformadores concentram seus esforços na seara jurídica, na positivação dos direitos, sem promover alterações substanciais na organização dos poderes, que se manteve incólume. Dessa maneira, a “sala de máquinas” da constituição - o chamado centro irradiante dessa maquinaria democrática - não se altera (ibid).

Isso se reforçou nas últimas alterações, especialmente nesse chamado constitucionalismo multicultural, onde se criou um modelo de respeito e inclusão das

minorias sociais e políticas, contudo, sem pensar em se reformular essas estruturas de poder vigentes. Pelo menos nas reformas do início do século passado, houve uma reflexão e ocorreram alterações estruturais que permitiram a efetividade desses direitos. Deste modo, pode-se pensar na atuação e na regulamentação da atuação das organizações sindicais, bem como nos direitos relativos a esse processo.

Contudo, usualmente ocorrem as alterações legislativas em um primeiro momento para, posteriormente, se realizar alterações nas estruturas no sentido de essa se reorganizar. Portanto, o constitucionalismo intercultural latino-americano encontra-se nesse primeiro momento em que foram realizadas reformas, que possuem sim relevância e efeitos imediatos. Como na teoria criada por Gargarella, no entanto, percebe-se que não se atingiu a casa de máquinas, o centro para que isso repercuta e possua efetividade.

O fato é que durante as duas últimas décadas, reformas substanciais foram promovidas nos textos constitucionais dos países latino-americanos. Duas alterações representaram inovações relevantes na teoria do constitucionalismo. A primeira relaciona-se ao papel na ordem política, pois, tradicionalmente, o papel das constituições é retirar um conjunto de problemas da pauta política. Ou seja, constituições fortes e estáveis são as que conseguem lograr êxito nessa missão. A outra alteração, envidada por essas alterações constitucionais latino-americanas, é que o constitucionalismo estrutura a divisão de poderes nas democracias, definindo a parcela de poder exercida por cada um dos poderes. Restringe-se com isso a soberania popular por esses mesmos mecanismos institucionais. O constitucionalismo latino-americano enfrentou essas duas bases nesse passado recente (AVRITZER, 2017).

As constituições de diversos países, como o Brasil, Colômbia, Bolívia e Equador, foram elaboradas com o objetivo de assegurar mais soberania depois da democratização. Elas impõem restrições fortes a estes governos como uma forma da própria soberania popular limitar e definir o escopo de atuação dos governantes.

Avritzer (2017) avalia criticamente o constitucionalismo sob dois prismas. Um deles é uma das bases fundantes do constitucionalismo europeu e norte-americano, a tradição que considera como critério de êxito do regime constitucional a sua insuscetibilidade a mudanças. Já a outra tradição criticada é a que considera fechado o processo de construção nacional sob o ponto de vista das comunidades étnico-políticas.

Ou seja, nessa concepção criticada por Avritzer, o modelo ideal seria o norte-americano, em que a constituição permanece quase igual por cerca de três séculos. Isso reflete a estabilidade das instituições e do sistema constitucional, o que é criticado por

parte da doutrina, em especial a que analisa o novo constitucionalismo latino-americano. O indexador não deve ser a rigidez da constituição e sua imutabilidade ao longo dos anos. A tradição latino-americana de reformas representou avanços consideráveis e trouxe uma efetividade e uma proteção de direitos que caracteriza uma evolução do sistema desses países, rompendo com a teoria constitucional tradicional.

Uma das características do constitucionalismo latino-americano é trazer agendas políticas para o texto da constituição, e isso não necessariamente reflete em uma instabilidade ou ineficiência do sistema. Ora, se a tradição norte-americana não se utilizou desse modelo, é claro que se adaptou e incorporou a agenda política na rotina de poder de outras maneiras.

Avritzer, ao dissertar sobre o novo constitucionalismo latino-americano, menciona que dialoga com a doutrina tradicional, como Boaventura Santos, que estabelece como características fundamentais do novo constitucionalismo a questão da redefinição dos papéis das populações originais e no próprio pluralismo jurídico. Avritzer entende que esses são pontos fundamentais, mas que não têm abrangência política e epistemológica para sustentar o conjunto das ideias e práticas constitucionais introduzidas no novo constitucionalismo.

Nessa oportunidade, discorda-se do posicionamento do autor mineiro, tendo em vista que essa visão poderia representar um reducionismo dos aspectos estruturais do novo constitucionalismo latino-americano em uma abordagem tradicional. Se esses são os elementos fundamentais, o são por um motivo claro: eles representam uma ruptura com uma tradição constitucional importada e colonial.

Em última análise, o pluralismo jurídico designa uma busca pela participação política e pela democracia, pela multiplicidade de atores e pelo direito à autodeterminação, no sentido de atuação ativa desses povos. O pluralismo possui sim densidade epistemológica para representar uma nova ordem constitucional sob fundamentos diversos dos tradicionalmente existentes.

Avritzer (2017) ainda traz como três as principais características do novo constitucionalismo latino-americano, sendo essas:

1. Forte ampliação de direitos, em especial das comunidades tradicionais.
2. Ampliação das formas de participação existentes.
3. Novo papel do poder judiciário, que altera o equilíbrio dos poderes na América Latina.

As colocações do professor se coadunam com a realidade de vários países da região. De fato, podemos verificar o caso da Colômbia, por exemplo, que, em suas reformas constitucionais, incluiu cadeiras no Parlamento para os representantes das populações originárias, elevou os dialetos locais a idiomas oficiais e reconheceu a diversidade étnica.

No Brasil, por exemplo, o acesso à informação, às plataformas digitais e à efetivação do direito de resposta e de petição evidenciam um papel ativo do cidadão. Há ainda outras formas de participação nas audiências públicas, consultas públicas, além da transparência e da ampliação de instituições que atendem diretamente a população, como a defensoria pública, os serviços de defesa ao consumidor e até ouvidorias governamentais.

Ademais, o sistema constitucional sofreu reformas com a constituição que ampliou diretamente a atuação de atores da sociedade no âmbito do controle de constitucionalidade concentrado, atribuindo iniciativa de organizações da sociedade civil³, como os partidos políticos, as entidades de classe, confederações sindicais e o conselho federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Antes de 1988, apenas o Ministério Público na figura do Procurador-Geral da República integrava esse rol de legitimados.

Fora as formas de participação, é notório que a atuação do Poder Judiciário tem alterado substancialmente a dinâmica entre os poderes e revolucionado o constitucionalismo. Assume-se aqui que não foi algo pensado com esse fim, não se pensou em criar um chamado juiz legislador, figura essa temida por Montesquieu em *O Espírito das Leis*, que expressamente dizia que “não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo, não existe liberdade” (MONTESQUIEU, 1995 p. 119).

³ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

I - O Presidente da República;

II - A Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - A Mesa de Assembleia Legislativa;

IV - A Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V - O Governador de Estado;

V - O Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - O Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - Confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Sem a pretensão de esgotar o polêmico tema do ativismo judicial e todos os efeitos que isso possui nas democracias latino-americanas, não há como se negar que esse movimento vem ganhando força cada vez mais e isso vem trazendo profundas alterações no constitucionalismo desses países. Pode-se dizer então que os processos latino-americanos de independência realizaram um movimento deficiente de invenção das suas comunidades políticas, pois se deu de forma excludente, negando a inclusão no conceito de comunidade. Esses grupos que existiam eram relevantes e fazem parte dessas sociedades. O novo constitucionalismo vem, portanto, para corrigir esse processo anterior (AVRITZER, 2016).

Além dos marcos temporais já tratados e de algumas características abordadas, antes de adentrar especificamente nas demais características específicas do novo constitucionalismo latino-americano, é oportuno apresentar a dialética decolonial relacionada a ele. Como mencionamos anteriormente, a hermenêutica jurídica tradicional estrutura-se com base em uma teoria da hierarquia da norma, embebendo-se da teoria positivista tradicional, com o Direito posto a única forma jurídica válida.

Esse é um dos paradigmas contra o qual o novo constitucionalismo latino-americano se insurge, entendendo-se como válido inclusive outras formas de resolução de conflitos e incluindo atores historicamente negligenciado. Existem doutrinas filosóficas que defendem a utilização do chamado Direito Achado na Rua, desconstruindo o axioma dessa elitização do Direito que é tão inacessível para diversos segmentos da sociedade, especialmente os que mais necessitam. Inclui-se aí fontes de Direito que seriam responsáveis por torná-lo mais realista e mais efetivo, mas esse debate, apesar de relacionar-se em certa medida com o objeto do novo constitucionalismo, não é objeto desse trabalho.

Percebe-se que após a independência da América Latina, adotou-se modelos constitucionais utilizados nos países centrais, nesse caso já se incluindo os Estados Unidos apesar de aquele não ter tido uma independência tão mais precoce que a dos países da América Latina. O constructo adotado lá foi outro, com uma outra forma de colonização. Desde estágios iniciais de sua independência, os Estados Unidos ocuparam posição central no cenário mundial.

O colonialismo se transmutou no pós-independência, em pós-colonialismo, ou em neocolonialismo, como preferem outros autores. Isso, em síntese, representa uma forma diversa de dominação ideológica, econômica, política e epistemológica, evidenciando que o ato de se tornar formalmente independente não foi suficiente para

romper com as amarras existentes que relega a figura de subalterno e periférico para esses países da América Latina.

Mas é importante perceber que essas reformas e esse novo constitucionalismo representou uma ruptura com esse modelo neocolonial. Contudo, utilizando-me dos dizeres de Homi Bhabha (2012): “precisamos do pós-colonialismo para nos mostrar a experiência completa da descolonização”. Não foi possível em um primeiro momento criar um constitucionalismo latino-americano, não havia tempo hábil nem investimento em capital humano que pudesse permitir isso. Portanto, a adoção de um modelo importado, em um primeiro momento, representou um primeiro passo na caminhada para a criação de um constitucionalismo próprio, fato esse que está cada mais vez evidente desde a virada do século.

Sobre a relação do novo constitucionalismo latino-americano com a dialética descolonial, Débora Ferrazzo (2015) questiona se esse novo constitucionalismo, mesmo tendo o condão de gerar impactos substanciais na tradição jurídica desses países, poderia caracterizar uma “descolonização”.

Pondera-se que nesse trabalho, ao abordar essa perspectiva, opta-se por utilizar a denominação decolonização, adotando-se terminologia apresentada por Catherine Walsh, que diferenciou a descolonização da decolonização, ao suprimir a letra “s”, que permitiria diferenciar o projeto decolonial do grupo Modernidade/Colonialidade⁴ da ideia histórica de descolonização (BALLESTRIN, 2013). Isso é importante, pois a descolonização é um processo histórico e a decolonização seria algo mais amplo, relacionando uma ruptura mais direta com a colonialidade do ser, saber e de poder.

Dando continuidade a questão levantada por Ferrazzo, essa tem a seguinte conclusão sobre a temática:

Em síntese: o momento é histórico pela simples inserção de novos valores nas constituições tradicionalmente eurocêntricas; é potencialmente revolucionário, pois deste momento pode surgir um novo paradigma que coloque a vida digna para todos como horizonte; mas guarda o risco de que este ciclo se conclua legando mais um rol de promessas não cumpridas. Portanto, há diversas questões abertas neste novo constitucionalismo que vem se construindo na América Latina e que requerem observação e questionamento crítico. Em termos filosóficos jurídicos, a formulação que poderia ser aceita e tomada como horizonte factível para este questionamento seria a de Celso Ludwig (2006, p. 221): Em tempos de exclusão, permitir que todos caibam é direito fundamental (FERRAZZO, 2015, p. 44).

⁴ Grupo de intelectuais latino-americanos e americanistas que estudavam nos Estados Unidos e tinham como objeto os chamados estudos subalternos, teorizando acerca de desenvolvimento dos países do Sul.

Ainda em outro artigo, analisando efetivamente o caso dos estados plurinacionais (FERRAZZO; DUARTE, 2015) em especial a reforma constitucional ocorrida na Bolívia, a autora menciona sobre a mesma matéria:

Estas experiências, aqui ilustradas pelas práticas jurídicas bolivianas, trazem em si extrema relevância por descortinar uma nova de fazer direito. E trata-se de uma forma que se constrói desde o Sul, buscando a subversão as comunidades historicamente negligenciadas na América Latina, resgatando o espaço de convivência intercultural suprimido no processo histórico de colonização.

No mesmo sentido, Heleno Florindo da Silva:

De modo diverso, o novo cenário constitucional latino-americano mostra ao mundo europeu e norte-americano, a possibilidade de alcançarmos uma nova racionalidade social e política, principalmente em relação as decisões do Estado.

(...)

Todo esse movimento constituinte latino-americano, principalmente nos países de ancestralidade indígena e campesina andina, vem adentrar que as novas Constituições nesse contexto trazem um catálogo de direitos constitucionais que rompe com o paradigma geracional de modernidade eurocêntrica.

São textos, portanto, construídos a partir do (re)surgimento do indígena, do campesino, efetivamente, como um sujeito de direitos, com vez e voz no cenário das decisões políticas, sociais e econômicas do estado, frutos do reconhecimento da existência de um pluralismo epistemológico.

Acerca da ideia de pluralismo, muito embora, já desenvolvida acima, é importante destacar, que o seu reconhecimento no Sul Global e a partir dele, possibilita a construção de uma perspectiva nova a essa expressão Entende-se assim que as reformas e o novo constitucionalismo se coaduna com as teorias relacionadas a epistemologias do Sul, pois promoveram alterações epistemológicas relevantes e trouxeram valores diversos, alerta-se sim para o fato de que a efetividade dessas alterações na vida das pessoas deve ser observada, tudo é muito recente e ainda é cedo para tomar conclusões, mas algumas consequências já insurgem, como a atuação do poder judiciário que evidencia que houve sim uma ruptura com o paradigma anterior (SILVA, 2015, p. 152;155).

Oportunamente, se abordará a interculturalidade e o papel das comunidades tradicionais, pois encontram-se no centro das reformas que caracterizam esse novo constitucionalismo, a interculturalidade e o pluralismo jurídico, corolários desse novo paradigma.

Por derradeiro, a teoria política, nos dizeres de Boaventura Santos (2010, p. 12) foi construída sobre uma base monocultural e eurocêntrica, não havendo maneira de

desvencilhar a teoria política e suas instituições do sistema jurídico existente. Ocorre que o autor entende que a crise existente é do próprio Estado, tendo em vista que a teoria política se encontra em divergência da prática política existente nos países periféricos, especialmente pelo fato de que as teorias que analisam as transformações sociais consideram os movimentos existentes nesses países centrais e o que ocorreu em realidade nos últimos trinta anos é que as transformações relevantes se deram no Sul.

Por esse motivo, a forma de resolver essa dicotomia encontra-se no aprender com o Sul, com uma leitura mais ampla das contradições sociais, exatamente no sentido de que esse movimento caracterizado pelo novo constitucionalismo é balizado por um novo conceito de igualdade, caracterizado pela luta pelo reconhecimento das diferenças.

A diferença do Estado neoliberal e do plurinacional, intercultural se dá exatamente pelo fato de o primeiro considerar que existe apenas uma nação no Estado. Já o plurinacional combina diferentes conceitos de nação dentro de um só Estado, caracterizado pelo diálogo e pela intenção de conceder voz a todos os segmentos sociais, refundando o conceito de Estado capitalista e neoliberal. Em nenhum momento, os segmentos sociais desconsiderados pelo modelo constitucional tradicional reclamaram por independência e rompimento do Estado, mas apenas pelo reconhecimento e direito de participar ativamente da vontade política desse país.

Passando da teoria e da relação entre o novo constitucionalismo latino-americano e a dialética decolonial, mostra-se necessário abordar um breve histórico das reformas constitucionais recentes que caracterizaram um movimento singular.

As reformas constitucionais que caracterizaram o novo constitucionalismo latino-americano, divide-se em três ciclos de reforma (WOLKMER, 2013, p. 30). Esse movimento se iniciou no final da década 80, sendo a constituição brasileira de 1988 um dos marcos iniciais, a Constituição cidadã desde seu preâmbulo e de seus artigos iniciais mostra a que veio, evidenciando a preocupação em reconhecer no povo todo o poder emanado para a instauração da ordem vigente, ampliando a noção de cidadania, participação e de respeito as diferenças e as identidades existentes dentro do país.

Pode-se falar que a Constituição brasileira já estava ideologicamente alinhada com o multiculturalismo, que vai evoluindo nos anos seguintes, chegando aos Estados Plurinacionais inaugurados pela Bolívia e Equador em reformas constitucionais ocorridas já no século XXI.

A constituição do Canadá de 1982 é tida como o marco do constitucionalismo multicultural por trazer direitos e inovar no âmbito das garantias das populações

originárias, seguida da Constituição da Guatemala de 1985, Nicarágua em 1987 e Brasil 1988.

Posteriormente ao multiculturalismo, seguiu-se o pluriculturalismo, que teve na Constituição colombiana de 1991, seu marco inicial, seguidas pelas seguintes constituições: México-1992, Perú-1993, Bolívia-1994, Argentina- 1994 e, por fim, a Venezuela em 1999.

Depois disso, falou-se no constitucionalismo plurinacional, tendo como representantes as Constituições da Bolívia de 2009 e do Equador em 2008.

Raquel Fajardo dividiu em três as fases de reformas constitucionais da América Latina: um primeiro ciclo que houve a emergência do multiculturalismo e do Direito à diversidade cultural (1982-1988); o segundo ciclo, responsável pelo Estado-Nação multicultural e o reconhecimento do pluralismo jurídico interno (1989-2005); e um terceiro ciclo, houve a demanda pelo Estado plurinacional (2006-2008).

Nesse diapasão, algumas características próprias vieram com essas reformas, criando um modelo de democracia inclusiva e participativa que pode ser considerada como um constitucionalismo tipicamente latino-americano. Os ciclos de reforma supramencionados foram responsáveis por dentre outras coisas, *in verbis*:

- o reconhecimento do caráter pluricultural do Estado/nação/república, e o direito à identidade cultural, individual e coletiva. O que permite superar a ideia de Estado-nação monocultural e monolíngue.
- o reconhecimento da igual dignidade das culturas, que rompe com a supremacia institucional da cultura ocidental sobre as demais.
- o caráter do sujeito político dos povos e comunidades indígenas e campesinas. Os povos indígenas têm direito ao controle das suas instituições políticas, culturais e sociais e seu desenvolvimento econômico. O que permite superar o tratamento tutelar desses povos, como objeto de políticas que ditam terceiros.
- o reconhecimento de diversas formas de participação, consulta e representação direta de povos indígenas, campesinos e afrodescendentes. O que supera a ideia de que apenas os funcionários públicos representam e podem formar a vontade popular.
- o reconhecimento do direito (consuetudinário) indígena e a jurisdição especial. Isto supõe uma forma de pluralismo jurídico interno. Todos os países andinos incorporaram na Constituição alguma fórmula de pluralismo legal reconhecendo autoridades indígenas ou campesinas, funções de justiça ou jurisdicionais, e o direito indígena ou suas próprias normas e procedimentos.
- Junto a isso, o reconhecimento de um conjunto de direitos relativos à terra, as formas organizacionais coletivas, educação bilíngue intercultural, oficialização de idiomas indígenas, etc (FAJARDO, 2009, p. 30).

Pretende-se abordar especialmente as questões relacionadas com os direitos indígenas, assumindo-se que o reconhecimento e a constitucionalização desses direitos,

conjuntamente com busca pela democracia, constituem as bases fundantes desse novo constitucionalismo, nos dizeres de Boaventura Santos e da melhor doutrina relacionada.

A ruptura com a lógica monista e eurocêntrica teve que passar por esses direitos, num processo de decolonização, tendo em vista que se trata de uma nova forma de se pensar o Estado, com o reconhecimento de uma interculturalidade que caracteriza esse modelo constitucional em questão.

José Ribas Vieira (2009) estudou o novo constitucionalismo latino-americano a partir de um recorte mais abrangente: a definição do professor espanhol Rúbén Martínez Dalmau, que referenciou dez características do novo constitucionalismo latino-americano:

1) O Marco inicial foi a promulgação da constituição venezuelana de 1999, que originou as constituições do equador e da Bolívia (opinião do autor que considera um marco mais recente, contudo, como foi evidenciado, parte da doutrina já entende que o multiculturalismo, anterior a esses marcos, já poderia ser considerado um estágio inicial desse processo).

2) A constituição é elaborada por assembleia constituinte participativa, sendo submetida a referendo popular depois disso.

3) Constituições extremamente analíticas.

4) Toma como base o constitucionalismo europeu, mas, a partir disso, tenta superar no que este não conseguiu avançar.

5) Promove uma releitura do que é a soberania popular.

6) Estabelece instituições de controle baseadas na participação popular.

7) Define o povo como uma comunidade aberta de sujeitos.

8) Revisita o conceito de globalização, percebendo a necessidade de se unir ao global, mas enfatiza o reconhecimento e a proteção dos valores locais e históricas deles.

9) Busca a promoção da integração latino-americana.

10) Possui a forte característica de se opor ao modelo neoliberal, permitindo a intervenção estatal na economia.

Percebe-se que o modelo constitucional estudado possui uma característica muito peculiar que é a busca do consenso, o enfoque na participação social como uma forma de ampliar a legitimidade do ordenamento jurídico. Tal concepção ultrapassa inclusive o conceito tradicional de pós-positivismo, que seria a reconciliação do Direito

e da moral, a efetividade de direitos difusos e, em especial, a interpretação constitucional pautada mais pela hermenêutica e os princípios que a norteiam do que do rigor formal do texto da lei.

Essa fase mais recente do novo constitucionalismo, inaugurada na revolução venezuelana e que pode se dizer que tem sido aprimorado pelas Constituições boliviana e equatoriana, perpassa por essa lógica do pós-positivismo. Mas a questão que aqui se debate não é apenas a forma de interpretação da constituição em uma concepção kelseniana.

Repensa-se o contrato social em si, amplia-se o conceito de soberania popular e altera-se o cerne da preocupação em relação à representatividade dos sujeitos num viés intercultural. As constituições boliviana e equatoriana trazem em todo o seu corpo textual uma preocupação com representatividade de gênero, classe, étnica, social, orientação sexual etc.

É uma conjuntura de fatores históricos, econômicos, sociais e políticos que foram justapostos e que corroboraram para que esse modelo fosse criado. Esses países vieram de um histórico de colonização, onde seus povos foram escravizados e sua existência condicionada a servir às colônias europeias.

O pensar local foi completamente abafado, o direito a uma identidade própria negado e a criação de um sentimento de inferiorização, que foi utilizado como ferramenta de dominação nesse sistema. O processo de independência se deu de maneira a manter um regime altamente excludente, em que as elites branca e católica foram responsáveis por perpetuar o *status quo*. Neste momento, novamente foi negado às minorias o apoio estatal e o direito ao reconhecimento de figurar como sujeito de direito, no sentido de fato.

Após lapsos de democracia, dominada por essa elite que repetia o padrão de pensamento do sistema colonial de 500 anos atrás, com rupturas intermitentes, com breves momentos democráticos. Mas, novamente esses países foram dominados por golpes de Estado, com regimes em que as mínimas garantias constitucionais, como o *habeas corpus*, foram revogadas. Ressalta-se que essas garantias já eram secularmente estáveis nos países centrais. Esses regimes golpistas foram apoiados por países desenvolvidos. Oportunidade em que, novamente, a soberania popular e o direito de se autogovernar foram tolhidos desses povos.

O histórico de abuso econômico, social, político e de violações das garantias constitucionais impuseram um novo modelo de desenvolvimento com características

própria. Este momento inaugurou um constitucionalismo que tentou superar os modelos europeus, especialmente porque foi pensado para nossos povos com o objetivo de gerar uma integração e um fortalecimento econômico, social e inclusive reconhecer o direito à identidade latino-americana, de tantas maneiras negada.

Não se pode pensar nesse novo constitucionalismo latino-americano apenas nos casos dos chamados estados plurinacionais, em especial como previsto nas constituições da Venezuela, Bolívia e do Equador. O reconhecimento do pluralismo jurídico, dos sujeitos de direito, das formas ativas de participação popular e especialmente dos direitos indígenas são fenômenos que tiveram início no final da década de oitenta. Por esse motivo, pensar que o novo constitucionalismo latino-americano está restrito a esses países que passaram por reformas constitucionais recentes é padecer de um reducionismo incongruente em relação aos regimes constitucionais verificados na América Latina.

Sob tal prisma, pretende-se analisar oportunamente sob o enfoque do novo constitucionalismo latino-americano a evolução e as reformas que se ocuparam os direitos indígenas no constitucionalismo da América Latina. Toma-se como exemplo alguns casos emblemáticos, representativos da realidade latino-americana, como a Bolívia, um Estado plurinacional em que a população indígena constitui maioria étnica, havendo inclusive certa unidade linguística com uma grande maioria que fala Aymara e Quéchua.

Alcida Ramos (2012) sustenta que tal fato não pode ser olvidado, tendo em vista que o volume demográfico pode não ser condição suficiente, mas certamente é condição necessária para que uma mobilização para o acesso ao poder nacional possa ser bem-sucedida. A Colômbia, por sua vez, é um caso em que os povos indígenas representam minorias étnicas, mas conseguiram o reconhecimento de direitos como uma jurisdição própria e a representação política nas duas casas legislativas.

O Brasil, que possui uma constituição avançada na órbita do reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais, carece de instrumentos específicos para as populações indígenas, havendo poucas previsões a esse respeito e sendo omissa em diversos pontos, como na representação política e jurisdição própria. O Brasil coloca, além disso, os territórios indígenas sob a batuta do Governo Federal, assegurando proteção, contudo em um sistema híbrido que não atribui a esses povos a propriedade efetiva dessas terras.

O Chile representa o caso de um país onde o processo de redemocratização não representou um avanço na órbita da constitucionalização dos direitos indígenas. O modelo desenvolvimentista neoliberal do estado chileno, nos dizeres de Rosamel Millaman

(2012), importou que o Chile democrático pouco diferira da ditadura de Pinochet com relação aos povos indígenas.

Mencionou-se esses exemplos para se evidenciar que é possível fazer um recorte do novo constitucionalismo latino-americano a partir dos direitos indígenas, questão que, juntamente com as reformas relacionadas com pluralismo jurídico e a interculturalidade, será abordada no segundo capítulo, após superada a caracterização desse movimento como uma epistemologia do Sul e sob o viés notório da decolonialidade que isso representou e ainda representa.

3 POVOS INDÍGENAS: DA INTEGRAÇÃO À AUTODETERMINAÇÃO. O NÚCLEO EPISTEMOLÓGICO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

3.1 Sumak kamsay e o bem viver

Sumak kamsay, em quéchuá (idioma dos povos andinos), quer dizer bem viver, viver em plenitude - esse é o princípio constitucional norteador dos estados plurinacionais da América Latina, expressamente previsto nas constituições bolivianas e equatorianas.

Importa ressaltar que a inclusão dessa expressão em um texto constitucional de um país latino-americano, possui um significado muito forte. Trazer expressamente uma denominação utilizada pelos povos originários, fora dos idiomas coloniais, representa uma ruptura.

Isso evidencia desde um primeiro momento que o paradigma norteador dessas constituições foi construído dentro de um caminho próprio, fora da lógica monista e eurocêntrica.

O chanceler boliviano, David Choquehuanca assim falou sobre o bem viver:

Desvaloriza nuestros saberes, aniquila lentamente nuestra visión propia del Vivir Bien y desintegra la vida comunal y cultural de nuestras comunidades, al hacernos tanto asimilar y depender de propuestas ajenas que son contrarias a nuestros códigos y valores como liquidar las bases tanto de la subsistencia como de nuestras capacidades y conocimientos para satisfacer NOSOTROS MISMOS nuestras necesidades y las exigencias de Pachamama, lo que al final resultará en que nuestras comunidades seguiremos apareciendo como “las más pobres entre las pobres

(...)

Como hijos de Pachamama, de la Madre Tierra, ofrecemos al mundo nuestros principios y códigos culturales, espirituales, lingüísticos e históricos, los conocimientos y saberes ancestrales de nuestros abuelos, la memoria histórica que descansa en la arquitectura, en la cerámica, en la textilería, todo el Saber guardado que nuestros ancianas y ancianos susurran en el silencio y que podemos "leer" en sus arrugas y en nuestros libros de piedra, el hablar de los antepasados con lagos y mares humedecen nuestras lenguas, el acontecer ancestral que nuestros genes despiertan y hablan en nosotros, que los montes y nevados nos dialogan, que los vientos nos soplan en los oídos (CHOQUEHUANCA, 2010).

Pablo Dávalos, economista equatoriano disse em entrevista que o bem viver é “uma forma diferente de relação entre a sociedade e a natureza, e a sociedade e suas

diferenças, na qual a individualidade egoísta deve se submeter a um princípio de responsabilidade social e compromisso ético”⁵. Constrói-se, com isto, uma constituição sob esse paradigma, que representa um conceito utilizado pelos povos andinos, portanto, sem vínculo com a lógica usual estabelecida no Ocidente, tradicionalmente capitalista e colonial.

Ademais, aborda-se questões muito sensíveis para as sociedades desses países, como o respeito à alteridade e diferença, a vivência em comunidade sem perder a noção de unidade nacional, identificando seu local no espaço como parte de um todo, sem deixar de promover o respeito à individualidade, algo negado por tanto tempo.

Opta-se por iniciar esse capítulo fazendo remissão a terminologias utilizadas no que seria o ápice (até o momento) do novo constitucionalismo latino-americano: as constituições dos estados plurinacionais. O bem viver representa os valores mais nobres para o novo constitucionalismo, que é uma forma de desenvolvimento sim, mas desenvolvimento latino-americano, com respeito às características locais e a as diversas culturas existentes.

Não se impõe a importação de um modelo de constitucionalismo, socialmente inadequado, não existe mais espaço para isso. Pelo final opta-se por iniciar, porque se caminhou muito para poder se possibilitar a inscrição desses direitos sob um novo paradigma nas constituições desses dois países.

Bolívia e Equador são representativos porque estão incrustados nos andes, numa região que foi de difícil acesso para os colonizadores. Apesar disso, os países conseguiram quase que no coração do império Inca - o maior império conhecido da América do Sul - implementar um modelo de dominação e exploração que negou a esses povos toda sua cultura milenar, adotando uma lógica de mercado, catequisando, dominando e explorando os povos locais. Em uma mentalidade individualista e de concentração de renda, a ocupação pelos colonos não se preocupou com a consumibilidade dos recursos naturais e com a vida em comunidade, sacrificando os insurgentes e massacrando os oprimidos.

Paulo Suess (2010)⁶, em texto divulgado no sitio eletrônico o Conselho Indigenista Missionário - CIMI, trabalha diversos conceitos relacionados ao sumak

⁵ Entrevista disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/159-noticias/entrevistas/35544-sumak-kawsay-uma-forma-alternativa-de-resistencia-e-mobilizacao-entrevista-especial-com-pablo-davalos>> Acesso em: 12 abr. 2018.

⁶ Elementos para a busca do bem viver (sumak kamsay) para todos e sempre. Disponível em: <<https://www.cimi.org.br/2010/12/elementos-para-a-busca-do-bem-viver-sumak-kawsay-para-todos-e-sempre/>> Acesso em: 13 abr. 2018

kawsay. Suess se refere ao conceito como transindividual, social e relaciona-o com a história dos países latino-americanos se insurgindo contra a lógica do capitalismo, tanto econômica, quanto científica, que nega os saberes. Assim, o movimento é contra o método padrão, utilizando-me da terminologia popularizada por Feyerabend⁷. Transcreve-se algumas citações do texto do CIMI:

Na construção do “bem viver”, dois eixos são sumamente importantes: o “bem viver” para todos, quer dizer, o combate contra uma sociedade de classes e privilégios, e o “bem viver” para sempre, que é o “bem viver” com memória histórica, o bem viver não apenas dos sobreviventes e vencedores, mas o bem viver que dá voz e ouvido aos vencidos. Sem essa dimensão de resgate histórico e horizonte escatológico é impossível pensar o bem viver para sempre. Portanto, o bem viver tem uma dimensão que perpassa o tempo (diacronia), uma dimensão transhistórica, e uma dimensão contemporânea e simultânea (sincrônica), que enfoca o aqui e agora do indivíduo e da sociedade.

A Independência dos países latino-americanos nem sempre foi um avanço em direção do bem viver. Os mecanismos da colonização e de uma sociedade escravocrata podem também continuar em países independentes. As elites mestiças, crioulas e brancas que assumiram os governos ditos independentes, muitas vezes reproduziram os mecanismos de dominação no interior de seus países. No Brasil, a escravidão continuou. Nos países emancipados, afro-americanos e indígenas, geralmente, não participaram de o “bem viver” pós-colonial. Acreditamos que um outro mundo é possível, porque o atual tripé crescimento econômico, segurança social e democracia política não oferece perspectivas do bem viver universal. Não entramos no jogo de alternativas perversas: democracia com fome e miséria, ou bem-estar material sem participação, sem liberdade política e sem horizonte de sentido, ou prosperidade econômica do país com ditadura e fome.

A construção do bem viver é uma construção cultural (não natural). Quem quer construir o bem viver, é contracultural. Essa construção significa:

- descolonizar as instituições políticas,
- desmercantilizar os saberes, a fé, a escola, saúde,
- desprivatizar o que deve ser de domínio público,
- na patologia da aceleração somos o freio de emergência (ibid.).

O bem viver caracteriza assim uma desconstrução da colonialidade, abrangidas a colonialidade do ser, saber e do poder. A do ser, porque reposiciona os sujeitos dessas

⁷ Apesar de trabalhar conceitos que estão mais relacionados com questões metodológicas, o clássico *Contra o Método*, de Feyerabend - FEYERABEND, Paul, contra o Método. 3ªed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1989 - traz o conceito de anarquismo epistemológico, mais no sentido de se questionar a metodologia e a disciplinariedade do cientificismo moderno. Mas apesar de ser um conceito que questiona a metodologia do conhecimento científico, pode-se considerar que, ao ir “contra o método”, ele acaba abrindo espaços para outras formas de constructos e pensamentos, dando uma grande contribuição para trabalhos interdisciplinares como esse, apesar de a questão aqui enfrentada não estar diretamente ligada com um suposto anarquismo epistemológico, e sim com o monopólio e a lógica monista da ciência eurocêntrica existente.

sociedades como protagonistas de sua história, sob um novo epicentro que seria um paradigma de uma identidade latino-americana, diversa da europeia, entendendo essa diferença e aceitando essa identidade como algo positivo, rompendo-se com o sentimento de inferioridade, de colonizado e de subalterno.

Pode-se falar que o conceito rompe também com a colonialidade do saber, ao permitir o reconhecimento e a valorização de conceitos oriundos das sociedades indígenas, desmercantilizando os saberes e buscando uma lógica diversa da oriunda do capital. A de poder, por atribuir a democracia e a união da vontade coletiva, não em um conceito majoritário *stricto sensu*, mas numa resignificação do que é democracia em um viés latino-americano, reconhecendo as minorias e atribuindo a todos os sujeitos o papel de protagonistas do exercício do poder nesses estados plurinacionais.

O Suma Qamaña, expressão Aimará traduzida de modo pobre para Vivir Bien, revela ainda mais, Valores importados do Norte, como o Luxo, a opulência, a competitividade e o egoísmo são rechaçados nessas comunidades. É muito simples entender essa visão de mundo como inconciliável com o Neoliberalismo. Como tudo está conectado e os indivíduos se sentem componentes da Mãe Natureza, a Pachamama, a complementaridade e o consenso são reafirmados (MEDINA, 2014, p. 138).

No caso de querer ir por uma linha reducionista, aplicar-se-á a chamada navalha de Occam⁸, método epistemológico também conhecido como *Lex Parsimoniae* ou Lei da Parcimônia, entende que, se fosse possível condensar toda a hermenêutica do constitucionalismo andino (sinônimo do novo constitucionalismo latino-americano) em um único princípio metodológico, o sumak kamsay poderia ser a pedra angular de toda a epistemologia. Como já afirmado, essa denominação que em um primeiro momento caracteriza uma cosmovisão dos povos andinos, condensa tantas significações que permeiam tudo que esse movimento tem buscado.

Além do sumak kamsay, as Constituições do Equador e da Bolívia trouxeram um novo sujeito de direitos, a Pachamana, traduzido de forma limitada como “mãe natureza”. A constitucionalização da Pachamana representa uma filosofia que deixa de ser completamente antropocêntrica, eleva a proteção jurídica da natureza de forma abrangente, como um sujeito, repensando a relação do ser humano com a natureza e

⁸ Texto: O Princípio de Occam, de Jefferson Martins Cassiano. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/o-principio-de-occam/59994#ixzz5CYm3XPEu>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

entendendo que deve haver respeito a natureza e seus recursos no âmbito do bem viver da nação.

Um paralelo interessante pode ser estabelecido aqui, o conceito de desenvolvimento sustentável foi criado no relatório Brundtland, elaborado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente em 1987, a partir do trabalho da primeira-ministra da Noruega Gro Harlem Brundtland, propondo um desenvolvimento que atenderia as necessidades do presente sem comprometer as demandas das gerações futuras.

Percebe-se que o conceito de Pachamana e de Bem viver, passam pelo desenvolvimento sustentável, mas são mais abrangentes. Caracterizam assim conceitos milenares adotados e incorporados pelos povos andinos em suas vidas, que não apenas se preocupam com o meio ambiente e seus recursos naturais em decorrência das necessidades do homem, mas o considera como um verdadeiro sujeito de direitos. Os indígenas nesse caso, há muito tempo já se atentavam para a relevância da preservação ambiental.

A Pachamana e o sumak kamsay estão umbilicalmente relacionados. Já que ambos conceitos já faziam parte dos saberes dos povos indígenas há muito tempo, não foi preciso o estabelecimento de protocolos ou de denominações utilizadas pelos organismos internacionais, que estabeleceram conceitos como desenvolvimento sustentável etc.

Em síntese, o desenvolvimento da coletividade está relacionado com o do meio que todos habitam, o respeito irradia não apenas para os sujeitos humanos envolvidos, mas para a natureza que os circunscreve, partindo do pressuposto que o tempo de desenvolvimento deve ser outro, não há necessidade de uma busca desenfreada de riquezas, às custas de desigualdade social e de esgotamento dos recursos naturais existentes.

Essa cosmovisão possui quase uma infinidade de significados e consequências e rompe com a visão neoliberal, eurocêntrica e capitalista de desenvolvimento, entendendo que esse não pode ser o modelo adotado na América Latina, pois é inadequado aos valores e pretensões desses povos.

3.2 Povos Indígenas - entre a negação dos direitos e a mobilização; um breve histórico da questão indígena na América Latina

Segundo o censo de 2010, existem 45 milhões de indígenas vivendo na América Latina. Se considerarmos que, em 2008, a população da região foi estimada em 569

milhões de habitantes, os indígenas contemplam um percentual de quase 10% da população. Além deste percentual significativo, ressalta-se que, em diversas regiões, muitas pessoas não consideradas indígenas possuem vínculos diretos com esta população, especialmente na região dos andes e da América Central.

No mapa seguinte, elaborado pela Comissão Econômica para a América Latina e Caribe (CEPAL)⁹, encontra-se a distribuição dos povos indígenas nos países latino-americanos. A partir dessa visualização, percebe-se que existem povos indígenas em quase todas as regiões.

Dentro no rol desses países, o Brasil é o local em que se encontra o menor percentual de povos indígenas, apesar de, em números absolutos, ainda ser um número expressivo - 900 mil pessoas. Já na Bolívia, encontra-se o maior percentual, 62,2% do de indígenas.

Ressalta-se o caso do Equador que, mesmo possuindo percentual diminuto de sua população, inaugurou o movimento constitucional do Estado Plurinacional, caracterizando assim que a questão não pode ser reduzida apenas em números absolutos, mas sim ideológica e semântica, e mormente histórica.

Além disto, as ideias positivadas representam um ideário comum ao povo latino-americano e, aproveitando para discordar novamente do posicionamento doutrinário apresentado no capítulo 1, a questão indígena possui sim densidade epistemológica para constituir um constitucionalismo próprio, exatamente pela lógica contra-hegemônica que pretende, sob os preceitos do *sumak kamsay*, refutar a lógica monista excludente do capitalismo ocidental.

Algumas informações relevantes são apresentadas no mapa abaixo apresentado:

⁹ A CEPAL é comissão vinculada a Organização das Nações Unidas, o mapa elaborado pelo CEPAL encontra-se disponível em: <<http://www.ipsnoticias.net/portuguese/2015/10/ultimas-noticias/minorias-se-fazem-ouvir-sobre-populacao/>>. Acessado em: 13 abr. 2018.

Los pueblos indígenas en América Latina

Se estima que, para el año 2010, vivían en América Latina cerca de 45 millones de personas, lo que representa 8,3 % de la población de la región. Naciones Unidas ha sido pionera en la defensa de sus derechos a través de diversos mecanismos y normativas especiales para ellos.



La CEPAL alienta a los países de la región a poner en marcha políticas públicas que:

- 1) se basen en los estándares de derechos de los pueblos indígenas
- 2) incluyan sus perspectivas y sus aportes al desarrollo de la región
- 3) consoliden mejoras en su bienestar y condiciones de vida, participación política y derechos territoriales
- 4) fomenten la construcción de sociedades pluriculturales que nos beneficien a todos y todas

CEPAL Fuente: Los pueblos indígenas en América Latina: avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos, CEPAL – www.cepal.org/publicaciones

Figura 1: mapa de povos indígenas na América Latina

Insta ressaltar que a Colômbia e o Brasil, apesar estarem percentualmente entre os países com menor população indígena, são de longe os países em que estes apresentam maior diversidade étnica. No caso brasileiro, pela grande extensão territorial e pelo aldeamento característico, as populações indígenas do país apresentam um perfil que inclusive dificultou a existência de uma unidade da representatividade do movimento indígena. Aqui temos um território muito grande, com populações pequenas espalhadas e isoladas, com características heterogêneas, pertencentes a alguns troncos linguísticos divididos por diversos dialetos.

De acordo com os dados apresentados, percebe-se que, além de todos os aspectos socioculturais, a presença da população indígena é forte, concreta e constitui parte importante da identidade dos povos latino-americanos. Apesar dos avanços no âmbito do reconhecimento dos direitos desses povos ocorridos mundialmente e também na região,

esses ainda são considerados populações vulneráveis, sendo que em muitos países existem comunidades com risco de serem eliminadas e extintas, seja por embates diretos, seja pela condição de miserabilidade a qual são reduzidas e pelo completo descaso estatal.

Em um continente caracterizado por sua vocação agropastoril, a terra ocupa questão central. Por óbvio, historicamente, a América Latina é uma grande produtora e exportadora de *commodities*. Foi sobre a terra que se estruturou a exploração das colônias e é na terra que repousam ainda as grandes tensões sociais na América Latina. Tanto que muitos dos movimentos sociais e das lutas de classes historicamente que se mobilizaram pelos direitos no continente estão prevalentemente relacionados à questão agrária.

Isso tudo para dizer que a questão da terra é o local onde o tecido social, caracterizado pela lógica de capital e pela concentração de renda, sempre se esgarçou na história latino-americana. No que se refere aos direitos indígenas, sem desmerecer outras inúmeras questões relevantes para esses povos, historicamente houveram embates e lutas relacionadas à questão da terra.

Dentro de uma lógica de mercado, concentração de renda e de desenvolvimento econômico, sem responsabilidade social e ambiental, dentro de uma concepção excludente e de concentração de renda, gerou-se grandes tensões e se demandou uma mobilização constante desses povos pelos seus direitos. Ocorre que a situação atual desses povos deve ser entendida como resultado histórico do processo de colonização, com a chegada dos europeus e a dominação ocorrida por mais de cinco séculos.

Durante esse período, quando não foram escravizados, índios foram retirados de seus territórios, esbulhados, perseguidos e submetidos a uma lógica política e jurídica de uma sociedade que, apesar de nunca ter oportunizado que esses participem ativamente dela, cobrou-os que estejam subordinados aos seus códigos, leis e seus imperativos.

Essa irrupção denomina-se perda da “territorialidade política” dos povos indígenas e da soberania dos seus territórios. No Século XIX, com os processos de independência da América Latina, a ocupação das terras indígenas se reforçou com a adoção de novos marcos legislativos que privilegiavam a propriedade privada e com base no discurso de que era necessária a expansão das fronteiras agrícolas.

Já no Século XX, esse processo se expandiu para a Amazônia e outras zonas periféricas, seguidos pelo movimento das empresas transnacionais e multinacionais com o objetivo de extrair recursos (por exemplo, o látex), das grandes obras de infraestrutura, como as hidroelétricas. Por fim, no último ciclo ocorreu a apropriação dos conhecimentos tradicionais e a biodiversidade (CEPAL, 2014).

3.3 Direitos indígenas, do integracionismo forçado ao pluralismo multicultural

A exploração e o aviltamento dos direitos dos povos indígenas se deram em todas as searas da existência desses povos. O abuso, portanto, foi material e imaterial. Contudo, a resistência indígena reagiu a cada um desses ciclos, retomando inclusive a expansão demográfica. Tendo em vista que essa população reduziu abruptamente nesse processo de exploração, em um passado recente, ela retomou o crescimento demográfico e vem consolidando uma mobilização crescente no sentido de promover a luta por seus direitos.

Internacionalmente, pode-se falar que a maior evolução dos direitos indígenas se deu em conjunto com o trabalho das Nações Unidas. Em nenhum momento se entende ou se tem uma visão maniqueísta dos organismos internacionais, especialmente a Organização das Nações Unidas. Ocorre que essa foi uma porta de entrada para que os movimentos indígenas tivessem um maior destaque no cenário internacional, que nunca abriu espaço para os seus pleitos. Nesse sentido, cabe destacar que houve a criação de um grupo de trabalho sobre povos indígenas em 1982. Posteriormente, houve ainda o estabelecimento de um fórum permanente para as questões indígenas no ano 2000. Após o trabalho e a inclusão de uma agenda fixa no âmbito das nações unidas para essas matérias, foi editada a declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos povos indígenas (CEPAL, 2014).

Os povos indígenas vêm de um histórico de negação absoluta de seus direitos, desde os tempos coloniais, com reflexos até os dias atuais, escravizados, torturados, tendo absolutamente negados seus direitos à cultura, religião, terra, lar, saúde e inclusive a sua identidade e subjetividade. Data de um passado recente a gênese de um movimento em sentido inverso no sentido de reconhecer seus direitos. Contudo, esse não é o ideário coletivo que existe nos povos dos países onde se encontram.

Existem três tipos de pensamentos em relação às populações indígenas nos estados contemporâneos (LOUREIRO, 2010). A primeira representa uma postura assimilacionista, com um viés que entende que a integração dos índios corrobora a um evolucionismo, se coadunando com um pensamento tipicamente ocidentalizado e de superioridade da civilização europeia. Tal postura advinha desde o período colonial, com políticas que promoviam inclusive o incentivo do casamento entre europeus e mulheres indígenas com o intuito de promover a dominação desses povos locais. Esse ideal de integração permanece até os dias atuais, com o objetivo claro de alterar-lhes a cultura e “civilizá-los”. A ideia de integração do indígena às sociedades funda-se nessas crenças,

que permanecem na contemporaneidade com esse pensamento colonial de superioridade, prosperidade e desenvolvimento advindos dessas sociedades europeizadas.

Essa corrente se sustenta, portanto, no viés ideológico, que entende, ora implicitamente, ora escancaradamente, que o modelo de vida existente nas sociedades ocidentais é mais desenvolvido, tendo caráter notadamente de superação, evolução e superioridade. Essa linha de pensamento povoa o subjetivo dos países latino-americanos até a atualidade, fato que ocorre quando há algum embate em relação aos direitos indígenas, em especial, que vá de encontro a algum projeto desenvolvimentista desses países. Relativizam-se com isto, os direitos que hoje são reconhecidos e praticam-se genocídios e esbulham-se suas terras.

Ainda existem diplomas normativos brasileiros que vigoram e que carregam esse tipo de pensamento arcaico. O Estatuto do Índio é um grande exemplo: mesmo indo em sentido contrário com o paradigma inaugurado pela nova carta constitucional, ele ainda possui vigência e prega a integração dos povos indígenas, mas não é uma integração que respeita a individualidade e a cultura desses povos. Em verdade, este estatuto representa uma deglutição do “menos” desenvolvido por quem detém o poder e dita o que é tido como desenvolvimento.

Uma segunda linha de pensamento é a que se situa em um plano ideológico diametralmente oposto ao primeiro. Nesse modelo, os índios têm o reconhecimento de sua cultura e do direito de viver sua individualidade e ter garantido os direitos que possibilitariam isso. Defende-se os direitos indígenas coletivos, em especial os relacionados à terra.

A Constituição de 1988 reconheceu o direito à multiculturalidade e o respeito e proteção às minorias. Portanto, é possível se dizer que ela está no sentido dessa segunda linha. Infelizmente, apesar de atualmente na América Latina, este pensamento e essa proposta, majoritariamente reconhecida no âmbito do direito interno desses países, nem de longe representa a maioria do pensamento da população, que vê nos índios e em seu *modus vivendi* um obstáculo ao seu modelo de desenvolvimento.

Percebe-se isso especialmente na constatação de que a sociedade civil, de maneira geral, não combate os movimentos e as investidas contra os indígenas. Isto é algo que possui baixa repercussão social, chegando até mesmo ao descaso jornalístico e da opinião pública. Cita-se como exemplo o genocídio que os Guaranis Kaiowás sofrem no Mato Grosso do Sul, que não houve interesse de divulgação e nem mobilização social representativa com o objetivo de se impedir esses lamentáveis acontecimentos.

Há por fim, uma terceira vertente ideológica que representa uma forma da corrente assimilacionista, contudo repaginada e com um discurso de moderação. Não se nega o reconhecimento dos valores étnico-culturais do povo brasileiro, reconhece-se, portanto, o direito à subjetividade e cultura das populações indígenas. Contesta o fato dos indígenas ocuparem terras extensas.

Ou seja, sob um discurso de reconhecimento utiliza-se de uma manobra de subutilização e desnecessidade da questão agrária dos povos indígenas, é tão perigosa ou mais que a primeira corrente. Está em consonância com vários projetos de desenvolvimento atuais, como a questão da demarcação das terras indígenas e o modelo proposto pela elite ruralista.

Sob esses três pensamentos, que vigoram até hoje é que foi construído o arcabouço jurídico que existe nos países latino americanos, além de instrumentos da órbita do direito internacional sobre a matéria.

No século XX, especialmente em sua segunda metade ocorreu um movimento internacional de reconhecimento dos direitos dos povos indígenas, havendo o debate e a criação de instrumentos da ordem do direito internacional com o objetivo de proteger seus direitos.

Esses direitos indígenas encontram-se na seara internacionalista, dentro do âmbito dos direitos humanos. Nos sistemas jurídicos nacionais os direitos indígenas apesar de terem como axioma fundamental a proteção aos direitos humanos, se desdobram em diversos outras searas jurídicas, relacionados a outros campos do Direito.

Existe um sistema internacional de proteção aos direitos humanos, que cada dia mais vem sendo utilizado pelos movimentos indígenas para denunciar abusos e tem ocorrido condenações dos países que se omitem na proteção. Basicamente pode-se resumir esse sistema da seguinte maneira no que se refere aos direitos dos povos indígenas:

De maneira sucinta, no sistema universal de proteção dos direitos humanos das Nações Unidas existem: i) mecanismos baseados na Carta das Nações Unidas, como o Conselho de Direitos Humanos (integrado por Estados que adotam resoluções), que por sua vez inclui vários mecanismos, os procedimentos especiais (como o Relator Especial), o exame periódico universal (mecanismo pelo qual os Estados avaliam a situação de outros Estados segundo uma modalidade predefinida) e órgãos assessores (como o Mecanismo de Peritos sobre os Direitos dos povos indígenas); ii) mecanismos baseados na aplicação dos principais tratados vinculantes do direito internacional sobre os direitos humanos por parte dos países que os ratificaram. Estes mecanismos,

chamados “comitês”, também se compõem de especialistas. Existem diversas possibilidades para apresentar queixas ao Conselho de Direitos Humanos, aos comitês e aos procedimentos especiais, que são importantes em casos de problemas urgentes (CEPAL, 2014, p. 16).

Ademais, nos países onde existem povos indígenas, os movimentos sociais - endógenos a essas populações, ou não, mesmo os existentes fora do seio dessas comunidades, seja no ambiente acadêmico ou em segmentos diversos da sociedade - foram responsáveis por promover a visibilidade da situação de vulnerabilidade que esses povos vivem. Esse fato conferiu destaque internacional a essa situação, o que gerou um movimento *bottom up* e *top down* cíclico que se retroalimenta, o que é responsável por influenciar constantemente no arcabouço normativo desses países, além de trazer uma agenda no âmbito das políticas públicas desses países.

3.4 A América Latina, entre instrumentos internacionais e reformas constitucionais, a gestão dos atuais sistemas jurídicos indigenistas

Considerando tal fluxo, mesmo que se eleja como recorte específico, o fenômeno institucional que gerou a positivação e o reconhecimento desses direitos nos textos constitucionais na América Latina, é importante dar destaque aos instrumentos internacionais que abordaram esses direitos. Estes são: a convenção sobre o instituto indigenista interamericano, de 1940; o convênio 107 da Organização Internacional do Trabalho sobre populações indígenas e tribais em países independentes, de 1957; a convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais em países independentes, de 1989; e, por fim, a declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, de 2007.

O último deles, ou seja, a declaração, não é vinculante e não está sujeita ao processo de ratificação, mas constitui uma recomendação geral; já os três outros são vinculantes para os países que os ratificarem, sujeitando-se assim à jurisdição das cortes internacionais.

Estes instrumentos correspondem a épocas e políticas indigenistas distintas. Os dois primeiros correspondem à fase integracionista, onde o objetivo das políticas estatais era que as populações indígenas fossem absorvidas no contexto do Estado e os outros dois já se encontram em consonância com os estados pluralistas, possuindo uma epistemologia diversa dos primeiros (FAJARDO, 2009, p. 12).

Sobre o fato de se ter havido a edição de uma declaração dos direitos indígenas quase 50 anos depois de ter sido editada a declaração universal dos direitos dos homens - e a última trazer posicionamento que relativiza a primeira-, Alcida Ramos trouxe interessante colocação:

Parece irônico que a ONU, baluarte da política de igualdade entre os indivíduos, tenha promulgado a Declaração Universal dos Direitos Humanos e, mais de 50 anos depois, surpreendentemente, aprovado a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, criando, portanto, dois instrumentos potencialmente contraditórios entre si. Como justificar, por exemplo, a prática do infanticídio numa sociedade indígena como parte integrante de seu direito a diferença, e mante o princípio do direito à vida de todo ser humano, como reza a Declaração Universal dos direitos Humanos?

Mas esse duplo padrão da ONU talvez não seja tão irônico e surpreendente como parecer à primeira vista. A partir da década de 1960, o modelo hegemônico, segundo o qual a democracia só é possível no regime da uniformidade de direitos, começou a dar sinais de inoperância. O slogan *separate but equal* (separados, mas iguais) – que mais parecia uma contradição e que animou o Movimento dos Direitos Civis no sul dos Estados Unidos na década anterior e continuou animando o movimento negro nos anos seguintes, chamou a atenção para o fato de que, para se ter igualdade de direitos, não é preciso se transformar em WASP (white Anglo-saxon Protestant – Branco, anglo-saxão e protestante) (RAMOS, 2012, p. 11).

A Assembleia Geral da ONU editou a Resolução 47/135 que foi a primeira declaração dos direitos relacionados as minorias étnicas, com viés notadamente multicultural e no sentido de assegurar igualdade de tratamento legal para os integrantes desses grupos. Especificamente sobre a convenção 169 da OIT, esta afetou diretamente o constitucionalismo desses países. Posteriormente a ela, foram inauguradas uma série de reformas constitucionais pautadas cada vez mais no multiculturalismo e no respeito à diversidade.

O Convênio N° 169 sobre Povos Indígenas e Tribais (1989), da OIT, teve um enorme impacto nas reformas constitucionais dos países da região desde 1987, tanto nas novas constituições como em emendas das já existentes. Na última década, a partir da aprovação da Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas, hoje devemos acrescentar as últimas constituições do Equador (2008) e do Estado Plurinacional da Bolívia (2009). Entre as reformas cabe mencionar as da Argentina (1994), Estado Plurinacional da Bolívia (1994, 2004 e 2009), Brasil (1988/2005), Colômbia (1991 e 2003), Costa Rica (1999), El Salvador (1983/2000), Equador (1996, 1998 e 2008), Guatemala (1985/1998), Honduras (1982/2005), México (1992, 1994/1995 e 2001), Nicarágua (1987, 1995 e 2005), Panamá (1972; 1983 e 1994), Peru (1993 e 2005), Paraguai (1992) e República Bolivariana da Venezuela (1999). Os povos indígenas foram

posicionando seus direitos nas legislações e instituições dos Estados, em um processo difícil, que continua no presente (CEPAL, 2014, p. 17).

A convenção 169 da OIT rompe com o integracionismo e inaugura uma nova fase, pautado no pluralismo, atribuindo aos indígenas o controle de suas próprias instituições, bem como o direito ao reconhecimento aos seus direitos e a proteção ao seu patrimônio material e imaterial. Esse tratado inaugurou um novo momento em que sua maior inovação foi prever o direito de consulta aos povos indígenas. Tal instituto gerou uma série de debates na esfera acadêmica que trouxe a temática do Direito à participação, legitimidade, democracia, soberania nacional e desenvolvimento.

É importante que se ressalte que essa mudança de paradigma se deu em meio a muita luta dos movimentos indígenas e de organizações que lutam por esses direitos. Se não fosse o movimento de organizações como a *Cultural Survival, International Work Group for Indigenous Affairs* (Dinamarca), haveria pouca atenção no plano internacional para as demandas indígenas, em especial da América Latina. Chega-se com isto ao ponto de se entender que essas organizações foram determinantes e, em algum momento futuro, poderia se analisar a profundidade de tal relação (DAVIS, 2008, p. 572).

O convênio rompe com um paradigma existente e é responsável por inaugurar uma série de reformas constitucionais na América Latina, trazendo o direito à autodeterminação que vai ganhar corpo e forma em cada um desses países em seus textos constitucionais sucessivamente. Este reconhece o direito de controlar suas próprias instituições, inclusive definindo suas prioridades de desenvolvimento, rompendo com o modelo de tutela indígena (FAJARDO, 2009).

3.5 Lutas e Movimentos indígenas, embriões dos direitos indígenas na América Latina

Ainda sobre as lutas e a mobilização indígenas, Lia Zanotta Machado (1994) traz uma interessante elaboração. Ao se referir sobre os movimentos indígenas e suas lutas, a autora aduz que, em âmbito mundial, estas se constituíram pelos “direitos à terra”, que deu ensejo à luta pelos “direitos à diferença cultural” e, por fim, os “direitos à autonomia”.

Além disso, Machado faz referência às conferências ocorridas em 1977 e 1982, promovidas pelas organizações não governamentais em Genebra e, por fim, menciona

que em 1982 houve a instituição do *Working Group on Indigenous Populations*”. Este se torna o fórum do movimento internacional dos movimentos indígenas.

Historicamente, as políticas indigenistas no contexto latino-americano dividiram-se em políticas de reserva e resguardo ou política de apropriação e de subordinação. Essas reservas caracterizavam uma concepção protecionista, havendo uma diferenciação radical dos chamados silvícolas como algo externo a sociedade. Tal modelo foi adotado mormente nos chamados países das terras baixas sul-americanas. Já nos países com uma alta densidade demográfica de tais povos – América Andina e Mesoamérica – com uma população majoritariamente camponesa, houve a subordinação dessas comunidades (MACHADO, 1994).

É interessante perceber que, em seu trabalho, a autora diferencia os movimentos indígenas dos povos andinos, dando especial enfoque no caso da Bolívia, em que os povos indígenas, apesar de constituírem a maioria da população, são em sua maioria camponeses. O movimento indígena lutava por pleitos relacionados a autogoverno e se aproximava das lutas operárias e camponesas como formas de mobilização, questionando inclusive a organização social do trabalho e as relações laborais existente naquele país.

O movimento indígena boliviano trazia assim características de um movimento operário e sindical. Insta ressaltar que, apesar de o artigo acadêmico referenciado datar de 1994, percebe-se que já se utilizava o termo de estado plurinacional para caracterizar o modelo estatal almejado pelos movimentos para Bolívia. Portanto, o resultado da constitucionalização desse modelo de Estado evidencia que essa demanda foi atendida, o que evidencia inclusive a força deste movimento.

O caso da Bolívia é único, não por se tratar de um movimento indígena com acentuado caráter socialista e campesino, mas por ser um país que conseguiu, em 2006, empossar o primeiro presidente de origem indígena, oriundo do movimento campesino e com atuação nele desde a década de 80. Tal vitória ocorreu em um país onde mais de 60% da população é indígena, mas que nunca antes haviam ocupado locais de poder.

Tal fato é interessante porque dois anos depois inaugurou-se uma constituinte que instituiu o Estado Plurinacional. Percebe-se que há uma evidente relação do movimento indígena campesino com o Estado Plurinacional e, por óbvio, com o novo constitucionalismo latino-americano.

Exemplificou-se o movimento indígena andino com o caso da Bolívia por ser um caso emblemático e representativo dos movimentos indígenas dos países andinos e da Mesoamérica.

No caso dos países integrantes dessas terras baixas da América do Sul, tomar-se-á como referência o caso do Brasil com a finalidade de exemplificar o modelo adotado.

Trata-se de um caso onde as populações indígenas constituem a minoria da população e, conseqüentemente, seus movimentos se estruturam de maneira diversa. As políticas indigenistas desses países eram baseadas na concepção de reserva, dentro de um contexto de forte discriminação cultural, baseada em um suposto interesse de integração. Havia nesses países um paradoxo evidente entre o protecionismo tutelar aplicado a esses povos - uma tutela externa que não levava em consideração seus desígnios - e a integração desenvolvimentista (MACHADO, 1994).

No caso do Brasil, com a expansão da fronteira agrícola, a crescente demanda por terras e a existência dessa política de reservas, houve um fortalecimento dessa dicotomia. Havia um isolamento, mas ocorria um contato segmentado com a sociedade, especialmente a de pessoas ligadas ao governo, posseiros etc. Com isso, paulatinamente, os interesses dos indígenas entraram em embate direto com os econômicos.

Foi nesse movimento que surgiram lideranças indígenas a nível nacional. Apenas a título de informação, citar-se-á a data de origem de alguns destes: Assembleia dos Povos Indígenas do Brasil - 1974, única das Nações Indígenas - 1979. Grupos que lutam nas defesas desses direitos: Conselho Indigenista Missionário - CIMI - e grupos acadêmicos ligados a antropologia, direito e sociologia. Além disso, existem diversas Organizações Não Governamentais - ONGs - que estão ligadas na luta por esses direitos. Todas essas redes tiveram um papel determinante na inclusão dos direitos dos indígenas na Constituição de 1988 (MACHADO, 1994).

Alcida Ramos, em 1991 assim escreveu: “o movimento indígena brasileiro vai fazer 21 anos, mas os índios continuam no estado liminar de juvenildade no qual o Estado brasileiro os congelou desde 1916, com a edição do código civil” (RAMOS, 1991, p. 2).

É importante ressaltar que, no Código Civil de 1916, os indígenas eram considerados relativamente incapazes, assim como os menores de 21 anos e os maiores de 16 e as mulheres casadas. A autora ainda entedia na época que isso era um paradoxo, pois, ao passo que se perpetuava o estereótipo do índio como incapaz, ou seja, algo como uma criança, isso também constituía uma manobra jurídica para protegê-los.

No Direito Civil, as pessoas consideradas incapazes de fato, de praticarem os atos da vida civil, devem ser representadas ou assistidas, necessitando de tutela ou de curatela. Na prática, isso repercutiu em delegar tal função ao extinto serviço de proteção ao índio

– SPI -, criado em 1910, que teve suas competências absorvidas pela atual FUNAI - Fundação Nacional do Índio criada em 1968.

Ramos ainda entende que a FUNAI, que em teoria seria uma tutora, em verdade resolveu substituir a vontade dos tutelados tomando seu direito de expressão e de locomoção pelo mundo.

Sobre a legislação civilista, ela impacta diretamente no cotidiano dos povos indígenas, pois é um tratamento que de alguma forma reduz ou os trata como incapazes de algum direito. É necessário se entender que nessa época vigorava o paradigma da chamada “integração” dos povos indígenas.

As colocações apresentadas por Ramos se coadunam com o posicionamento anteriormente apresentado sobre o constructo existente nos países integrantes dos países baixos da América do Sul, nessa concepção de reserva e de isolamento desses povos, com o paradoxo do “desenvolvimento” e “integração” desses, chegando ao absurdo de se considerar uma socialização. Percebe-se que as colocações apresentadas e o tratamento civil conferido às populações se coadunam com essa separação sem respeito à diversidade. Apesar de a Constituição de 1988 representar um novo paradigma jurídico em relação à diversidade cultural e étnica, irradiando efeitos para todas as áreas do Direito, isso não é algo que ocorre apenas com a promulgação de uma nova constituição, isso toma tempo.

No caso da legislação civilista, é oportuno ressaltar que mesmo no novo Código Civil de 2002, que trouxe uma série de inovações, afastando-se dos posicionamentos machistas e patriarcais, este apenas previu que a capacidade dos índios seria regulada por legislação especial, o que já representa uma evolução em relação ao marco legal anterior, que os tratava como incapazes juridicamente.

Com a edição do estatuto das pessoas com deficiência, apesar de abordar matéria diversa, trocou-se no ano de 2015 o termo índios por indígenas. Percebe-se com isto que a constitucionalização do Direito, especialmente dentro de um constitucionalismo voltado para o respeito à diversidades, paulatinamente vem promovendo alterações normativas no sentido de tornar o ordenamento mais adequado, havendo assim a realização de um diálogo das fontes, utilizando-me da terminologia de Claudia Lima Marques, ou seja, considera-se o ordenamento como um sistema que deve guardar pertinência entre si.

Trouxemos o caso da Bolívia e do Brasil no sentido de exemplificar duas realidades distintas: a dos países da Mesoamérica juntamente com a dos de tradição andina, e a dos países baixos da América do Sul, com a finalidade de apresentar o

panorama onde se construíram esses direitos indígenas, aglutinando a realidade com uma finalidade meramente pedagógica no sentido de se apresentar dois modelos existentes.

Apresentar um cenário de mobilização existente, bem como situar como em um âmbito internacional foram criados instrumentos no sentido de se conferir proteção e reconhecimento desses direitos, mostra-se importante para a contextualização do que ocorreu e que, de certa forma, propulsionou as mudanças nos ordenamentos jurídicos internos, nos sistemas constitucionais desses países. Como se mencionou, não se pode olvidar que até os instrumentos internacionais existentes não vieram de cima para baixo, como se os organismos internacionais propusessem soluções prontas e adequadas. Tudo isso foi forjado com muita mobilização, luta por reconhecimento dos movimentos existentes dentro desses países.

3.6 Ciclos de reformas constitucionais dos direitos indígenas e paradigmas jurídicos existentes no constitucionalismo latino-americano

A mais afamada doutrina ao dissertar sobre essa as mudanças constitucionais ocorridas nos países da América Latina divide estas em ciclos de reformas. Tal recorte, mostra-se possível pois percebe-se que, fora alguns casos isolados e um pequeno desvio padrão temporal entre os paradigmas, há um padrão nas reformas constitucionais dos países latino-americanos.

Tal fato reforça a existência de um regime constitucional próprio, pois tais características coexistem nesses países em situações políticas similares e respondendo a anseios das suas respectivas populações.

Esse panorama não ocorre com tamanha similitude em outros países fora da América Latina, isso pela proximidade histórica e política, além da existência de sociedades com constituições relativamente semelhantes e que se estruturam socialmente e economicamente em parâmetros parecidos.

Para Raquel Z. Yrigoyen Fajardo (2009, p. 25-27) três foram os ciclos de reformas constitucionais vivenciadas no âmbito da América latina, no que tange à matéria indígena e multicultural:

O primeiro ciclo teve início na década de oitenta do século XX, caracterizando-se pela introdução do direito individual e coletivo, especificamente à identidade cultural, havendo também a inclusão de outros direitos indígenas específicos.

No histórico levantado por Fajardo, o Canadá foi o primeiro país a adotar o constitucionalismo multicultural em 1982, seguido pela Guatemala em 1985 e pela Nicarágua em 1987. Ela também traz destaque para a reforma constitucional do Brasil em 1988, que antecedeu em um ano a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho. A constituição brasileira encontra-se no limiar do primeiro para o segundo ciclo de reformas.

Já o segundo ciclo se deu na década seguinte, nos anos 90 do século XX, e trouxe mudanças que adequaram os textos constitucionais, no sentido de estar em consonância com os direitos previstos pela sobredita convenção 169 da OIT, datada de 1989. O segundo ciclo caracteriza-se por confirmar direitos relacionados à diversidade cultural, trabalhando os conceitos de nação multiétnica, reconhecendo o pluralismo jurídico.

Esse ciclo é caracterizado por contrastes evidentes, se por um lado a ideia de estado multicultural é amadurecida, no âmbito social e especialmente nos instrumentos normativos, ao revés, com a redemocratização desses países, adota-se um modelo de desenvolvimento econômico mais neoliberal, com a privatização das estatais e a diminuição de barreiras comerciais.

Muda-se o paradigma de estatização para o privatismo, sob um forte discurso de desconfiança no Estado, resultado de anos de ditaduras onde não havia transparência das ações estatais e que tiveram como resultados um panorama econômico de hiperinflação nos países da América Latina. Com isso, cada vez mais as empresas transnacionais ocupam espaços e entram em embate com territórios indígenas. Consequentemente, ocorrem massacres e violações de direitos dos povos indígenas, que se veem reprimidos sob esse discurso desenvolvimentista, em uma concepção importada e atendendo parâmetros determinados por organismos dominados pelos ideários dos países centrais como o Fundo Monetário Internacional e a Organização Mundial do Comércio.

A convenção 169 da OIT constitui assim o tratado mais relevante em matéria de povos indígenas, sendo considerado o núcleo duro dos direitos indígenas, pois sua natureza jurídica é exigível dos países que o ratificaram.

Além de ter sido responsável por inaugurar este segundo ciclo de reformas constitucionais, a convenção 169 fulmina as políticas anteriores que buscavam a integração artificial e forçada desses povos, conferindo um tratamento que os tinha por incapazes de atuar no processo decisório do seu próprio destino.

Esta convenção reconhece o direito desses povos de controlar suas instituições, desenvolvimento econômico e modo de vida. Ela assegura ainda o respeito aos seus

costumes, identidades, línguas nativas, religião. É o instrumento internacional mais abrangente e utilizado em relação às condições de vida e trabalhos dos povos indígenas. Os artigos 14 e 15, por exemplo, dão ênfase ao direito de consulta e de participação dos povos indígenas no uso, gestão e conservação dos seus territórios.

Esse instrumento foi a força motriz das reformas constitucionais do segundo ciclo, inaugurando uma nova forma de se pensar os direitos indígenas, em especial no respeito à identidade e subjetividade desses povos, assegurando o direito de eles determinarem seu caminho. Rompe-se com isto com uma tradição secular de integração forçada.

Percebe-se no próprio sitio eletrônico da International Labour Organization – ILO (OIT nos países de língua portuguesa) -, que a maioria dos países que ratificaram o tratado localizam-se na América Latina. São eles: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, República Dominicana, Equador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Paraguai, Peru, Venezuela. Entre esses países latino-americanos que ratificaram o instrumento, a Nicarágua e o Chile, foram os últimos a fazê-lo.

O segundo ciclo, influenciado, portanto pela edição da convenção 169 da OIT, se deu no sentido de se afirmar o direito desses povos e indivíduos a identidade e diversidade cultural, algo que já ocorrera no primeiro ciclo, contudo inovando em relação ao conceito de nação multiétnica. Raquel Fajardo (ibid.) menciona também que neste ciclo ocorreu o reconhecimento do pluralismo jurídico, além de outros direitos dos povos indígenas e dos afrodescendentes.

A criação de marcos normativos de amplitude internacional, além de gerar repercussões nos ordenamentos jurídicos nacionais, também incluiu mecanismos que teoricamente podem ser instados a se mover no sentido de promover a defesa e assegurar a proteção dos direitos indígenas. Cita-se, por exemplo, o caso emblemático ocorrido em 2014, onde a líder da Articulação dos Povos Indígenas Brasileiro, Sonia Guajajara, denunciou na França a participação de empresas francesas em empreendimentos do governo brasileiro. Além disso, o cacique Raoni foi à Europa no mesmo ano para defender a Amazônia. Ademais, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos decidiu reiteradas vezes deferindo direitos aos povos indígenas, realizando condenações dos estados americanos.

Já o terceiro ciclo apontado por Fajardo ocorreu durante a primeira década do século XXI, trazendo o enfoque para o Estado plurinacional, com base em um pluralismo igualitário, lastreado no diálogo e representação intercultural.

Todos esses ciclos são importantes, pois ajudam a aclarar qual o escopo dos direitos indígenas. Para Raquel Fajardo, em resposta às lutas e demandas indígenas, o Direito Internacional e os sistemas jurídicos nacionais têm desenvolvido um *corpus* do que seriam os direitos indígenas, com base nos paradigmas da reparação das violações históricas e no sentido de se proporcionar um novo modelo de proteção dos direitos desses povos.

A luta dos povos indígenas pela defesa e reconhecimento de seus direitos foi persistente na história. Este prolongado processo de reivindicação e reconhecimento plasmou-se nas últimas décadas em um quadro de direitos que se fundamenta em dois grandes marcos: o Convênio sobre Povos Indígenas e Tribais de 1989 – 169 - da OIT, que reconhece pela primeira vez seus direitos coletivos, e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007), que propõe o direito desses povos à livre determinação. Por sua vez, o padrão mínimo de direitos dos povos indígenas, obrigatório para os Estados, articula-se em cinco dimensões: o direito à não discriminação; o direito ao desenvolvimento e bem-estar social; o direito à integridade cultural; o direito à propriedade, uso, controle e acesso às terras, territórios e recursos naturais; e o direito à participação política (CEPAL, 2014, p. 14).

Ainda nessa direção, o texto da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe:

Os povos indígenas foram posicionando seus direitos nas legislações e instituições dos Estados, em um processo difícil, que continua no presente. Com efeito, na última década constatam-se ingentes avanços na promulgação de leis e decretos, em diferentes âmbitos e com diversos alcances em cada um dos países da região. No entanto, este processo de inclusão ocorre com contradições e mesmo retrocessos, e as brechas na aplicação dos direitos dos povos indígenas, plasmados nas constituições e legislações internas, continuam sendo críticas (CEPAL, 2006, p. 17).

Nesse diapasão, percebe-se que a proteção dos direitos indígenas se deu em um processo de reconhecimento lento e foi gradualmente alterando a sua teleologia, com a transição da postura assimilacionista para a que considera os povos indígenas como protagonistas de suas escolhas e de seu futuro.

O desenvolvimento do Direito Internacional em matéria indígena ocorreu de modo gradual ao longo do Século XX, num processo direcionado para superar a clara ênfase individualista que caracterizava os Direitos Humanos. Isto apesar do teor da Declaração Universal de 1948, além do caráter integracionista das políticas locais e acordos governamentais.

Percebe-se que a característica principal do reconhecimento do direito de autodeterminação desses povos ocorre no sentido de efetivar a participação. Mesmo sendo respeitado o espectro do planejamento e da elaboração de políticas públicas em parte desses países, ainda existem lapsos normativos nos sistemas jurídicos internacionais e nacionais que possibilitam enfraquecer a discussão de projetos concretos de desenvolvimento e de infraestrutura nos territórios indígenas, em especial para possibilitar que as garantias existentes, arduamente conquistadas, não sejam respeitadas de forma efetiva.

Tendo definido o corpus dos direitos indígenas, o momento atual é de se dar efetividade a estes em consonância com a diretriz de autodeterminação desses povos. Raquel Fajardo (2009) menciona que após o reconhecimento no âmbito externo é necessário a adequação normativa interna, implementação institucional, mudança na cultura jurídica dos operadores jurídicos e dos beneficiários do sistema.

Percebe-se que a legislação possui o condão de nortear o rumo que as políticas públicas podem ir, pois, pelo menos em tese, elas representam a vontade política existente e podem definir agendas, além de servir de parâmetro para atuação judicial.

Na atualidade, os direitos indígenas caminharam do nada jurídico para o reconhecimento dos direitos relacionados à dignidade desses povos. O reconhecimento do pluralismo jurídico intercultural deverá proporcionar a criação de instrumentos efetivos e de políticas públicas que se coadunem com essa vontade legislativa.

Percebe-se que, pelo menos no âmbito estritamente normativo, o movimento é de evolução, apesar das investidas que ocorrem em todos esses países contra os indígenas, especialmente nos dias atuais com a insurgência de governos que não se preocupam com matérias de cunho social. Isto ocorre mesmo que se tente restringir tais direitos, pois existe o princípio jurídico da vedação ao retrocesso em matéria relativa aos direitos humanos, o chamado efeito *cliquet*¹⁰, que torna inconstitucional qualquer tentativa de se retroceder na órbita dos direitos humanos.

¹⁰ “O efeito “cliquet” dos direitos humanos significa que os direitos não podem retroagir, só podendo avançar nas proteções dos indivíduos. No Brasil esse efeito é conhecido como princípio da vedação do retrocesso, ou seja, os direitos humanos só podem avançar. Esse princípio, de acordo com Canotilho, significa que é inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios” (CANOTILHO, 2002, p. 336).

Ora, apesar de os direitos indígenas estarem relacionados a matérias que envolvem questões laborais, civilistas, agrário e etc., o pano de fundo são os direitos humanos, sendo aplicável uma hermenêutica condizente com esse gênero de direitos.

Percebe-se que, por sucessivas vezes, bancadas que se opõem aos direitos indígenas, especialmente pela questão relacionada à terra, tenta, com base em seu poder de coalizão político, emplacar projetos que restringem os direitos desses povos, como por exemplo a famigerada PEC 215/2000, que trata de matéria relacionada à demarcação de terras indígenas, por esse motivo é importante ter um sistema constitucional estruturado e que possa ser acionado no caso de violações aos direitos.

Os três ciclos de reformas constitucionais apresentados estão diretamente relacionados com a mudança de paradigma e o amadurecimento do pluralismo jurídico, conferindo uma etapa diversa para os direitos indígenas, seja no âmbito internacional, seja no que se refere às constituições latino-americanas como regra geral.

Alerta-se para o fato de que muitos dos dispositivos existentes, apesar de protegerem em tese esses direitos, carecem de uma regulamentação em uma alçada inconstitucional. Essas adequações legislativas, além disso, não têm sido efetivadas em muitos desses países, o que obstaculiza a consecução desses direitos.

O Defensor Público Federal Marco Dominoni resumiu de forma conceituada os ciclos, definindo marcos temporais. Ressalta-se que, a depender do autor, se poderá perceber algumas sutis diferenças nos marcos e nas datas referentes a esses ciclos. Extrai-se de seu texto:

Com o advento do constitucionalismo pluralista (séc. XX e XXI) há o reconhecimento de 3 ciclos marcantes e que ensejam importantes reformas constitucionais nos países latino-americanos, evidenciando-se novos atores sociais nos processos decisórios:

1. **Ciclo multicultural** (1982-1988): introdução do direito individual e coletivo à identidade cultural e direitos indígenas específicos. Ex. CR/88, Constituição do Canadá, Guatemala e Nicarágua.
2. **Ciclo pluricultural** (1989-2005): incorpora direitos contidos na Convenção 169 da OIT (ciclo anterior mais melhor desenvolvimento do conceito de nação multiétnica e estado pluricultural. Reconhece o pluralismo jurídico, novos direitos indígenas e de afrodescendentes. Constituições da Colômbia, México (1992), Paraguai, Peru, Bolívia, Argentina, Equador e Venezuela. Convenção 169/OIT (decreto 5.051/2004).
3. **Ciclo plurinacional** (2006-2009): os povos indígenas demandam que sejam reconhecidos não apenas como culturas diversas, mas como nações originárias ou sujeitos políticos coletivos com direito de participar nos novos pactos do Estado, que se configuram, assim, como Estados plurinacionais. Reclamam, também, direitos sociais e um papel

frente às transnacionais e poderes materiais tradicionais (DOMINONI, 2017).

Percebe-se que, apesar das reformas mencionada, há defasagem entre os direitos positivados no convenio 169 da OIT e nas constituições em relação às legislações secundárias desses países.

Outra conceituação, citada pela Professora Vivian Urquidi (2008), aborda a matéria citando a obra de Barié sobre as reformas constitucionais e os direitos indígenas, *in verbis*:

De acordo com Barié (2003, p. 87) o re-ordenamento constitucional dos países latino-americanos das últimas décadas pode ser classificado de acordo com o grau de adesão às Convenções internacionais e Declarações, e pela abrangência dos direitos reconhecidos. Identificam-se três grupos de Estados e níveis de envolvimento deles com os direitos indígenas:

(a) Estados que não se preocupam em incorporar nas suas leis fundamentais direitos para as minorias étnicas, nem possuem o conceito de indígena nas suas constituições. Eles são o Belize, o Chile, a Guiana Francesa, o Suriname e o Uruguai. São países ou com tradição legal de influência anglo-saxônica, que desconsidera a heterogeneidade social da sua comunidade nacional, ou que não renovaram suas constituições, inspirados ainda no liberalismo individualista e universalista do século XIX,

(b) Estados que constitucionalmente outorgam algum tipo de proteção pontual a seus grupos étnicos, mas dentro de um marco legal incompleto ou pouco articulado, e que geralmente têm um enfoque evolucionista e assimilacionista. Estes países são a Costa Rica, El Salvador, a Guiana e Honduras. Finalmente, (c) Estados que incorporaram uma extensa legislação indigenista nas Constituições, embora com profundidade e abrangência diversas. Eles assumem responsabilidades em relação a suas comunidades e fixam certas regras para permitir a sobrevivência cultural e a proteção dos territórios indígenas. São países que recentemente incorporaram as demandas de cidadania étnica: a Guatemala (1986), a Nicarágua (1987 e 1995) e o Brasil (1988). Além destes países, compõem este grupo a Argentina e o Panamá (1994), a Bolívia (1995), a Colômbia (1991), o Equador (1998), o México (1992 e 2001), o Paraguai (1992), o Peru (1993) e a Venezuela (1999).

Cabe destacar que o espírito das experiências constitucionais do Brasil (1988) e da Nicarágua (1987) teve influência na Convenção 169 (BARIÉ, 2003), principalmente na abertura da esfera pública de debate, facilitando a participação direta da sociedade em assuntos que a atingem. Entretanto, as constituições que mais avançaram para incorporar os direitos indígenas foram a Colômbia e a Venezuela. Nesses países, é possível constatar que, embora exista um percentual reduzido de indígenas, 2% e 2,3% respectivamente, para dados de 2000 (CEPAL, 2006b), uma avançada legislação indígena foi desenvolvida em questões de reconhecimento de territórios, participação política,

autonomia e promoção cultural, além de proteção do etnoconhecimento.(URQUIDI, 2008)

Na ocasião, a professora do programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina da USP ressaltou os mesmos problemas supramencionados, relativos à brecha de implementação. Apesar de se alterarem os dispositivos constitucionais, não há correspondência na legislação inferior, o que impede a aplicação prática dos preceitos existentes.

3.7 Impasses para a efetividade dos direitos indígenas no Novo Constitucionalismo Latino-americano, sob o prisma do ordenamento jurídico

Alguns empecilhos se apresentam sob a ótica dos operadores do direito e dos gestores públicos obstaculizando que o texto da constituição possa ser efetivado e aplicado integralmente.

Apesar de a Constituição constituir a norma fundamental do ordenamento jurídico, nem sempre essa é dotada de aplicabilidade imediata. As normas constitucionais podem ser dotadas de uma abstração mais ampla, tendo em vista a necessidade de que esta seja mais estável, constituindo um vetor interpretativo para os aplicadores do direito, além de uma diretriz a ser considerada pelos legisladores.

Dentre os impasses que se apresentam, encontra-se a possibilidade de que as normas previstas na Constituição, que em regra seriam autoaplicáveis, dependam de complementação por normas inferiores. Estas, caso não sejam editadas, acabam por esvaziar o dispositivo constitucional. Nesse sentido, existem normas de eficácia ampla, limitada e contida.¹¹

Insta ressaltar que uma das características do Constitucionalismo Latino-Americano está relacionado à ausência de suplementação da legislação

¹¹ José Afonso da Silva (2003) classificou as normas constitucionais de acordo com sua eficácia, dividindo-as em normas de eficácia plenas, contidas e limitadas.

As normas de eficácia plena são aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais.

As de eficácia contida seriam as que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos à determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados.

Já as de eficácia limitada apresentam aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade.

infraconstitucional e a atuação do ativismo judicial em sentido de dar eficácia a essas normas.

Sem ter a pretensão de aprofundar-me nos casos concretos, esse movimento, vindo de uma ausência não justificável em complementar o que em um primeiro momento foi defendido, no mínimo evidencia uma falta de vontade política. Em linhas gerais, tal fato se dá muitas vezes motivados por interesses que vão de encontro aos interesses e direitos dos povos indígenas.

Via de regra, as normas secundárias são mais restritivas que as disposições superiores. Não existe nenhuma ou quase nenhuma participação na elaboração dessas normas complementares. Os funcionários públicos envolvidos e os juízes alegam a carência da lei regulamentadora, negando aplicação aos diplomas constitucionais e às previsões das convenções (FAJARDO, 2009).

Raquel Fajardo menciona alguns desafios relacionados a essas normas, que chama de secundárias (a denominação usual na disciplina jurídica brasileira, seria legislação infraconstitucional):

A adequação normativa interna, com participação dos povos indígenas, para que a legislação secundária seja compatível com, e desenvolva o Convênio núm. 169 e a Declaração ONU, e os textos mais progressivos das Constituições.

a adoção – consultada – de normas relativas aos direitos de consulta e participação, como uma das prioridades.

o gerenciamento e aplicação direta do quadro normativo internacional e constitucional, segundo uma hierarquia normativa pró-direitos, por parte dos funcionários e juízes, ainda que não haja mudanças na normativa secundária em breve (ibid., p. 36).

Percebe-se que o problema principal no âmbito dos direitos indígenas nos países latino-americanos é o que a doutrina denomina como brecha de implementação. Utilizando-me do brocardo popular, é o famoso: ganha, mas não leva. É o que os constitucionalistas chamam de constituição nominal¹², ou seja, aquela carente de realidade existencial. O texto não guarda pertinência com o que se vive na realidade.

¹² Karl Loewenstein trouxe algumas definições relacionadas à efetividade das constituições:

“Quando se fala de Constituição Normativa, Nominal e Semântica não há como deixar de fazer alusão ao filósofo e cientista político alemão KARL LOEWENSTEIN, que propôs tais nomenclaturas a partir da sua classificação ontológica das Constituições, lastreada "na conformação constitucional quanto à realidade do processo de poder político" (BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Otávio Augusto Vianna Alves. Direito constitucional. Tomo I – Teoria da Constituição. Editora Jus Podivm, 2017, p. 79).

Constituição Normativa é "aquela cujas normas dominam o processo político, pois são lealmente observadas por todos os interessados, fazendo com que o poder se adapte ao texto constitucional. A constituição é efetivamente aplicada" (op. cit., p. 79).

Finalizando as considerações a respeito dos direitos indígenas, citar-se-á algumas limitações existentes para que esses sejam implementados, não se desconsiderando os avanços ocorridos nos planos constitucionais nas últimas décadas, a saber:

A implementação constitucional supõe:

- Políticas públicas que desenvolvam e apliquem o quadro de direitos nas ações do Estado.
- a existência de aparatos institucionais dotados de recursos humanos e materiais, incluindo orçamentos, pessoal qualificado, etc.
- Planos e programas. O planejamento público deve incluir, no curto, médio e longo prazo, a implementação do quadro de direitos.
- modelos e instrumentos de gestão. Isto inclui, por exemplo, que nos manuais de gestão, os perfis de funcionários e os termos de referência indiquem como se devem exercer as funções públicas de tal modo que se apliquem e respeitem os direitos indígenas, e se prestem os serviços públicos com pertinência linguística, cultural e de gênero.
- a existência de mecanismos e espaços institucionais de diálogo, consulta e participação indígena.
 - um sistema de funcionamento e práticas institucionais que reflitam de alguma maneira a normatividade e que tornem efetivos os direitos.
 - mecanismos de controle e transparências tanto internos como externos.
 - a existência de um sistema eficaz para a proteção, restituição ou reparação de direitos, em caso de falhar a aplicação dos mesmos ou quando os direitos forem violados.
 - o exercício efetivo de direitos pelos povos indígenas.

(FAJARDO, 2009, p. 37)

Relacionando o objeto de estudo do primeiro capítulo com o do segundo, ou seja, os direitos indígenas e o novo constitucionalismo latino-americano, considerando todo o panorama que já se encontra apresentado, mostra-se oportuno se apresentar alguns desafios que um constitucionalismo, que pela primeira vez promove um Estado plurinacional como condição edificante, enfrenta na seara dos direitos indígenas.

Silvina Ramirez (2009) menciona um novo constitucionalismo indigenista. No entanto, as cartas constitucionais latino-americanas ainda representam, em uma única expressão, incorrendo em um reducionismo errático e não representativo, a diluição de expressões de povos distintos. Sendo que deveria representar um acordo de vontades entre esses diferentes povos constituintes dessas nações. Por fim, a autora enumera sete problemas que esse constitucionalismo tem que enfrentar:

Por sua vez, Constituição Nominal é aquela “carente de realidade existencial. Apesar de ser juridicamente válida, o processo político a ela não se curva ou se adapta adequadamente. Não é aplicada efetivamente” (op. cit., p. 79)”. Blog EMAGIS. Disponível em: <<http://www.emagis.com.br/area-gratuita/revisao/constituicao-normativa-nominal-semanticamente-ductil/>>. Acesso em: 23 abr. 2018

1. Qualidade programática ou operacional das normas constitucionais.
 2. Executabilidade das sentenças que protegem os direitos constitucionais.
 3. Defesa dos direitos constitucionais.
 4. Linguagem normativa e retórica.
 5. Vontade popular versus pacto entre os povos.
 6. Instituições não-indígenas dominantes no desenho constitucional.
 7. Uma determinada concepção do Estado de direito.
- (RAMIREZ, 2009, p. 221)

Os desafios apontados transcendem as questões dos direitos indígenas. A questão da legitimidade e da forma da positivação dos direitos tem nuances próprias, caracterizadas pela intenção de se proteger direitos e criar garantias, com o chamado totalitarismo constitucional, onde inserem tudo que é possível em seu texto. Isso pe característico de nosso constitucionalismo, no intuito de se criar agendas políticas e trazer vetores interpretativo para a concretização dos direitos pelo poder judiciário.

A preocupação da autora é especialmente relacionada à legitimidade dos direitos que vêm sido paulatinamente inseridos nas reformas constitucionais ocorridas no continente, especialmente se essas representam apenas uma manifestação do que seria a vontade popular na democracia indireta pelos representantes, ou se constituiria efetivamente um pacto entre os povos. É difícil se dizer isso, com exceções como as ocorridas na Bolívia e no Equador em razão das revoluções constitucionais, em que a questão plurinacional foi amplamente debatida e enfrentada, sendo a epistemologia que justificou as alterações. Contudo, nos outros casos não é possível se adentrar nessa complicada questão de que a positivação desses direitos se encontra no âmbito de implementação da vontade democrática ou de um pacto entre os povos.

Tal questão possui uma profundidade que poderia render trabalhos filosóficos densos em relação à hermenêutica existente na inclusão desses direitos. Contudo, apesar de ser muito relevante tal debate, não é a pretensão desse trabalho, que considera que sim, a existência de uma mobilização interna, um cenário internacional favorável e a ocorrência de reformas nos países vizinhos podem ser considerados forças motrizes para o desencadeamento desse movimento.

Não se questiona que muitas vezes as constituições latino-americanas, por serem sobremaneira analíticas, extensas e muitas vezes contraditórias, carecem de efetividade. Contudo, apesar de serem constituições nominais, também são programáticas, dirigentes,

ou seja, trazem tópicos e agendas políticas em seu corpo, temas e matérias que devem ser objeto de especial atenção pelo legislador. Ademais, como fora mencionado no primeiro capítulo, o ativismo judicial tem considerado as postulações existentes em seu texto como direitos, concedendo inclusive tutelas com base em tais dispositivos.

Não se ignoram os problemas e desafios apresentados pela autora argentina, especialmente no que se refere à suposta incapacidade de se atingir a sala de máquinas, conforme lecionou Gargarella. Pretende-se redesenhar os direitos existentes, sem, no entanto, proceder-se à alteração das instituições e as estruturas de poder vigentes.

Insiste-se, entretanto, que os avanços ocorridos nas legislações já representam uma alteração no paradigma e como se encaram os direitos e os pactos existentes na sociedade e apesar de todos esses desafios, não há como negar que partiu-se de um modelo jurídico de estranhamento e de incorporação forçada, para uma órbita relacionada com direitos humanos, onde existem alguns instrumentos que podem auxiliar a concretização desses direitos, seja na seara interna ou mesmo no sistema de proteção de direitos humanos existentes.

A adesão a convenções internacionais e a inclusão de direitos constitucionais cria um patamar mínimo de garantia e um material de trabalho para as instituições e os movimentos que defendem esses direitos.

Se o Novo constitucionalismo latino-americano se estruturou em características próprias, perceber a evolução do reconhecimento dos direitos indígenas é encontrar um núcleo irradiante desse regime, tendo nesses o recorte ideal do que constitui o novo constitucionalismo latino-americano, chamado de indigenista, andino.

Pode parecer uma questão menor em um primeiro momento, especialmente quando se enxerga sob o prisma da ótica brasileira, porque talvez somos um dos países onde esses povos foram excluídos, inclusive do âmbito da identidade. Mas enfrentar e dar o destaque devido ao local que esses direitos devem ocupar é fortalecer uma identidade latino-americana e enfrentar, por conseguinte a colonialidade do poder, passando por questões profundas sobre o debate de democracia.

4 O ESTATUTO DOS POVOS INDÍGENAS, PROJETO ELABORADO PELA CNPI, UM PASSO ADIANTE RUMO AO CONSTITUCIONALISMO INTERCULTURAL, DA TUTELA À AUTODETERMINAÇÃO DOS INDÍGENAS

Ao longo dos capítulos anteriores e da revisão bibliográfica realizada, foram trabalhados alguns conceitos fundamentais precipuamente relacionados ao novo constitucionalismo latino-americano, às epistemologias do Sul e às teorias descoloniais.

Sob todo esse pano de fundo epistemológico, tendo esse arcabouço teórico como paradigma fundamental, sempre sob o prisma do Sul, nesse momento da dissertação proceder-se-á ao estudo a partir de um recorte mais específico e direcionado de um caso concreto relacionado com as políticas públicas indigenistas, especificamente com a análise do caso do Estatuto dos Povos Indígenas, minuta de instrumento normativo proposta pelo Conselho Nacional de Política Indigenista.

Buscar-se-á estabelecer uma comparação entre o Estatuto do Índio, atualmente vigente, ou seja, a famosa ou famigerada Lei 6.001 de 1973 com o projeto do Estatuto dos Povos Indígenas elaborado pela anterior Comissão Nacional de Políticas Indigenistas, atual Conselho Nacional de Política Indigenista - CNPI-, instalado no dia 27 de abril de 2016 e criado pelo Decreto Federal nº 8.593/2015, sendo um órgão colegiado de natureza consultiva composto por representantes indígenas, do governo e da sociedade.

Esse estudo comparativo será realizado tendo como enfoque o contexto ideológico, histórico e social existente na oportunidade de criação de cada um dos textos, levando em consideração a participação dos povos indígenas e os paradigmas relacionados ao constitucionalismo vigente na atualidade, especialmente sob o enfoque do direito de consulta e da autodeterminação desses sujeitos.

Pensando sob a perspectiva de Lascoumes e Le Gales (2007) que conceituam os instrumentos que estruturam a ação pública, eles entendem que existe um caráter sociológico-político nesta, pois representa uma verdadeira ideia da sociedade. Ou seja, a instrumentação, a escolha dos instrumentos estabelece uma relação entre governantes e governados.

Ocorre o que os autores chamam de dominação racional-legal, sendo que ao definirem os instrumentos, em uma das tipologias tendo cada um uma função, o legislativo/regulatório também se encontra dentro dessa relação de poder. É possível se enxergar dimensões das políticas públicas através da análise desses instrumentos.

A Sociologia da ação pública é uma abordagem interessante para se analisar o processo existente no processo ocorrido no CNPI. Percebe-se que, apesar de ser um órgão estatal, criado dentro da estrutura orgânica do poder executivo federal, trata-se de um conselho representativo de atores relacionados com a questão indígena, atores indígenas, de organizações da sociedade civil e estatais.

A definição dos instrumentos da ação pública para os autores é - *o conjunto dos problemas colocados pela escolha e o uso dos instrumentos (técnicas, meios de operar dispositivos), que permitem materializar e operacionalizar a ação governamental* . Eles dividem esses instrumentos minimamente nos seguintes setores: legislativo e regulador, econômico e fiscal, convenção e incentivo, informativo e de comunicação.

A abordagem da ação pública pelos seus instrumentos é um processo de desconstrução, considerando que não ultrapassa o paradigma funcionalista que tradicionalmente se foca nos objetivos e finalidades das políticas públicas, e permite a partir da análise dos instrumentos perceber outras dimensões. Entende-se que os instrumentos da ação pública - IAP - não são ferramentas axiologicamente neutras - *um instrumento de ação pública constitui um dispositivo ao mesmo tempo técnico e social, que organiza relações sociais específicas entre o poder público e seus destinatários em função das representações e das significações das quais é portador*.

Nessa esteira, os IAP são indissociáveis dos agentes que programam seus usos. É possível observá-los a partir das seguintes perspectivas, que separa o instrumento, a técnica e a ferramenta. No caso de uma lei, podemos fazer a seguinte construção: o instrumento é o tipo de instituição social, no caso, a regulamentação. A técnica seria o dispositivo concreto. Nesse caso, é o tipo de lei. Já a ferramenta seria um microdispositivo dentro da técnica; por exemplo, uma obrigação prevista no texto da lei.

Sob essas conceituações é que se entende que a criação de IAP pode revelar transformações profundas. A instrumentação da ação pública pode consolidar a relação entre governante e governado. Considera-se que cada instrumento pode ser uma forma de analisar o poder social e os modos de os exercê-los.

Lascoumes e Le Gales elaboram interessante construção, no sentido de que, ao passo que via de regra busca-se apresentar instituições como políticas públicas, no caso dos autores, eles as encaram como instrumentos, enquanto tipos particulares de instituições produzem efeitos do mesmo tipo. Ademais, eles determinam como os atores vão se comportar, podem privilegiar determinados atores, ao passo que desprestigiam outros. Os instrumentos, portanto, condicionam a atuação dos atores.

Portanto, considerando o projeto proposto pela CNPI, podemos encará-lo como uma proposta de um instrumento da ação pública, até pela ótica de sua não efetivação ou implementação. Percebe-se que, uma vez efetivado, o projeto consolidaria uma agenda, criaria direitos e poderia alterar um paradigma existente no microsistema jurídico dos direitos indígenas e das políticas públicas relacionadas à matéria.

Ademais, ao encará-lo como um IAP, é possível analisá-lo como um instrumento regulador das relações entre os atores envolvidos, representando uma escolha da gestão e trazendo uma carga axiológica no sentido de se promover os direitos indígenas e o respeito a sua autodeterminação como corolário do texto proposto. O texto proposto, portanto, busca a efetividade do direito de consulta e de autodeterminação, além de trazer técnicas para que isso ocorra.

É importante perceber que isso poderia representar um giro em sentido diametralmente oposto, considerando que o texto apresentado supera e rompe com o paradigma existente do atual Estatuto do Índio, que, por sua vez, representa a manutenção de um *status quo* elitista, excludente e alinhado com os interesses da bancada ruralista. Percebe-se que apenas com fato de haver um instrumento normativo vigente, que vai de encontro com as disposições constitucionais e com toda a lógica constitucional contemporânea, isso reforça a teoria de Lascoumes e Legalle.

Ora, se estamos em um país onde a bancada ruralista consegue impor seus interesses e direciona os rumos políticos do país, nada mais natural que o instrumento vigente carregue uma carga e represente os interesses da elite política dominante, o que evidencia que os IAP de fato não são instrumentos inertes e despidos de um caráter axiológico.

Nesse diapasão é que se mostra oportuna a realização dessa análise legislativa, tendo como pressuposto que o texto legal carrega uma série de significâncias que vão além da mera exegese legal. Ademais, insta ressaltar que o projeto teve sua gênese no âmbito de uma Comissão Nacional de Política Indigenista, tendo em vista a relevância dos trabalhos realizados pelos atores envolvidos e das informações extraoficiais relacionadas à condução desse trabalho.

Procedeu-se a realização de uma breve entrevista pessoal (Anexo VI) com a antiga Secretária Executiva e Assessora do Ministério da Justiça Teresinha Gasparin Maglia, que atuou desde a formação da CNPI, sendo responsável por secretariar e organizar as reuniões da CNPI. Além disto, Maglia possui um largo histórico de atuação no âmbito da

luta pelos direitos indígenas, tendo participado ativamente do processo de elaboração desse projeto.

Utilizando-me dos conceitos anteriormente abordados relativos aos ciclos dos direitos indígenas experimentados, no Brasil e na América Latina, sob o prisma do pluralismo jurídico, analisar-se-á os valores fundamentais de ambos textos.

Para esse fim, deve ser trabalhado com maior profundidade o marco principal do direito de consulta dos povos indígenas, ou seja, a Convenção 169 da OIT mencionada anteriormente, considerando a relevância de sua existência e seus efeitos irradiantes tanto no texto elaborado, como no processo de formação dos instrumentos normativos relacionados aos povos indígenas, que considerou desde já a opinião e teve participação ativa dos indígenas.

O direito à consulta representa o elemento chave desse estudo, pois essa deve ser interpretada de uma maneira ampla e ocorrer de forma efetiva. No que se refere à elaboração de instrumentos jurídicos, leis ou decretos e etc, a consulta caracteriza a participação dos indígenas no momento anterior à submissão do texto, ou seja, no momento de construção e de consolidação da proposta. Isto quer dizer que esse processo deve incluir ativamente os atores interessados.

Ademais, no caso de um Estatuto dos Povos Indígenas, considerando haver instrumento internacional do qual o Brasil é signatário e que foi devidamente ratificado em âmbito interno, para que se respeite o direito de consulta, esse processo deve trazer elementos que viabilizem a efetividade da convenção ratificada. Por essa razão, a análise dos instrumentos se dará sob a égide do direito à consulta, pela relevância que este possui em relação à matéria abordada.

4.1 Breve histórico das políticas indigenistas, perspectiva sobre o momento histórico e o paradigma vigente que nortearam a elaboração do Estatuto do Índio de 1973

Como fora tratado anteriormente, na evolução do tratamento dos direitos indígenas, alguns padrões epistemológicos regeram os ideários de cada época, transformando-se com o passar dos anos. Especificamente a partir da segunda metade do século XX até os dias atuais, aconteceu o período onde se percebeu mudanças mais significativas.

Entretanto, pode-se dizer que, em um primeiro momento, adotou-se um sistema protecionista, especialmente na realidade brasileira, caracterizada pelo aldeamento desses povos. A criação do Sistema de Proteção ao Índio – SPI - em 1910 é representativo desse

modelo que apregoava uma suposta proteção. No entanto, isto ocorreu de forma paradoxal, pois foi sob sua vigília que, diante do discurso desenvolvimentista imperante, houve o fortalecimento de um movimento expropriatório das terras ocupadas tradicionalmente pelos povos indígenas. Esse sistema buscava uma pacificação desses povos, mas percebe-se um estranhamento e uma desumanização existente nesse discurso, como se os índios fossem objetos de uma suposta proteção e não sujeitos de direitos.

Apesar de supostamente protecionista, o modelo existente objetivava a promoção da “civilização” dos índios, querendo integrá-los nos sistemas produtivos, especialmente na seara relacionada à agricultura.

Nesse período, ocorreu o enquadramento legal do índio junto com o Código Civil de 1916, em que esse foi tratado como relativamente incapaz, juntamente com os menores de idade, atribuindo uma ideia de suposta tutela ou curatela por parte do Estado em relação aos povos indígenas.

O modelo integracionista, apesar de promover a tutela dos povos indígenas e não os delegar o papel de responsáveis pela condução de seus interesses, encobre muito mais uma perspectiva desenvolvimentista.

No entanto, apesar da corrida para o Oeste já ter sinalizado qual a proposta que o governo tinha para o desenvolvimento do país e as consequências que amargariam os povos indígenas nesse processo, com o golpe dos militares, o integracionismo elevou-se à posição de axioma fundamental da política estatal em relação aos indígenas. Era preciso “desenvolver-se” a todo custo, sob a lógica do que era desenvolvimento para o governo e a elite brasileiros.

Esse integracionismo buscava integrar os povos indígenas à sociedade de maneira forçada, sem promover políticas que pudessem prover a isonomia e assegurar a igualdade material desses povos, deixando-os marginalizados social e economicamente.

Ademais, uma vez que estes se encontrassem integrados à sociedade, enquanto cidadãos e pagadores de impostos, se submeteriam à lógica aplicada a todos os cidadãos, perdendo inclusive os direitos às terras ocupadas; Percebe-se, portanto, o ardid do qual essa integração se utilizava, e procede-se ao seguinte questionamento: esse “desenvolvimento” interessava a quem?

Esse breve histórico se mostrou necessário para contextualizar como era a sociedade da época e qual a sua relação com a questão indígena, além de representar o ideário que permeava a cabeça dos gestores e dos legisladores. Nesse contexto de ditadura militar e de negação dos direitos humanos aos brasileiros, foi elaborado o Estatuto do

Índio, sob a regência do Código Civil de 1916, que os caracterizava como silvícolas; do dicionário - adjetivo e substantivo de dois gêneros - que ou quem nasce ou vive na selva, selvagem¹³.

É oportuno trazer essa definição porque ela não vem despida de um valor simbólico, um significado maior. O ideário da população brasileira considerava e ainda considera o que entendem por selvagem como atrasado, deslegitimam seu modo de vida, tendo isso repercutido nas políticas públicas e nos dispositivos legais, pois a vontade política era de tratar os povos indígenas como subalternos, sempre sob o discurso de levar a eles o desenvolvimento e com isso lhes usurpar sua terra.

A questão agrária caminha junto com a história do Brasil. Não é à toa que a Frente Parlamentar do Agronegócio - FPA - se autodenomina a maior bancada do parlamento brasileiro, congregando um número de 220 parlamentares.

Percebe-se que não há como trabalhar a questão indígena sem adentrar na questão da terra, pois essa é a arena onde o embate ocorre, quando o interesse econômico se digladiava com direitos humanos e, conseqüentemente, as violações acontecem.

O documento base da 1ª Conferência Nacional de Política Indigenista, disponível no site da FUNAI¹⁴, é interessante, pois traz uma síntese muito bem fundamentada do histórico dos marcos normativos e eventos relevantes no âmbito dos direitos indígenas na história recente do Brasil. Ele relaciona, além disto, os debates dos direitos indígenas e os pleitos relevantes no momento pós constituição de 1988, e ressalta que o melhor recorte deve considerar tanto a mudança constitucional, quanto a Convenção 169 da OIT.

A pertinência com a temática abordada nesse capítulo é tamanha que realizar-se-á um esforço no sentido de conseguir condensar algumas das informações mais relevantes acerca desse documento base.

A conferência objetivava, entre outras coisas, fortalecer o diálogo e a atuação conjunta do Governo Federal com os mais de 300 povos indígenas do Brasil no sentido de se contribuir no avanço de direitos já reconhecidos pela Constituição Federal de 1988. É interessante que todo o debate do documento da conferência, que ocorreu em 2015, se apegando aos avanços ocorridos pela Carta de 1988 e protestando contra a ausência de

¹³ Dicionário online do Google. Disponível em:

<https://www.google.com.br/search?q=silvicola+dicionario&rlz=1C1NHXL_pt-BRBR708BR713&oq=silvicola+dicionario&aqs=chrome..69i57j0.4770j1j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Acesso em: 15 maio 2018

¹⁴ Disponível em:

<<http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/ascom/2015/img/06-jun/Documento%20Base%20-%202506.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2018.

efetividade nos seus ditames, defende ainda que a carta constitucional rejeitaria ideias tutelares e assimilacionistas, professando a superação de práticas e valores coloniais.

É interessante que a conferência assim como esse trabalho entende que qualquer debate que se proponha a enfrentar as questões indígenas deve perpassar pela questão da colonialidade. O texto propõe uma linha do tempo da Política Indigenista brasileira, isso é relevante para que se possa estabelecer a análise dos documentos que se propõe. A seguinte tabela baseia-se integralmente no texto extraído do documento disponível no site da FUNAI.

Tabela 1 - Linha do tempo da política indigenista no Brasil

(Inspirada no documento base da 1ª conferência nacional de política indigenista)

1570 Primeira Lei contra o cativo indígena	Esta lei só permitia a escravização de indígenas com alegação de Guerra Justa
1680 Decretação do Regimento das Missões - Alvará nº 1 de abril de 1680	Reconheceu os índios como os “ <i>primários e naturais senhores das terras que habitavam</i> ”, ou nas em que foram aldeados por missionários, <i>não havendo a necessidade de legitimar a posse e devendo seus direitos serem preservados diante de concessões de terras a particulares.</i>
1755 Aprovado o Diretório dos Índios 1758: Fim da Escravidão Indígena O Diretório foi estendido a toda América portuguesa	Proibia definitivamente a escravidão indígena, mas visava a integração do índio à vida da Colônia Perda da influência dos religiosos na administração dos aldeamentos indígenas. Índios foram proclamados os nativos vassalos da Coroa
1798 Abolido o Diretório	O espírito ‘integrador’ do Diretório conservaria sua força na Legislação do Império Brasileiro.
1824 A Constituição do Império do Brasil é a primeira constituição brasileira	Não mencionava a presença de índios no território brasileiro

1845 Aprovado o Regulamento das Missões	Renovou os objetivos do Diretório e visava à ‘completa assimilação dos índios’
1850 Promulgação da Lei de Terras, regulamentada em 1854 e Decisão n. 92 do Império	As terras dos índios que não viviam mais aldeados foram incorporadas às terras da união. O reconhecimento da terra foi atrelado à necessidade de civilizar ‘hordas selvagens’
1887 Lei 3.348 de 20.10.1887	Passou para os municípios os foros dos terrenos das extintas aldeias de índios
1891 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil é a primeira constituição no sistema republicano de governo	Não mencionava a presença de índios no território brasileiro, mas concedeu aos governos estaduais as decisões sobre as terras devolutas.
1910 Criação SPILTN (do Serviço de Proteção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionais), a primeira agência indigenista laica do Brasil. 1918 O SPILTN passa a se chamar SPI (Serviço de Proteção aos índios)	Seu primeiro diretor foi Cândido Rondon. As principais ações da agência eram atração, pacificação, civilização e integração dos índios. Buscava junto aos governos estaduais “reservar terras” para a sua sobrevivência física.
1916 aprovado o Código Civil	Fixou a figura da “incapacidade relativa” dos índios (tal como menores de idade entre 16 e 21 anos) e determinou que eles fossem ‘tutelados’ até que estivessem integrados à ‘civilização do país’.
1934 <u>Constituição da República de 1934</u>	Estabeleceu que “será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.”
1967 Constituição da República de 1967	As terras ocupadas pelos índios foram transferidas para a União, tirando qualquer intervenção de governos estaduais dessa definição

1967 Comissão de Investigação do Ministério do Interior no Executivo Federal	O Relatório Figueiredo denunciou violações de direitos humanos dos povos indígenas, motivando a extinção do SPI e a criação da FUNAI
1967 Criação da FUNAI (Fundação Nacional do Índio)	Substituiu o SPI na administração das questões indígenas. Mesmo reconhecendo a diversidade cultural entre as muitas sociedades indígenas, foi criada com o papel de integrá-las de maneira harmoniosa na sociedade nacional.
1969 Criação da União das Nações Indígenas	Primeira tentativa de defesa da cultura indígena, importante para a consagração dos direitos dos índios na Constituição de 1988
1973 Estatuto do Índio	Segue o conceito do Código Civil Brasileiro de 1916, considerando os povos indígenas como “relativamente incapazes”, submetendo-os a tutela por um órgão estatal. Seu objetivo é ‘integrar os índios à sociedade brasileira, assimilando-os de forma harmoniosa e progressiva’
1974 Primeira Assembleia Nacional de Líderes Indígenas (Missão Anchieta, em Diamantino/MT)	Entre 1974 e 1983, o CIMI (Conselho Indigenista Missionário) apoiou a realização de 16 assembleias nacionais de povos indígenas.
Segunda metade da década de setenta Surgimento de organizações indígenas	O movimento indígena começa a se constituir, ganhar força e visibilidade
A partir dos 80 Início do processo de Revisão do Estatuto do Índio	Vem se estendendo por décadas. A última revisão tornou-se Projeto de Lei na primeira década dos anos 2000, mas permanece paralisado no Congresso até o presente.
1988 Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	A partir da influência do movimento indígena e sua rede de apoio na sociedade civil, esta constituição promulga:- o afastamento da noção de que os povos indígenas se acabariam, - o

	reconhecimento a estes, - o respeito e o direito às suas formas próprias de organização social, e o direito originário às terras que tradicionalmente habitam, entendidas como indispensáveis à sua reprodução física e cultural, - o reconhecimento de que os índios (sejam indivíduos, comunidades, povos ou associações) se façam representar dos seus modos próprios. – A retirada do Estado o papel de agente tutelar, cabendo a ele zelar pelo reconhecimento desses direitos por parte da sociedade.
1991 Decretos Presidenciais nº 23, 24, 25 e 26 de 04 de fevereiro de 1991	Promovem a desconcentração de responsabilidades relacionadas à saúde, meio ambiente, autossustentação e educação indígena, que eram exclusivas da Funai, para outros órgãos e a descentralização para Estados e Municípios.
1996-2010 PPTAL (Projeto Integrado de Proteção às Populações e Terras Indígenas da Amazônia Legal)	Com apoio de cooperação técnica internacional, impulsionou o reconhecimento das terras indígenas, com avanços significativos nas demarcações na Amazônia Legal.
2000 PDPI Carteira Indígena	Ação conjunta entre o governo brasileiro, o movimento indígena organizado da Amazônia, parceiros e instituições financiadoras internacionais, apoiou projetos em três áreas – proteção territorial, economia sustentável e valorização cultural. Experiência intersetorial e descentralizada, que constituiu uma parceria entre o movimento indígena e o governo brasileiro para o desenvolvimento de ações relativas à segurança alimentar e nutricional e a gestão ambiental em comunidades e terras indígenas.
2002 Novo Código Civil	Retirou os índios da categoria ‘Relativamente incapazes’

2003 GATI	Projeto piloto da implantação do PNGATI, desenvolvido pelos povos indígenas junto ao governo federal, PNUD (Programa das Nações Unidas para o desenvolvimento) e GEF (Fundo para o meio ambiente mundial)
2006 Criação da CNPI (Comissão Nacional de Política Indigenista)	Órgão do Ministério da Justiça, composto por representantes indígenas, representantes de organizações indigenistas não governamentais e membros de órgãos governamentais, além de convidados permanentes, dentre os quais o Ministério Público Federal
2006 Conferência Nacional dos Povos Indígenas	Na conferência, organizada pela FUNAI, em Brasília, lideranças indígenas realizaram discussões e apresentaram propostas sobre autonomia política dos povos indígenas, territórios indígenas e patrimônio indígena, Educação, Saúde Indígena e Índios Urbanos
2006 Instauração do Prêmio Culturas Indígenas	Parceria do Ministério da Cultura com organizações da sociedade civil e com o Colegiado Setorial de Culturas Indígenas, já proporcionou o reconhecimento de variadas iniciativas de fortalecimento cultural de diversos povos indígenas
2006	Criação da CNPI - Comissão Nacional de Política Indigenista. Órgão do Ministério da Justiça presidido pela FUNAI, composto por representantes indígenas, representantes de organizações não governamentais e membros de órgãos governamentais, além de convidados permanentes.
2009 Criação dos TEE (Territórios Etnoeducacionais)	Criados com objetivo de apoiar a implementação, avaliação e o enraizamento

	da Política de Educação Escolar Indígena, considerando a territorialidade das etnias, participação indígena e a articulação entre os órgãos públicos
2009 Implantação dos Pontos de Cultura Indígenas	Através da cooperação entre MinC, FUNAI, e a Associação Cultura e Meio Ambiente-Rede Povos da Floresta possibilitaram desenvolvimento de experiências de valorização cultural e fortalecimento de redes de comunicação
2009 I Conferência Nacional de Educação Escolar Indígena	Realizada por MEC, Consed (Conselho Nacional de Secretários de Educação) e Funai na cidade de Luziania/GO, para discutir as condições de oferta da educação intercultural indígena, buscando aperfeiçoar as bases das políticas e a gestão de programas e ações para o tratamento qualificado e efetivo da sociodiversidade indígena, com participação social
2010 Criação da SESAI (Secretaria Especial de Saúde Indígena)	Surgiu a partir da necessidade de reformulação da gestão da saúde indígena no país, demanda reivindicada pelos próprios indígenas durante as Conferências Nacionais de Saúde Indígena
2012 2013 PNGATI(Política Nacional de Gestão Territorial e ambiental de Terras Indígenas)	Povos indígenas e órgãos de governo se articulam na construção do planejamento territorial e ambiental, como uma estratégia de sustentabilidade de longo prazo, focada na perspectiva indígena, na estruturação de acordos internos de uso e proteção e na organização das demandas territoriais
2015 <i>Primeira Conferência Nacional de Política Indigenista</i>	A ser realizada entre 17 e 20 de novembro de 2015, tem como objetivos: avaliar a ação indigenista do Estado brasileiro; reafirmar as garantias reconhecidas aos povos

	indígenas no País; e propor diretrizes para a construção e a consolidação da política nacional indigenista, com intensa participação indígena e diálogo.
--	---

Nesse histórico levantado, o documento base ressaltou alguns pontos relevantes que representam processos que efetivamente ocorreram.

1. A disputa pelo controle da mão-de-obra indígena nos primeiros séculos da colônia.
Nesse projeto inicial, os portugueses reduziram os povos indígenas em aliados e inimigos.
2. O projeto civilizatório de assimilação. A partir de 1680, com base em um regimento editado que atribuiu a missão civilizatória para as ordens religiosas, gerou disputa entre a elite crioula disputando o controle da mão-de-obra indígena.
3. Expropriação territorial indígena na transição da colônia para o império.
4. Institucionalização do regime tutelar na república.
5. Movimento Indígena a CF/88 e o fim da tutela.

Desde os primórdios da organização do movimento indígena, inicialmente dentro do CIMI - Conselho Indigenista Missionário, órgão da CNBB - Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, a demanda era por autodeterminação desses povos. Os fatos revelados pelas comissões parlamentares instauradas foram responsáveis por gerar uma mobilização de setores sociais que endossaram as causas indígenas diante das atrocidades cometidas contra esses povos.

Sob a forte luta dos movimentos indígenas e dos setores da sociedade civil, além de existirem debates internacionais já consolidados, promulgou-se a Constituição Federal de 1988 sob um novo paradigma. Isto positivou o direito ao respeito e proteção das culturas indígenas, agora não mais sob o corolário da tutela, e sim da autodeterminação desses povos.

Por derradeiro, a conferência estabeleceu alguns eixos temáticos que nesse trabalho considerar-se-á como princípios jurídicos relacionados com os direitos indígenas. Tais temas decorrem diretamente da proteção constitucional que esses povos

alcançaram com a carta de 1988 e estão diretamente relacionados ao novo constitucionalismo latino-americano (ou andino como alguns optam por chamar). Este constitucionalismo é lastreado no desenvolvimento sustentável, na alteridade e na construção de uma sociedade plural e multiétnica, que efetive a participação política de todos seus integrantes.

Para tal fim, eles devem ser enumerados por estarem diretamente relacionados com as bases constituintes do novo estatuto dos povos indígenas trabalhado pela CNPI. Apesar de a conferência ter ocorrido cronologicamente em momento posterior aos trabalhos de elaboração do novo estatuto, pode-se dizer que esses eixos condensam demandas históricas desses povos, sendo pertinente o estabelecimento dessa relação.

Os eixos da conferência, tamanhos são sua densidade normativa e sua relevância, além de especialmente representarem um mínimo existencial relacionado aos direitos indígenas, serão elevados à condição de princípios jurídicos aplicáveis à espécie dos direitos indígenas, numa construção específica dessa dissertação, entendendo que a vontade do constituinte originário em efetivar a autodeterminação desses povos e a proteção ao seu patrimônio material e imaterial, bem como por se tratarem de questões afeitas aos direitos humanos, sustentam a hermenêutica que lastreia tal construção.

Os eixos temáticos da conferência Nacional de Política Indigenista são os seguintes:

1. Territorialidade e o direito territorial dos povos indígenas.
2. Autodeterminação, participação social e o direito à consulta.
3. Desenvolvimento sustentável de terras e povos indígenas
4. Direitos individuais e coletivos dos povos indígenas
5. Diversidade cultural e pluralidade étnica no Brasil
6. Direito à memória e à verdade

De todos os eixos princípio lógicos existentes, o que está mais relacionado com o processo legislativo e à participação política dos povos indígenas é o eixo 2 - Autodeterminação, participação social e direito à consulta. Ele pode ser considerado norteador desta importante parte dos direitos indígenas, estando em consonância com o pluralismo multicultural inaugurado pela constituinte de 1988, posteriormente consolidado pela Convenção 169 da OIT.

Sobre tal ponto, entende-se que é estritamente necessário que se levante algumas considerações e aspectos relacionados com a constituição de 1988 e a Convenção 169 da OIT, com a finalidade de identificar a importância de elaboração de um novo estatuto dos povos indígenas.

4.2 A superação do paradigma da tutela e a efetiva autodeterminação dos povos indígenas, o direito a consulta, olhares sobre a Constituição de 1988 e a Convenção 169 da OIT

A Constituição de 1988 traz em seu corpo diversos dispositivos que reconhecem o direito à individualidade e à diversidade cultural, mais especificamente em relação aos povos indígenas. A redação do Art. 231¹⁵

Art. 231 São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Apesar de não trazer expressamente positivado o direito de consulta, o texto constitucional estabelece em seu corpo diversos dispositivos que defendem a autodeterminação e garante a dignidade da pessoa humana. Ademais, criou-se, ao se atribuir às associações de indígenas a legitimidade para ingressar em juízo na defesa de seus interesses, uma figura especial de legitimados.

O Artigo 215, que por sua vez trata da temática da cultura, determina que o Estado protegerá as manifestações das culturas indígenas do processo civilizatório nacional.

Percebe-se que, com base em uma interpretação sistêmica, mostra-se plenamente possível se perceber que o constituinte objetivou atribuir especial proteção aos direitos dos indígenas no sentido de conferir a esses o direito de manifestar sua vontade e que esta seja determinante na condução de seus interesses.

Contudo, percebe-se que a constituição federal de 1988, talvez por ter sido promulgada em momento anterior ao da Convenção 169 da OIT, ainda não conseguiu aprofundar-se no âmbito da proteção desses direitos, especialmente o de consulta e de

¹⁵ BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado **Federal**: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

autodeterminação. Isto tem que ser conceituado e contextualizado, no sentido de se conferir maior alcance, além de viabilizar a criação de instrumentos mais concretos e efetivos.

A Convenção 169 da OIT, além de reconhecer o direito de autodeterminação é categórica ao determinar a consciência da identidade como o critério para definição do sujeito de direito, além de identificar os grupos como povos, promovendo assim uma distinção entre o que seria o direito coletivo e o direito individual desses sujeitos. Nesse sentido:

O Convênio destaca ainda a relevância da participação dos indígenas nas decisões que possam afetá-los, expressando a ideia central de que os povos indígenas devem ter a possibilidade, garantida pelas políticas públicas nacionais e pela estrutura jurídica de cada país, de decidir os rumos de sua vida social, cultural e econômica.

Promove, assim, a educação na língua original e com conteúdos, em princípio, a ser definidos pelas próprias comunidades. Reconhece também o direito aos recursos naturais das terras tradicionais (utilização, administração e conservação), considerando que nos casos em que pertencer ao Estado a propriedade dos recursos existentes nas terras, seu uso deverá estar embasado em consultas aos povos interessados, reservando-se a eles a indenização por efeitos danosos que possam advir desse uso. Parte importante desse direito central é a garantia dos territórios tradicionais pelo respeito que os governos deverão ter da relação especial e dos valores espirituais que os povos dão às suas terras ou territórios, reconhecendo os direitos de propriedade e posse das terras que esses povos tradicionalmente ocupam.

Tais garantias parecem introduzir o princípio de autodeterminação de uma forma específica no sentido do rumo da vida das comunidades; entretanto, não aceitam o direito à autodeterminação dos povos no sentido do direito internacional, conforme anuncia no preâmbulo a Convenção: “A utilização do termo ‘povos’ neste Convênio não deverá interpretar-se no sentido que tenha implicação alguma no que atinge os direitos que possa conferir-se a tal termo no direito internacional”, isto é, na possibilidade de buscar uma soberania dentro da forma política de Estado-Nação.

A influência do Convênio 169 é marcante nos países da América Latina, inclusive em razão das reformas constitucionais introduzidas no tema em pauta. No México, por exemplo, o Convênio foi base para que os movimentos indígenas organizassem suas demandas e questionassem a reforma constituinte, à luz da legalidade do acordo de San Andrés (BUENROSTRO, ARELLANO, 2002). Já na Guatemala, a assinatura do Acordo de Paz com o governo foi condicionada pelos grupos rebeldes indígenas à ratificação pelo Estado do Convênio 169. No Chile, por outro lado, a pressão para a ratificação do Convênio (algo que somente ocorreu em março de 2008) funcionou como elemento de articulação interna para as organizações indígenas (MARIOTTI, 2004). Finalmente, o Convênio está na base da Declaração de Direitos dos Povos Indígenas, assinada em 2007, influenciando o entendimento da questão étnica em termos menos

conflituosos com as demandas contemporâneas dos indígenas (URQUIDI, 2008).

A Convenção 169 da OIT traz em seu corpo alguns artigos que merecem ser analisados isoladamente, pois percebe-se todo um cuidado de outorgar aos indígenas o direito de promover a condução de seus caminhos.

Primeiramente, a questão da definição que está em seu Art. 1º evidencia uma preocupação no sentido de que a consciência e a autoidentificação são os critérios que devem ser utilizados para o parâmetro subjetivo de sua aplicabilidade.

As medidas previstas em seu corpo são no sentido de se reconhecer os direitos e a efetividade destes, respeitando-se a identidade social e cultural, inclusive no sentido de eliminar as diferenças econômicas entre os povos indígenas e os demais membros da comunidade internacional, desde que respeitados o seu modo e aspirações de vida.

O Art. 6º é responsável por trazer o instituto da consulta, no sentido de que os governos deverão consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. Esse é o teor da alínea “a”. Já no caso da alínea “b”, há a previsão da participação social e política, *in verbis*:

Estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes. (Art.6º, Convenção 169 OIT)

Percebe-se que esse dispositivo é bem representativo, pois não apenas trata da possibilidade de se tutelar e reconhecer o direito dessa minoria, mas é responsável por trazer um instrumento efetivo que se coaduna com os ideários de inclusividade de Robert Dahl (1997), tendo em vista que em sua definição de poliarquia, os grupos e interesses devem ser levados em consideração nas decisões políticas.

Nesse caso específico, possibilita-se que essa minoria seja ouvida. Isto ocorre porque tal instrumento tenta dar voz para essas pessoas, em respeito à diversidade cultural e no sentido de se reconhecer o direito à identidade desses povos, com um instrumento de participação nos processos decisórios que lhes digam respeito.

Esse direito à consulta e à participação consta dos ordenamentos jurídicos de vários países. A forma como ele é materializado é que pode divergir em cada caso. Ou

seja, As consultas podem ser realizadas diretamente, ou mesmo por meio da atuação de representantes políticos, por meio de uma instituição oficial que tenha como missão institucional proteger seus direitos e etc. No entanto, entende-se que o instrumento internacional, a despeito de outro entendimento, pretendia conferir uma maneira de se consultar de maneira representativa os povos indígenas sobre assuntos de seu interesse.

De qualquer maneira, insta ressaltar que o direito à consulta e à participação se encontra no âmbito dos direitos fundamentais, pois pode-se considerar que estão no âmbito dos direitos relacionados ao exercício democrático. Outro aspecto importante é como se dá a incorporação dos tratados internacionais no âmbito dos direitos internos. Sabe-se que, para isto, existem dois modelos (COURTIS, 2009, p. 57) o monista e o dualista.

Na América Latina, é preponderante a tradição monista que implica na incorporação do tratado internacional, desde que tenha sido formalmente ratificado. Segundo Courtis, no caso da Bolívia e Colômbia, uma vez incorporados os tratados esses integram o “bloco de constitucionalidade”, ou seja, para todos os fins, ele pode ser parâmetro de controle de constitucionalidade pelos órgãos judiciais, tendo status de constituição.

No Brasil, existe uma singularidade, pois a Emenda Constitucional nº 45/2004 realizou alteração no sentido de que tratados internacionais que abordam questões relacionadas a direitos humanos somente serão considerados como constituição formal no caso de serem aprovadas com o mesmo rito constitucional aplicável às emendas constitucionais. Tal determinação se opõe ao posicionamento de doutrinadores de Direitos Humanos, como Flavia Piovesan e Caçado Trindade, caso contrário, apenas terão status de lei ordinária. Portanto, por definição constitucional, o Brasil adota um regime híbrido, mas a priori os tratados integram o ordenamento e não a constituição, podendo ser considerados como um tipo diverso de norma. Este seria o modelo dualista.

Tal fato é importante para a consideração no âmbito jurisdicional, pois, ao integrar o bloco de constitucionalidade, esses tratados podem ser livremente analisados e utilizados para parametrizar a legislação inferior. É importante citar a questão da Convenção 169, já que esse foi um dos marcos que deu início às reformas constitucionais.¹⁶

¹⁶ No segundo capítulo foi abordado o descompasso existente entre as constituições dos países e a legislação infraconstitucional, o que evidenciou uma brecha de implementação.

No segundo capítulo foi abordado o descompasso existente entre as constituições dos países e a legislação infraconstitucional, o que evidenciou a ocorrência das chamadas brechas de implementação. Rodolfo Stavenhagen (2008) identificou em sua obra a mesma ocorrência. O autor, que era relator especial de Direitos Humanos e Liberdades dos Indígenas, apresentando o relatório na ONU, apontou que, mesmo em países que ratificaram os convênios, há a ausência da legislação secundária, além de falta de capacitação de pessoal, o que implica na inexecutabilidade dos ditames dos instrumentos internacionais existentes.

Em síntese, considerando os apontamentos apresentados no capítulo anterior e a questão sobre a implementação dos direitos de maneira efetiva, reitera-se o posicionamento de que apesar de ter havido as reformas constitucionais e a incorporação de instrumentos nacionais, evidencia-se uma carência de instrumentos normativos infraconstitucionais compatíveis com as mudanças ocorridas.

Tal contextualização se mostrou oportuna, tendo em vista a previsão do direito de consulta em instrumento internacional, que já foi ratificado. Além de se elaborar como instrumento normativo, deve-se dar efetividade a tal previsão, devendo então os povos indígenas serem incluídos nesses processos.

Por derradeiro, já foi então devidamente evidenciada a necessidade da criação de dispositivos legais compatíveis com essa nova hermenêutica. Nesse sentido, a ideia de elaboração de um novo estatuto dos povos indígenas, totalmente desvinculado do anterior e sob o lume do direito de consulta, é imperiosa. Tal medida representa a vontade do constituinte, sendo que a simples vigência do estatuto do índio de 1973 caracteriza omissão inconstitucional inadmissível.

4.3 O Estatuto dos Povos Indígenas elaborado pela CNPI

Antes de adentrar na análise comparativa dos textos dos instrumentos mencionados, é necessária uma breve contextualização em relação à proposta de estatuto elaborada pelo CNPI.

Para isso, utilizar-se-á as informações existentes no sítio eletrônico da FUNAI¹⁷. Além dos documentos ali inseridos, foi realizada uma entrevista pessoal com a Secretária-

¹⁷ Apesar do Conselho Nacional de Política Indigenista estar diretamente vinculado ao Ministério da Justiça, as informações relativas a estes constam do sítio eletrônico da FUNAI, na parte que dispõe sobre política indigenista. O endereço de acesso é: <<http://www.funai.gov.br/index.php/cnpi1>> . Acesso em: 15 abr. 2018.

executiva do CNPI à época dos trabalhos de elaboração da proposta de estatuto dos povos indígenas.

O histórico do CNPI consta no site, do qual extrair-se-á literalidade do texto;

O Conselho Nacional de Política Indigenista teve sua origem na Comissão Nacional de Política Indigenista, criada em 2006 pelo Decreto de 22 de março. A sua instalação aconteceu em abril de 2007, ocasião em que seus membros foram empossados pelo então Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva.

Durante seu tempo de funcionamento a Comissão foi composta por 20 representantes indígenas, 2 representantes de organizações indigenistas não governamentais e 13 membros de órgãos governamentais, além de convidados permanentes, dentre os quais o Ministério Público Federal. As suas deliberações também eram paritárias.

A presidência da Comissão, assim como do Conselho também era exercida pela Fundação Nacional do Índio.

O critério para a definição da representação indígena tomou por base a divisão do território brasileiro em áreas geográficas, as quais compreendem as seguintes unidades da Federação: I - Amazônia - estados do Amazonas, Pará, Mato Grosso, Maranhão, Tocantins, Rondônia, Acre, Roraima e Amapá;

II - Nordeste e Leste - estados do Ceará, Bahia, Minas Gerais, Piauí, Pernambuco, Alagoas, Paraíba, Rio Grande do Norte, Sergipe e Espírito Santo;

III - Sul e Sudeste - estados do Rio Grande do Sul, Paraná, Santa Catarina, São Paulo e Rio de Janeiro; e

IV - Centro-Oeste - estados de Mato Grosso do Sul e Goiás.

Com a criação da Comissão, foi estabelecido um canal específico de diálogo entre os diversos órgãos de governo responsáveis pela política indigenista oficial do Estado brasileiro e representantes indígenas de todo o país, os quais têm se reunido regularmente para tratar dos mais importantes temas relacionados à questão indígena.

Coube a CNPI, como previsto em seu Decreto, a proposição de diretrizes e prioridades para a política indigenista e o acompanhamento das ações desenvolvidas pelos órgãos da Administração Pública Federal relacionadas à temática indígena.

A Comissão teve como uma de suas prioridades a criação do Conselho Nacional de Política Indigenista.

A Criação do Conselho foi anunciada pela Presidenta da República, Dilma Rousseff, durante o segundo dia da 1ª Conferência Nacional de Política Indigenista, que aconteceu de 14 a 17 de dezembro de 2015, na capital federal. Assim o Conselho Nacional de Política Indigenista, criado pelo Decreto nº 8.593, de 17 de dezembro de 2015, no âmbito do Ministério da Justiça, substituiu a Comissão Nacional de Política Indigenista (CNPI). O órgão colegiado manteve a mesma sigla da antiga CNPI e tem caráter consultivo, porém com maior representatividade, sendo responsável pela elaboração, acompanhamento e implementação de políticas públicas voltadas aos povos indígenas.

O CNPI é composto por quarenta e cinco membros, observando a paridade de voto entre o Poder Executivo federal e os povos e organizações indígenas e entidades indigenistas, sendo quinze

representantes do Poder Executivo federal, todos com direito a voto; vinte e oito representantes dos povos e organizações indígenas, sendo treze com direito a voto; e dois representantes de entidades indigenistas sem fins lucrativos que atuem a mais de cinco anos na atenção e no apoio aos povos indígenas em nível nacional, com direito a voto

Percebe-se que o CNPI funciona no âmbito do Ministério da Justiça e possui uma composição extremamente fidedigna no que tange à tentativa de representar as lideranças indígenas, tentando conferir tanto quanto possível uma representatividade em âmbito geográfico, étnico e cultural dentro da diversidade dos povos indígenas.

Na FUNAI, há um documento oficial que traz um histórico da discussão do Estatuto dos Povos Indígenas na esfera da Comissão Nacional de Política Indigenista¹⁸. Neste, há uma contextualização dos fatos ocorridos no processo de elaboração do texto. Além dessas informações, completa-se as concedidas pela ex-Secretária-Executiva da CNPI, Teresinha Magliá, com quem conversei em entrevista pessoal.

Consta no documento que a discussão se iniciou por iniciativa da Subcomissão de assuntos legislativos da CNPI, atendendo sua competência de propor atualização da legislação e acompanhar a tramitação de proposições e atividades parlamentares relacionadas com a política indigenista.

O plenário da CNPI aprovou a realização de um Seminário Nacional e de 10 oficinas regionais, contando com a participação ativa de representantes indígenas, com o objetivo de que estes apresentassem propostas para a atualização do Estatuto. Percebe-se que o trabalho se deu além da alçada das lideranças com assento na CNPI, buscando-se ativamente ouvir as demandas dos indígenas, com a realização de oficinas espalhadas por todo o território nacional.

A decisão de se estabelecer esse processo de consulta para a elaboração de um novo estatuto se deu tendo em vista do andamento de projetos que envolviam a questão minerária, sendo que a bancada indígena pleiteou que esse aguardasse um novo estatuto indígena que traria essas questões e protegeria o direito dos povos indígenas. Essa pauta é crucial para esses povos, envolvendo seu patrimônio e o uso de seus recursos esgotáveis.

O seminário ocorreu em agosto de 2008, quando se definiu o fluxo de trabalho e se capacitou os representantes envolvidos para as oficinas realizadas em período

¹⁸ Documento produzido pela própria CNPI disponibilizado para todos traz um histórico relacionado ao Estatuto dos povos indígenas. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/presidencia/pdf/Estatuto-do-Indio_CNPI/Historico-Estatuto_dos_Povos_Indigenas.pdf>. Acesso em: 23 maio 2018.

imediatamente posterior. Os seminários ocorreram em Imperatriz, Recife, Campo Grande, Manaus, Belém, Fortaleza, Rio Branco, Cuiabá, Curitiba e Ilhéus, onde houve a participação de 1150 representantes indígenas.

Optou-se por utilizar como base do Estatuto o Substitutivo do Projeto de Lei 2057, de 1994. Os resultados foram debatidos em reuniões ordinária da CNPI, quando definiu-se que deveria haver a realização de encontros específicos para deliberar o Estatuto. Isso ocorreu nas proximidades do Distrito Federal em um hotel fazenda, com uma reunião com fins de sistematização em conjunto com outra reunião extraordinária do CNPI, em fevereiro de 2009. Na oportunidade, criou-se comissões temáticas para que se apresentassem proposta de texto.

Posteriormente, ocorram algumas reuniões da CNPI ordinárias e extraordinárias com o objetivo de se aprovar o texto do projeto. A reunião, realizada em maio de 2009 em Brasília, foi concluída na 4ª Reunião extraordinária da CNPI.

Nessa oportunidade, foram analisadas diversas propostas formuladas no Acampamento Terra Livre –ATL, finalizando os trabalhos e acordando nos pontos onde não havia consenso.

Ao final desta reunião, considerou-se aprovado o texto do projeto que deveria ser entregue pelos representantes da bancada indígena ao Presidente da Câmara dos Deputados.

O governo, em atendimento a um compromisso feito com a bancada indígena da CNPI, pelo Ministério da Justiça para apoiar a CNPI, reuniu-se com o então Presidente da Câmara Michel Temer e entregou nas mãos deste a proposta. Posteriormente, a CNPI, por meio de representantes e de sua Secretária-Executiva, entregou formalmente a proposta ao Congresso Nacional. Porém, não existem informações de que o projeto teve andamento.

Ressalta-se que, atualmente, o CNPI, apesar de formalmente criado, não tem reuniões desde 2016. Embora todo esse encaminhamento tenha se dado há quase dez anos, as pautas permanecem as mesmas. A manutenção de um instrumento que viola só dispositivos constitucionais representa uma omissão inconstitucional por parte dos legisladores. Ademais, a consideração de um estatuto que considerou a vontade e as demandas dos indígenas representa uma efetivação dos mandamentos da Convenção 169 da OIT.

Percebe-se que o projeto possui uma grande carga axiológica, estando em consonância com os preceitos defendidos por Lascoumes e Le Galés (2012), pois consolida uma agenda que condensa as pautas e as lutas desse movimento.

Novamente, entende-se que não se trata de um instrumento inerte e “neutro”. Ao contrário, busca-se ao mesmo tempo efetivar os direitos dos indígenas, promovendo uma isonomia jurídica entre esses e o restante do povo brasileiro, e efetivar o direito de consulta e de autodeterminação. Este último fato rompe com o paradigma do instrumento normativo atualmente vigente, construído sob o corolário do dirigismo estatal e da tutela absoluta.

Percebe-se em seu texto que, apesar de buscar atingir todos esses objetivos anteriormente suscitados, ele não rompe totalmente com a intervenção e proteção estatal. Obviamente, entendeu-se necessário assegurar uma proteção estatal para os indígenas, considerando o histórico de agressões e a vulnerabilidade que vivenciam. Todas as questões que envolvem os direitos indígenas tangenciam o Estado, que deve estar vigilante no sentido de se assegurar a proteção e promoção dos direitos indígenas. Mas percebe-se que é bem diferente a maneira como foi construído esse regime híbrido entre público e privado da autonomia indígena na proposta da CNPI do que existe hoje no estatuto do Índio, que é o instituto da tutela.

4.4 Análise dos Princípios e principais dispositivos do texto do projeto do Estatuto dos Povos Indígenas da CNPI; estudo comparado de preceitos do Estatuto do Índio e da proposta de estatuto da CNPI

A parte analítica do presente estudo é a realização de uma análise do estatuto dos povos indígenas proposto pela CNPI, o qual se referenciará para fins meramente didáticos como EPI. Além de uma análise de seus principais dispositivos, propõe-se o estabelecimento de um estudo comparado entre o texto atualmente vigente e o da proposta. Trata-se de tarefa difícil, dada a diferença existente entre ambos, não apenas ideológica, como estrutural.

A Lei nº 6.001 de 19 de dezembro de 1973 consolida o Estatuto do Índio, composto de 68 artigos. Já o Estatuto dos povos Indígenas proposto pela CNPI compõe-se de 232 artigos, grande parte deles com inúmeros incisos e parágrafos.

Pode-se dizer que o trabalho da CNPI consolida urgências há muito reprimidas, tendo um forte caráter representativo das necessidades e das demandas entabuladas pelos indígenas, que, representados por suas lideranças, puderam consolidar em seu texto o que há de mais relevante no escopo de assegurar o bem viver e a alteridade de sua existência.

Ocorre que, a despeito dessas demandas serem necessárias, fazendo até um paralelo com o movimento constitucional que desembocou na constituição de 1988, é comum que, após um longo período de negação e de usurpação de direitos, ao se elaborar um novo regulamento com o objetivo de buscar uma proteção, tente se incluir tudo no texto da lei. A partir do caso ocorrido em 1988, por exemplo, um respaldo constitucional é assegurado. De acordo com uma terminologia de Konrad Hesse (1991), acredita-se na força normativa da constituição.

Ou seja, trata-se de um instrumento normativo derivado de um texto extremamente analítico e detalhista, no sentido de se crer que, ao se positivar valores e direitos, crê-se que isso vai assegurar uma agenda política e um patamar de direitos, o que possui uma crença e um valor simbólico muito grande.

Mostra-se necessário traçar as características gerais do Estatuto dos Povos Indígenas por este constituir o objeto de nosso estudo. Inicia-se pontuando que este se encontra umbilicalmente ligado aos preceitos e valores de um constitucionalismo dialógico, inclusivo e que tenta romper com a tradição colonial e eurocêntrica dos ordenamentos jurídicos latino-americanos.

Com as características de se promover a releitura da soberania popular e de ter no povo uma comunidade aberta de sujeitos, tenta-se avançar nos pontos que o constitucionalismo europeu não conseguiu.

Portanto, antes de adentrar em uma análise textual ou comparativa apresentar-se-á um pouco da estrutura do Estatuto dos Povos Indígenas proposto pela CNPI. O texto é constituído por oito títulos que se subdividem-se em capítulos. Os títulos são os seguintes: I – Dos Princípios e Definições, II – Do patrimônio e da sua administração, III – Dos bens, garantias, negócios e proteção; IV – Das terras indígenas, V – Da consulta prévia, livre e informada, VI – Do aproveitamento dos recursos naturais e hídricos, VI – Das políticas sociais, VII – Das culturas, VII – Das normas penais e processuais.

O texto foi construído sob a regência da constituição federal de 1988 e de um Brasil, onde a Convenção 169 da OIT encontra-se devidamente ratificada. Ademais, a declaração dos direitos indígenas da ONU data de 2007. Percebe-se que o texto já parte desses pressupostos para caminhar à frente no sentido de se assumir que as garantias já

existem, regulamentando-as para evitar o que foi mencionado anteriormente, que é a hipótese de lacuna normativa, fato esse que ocorre em vários países latino-americanos.

Analisando o texto, é possível perceber que ele consolida uma série de demandas dos indígenas, sendo possível relacionar a estrutura do texto, com os eixos teóricos supramencionados. Ou seja, o Estatuto se organiza em torno de temáticas relacionadas com territorialidade, autodeterminação/consulta, desenvolvimento sustentável, direitos individuais e coletivos, diversidade cultural e pluralidade étnica e direito à memória.

Desde a parte que estabelece as definições gerais e os princípios, percebe-se que o Estatuto busca resguardar a liberdade e a autonomia das comunidades com o objetivo de evitar ingerências externas. Por exemplo, o art. 3º do texto determina que as relações internas de uma comunidade indígena não serão reguladas por seus usos e costumes.

Por outro lado, como fora anteriormente mencionado, são diversos os dispositivos que submetem os indígenas a um regime híbrido de autonomia sob com a possibilidade de participação estatal. Entende-se que se optou pela manutenção de alguns institutos tradicionalmente existentes na lei anterior considerando o receio de que uma autonomia total poderia representar uma situação de certa vulnerabilidade. Isto mostra-se necessário diante do cenário de violação constante de direitos. O que demanda uma intervenção estatal para protegê-los. Essas questões estão relacionadas mormente às questões patrimoniais e agrárias, onde se demanda mais intervenção estatal no sentido de se socorrer as violências e os abusos sofridos.

Contudo, mesmo havendo determinação de que o Estado em determinados casos interfira, percebe-se que a legislação foi muito cautelosa no sentido de que essas devem ocorrer ouvidas e por delegação das comunidades. Por exemplo, tanto o Art. 17 quanto o Art. 145, relacionados a questões patrimoniais, permitem a administração de bens de comunidades indígenas pelo órgão indigenista da administração federal, desde que delegados expressamente pela comunidade indígena.

É necessário que se revise o sentido da intervenção e da participação estatal no novo estatuto. Fala-se aqui de um protecionismo/intervencionismo como um instituto que envolve a participação estatal ativa no sentido de se promover direitos e se implementar políticas públicas quando esse assume, diante da necessidade, o processo decisório em alguma medida.

A esse respeito, percebe-se que em muito as leis divergem. No Estatuto dos Povos Indígenas, como mencionou-se, a intervenção é exceção e ela se dá no caso de permissão específica, com a participação ativa das comunidades indígenas no sentido de

voluntariamente delegar parcela de sua autonomia, mesmo que transitoriamente para que o Estado assumira a condução de interesses seus.

A grande diferença entre o Estatuto dos Índios e o Estatuto dos Povos Indígenas é a superação da tutela. Se esse é um dos axiomas fundamentais do estatuto vigente, a nova proposta inova, pois inverte essa lógica, colocando o indígena no epicentro do protagonismo de suas vidas.

Extirpam do texto qualquer menção à tutela, e isso tem um caráter simbólico relevante. Eliminar tal instituto evidencia que esse não seja mais compatível com o momento que vivenciamos, muito menos com a ordem constitucional e internacional vigente.

O Estatuto do Índio prevê expressamente em seu Art. 7º o instituto da Assistência ou Tutela. Ele preleciona que *os índios e comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar*. Essa tutela seria exercida pela União através de seu órgão indigenista.

É interessante que não existe em outros marcos normativos tal expressão, comunhão nacional, isso não existe juridicamente. Pode-se definir isso como um conceito jurídico indeterminado, ou seja, quando expressões da norma são imprecisas ou vagas, repousando a dúvida no seu significado e não em suas consequências. Ora, o regime tutelar implicava em tratar o indígena como incapaz, apenas podendo exercer seus direitos caso submetesse a liberação desse regime a um juiz ou mediante decreto presidencial, desde que cumpridos determinados requisitos, ou seja, participando dessa suposta comunhão nacional. Não existem palavras para descrever a irrazoabilidade de tal instituto. O Procurador Federal Lívio Coelho, especialista em questões indígenas, defende aguerridamente a não recepção de tal instituto por incompatibilidade com os dispositivos constitucionais de 1988, nos seguintes termos:

Resta patente a não recepção do regime tutelar pela Constituição Federal de 1988, do mesmo modo como é cristalina a capacidade civil plena dos indígenas, afinal, a legislação mais atual é clara ao definir que os índios devem exercer os direitos reconhecidos a todos os cidadãos e assumir as obrigações correspondentes. Vários dispositivos do Estatuto do Índio – notadamente os referentes à tutela - não foram recepcionados pela Magna Carta. E, apenas para efeito de argumentação, ainda que tivessem sido recepcionados, teriam sido derogados com o advento do Decreto nº 5.051/2004, ante a evidente incompatibilidade.

Logo, conclui-se que a Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo paradigma político em relação às minorias e, especialmente, em

relação aos índios, promoveu o respeito à alteridade, optando pelo modelo preservacionista consubstanciado em um capítulo inteiro dedicado à temática indígena. Essa nova política fulmina toda e qualquer norma que diminua a capacidade do indígena em face dos demais membros da sociedade, consagrando-lhe o exercício pleno da capacidade civil, posteriormente detalhada no art. 8º da Convenção 169 da OIT. Assim, não há que se falar em tutela da pessoa do índio, como elemento limitador da capacidade, mas apenas em tutela do direito do índio, como mecanismo de afirmação dos direitos dessa minoria. A consagração da plena capacidade do índio traduz-se na desnecessidade de intermediação da prática dos atos da vida civil por quem quer que seja, podendo exercer plenamente todos os direitos e, da mesma forma, assumir todas as obrigações correspondentes a seus atos (CAVALCANTI, 2014).

Nesse sentido, percebe-se que, desde o primeiro momento, há a alteração da coluna vertebral do instrumento normativo. Supera-se o paradigma da integração forçada e da tutela, para a autodeterminação e livre arbítrio desses sujeitos.

Nesse sentido, passa-se à análise da estrutura do diploma a partir das divisões dos títulos supramencionadas. No título I, além de se resguardar a autonomia das comunidades e o respeito ao seu modo de vida e a cultura dos indígenas, o texto incorpora uma série de direitos individuais e coletivos. Assegurando que os indígenas façam jus a todos os direitos estabelecidos aos brasileiros, no âmbito trabalhista, civil, político, previdenciário etc. Ademais, ao falar sobre as políticas indigenistas, determina sim que os direitos indígenas sejam protegidos pela União. Contudo, isto ocorre sob a coordenação do órgão federal indigenista e a partir das diretrizes fixadas pelo CNPI, que é um órgão paritário, o que assegura uma gestão inclusiva.

O texto traz em seu texto valores que não são abordados pelo Estatuto do Índio, menciona a cosmovisão dos povos indígenas, o direito à memória e a proteção ao patrimônio material e imaterial. Define-se um procedimento de consulta que deverá vincular uma série de pautas de interesse dos indígenas, inclusive relacionado à exploração ambiental, pois essa se dá sob o paradigma de um uso sustentável dos recursos, assegurando a solidariedade intergeracional e o respeito dos recursos naturais.

Essas concepções só foram introduzidas mais ao final do século XX, pautando vários segmentos do Direito, que hoje vive um fenômeno chamado de constitucionalização. Traduzindo, na atualidade entende-se que os princípios existentes no âmbito do Direito Constitucional devem irradiar efeitos por todo o ordenamento jurídico, que deve respeitar esses axiomas fundamentais.

Essa interpretação sistêmica gera um ordenamento mais coerente e integrado. Isso poderia até atenuar os descompassos existentes em legislações antiquadas como o Estatuto do Índio. No entanto, isso confere uma certa subjetividade ao sistema, apesar de constituir um importante mecanismo de controle permanente da legislação que ajusta as imperfeições do sistema jurídico sem demandar uma reforma ou um processo formal. Contudo, em alguns casos, a divergência é tão patente que o trabalho deve ser de completa reformulação da legislação específica.

Pois em alguns casos, os paradoxos e as incompatibilidades são tão gritantes que a interpretação do Direito deveria ter de ressignificar quase que a totalidade do texto, como é o caso do Estatuto do Índio, especialmente porque foi construído sob um paradigma que é incompatível com os preceitos constitucionais da atualidade.

No título II, o que mais chama atenção é a cautela com a qual se tratou a proteção ao patrimônio imaterial. O direito autoral, patrimônio genético, biodiversidade e os conhecimentos tradicionais, outorgou-se inclusive a previsão de multa para os casos de utilização indevida desses, sem a consulta prévia.

O título III estabelece o regime de bens, garantias, negócios e proteção. Apesar de boa parte de suas disposições estarem relacionadas com a territorialidade, o que nunca deixa de ter destaque nesses debates, percebe-se a inovação no sentido de se criar um regime jurídico híbrido na gestão desses objetos.

O Art. 30, por exemplo, estabelece que serão respeitados os usos e costumes indígenas nos atos de negócios realizados por esses, salvo se optarem pela aplicação do direito comum. Isso é importante, porque, apesar de não criar uma jurisdição específica, como existe em alguns países, pelo menos faculta a composição dos negócios realizados com esses povos a uma lógica distinta da imposta pela legislação oficial. Parte-se da premissa de que esta, em alguns casos, pode não ser adequada à natureza desses negócios.

Essa parte cria uma série de garantias e de direitos relacionados à matéria. Dentre estes, limita-se o ingresso nas terras indígenas, estabelecendo sempre uma gestão que envolve a proteção por parte da União e órgãos oficiais e a consulta prévia dos indígenas envolvidos.

No título IV, determina-se o regime jurídico das terras indígenas, trazendo disposições sobre proteção e os conceitos do que seria terra indígena. Nessa parte, não há uma inovação substancial em relação ao estatuto anterior, em especial sobre as definições de terras. Cria-se um sistema com sanções e medidas coercitivas no sentido de se limitar essas agressões.

Há uma alteração em relação à definição do conceito de terra originária, num sentido ampliativo, entendendo que a caracterização dessas independem de reconhecimento por parte do poder público. Tal dispositivo, por mais que seja interessante e busque assegurar o direito de ocupação, da maneira em que se encontra positivado, encontra-se eivado de certa inexequibilidade, tendo em vista que são necessárias as manifestações e a proteção por parte do poder público, sem o qual pode haver esbulho e a turbação das terras.

Mas reconhece-se que a ideia foi mostrar a amplitude do direito de ocupação e que este independe do poder público, por ser originário e anterior. No entanto, não há discricionariedade para este decidir sobre tal matéria. Restringe-se a hipótese de remoção dos indígenas aos casos de risco de catástrofe e epidemia, o que caracterizaria uma grande vitória, pois poderia evitar a intervenção em terras indígenas para projetos desenvolvimentistas e de infraestrutura, como ocorreu em casos emblemáticos de hidroelétricas e outras obras.

Ao falar sobre assistência técnica, na seara de extensão rural, inova-se ao se levar em consideração a valorização do conhecimento tradicional e das práticas rituais. O Art. 78 é muito emblemático, pois, em sua sutil forma de propor um modelo que otimize a produtividade e as práticas de assistência técnica rural, construiu um modelo próprio de desenvolvimento. Apenas esse artigo poderia ser objeto de um estudo específico.

Percebe-se que aqui se cria um modelo de desenvolvimento considerando as necessidades e as referências dos indígenas, numa forma de compatibilizar tecnologias e inovações que podem agregar as práticas já existentes nas comunidades indígenas. Valoriza-se a multidisciplinariedade, além dos conhecimentos tradicionais, o intercâmbio entre as comunidades, os conhecimentos dos anciãos e dos pajés.

É muito interessante porque em nenhum momento há um processo de subordinação ou de escalonamento de valores em relação aos incisos que trazem um teor que se coaduna com os princípios do novo constitucionalismo latino-americano.

Os outros títulos também constroem um modelo de desenvolvimento próprio, sempre pautado na sustentabilidade, além do título sobre as terras há um exclusivamente sobre os recursos minerais, evidenciando claramente uma abordagem decolonial e do Sul.

O título V, que aborda o processo de consulta, será oportunamente tratado na análise comparativa que será realizada.

Os títulos VI, VII são grandes inovações trazidas no estatuto, tratam respectivamente das Políticas Sociais e da Cultura. Nessa parte, realmente há a

consolidação da proposta desse estatuto em relação à autodeterminação, ao respeito à cultura e a multiculturalidade.

O título VI busca estender aos indígenas uma série de direitos e garantias relacionados à assistência social, previdência, proteção da criança e adolescente indígena, saúde. Tanto no sistema de saúde e de educação indígenas. O estatuto é patente no sentido de se criar um sistema que considere a diversidade étnico-cultural e regional destes povos. A educação é toda construída com base em assegurar a utilização das línguas indígenas e dos seus processos próprios de aprendizagem, além de valorizar a organização social das comunidades, seus costumes, línguas, crenças e tradições.

O título VII, igualmente, se pauta na valorização da cultura indígena e no direito de esses poderem se expressar à sua maneira. Tal título cria políticas de incentivo baseados em recursos específicos da União para fomentar projetos que incentivem a proteção e o desenvolvimento de políticas culturais indígenas.

O título VIII trata das questões relacionadas às normas penais e processuais. Nesse sentido, o Art. 208 estabelece o respeito ao sistema de resoluções de conflitos das próprias comunidades. Este preceitua a apreciação de questões Realizados dentro dos seus membros e de acordo com seus usos e costumes da comunidade indígena, inclusive quando resultarem em sanções e resoluções.

Nesse sentido, cria-se um sistema interno de resolução de conflitos, entendendo-se que a atuação do judiciário será subsidiária, no caso de haver uma provocação e quando o sistema interno se mostrar incapaz de lidar com alguma questão. A parte remanescente cria garantias processuais para os indígenas e estabelece tipos penais específicos relacionados a estes, especialmente no caso de desrespeito de suas garantias e de esbulho de suas terras.

O texto do estatuto dos povos indígenas, de maneira geral, estabelece o respeito à identidade e cultura dos indígenas, buscando criar instrumentos para que isso não seja apenas letra morta. Ademais, percebe-se em seu corpo a preocupação em positivizar direitos individuais e coletivos, no sentido de assegurar igualdade formal e a isonomia. Nessa esteira, busca-se assegurar uma igualdade material com medidas de inclusão e de tratamento diferenciado na medida das necessidades dessa população historicamente marginalizada e em estado de vulnerabilidade.

Coaduna-se, deste modo, tais princípios com os corolários do novo constitucionalismo latino-americano, suprimindo a lacuna normativa existente entre os

preceitos de ordem constitucional e instrumentos internacionais com a legislação secundária interna.

Por mais que a comparação possa parecer um pouco estranha por se tratar de textos legais diferentes, com propostas distintas, pela identidade de objeto, entende-se como razoável a comparação, porque que o estatuto dos povos indígenas possui sim um forte caráter dogmático, representando ideias vigentes e que pretende pautar uma futura atuação caso seja realmente efetivado.

Ademais, sabe-se que, ao se elaborar um anteprojeto de uma lei, é de praxe incluir tudo quanto seja necessário, consolidando todos os aspectos relevantes, pois sabe-se que o trâmite legislativo tende a enxugar o texto de acordo com os interesses políticos e especialmente de governo, considerando o histórico de nosso presidencialismo de coalizão.

Sem adentrar nos méritos de técnica legislativa ou de estratégia política de encaminhamento da proposta (pois isso transcende aos propósitos desse estudo), pretende-se apresentar um panorama dos direitos referenciados atendo-se ao texto do diploma, analisado por pontos representativos do estatuto, considerando que sua extensão impede uma análise individual de todos os dispositivos da proposta.

O contraste com o Estatuto que se encontra em vigência é uma forma de mostrar como a epistemologia imperante de cada um dos diplomas é diversa, além de estes representarem momentos constitucionais completamente distintos.

Considerando a Convenção 169 da OIT, o direito à autodeterminação e o direito de consulta, sob esses paradigmas que norteiam o Novo Constitucionalismo Latino-americano, é que se realizar-se-á a análise. É possível, sob vários recortes, proceder à análise dos diplomas, especialmente do EPI que foi construído permeando diversos eixos relacionados às políticas e aos direitos indígenas.

Dessa maneira, buscar-se-á trazer dispositivos representativos do direito de consulta e de autodeterminação. Pois se no Estatuto do índio, os indígenas eram absolutamente tutelados, no EPI estes são considerados protagonistas de seu desenvolvimento, trilhando o caminho que optarem, sempre tendo sua vontade considerada dentro desse processo. Considera-se assim a mudança do papel da autodeterminação e da manifestação volitiva desses sujeitos na referência de um diploma para o outro.

Sob essas variáveis e considerando artigos paradigmáticos dos diplomas, elaborar-se-á uma tabela comparativa, construída para relacionar alguns dispositivos dos

estatutos. Ressalta-se antes de tudo, que se pretende não apenas comparar os diplomas, mas sim realizar uma análise mais aprofundada da proposta da CNPI.

Sobre o direito de consulta, a seguinte tabela compara os ditames de cada um dos textos:

Tabela 2: Comparação sobre o direito de consulta entre os Estatuto do Índio e o dos Povos Indígenas

Consulta	Estatuto do Índio	Estatuto dos Povos Indígenas
	Não existe dispositivo relacionado à consulta, apenas há previsões genéricas no sentido de respeito as tradições e de colaboração com os índios e suas comunidades.	<p>Existe um procedimento de consulta prévia previsto no Título V do diploma.</p> <p><i>Da Consulta Prévia, Livre e Informada</i></p> <p><i>Art. 79. Fica assegurada a participação dos povos e comunidades indígenas no planejamento, formulação, execução, coordenação e avaliação de todos os planos, projetos e programas que possam afetá-los diretamente.</i></p> <p><i>Art. 80. Fica assegurado aos povos e comunidades indígenas o direito de serem consultados de forma prévia, livre e informada, conforme seus usos, costumes e tradições, nos seguintes casos: I - medidas legislativas de interesse dos povos e comunidades indígenas que possam afeta- lós diretamente; II - medidas e atividades administrativas de interesse dos povos e comunidades indígenas que possam afetá-los diretamente; III - atividades consideradas de relevante interesse público da União desenvolvidas em terras indígenas nos termos de lei complementar. IV - Atividades no entorno das terras indígenas que lhes acarretem potencial impacto. Parágrafo único. Os procedimentos da consulta a que se refere este artigo serão estabelecidos por resolução do Conselho Nacional de Política Indigenista. Art. 81. A realização de consulta prévia aos povos e comunidades indígenas caberá exclusivamente à União, por intermédio do órgão indigenista, assegurado o respeito às seguintes condições, sob pena de nulidade: I - respeito à diversidade cultural e à especificidade de cada um dos povos indígenas; II - realização da consulta na própria terra habitada pelos indígenas, quando se tratar de atividade obra ou serviço incidente nesta terra</i></p>

		<p><i>indígena; III - garantia de tradução na língua materna dos povos indígenas consultados, quando necessário; IV - presença obrigatória do órgão indigenista federal e do Ministério Público Federal; V - respeito aos processos próprios de aprendizagem dos indígenas; VI - apresentação de documentos e pareceres técnicos em linguagem simples e na forma adequada aos usos, costumes e tradições indígenas; VII - fortalecimento da tradição oral quando necessário; VIII - respeito às formas próprias de representação dos indígenas, suas comunidades e povos. IX - Garantia do direito a informação plena e integral em todas as fases da atividade, obra ou projeto realizado. Art. 82. O procedimento de consulta prévia deve se dar com a maior abrangência possível mediante a realização de: I - reuniões; II - seminários; III - audiências públicas; IV - conferências V - debates; VI - qualquer outro modo de participação das comunidades ou povos interessados. Art. 83. A consulta prévia buscará a construção de consensos e terá caráter deliberativo e vinculante.</i></p> <p>Além disso de forma esparsa o estatuto sujeita várias questões ao referido procedimento, como por exemplo:</p> <p>Art. 21. A utilização de conhecimentos tradicionais por pessoas alheias (...)</p> <p>Art. 34. (...)§2º. A prestação de serviços públicos essenciais destinados aos povos indígenas (...)</p> <p>Art. 35. – Ingresso em terra indígena.</p> <p>Art. 52. Licenciamento ambiental de recursos naturais em terras indígenas.</p> <p>Art. 88. Exploração mineral, com poder de veto inclusive.</p>
--	--	--

Percebe-se que o EPI se preocupou em submeter vários assuntos de interesse dos povos indígenas ao procedimento de consulta prévia, buscando assegurar o protagonismo desses povos na condução de seus interesses e respeitar uma forma de participação deliberativa, caracterizada pela representatividade dos interessados. Submeteu-se ao processo de consulta não apenas questões relacionadas com a defesa da terra e do patrimônio material e imaterial dos povos indígenas, mas também matérias relacionadas ao desenvolvimento sustentável, assistência social e outros temas sensíveis.

No entanto, buscou-se, de uma maneira geral, assegurar a participação e consulta dos povos em todas as medidas administrativas ou legislativas que possam gerar impacto sobre suas vidas, além de proteger o patrimônio e os meios de vida desses povos.

O Estatuto do Índio, por sua vez, não trazia instrumentos efetivos nesse sentido, apenas de forma genérica previa que cumpria ao poder público, nele representado pelos diversos entes federados e pessoas integrantes da administração pública que assegurasse aos índios a possibilidade de livre escolha de seus meios de vidas e subsistência¹⁹.

Percebe-se que a construção do instituto se dá dentro de uma perspectiva de tutela. Isto por, primeiramente, submeter a incumbência de assegurar, segundo, por que já restringe a questão aos meios de vida e pressupõe apenas uma subsistência. Com isto, já se delega a esses uma condição famélica, representando a ideologia vigente, utilizando-me brevemente de conceitos relacionados à análise do discurso, que se mostram úteis para o estudo analítico que se enfrenta.

Gregolin e Baronas (2003) mencionavam a existência de uma relação entre o verbal e o não verbal, mencionando que Foucault estabelecia a relevância das características sociais e das ideologias para a semântica dos significados dos textos, do discurso propriamente dito. Deste modo, é possível se perceber a conotação expressa, considerando o viés existente na sociedade da época, de uma forte carga de alienação e exclusão dos indígenas. Se por um lado se pregava a tutela e a integração, a forma que era feita a referência ao indígena chegava à beira da desumanidade.

Conforme fora supramencionado, comparar só diplomas normativos constitui uma tarefa difícil, dada a diferença na forma que estes se estruturam em relação aos tópicos, ao formato utilizado e à própria extensão de cada um.

Contudo, ambos se iniciam com a definição precisa dos princípios que os regem. Nessa oportunidade, apresenta-se a integralidade de alguns dispositivos, apresentando o correspondente do outro diploma, quando houver.

Esse recorte está relacionado diretamente com os conceitos abordados ao longo desse trabalho, pois ambos diplomas possuem forte caráter ideológico relacionados aos paradigmas que os regem.

¹⁹ Art. 2º IV da Lei 6001/73.

Tabela 3: Comparação entre os artigos 1º do Estatuto do Índio e o dos Povos Indígenas

	Estatuto do Índio	Estatuto dos Povos Indígenas
Princípios	<p>Dos Princípios</p> <p>Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.</p>	<p>Dos Princípios</p> <p>Art. 1º. Esta lei regula a situação jurídica dos indígenas, de suas comunidades e de seus povos, com o propósito de proteger e fazer respeitar sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, os direitos sobre as terras que ocupam e todos os seus bens.</p>

Percebe-se que, de fato, o Estatuto do Índio adota como objetivo fundamental o integracionismo, com base no modelo vigente à época de necessidade de mão-de-obra produtiva, da resposta da chamada marcha para o oeste. Além disto, considera-se que o desenvolvimento, na concepção ocidental e a integração na sociedade brasileira, é o modelo ideal a ser buscado. O que em muito difere do EPI que busca a proteção e o respeito aos direitos desses povos. Dando continuidade à tabela:

Tabela 4: Comparação entre o texto do Estatuto do índio e a proposta de Estatuto dos povos indígenas

<p>Art. 2º Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:</p> <p>I - Estender aos índios os benefícios da legislação comum, sempre que possível a sua aplicação;</p>	<p>Art.3º. As relações internas de uma comunidade indígena serão reguladas por seus usos, costumes e tradições.</p> <p>Art.4º. Os indígenas são brasileiros natos e a eles são assegurados todos os direitos civis, políticos, sociais e trabalhistas, bem como as garantias fundamentais estabelecidas na Constituição Federal. Parágrafo único. Aos indígenas é assegurada a isonomia salarial em relação aos demais trabalhadores e a eles se estende o regime geral de previdência social.</p> <p>Art. 5º. Cumpre à União, com a coordenação do órgão federal indigenista e a partir das diretrizes definidas pelo Conselho Nacional de Política Indigenista, proteger e promover os direitos indígenas reconhecidos pela Constituição Federal e regulados por esta lei, podendo contar com a colaboração de entidades públicas e privadas, Estados, Municípios e Distrito Federal, desde que previamente pactuada, na forma de convênios, parcerias e outros instrumentos legais, em conformidade com os interesses dos povos e comunidades indígenas.</p>
---	---

Antes competia à União, Estados e Municípios, bem como suas administrações diretas, a proteção das comunidades indígenas e seus direitos, delegando a esses as competências elencadas nos incisos relacionados. Apenas cabia a esses entes estender os benefícios da legislação comum sempre que fosse possível, além de fazer valer outras diretrizes, deixando os indígenas completamente alheios à definição das matérias de seus interesses.

O EPI muda completamente o paradigma reinante, centralizando na União o dever de proteger e promover os direitos indígenas, mas sob a coordenação do órgão federal indigenista, submetendo esse às diretrizes do Conselho Nacional de Política Indigenista que é um órgão paritário onde as lideranças indígenas possuem participação ativa. Percebe-se que se roga aos ditames da Constituição Federal, pois o estatuto apenas regulamenta o que o constituinte já definiu como direito, carecendo de uma regulamentação mais direcionada e específica. É importante elevar a matéria à ordem constitucional, pois qualquer violação ou omissão caracteriza desde já uma inconstitucionalidade patente, não havendo margem para o descumprimento de seus ditames.

Realidade inexistente no constitucionalismo vigente à época do estatuto do índio. A remissão à constituição evidencia que a regulamentação nada mais é do que cumprir uma vontade e um direito já constitucionalmente protegido.

Ademais, percebe-se que os artigos anteriores desde um primeiro momento cuidam de evitar ingerência externa nas relações das comunidades indígenas, bem como confere os direitos políticos, sociais, trabalhistas e previdenciários assegurados para todos brasileiros natos aos integrantes desses povos, mostrando uma preocupação nesse primeiro momento na positivação de uma igualdade formal.

Tabela 5: Comparação entre o texto do Estatuto do índio e a proposta de Estatuto dos povos indígenas (continuação)

<p>Art. 2º (...)</p> <p>II - Prestar assistência aos índios e às comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional;</p> <p>III - respeitar, ao proporcionar aos índios meios para o seu desenvolvimento, as peculiaridades inerentes à sua condição;</p> <p>IV - Assegurar aos índios a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência;</p> <p>V - Garantir aos índios a permanência voluntária no seu habitat, proporcionando-lhes ali recursos para seu desenvolvimento e progresso</p> <p>VI - Respeitar, no processo de integração do índio à comunhão nacional, a coesão das comunidades indígenas, os seus valores culturais, tradições, usos e costumes;</p>	<p>Art. 6º. A política de proteção dos povos indígenas e promoção dos direitos indígenas terá como finalidades:</p> <p>I - Garantir aos indígenas o acesso aos conhecimentos da sociedade brasileira e sobre o seu funcionamento;</p> <p>II - Garantir meios para seu auto sustentação, respeitadas as suas diferenças culturais;</p> <p>III - assegurar a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e de subsistência;</p> <p>V - Assegurar o seu reconhecimento como grupos etnicamente diferenciados, respeitando suas organizações sociais, usos, costumes, línguas e tradições, seus modos de viver, criar e fazer, seus valores culturais e artísticos e demais formas de expressão;</p>
--	--

Tabela 6: Comparação entre o texto do Estatuto do índio e a proposta de Estatuto dos povos indígenas (continuação)

<p>VII - executar, sempre que possível mediante a colaboração dos índios, os programas e projetos tendentes a beneficiar as comunidades indígenas;</p> <p>VIII - utilizar a cooperação, o espírito de iniciativa e as qualidades pessoais do índio, tendo em vista a melhoria de suas condições de vida e a sua integração no processo de desenvolvimento;</p> <p>IX - Garantir aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes;</p> <p>X - Garantir aos índios o pleno exercício dos direitos civis e políticos que em face da legislação lhes couberem.</p>	<p>V - Garantir a posse e a permanência nas suas terras e o usufruto exclusivo das riquezas dos solos, rios e lagos nelas existentes;</p> <p>VI - Garantir o pleno exercício dos direitos civis e políticos;</p> <p>VII - proteger os bens de valor artístico, histórico e cultural, os sítios arqueológicos e as demais formas de referência à identidade, à ação e à história dos povos ou comunidades indígenas; VIII – proteger os povos em risco de extinção, em situação de isolamento voluntário ou não contatados. Parágrafo único. A política disposta no caput deste artigo se aplica a todos os indígenas, indistintamente, independente da localidade em que se encontrem.</p>
--	--

Percebe-se que, desde a parte inicial de ambos os textos, cada uma é fundada sob a égide de pensamentos distintos. O Estatuto do Índio até prega um respeito às diferenças, mas muito mais em um âmbito teórico do que efetivo. Tal estatuto aborda sempre sob

uma perspectiva de uma colaboração e um respeito, pretendendo uma integração, mas não uma que se de maneira paritária. Antes, espera-se uma fagocitose dos indígenas pela sociedade brasileira.

Por outro lado, o Estatuto dos Povos Indígenas busca trazer efetividade aos seus dispositivos. Ele cria um sistema em que há participação dos indígenas na exploração de seus recursos minerais, sempre sob o paradigma do desenvolvimento sustentável.²⁰

O Estatuto dos Povos Indígenas, deste modo, está alinhado com os preceitos mais contemporâneos da ordem de direitos difusos e coletivos, além das diversas gerações dos direitos fundamentais.

A parte que cuida da memória é uma inovação substancial em relação ao diploma atualmente vigente, além da preocupação da proteção ao patrimônio material e imaterial dos povos indígenas. A lei traz toda uma seção no sentido de se promover o respeito a memória e a cultura indígena.

Alguns dispositivos são mais diretos, promovendo a compensação financeira. Outros, por sua vez, criam sanções e aplicam multas, coibindo comportamentos abusivos e indesejados. Trata-se de uma medida que consolida uma luta secular dos indígenas, que carecem de mecanismos que possam coibir a prática de abusos.

De maneira geral, entende-se que não existem contradições reais no diploma proposto pelo CNPI. As intervenções estatais, os mecanismos de proteção, a criação de compensações, sanções e tipos penais, todas essas medidas, por mais que envolvam a restrição de direitos de indígenas e não indígenas, mostram-se compatíveis com o sistema de proteção existente no diploma.

Sobre a parte de intervenção estatal e de suposto protecionismo, o que em certa medida poderia relativizar a autonomia dos indígenas, entende-se que são proporcionais e previstas de uma maneira que leva em consideração o respeito aos seus direitos, integridade e diversidade. O Estatuto dos Povos Indígenas cria um microsistema de proteção que deve ser interpretado como uma totalidade do instrumento.

Retomando os debates de Lascoumes e Le Galés (2007), este estatuto é imbuído de uma série de conotações e significados que não são difíceis de perceber. Tanto o gestor público quanto o aplicador da lei qualificados conseguem facilmente interpretar sistematicamente a lei, não havendo contradições ou lacunas que a tornem inoperável ou paradoxal.

²⁰ Art. 62. É vedado o incentivo a atividades econômicas que não sejam consideradas sustentáveis do ponto de vista ambiental e cultural.

Não, as restrições, as relativizações tanto a respeito de uma soberania estatal, quando da soberania dos indígenas, mostram-se completamente compatíveis com o sistema constitucional. Ressalta-se que não se faz uma análise do estatuto como um todo em relação à compatibilidade material com a Constituição Brasileira, pois esse traz questões referentes a questões tributárias, energéticas, ambientais, civis e penais. Nesse diapasão, deixa-se claro que não se analisou essas questões, nem se pretende fazê-lo, sendo necessário um estudo direcionado para cada uma dessas análises. O que se defende aqui é que, do ponto de vista hermenêutico, os ditames da lei se coadunam com as disposições referentes à proteção dos indígenas, não havendo incompatibilidade axiológica com os preceitos constitucionais. É possível, inclusive, com base nessa lei, realizar-se uma interpretação que, teleologicamente, seja compatível com a carta constitucional de 1988.

A preocupação que o Estatuto dos Povos Indígenas mostra em conferir um tratamento adequado, compatível com os direitos humanos dos indígenas e com o seu processo de desenvolvimento dentro de suas perspectivas e ambições é muito distinto. Ademais, as garantias preceituadas no novo estatuto são muito mais diversas, além da inclusão da cosmovisão indígena e do direito de consulta prévia em todas as matérias que sejam de seus interesses, inclusive medidas legislativas e políticas públicas.

Ora, como se mencionou, não se rompeu com a proteção estatal, considerando que a criação e proteção de microssistemas jurídicos é uma característica do neoconstitucionalismo. Muito pelo contrário, o que se mudou foi a forma que esse protecionismo se estruturou. Se no estatuto atualmente vigente, ele se dá de uma maneira unilateral e arbitrária, no Estatuto dos Povos Indígenas ele se estrutura em conjunto com os indígenas, deixando esses dentro do processo decisório e os tratando como sujeitos e soberanos de seus caminhos. Ressalta-se que o estatuto atual é totalmente retrógrado e incompatível com os preceitos constitucionais e os direitos fundamentais. Há uma questão relativa à proteção de Direitos Humanos e até a denúncia de descumprimento de instrumento internacional ratificado pelo Brasil.

Não se trata de uma lei que crie um regime de favorecimento indevido, mas apenas assegura os instrumentos mínimos para que sejam efetivados os preceitos constitucionais e se construa uma ação pública devida para o respeito à alteridade e à identidade dos indígenas, respeitando-se as noções de pluralismo jurídico e de isonomia, corolários de nosso texto constitucional e que se coaduna com o novo constitucionalismo latino-americano. Este representa um modelo de desenvolvimento tipicamente latino-

americano, promovendo assim um giro decolonial, pois rompe com padrões históricos de exploração e de negação de uma identidade própria aos países em questão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Sistema Mundo foi construído com base no estabelecimento de países centrais e periféricos. A colonialidade é um fenômeno tão profundo que é quase impossível entender todos os seus significados e sua abrangência. Como disse Mignolo (2003), sofremos um aprisionamento ilimitado.

O conceito de um Novo Constitucionalismo Latino-americano por si só representa um questionamento e um conseqüente enfrentamento às estruturas de poder existentes em âmbito global, constituindo uma Epistemologia do Sul.

Nossa história constitucional se estruturou a partir da colonialidade. Esta, quando relacionada ao conhecimento, é a colonialidade do saber, estando ligada a uma lógica monista. Por fim, a conjugação da colonialidade de poder com a colonialidade do saber consubstancia a chamada colonialidade do ser. Esses conceitos dissertados por Mignolo demonstram que os efeitos do processo colonial continuam e geram um aprisionamento quase que ilimitado.

As elites crioulas reproduziram o sistema de dominação vigente, negando a cultura e o saber local. Isso se relaciona diretamente com os indígenas, pois os povos originários foram completamente ignorados e seu saber desprezados. Percebe-se que o Novo Constitucionalismo, ao se filiar ao pluralismo jurídico revisita, o conceito de democracia, cidadania e de participação política. Nesse sentido, reconhecer essa identidade é também incorporar valores e conceitos fora da lógica e do pensar do Norte. Percebe-se o estágio de amadurecimento do Novo Constitucionalismo latino-americano, que anda em compasso com os ciclos de reformas constitucionais ocorridos no continente.

Os estudos subalternos e das epistemologias do Sul analisam esses mecanismos sutis que existem no período pós-colonial e pensam o Sul de uma forma distinta. Especificamente, pode-se entender que toda essa quebra de paradigma no âmbito constitucional e o reconhecimento de uma hermenêutica e de uma epistemologia própria representam assim uma forma de desenvolvimento que promove o giro decolonial do constitucionalismo latino-americano.

O bem viver, chamado de *sumak kamsay*, expressamente previsto nas constituições da Bolívia e do Equador - os chamados Estados Plurinacionais - representam uma desconstrução da colonialidade ao incluir um saber e um elemento oriundo dos indígenas em seus princípios. Inseriu-se um novo sujeito de direitos, a Pachamana, mãe terra, incluindo a proteção de um valor difuso, numa construção muito

elaborada, conciliando valores tradicionais com preceitos jurídicos, num viés muito mais denso e profundo que a noção de desenvolvimento sustentável elaborada nos últimos 30 anos, no cenário internacional.

Os movimentos indígenas e a mobilização local conseguiram dar destaque internacional especialmente às organizações não governamentais e aos organismos internacionais. Ao se elevar os debates da questão indígena ao patamar das assembleias e comitês internacionais, foi possível que a matéria integrasse a agenda desses setores. Com esse destaque é que houve a consequência da elaboração de instrumentos normativos do Direito Internacional no sentido de proteger os direitos indígenas. Consta-se que até no âmbito destes instrumentos identificou-se uma mudança de paradigma, indo do assimilacionismo, da integração forçada até o respeito a autodeterminação. Enxerga-se um paralelo com o que ocorreu nos ordenamentos jurídicos internos.

Pode-se dizer que os instrumentos jurídicos do Direito Internacional foram importantes catalisadores das mudanças constitucionais. Contudo, a inclusão dos direitos indígenas nesta agenda se deu pela luta dos movimentos indígenas e de esferas das sociedades civil. Essa luta, segundo Machado (2009), estruturou-se em um primeiro momento através da luta pela terra; em um segundo momento, buscou-se o reconhecimento do direito à diferença cultural e, posteriormente, lutou-se pela autonomia. O grande marco divisor no cenário internacional foi a Convenção 169 da OIT, que instituiu, dentre outras coisas, o direito de consulta. Esse direito de consulta, em última análise, representa um instrumento para se alcançar a autonomia dos indígenas. Esses movimentos possuem características próprias ao redor da América Latina. Um caso emblemático foi o da Bolívia, cujas lutas estavam ligadas à questão camponesa, oriundo de um grupo populacional majoritário no país. Tal população conseguiu emplacar um dos seus representantes como o primeiro presidente indígena do país. É claro que tal fato advém dessa caminhada e do movimento de reconhecimento dos direitos indígenas e da alteridade no país. Isto importou, em um momento imediatamente posterior, na criação do Estado Plurinacional Boliviano que, juntamente com o Equatoriano, representam hoje os regimes constitucionais onde o novo constitucionalismo latino-americano mostra suas características de forma mais acentuada e que romperam de forma mais contundente com os regimes constitucionais tradicionais e estandardizados pelos padrões coloniais.

Sem desmerecer a importância do sobredito instrumento, seria errôneo reduzir o motivo das reformas constitucionais do final do século XX por sua existência. Esse movimento do constitucionalismo pós-ditaduras latino-americanas se deu por diversas

razões, sendo um fenômeno muito mais endógeno dessas democracias, caracterizando um processo de amadurecimento político e jurídico.

Outrossim, a transição de regimes excludentes para sistemas constitucionais pautados pelo reconhecimento do pluralismo jurídico, por mais que tenha no reconhecimento da sociedade plural que existe nesses países, o que passa necessariamente pelos indígenas, contempla uma série de segmentos sociais historicamente silenciados. Entende-se que, juntamente com os sistemas nacionais, os instrumentos jurídicos internacionais conseguem estabelecer um *corpus* dos direitos indígenas, havendo parâmetros e marcos legais para poder se lutar e buscar nas instituições existentes a defesa desses, o que, por si só, é relevante.

A revisão bibliográfica indicou um padrão em se dividir as reformas constitucionais em ciclos, que podem ter sutis distinções relacionadas aos marcos e recortes eleitos. Considera-se que a possibilidade de se estabelecer um padrão de reformas reforça a independência e identidade do novo constitucionalismo latino-americano, pois esses países possuem características comuns que denotam a existência de um constitucionalismo próprio.

Politicamente, as reformas que ocorreram a partir da década de oitenta estabelecem um paradoxo com o modelo econômico adotado, que se estabeleceu, via de regra, sob um paradigma mais liberal e de menor intervenção do Estado, partindo-se para um privatismo. Se, por um lado, os indígenas viram seus direitos serem positivados, por outro, percebeu-se uma abertura para investidas contra suas terras e propriedades.

Já a partir do século XXI, percebe-se um fortalecimento no sentido dos Estados plurinacionais, caracterizados pelo diálogo e pela representação intercultural.

Percebe-se que, apesar de haver um sistema constitucional que sofreu alterações no sentido de se promover o pluralismo jurídico, no âmbito dos direitos indígenas, percebe-se que em muitos casos há carência de uma legislação infraconstitucional no sentido de dar efetividade nos direitos previstos nas cartas maiores desses países e nos instrumentos internacionais. Tal fato evidencia uma defasagem nos direitos previstos e nos implementados, o que caracteriza uma omissão inconstitucional.

O caso do Estatuto do Índio representa um exemplo emblemático desse problema, pois trata-se de uma legislação completamente anacrônica e em descompasso com o paradigma jurídico vigente. Essa chamada brecha de implementação representa um descaso governamental no sentido de se atender aos interesses de elites políticas e o pano de fundo continua sendo a questão agrária que sempre foi central nesses países.

As chamadas brechas de implementação constituem o maior óbice aos direitos indígenas nos países latino-americanos. Contudo, apesar de as reformas na maioria dos casos não terem sido fortes o suficiente para atingir a “sala de máquinas”, como disse Gargarella, entende-se que a positivação dos direitos e o estabelecimento de um corpo jurídico para os direitos, havendo um núcleo duro deles, já representa a pretensão de se romper com os padrões tradicionalmente existentes. De resto, ao se acreditar na força normativa da constituição, entende-se que a inclusão desses direitos já possui o condão de afetar as democracias desses países, além de criar um parâmetro de julgamento pelo Poder Judiciário na apreciação das lides existentes. Isso, em tempos de ativismo judicial, pode representar uma corrente implementativa desses direitos, mesmo que se em sede de uma construção litigiosa.

Nesse sentido, por todo exposto, aguerridamente, defende-se que o novo constitucionalismo latino-americano é de vanguarda, podendo ser caracterizado por um sistema autopoiético, pois consolida demandas da sociedade em que se insere, coadunando-se com um conceito democrático ampliado e com o pluralismo jurídico cada vez mais inclusivo.

A eleição dos direitos indígenas como núcleo epistemológico desse sistema constitucional é devida em razão da natureza desses direitos e do local que eles se inserem, pois caracterizam uma identidade negada. Portanto, reconhecê-los é uma forma de combater a colonialidade do poder.

Tal medida irradia efeitos para diversos segmentos sociais aos quais foram tolhidos os direitos de participação. A autodeterminação e o direito de consulta desses povos representam a formação de um processo político que, pensado para esse microsistema, deve ser expandido respeitando-se suas singularidades para todo o processo democrático, na construção de uma sociedade representativa dessas populações. Em síntese, enfrentar tal temática é adentrar em debates históricos e reconhecer um desenvolvimento genuinamente latino-americano.

Sob o prisma do Sul, analisou-se a proposta da CNPI, entendendo-se que essa foi construída considerando a participação ativa dos indígenas, pautando-se assim desde o primeiro momento no paradigma da autodeterminação.

A legislação consolida várias demandas dos povos indígenas, sendo um instrumento da ação pública norteado por um caráter axiológico e que busca propor uma agenda e pautar a atuação do Estado. Isto caracteriza uma política pública, que sinaliza

uma opção do legislador/gestor em ver implementado os direitos reconhecidos constitucionalmente.

Contudo, o fato de que infelizmente a proposta não teve andamento e não se consolidou como lei caracteriza a opção do legislador em não enfrentar as elites tradicionais e os interesses da aristocracia rural que tradicionalmente sempre conduziu os rumos políticos do Brasil. O Estatuto dos Povos Indígenas passa por vários pontos que enfrentam bandeiras de interesses dessa elite política, passando por questões agrárias e ambientais, por exemplo.

Em síntese, entende-se que a proposta capitaneada pela CNPI se encontra em sintonia com os preceitos do Novo Constitucionalismo Latino-americano por promover o reconhecimento e a inclusão da vontade política de sujeitos historicamente negligenciados. Ademais, tal proposta enfrenta diretamente questões relacionadas a um modelo de desenvolvimento próprio, enfrentando questões afeitas à colonialidade do poder, além de buscar promover um giro decolonial ao conferir um tratamento isonômico e procurar a persecução de uma igualdade material dos indígenas. Seu texto é repleto de características afeitas a esse sistema, que busca, por fim, romper com o modelo de tutela estatal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACOSTA, Alberto. **O Bem Viver**: uma oportunidade para imaginar outro mundo. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária/Elefante, 2010.

AGUIAR, Jórissa Daniella Nascimento. Teoria pós-colonial, estudos subalternos e América Latina: uma guinada epistemológica? **Estudos de Sociologia**. São Paulo, v. 21, p. 273-289, 2016.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000

ASSIS, Fábio José Silva De ; VIEIRA, José Ribas . **Do Neoconstitucionalismo Ao Novo Constitucionalismo Latino-Americano: Um Processo De Luta Das Minorias**. Revista Eletrônica Direito e Política, v. 11, p. 1162-1190, 2016.

AVRITZER, Leonardo ET AL (orgs). **O constitucionalismo democrático latino-americano em debate**: soberania, separação de poderes e sistema de direitos. Belo Horizonte: Editora Autêntica, 2017.

BALLESTRIN, Luciana . **América Latina e o giro decolonial**. Revista Brasileira de Ciência Política (Impresso), v. 2, p. 89-117, 2013

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: pós modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: **Revista de Direito da PGE**, Rio de Janeiro, jul./set. 2006.

BHABHA, Homi K. “A iminência das poéticas”. In: Entrevista concedida à 30ª Bienal de São Paulo, 2012. Disponível em:

<<https://www.youtube.com/watch?v=ym2dPYqIvmA>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Otávio Augusto Vianna Alves. Direito constitucional. Tomo I – Teoria da Constituição. Editora Jus Podivm, 2017, p. 79

BOBBIO, Norberto. **Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Publiesi. São Paulo: Editora Ícone, 1995.

BOLÍVIA. **Nueva Constitución Política del Estado**, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. DECRETO Nº 5.051 DE 19 DE ABRIL DE 2004. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais., Brasília,DF, jun 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.html Acesso em: 24 jun. 2018.

_____. DECRETO Nº 5.051 DE 19 DE ABRIL DE 2004. Promulga a Convenção no 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais., Brasília,DF, jun 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8593.htm Acesso em: 24 jun. 2018.

_____. LEI Nº 6.001, DE 19 DE DEZEMBRO DE 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio., Brasília,DF, jun 2017. Disponível em: <[h](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm)http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm Acesso em: 24 jun. 2018.

_____. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002,. Institui o Código Civil., Brasília,DF, jun 2017. Disponível em: <[h](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm)http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm Acesso em: 24 jun. 2018.

_____. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988., Brasília,DF, jun 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm Acesso em: 24 jun. 2018. BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. São Paulo, Saraiva, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 336.

CEPAL (ONU). Os Povos Indígenas na América Latina: Avanços na última década e desafios pendentes para a garantia de seus direitos. Santiago, Chile. 2015. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/37773/1/S1420764_pt.pdf>. Acessado em: 19 maio 2018.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: teoria do Estado e da Constituição. Direito constitucional positivo**. Belo Horizonte, Del Rey, 19 ed, 2012.

CAVALCANTI, Lívio Coêlho. **O fim da tutela indígena. Conteúdo Jurídico**, Brasília: 10 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48979&seo=1>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

CASASSANTA, Eduardo. Resumo da aula: **A força normativa da constituição**. Disponível em: <<http://eduardocasassanta.wordpress.com>>. Acesso em: 29 maio 2018.

CEPAL. **Os Povos Indígenas na América Latina Avanços na última década e desafios pendentes para a garantia de seus direitos**. Santiago: ONU, 2014.

CÉSPEDES, David Choquehuanca. Hacia La Reconstrucción Del Vivir Bien. In.: **Sumak Kawsay**: recuperar el sentido de vida. ALAI, nº 452, año XXXIV, II época, Quito, Ecuador, febrero 2010.

CHANG, H. **Chutando a Escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica** São Paulo: Editora UNESP, 2004.

CHILE, **Constitución de la República de Chile, 1980.**

COLÔMBIA, **Constitución Política de Colômbia, 1991.**

COSTA, Sergio. **Pós-colonialismo e différence.** In: _____. Dois Atlânticos: teoria social, anti-racismo, cosmopolitismo. Belo Horizonte: UFMG, 2006.

COURTIS, Christian. **Anotações sobre a aplicação da Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas por tribunais da América Latina.** Sur: Revista internacional de direitos humanos, São Paulo, v. 6, n. 10, jun. 2009.

DAVIS, Shelton. 2008. "**Diversidade cultural e direitos dos povos indígenas**". Mana. Estudos de antropologia social, 14(2):571-586.

DAHL, Robert A. **Poliarquia: Participação e Oposição.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1997.

DALMAU, R. M. **El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de constitución de Ecuador de 2008.** Revista Alter Justitia, Ano 2, nº 1. Guayaquil: Maestría en Derechos Fundamentales y Justicia Constitucional de la Universidad de Guayaquil, 2008.

DOMINONI, Marco. **Constitucionalismo indígena.** Texto de 29 ago. 2017. Disponível em: <<http://cursocliquejuris.com.br/blog/constitucionalismo-indigena/>>. Acesso em: 08 maio 2018.

FEYERABEND, Paul. **Contra o método.** São Paulo: Editora Unesp, 2007.

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. **Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino**", en Berraondo (coord.): **Pueblos indígenas y derechos humanos.** Ed., 2006. p. 537-567.

_____. **Aos 20 anos da Convenção 169 da OIT: balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina.** In: **Povos indígenas: Constituições e Reformas Políticas na América Latina.** Brasília: Instituto de Estados Socioeconômicos, 2009.

FERRAZZO, Débora. **O Novo Constitucionalismo e Dialética da Descolonização.** In: **Temas atuais sobre o constitucionalismo latino-americano.** São Leopoldo: Karywa, 2015, p. 36.

FURTADO, C. **O Mito do Desenvolvimento Econômico.** Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1974.

FLORES, Tânia; LORANDI, Aline. Resenha de “Análise do discurso: as materialidades do sentido”, de Gregolin e Baronas. **Revista Virtual de Estudos da Linguagem – ReVEL**, v. 4, n. 6, março de 2006.

FUNAI. **1ª Conferência de Política Indigenista**. Brasília. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/ascom/2015/img/06-jun/Documento%20Base%20-%202506.pdf>>. Acesso em: 2 abr. 2018.

GARGARELLA, Roberto. **Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição**, Universitas. JUS, v. 27, n. 2, 2016.

HÄBERLE, Peter. México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un ius commune americanum. In: HABERLE, Peter; KOTZUR, Markus. **De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano**, Trad. Héctor FixFierro. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safe, 1991.

LANGOSKI, Deisemara Turatti; BRAUN, Helenixe de Aparecida Dambrós. **Novo Constitucionalismo Latino - Americano: O Pluralismo Jurídico e a Perspectiva Intercultural dos Direitos Humanos**. Artigo. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8d566a338d7758ba>. Acessado em: 20/06/2017.

LASCOUMES, Pierre; LE GALÈS, Patrick. A ação pública abordada pelos seus instrumentos. In: **Revista Pós Ciências Sociais**, vol. 9, n. 18, pp. 19-44, jul/dez 2012.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000

LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien. **Os Tempos Hipermodernos**. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1976, p. 217.

LOPES, C. **Crescimento económico e desigualdade: As novidades pós- Consenso de Washington, 2011**. Disponível em: <<https://criseoportunidade.wordpress.com/2011/09/25/crescimento-economicoe-desigualdade-as-novidades-pos-consenso-de-washington/>>. Acesso em: 28 maio 2016.

LOZANO, Luisa Fernanda Garcia. **A jurisprudência indígena da Corte Constitucional Ccolombiana: Produto de práticas emancipadoras ou adaptativas**. Brasília: INESC. 2009.

LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. **Desenvolvimento, Meio Ambiente E Direitos Dos Índios: Da Necessidade De Um Novo Ethos Jurídico**, Revista Direito Gv, São Paulo, Jul-Dez 2010. P. 503-526.

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

MACHADO, Lia Zanotta. **Comunitarismo indígena e modernidade: contrastes entre o pensamento brasileiro e andino** Brasília 1994. Disponível em: <<http://dan.unb.br/images/doc/Serie169empdf.pdf>>. Acesso em 29 abr. 2018.

MEDEIROS, Orione Dantas. **Direito Constitucional Comparado Breves aspectos epistemológicos**. Brasília 2010. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198727/000901857.pdf?sequence=1> Acessado em: 11/06/2017.

MEDINA, Fabio. "Pachamama, o filme": saberes indígenas e o novo constitucionalismo latino-americano. In: VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo (orgs.). **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano**. Caxias do Sul: EDUCS, 2014.

MONTESQUIEU, Charles de. **O Espírito das Leis**. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

MIGNOLO, Walter D. **Histórias locais/projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

_____. **El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto**. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSGUÉL, Ramon (orgs.). **El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007.

NICOLESCU, Basarab. **Manifesto da Transdisciplinaridade**. Lisboa: Hugin, 2000.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT**. Programa para promover el Convenio núm. 169 de la OIT (PRO 169). Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009.

_____. **Convenção nº 107**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/popula%C3%A7%C3%B5es-ind%C3%ADgenas-etribais>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

_____. **Convenção nº 169**. Disponível em <http://www.oit.org.br/node/513> Com acesso em 26/06/2018.

QUIJANO, Aníbal & WALLERSTEIN, Immanuel (1992). "Americanness as a concept, or the Americas in the modern world-system". *International Social Science Journal*, v. 44, n. 4, p. 549 - 557.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do Poder, Eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Eduardo (Org.). **A Colonialidade do Saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas.** Buenos Aires: Clacso, 2005.

RAMOS, Alcida Rita. **Constituições Nacionais e povos indígenas.** Ed. UFMG. Belo Horizonte. 2012._____. **Os direitos do índio no Brasil. Na encruzilhada da cidadania.** Brasília: DAN/UnB, 1991. (Série Antropologia).

RAMIREZ, Silvina. Sete problemas do novo constitucionalismo indigenista. In: **Povos Indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina.** Brasília: Instituto de Estudios Socioeconómicos-INESC, 2009.

RIBEIRO, Adelia Miglievitch. **Por uma razão decolonial.** Desafios ético-político-epistemológicos à cosmovisão moderna. Porto Alegre: Civitas, v. 14 n. 1 p. 66-80 jan.-abr. 2014.

SANTOS, Boaventura. **La reinención del Estado y el Estado plurinacional.** Santa Cruz de la Sierra: CENDA, CEJIS, CEDIB, Bolívia, 2007.

_____. **A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência.** São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, M. P. (orgs.). Epistemologias do Sul. Coimbra: Almedina, 2009. SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, M. P. (Orgs.). **Epistemologias do Sul.** Coimbra: Almedina, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 23.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Heleno Florindo da. Por uma Epistemologia do Ser a partir da América Latina: o Novo Constitucionalismo Latino-Americano e a Busca pela Libertação da Diversidade. In: **Revista de Teorias e Filosofias do Estado.** Minas Gerais, v. 1, n. 2, p. 309-329, jul/dez. 2015.

STAVENHAGEN, Rodolfo. **Los pueblos indígenas y sus derechos: informes temáticos del relator especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (20022007).** México: Unesco. Disponível em: <http://eib.sep.gob.mex/files/libro_stavenhagen_unesco.pdf>. Acesso em: 10/03/2008.

SUESS, Paulo. **Elementos para a busca do bem viver (Sumak Kamsay) para todos e sempre,** 2010. Disponível em: <<https://www.cimi.org.br/2010/12/elementos-para-a-busca-do-bem-viver-sumak-kawsay-para-todos-e-sempre/>> Acesso em: 13 abr. 2018.

UNESCO - Organização das Nações Unidas para a educação, a ciência e a cultura. O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil hoje. Brasília: Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade, 2006.

_____. Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas: Perguntas e Respostas. Rio de Janeiro: Centro de Informação das Nações Unidas no Brasil (UNIC Rio), 2008. Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/Q&A_Declaracao.pdf>. Acesso em: 26 jun 2018.

UNGER, Mangabeira. **Democracia Realizada: a Alternativa Progressista**. São Paulo: Boitempo Editorial, 1999.

VERDUM, R (Org.). **Povos Indígenas: Constituições e reformas Políticas na América Latina -: Instituto de Estudos socioeconômicos**. Brasília, 2009.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

_____. **Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade**. Revista Sequência, Florianópolis/SC, n. 53, 2006.

WOLKMER, Antônio Carlos; CAOVIOLA, Maria Aparecida; KARYWA (orgs). **Temas atuais sobre o constitucionalismo latino-americano**. São Leopoldo: Karywa, 2015.

ANEXO I - ESTATUTO DO ÍNDIO

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 6.001, DE 19 DE DEZEMBRO DE 1973.

Dispõe sobre o Estatuto do Índio.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA , faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

TÍTULO I

Dos Princípios e Definições

Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.

Parágrafo único. Aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei.

Art. 2º Cumpre à União, aos Estados e aos Municípios, bem como aos órgãos das respectivas administrações indiretas, nos limites de sua competência, para a proteção das comunidades indígenas e a preservação dos seus direitos:

I - estender aos índios os benefícios da legislação comum, sempre que possível a sua aplicação;

II - prestar assistência aos índios e às comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional;

III - respeitar, ao proporcionar aos índios meios para o seu desenvolvimento, as peculiaridades inerentes à sua condição;

IV - assegurar aos índios a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e subsistência;

V - garantir aos índios a permanência voluntária no seu habitat , proporcionando-lhes ali recursos para seu desenvolvimento e progresso;

VI - respeitar, no processo de integração do índio à comunhão nacional, a coesão das comunidades indígenas, os seus valores culturais, tradições, usos e costumes;

VII - executar, sempre que possível mediante a colaboração dos índios, os programas e projetos tendentes a beneficiar as comunidades indígenas;

VIII - utilizar a cooperação, o espírito de iniciativa e as qualidades pessoais do índio, tendo em vista a melhoria de suas condições de vida e a sua integração no processo de desenvolvimento;

IX - garantir aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que habitam, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes;

X - garantir aos índios o pleno exercício dos direitos civis e políticos que em face da legislação lhes couberem.

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 3º Para os efeitos de lei, ficam estabelecidas as definições a seguir discriminadas:

I - Índio ou Silvícola - É todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional;

II - Comunidade Indígena ou Grupo Tribal - É um conjunto de famílias ou comunidades índias, quer vivendo em estado de completo isolamento em relação aos outros setores da comunhão nacional, quer em contatos intermitentes ou permanentes, sem contudo estarem neles integrados.

Art 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura.

TÍTULO II

Dos Direitos Civis e Políticos

CAPÍTULO I

Dos Princípios

Art. 5º Aplicam-se aos índios ou silvícolas as normas dos artigos 145 e 146, da Constituição Federal, relativas à nacionalidade e à cidadania.

Parágrafo único. O exercício dos direitos civis e políticos pelo índio depende da verificação das condições especiais estabelecidas nesta Lei e na legislação pertinente.

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

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

CAPÍTULO II

Da Assistência ou Tutela

Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei.

§ 1º Ao regime tutelar estabelecido nesta Lei aplicam-se no que couber, os princípios e normas da tutela de direito comum, independentemente, todavia, o exercício da tutela da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, bem como da prestação de caução real ou fidejussória.

§ 2º Incumbe a tutela à União, que a exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas.

Art. 8º São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente.

Parágrafo único. Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos.

Art. 9º Qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha os requisitos seguintes:

- I - idade mínima de 21 anos;
- II - conhecimento da língua portuguesa;
- III - habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional;
- IV - razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional.

Parágrafo único. O Juiz decidirá após instrução sumária, ouvidos o órgão de assistência ao índio e o Ministério Público, transcrita a sentença concessiva no registro civil.

Art. 10. Satisfeitos os requisitos do artigo anterior e a pedido escrito do interessado, o órgão de assistência poderá reconhecer ao índio, mediante declaração formal, a condição de integrado, cessando toda restrição à capacidade, desde que, homologado judicialmente o ato, seja inscrito no registro civil.

Art. 11. Mediante decreto do Presidente da República, poderá ser declarada a emancipação da comunidade indígena e de seus membros, quanto ao regime tutelar estabelecido em lei, desde que requerida pela maioria dos membros do grupo e comprovada, em inquérito realizado pelo órgão federal competente, a sua plena integração na comunhão nacional.

Parágrafo único. Para os efeitos do disposto neste artigo, exigir-se-á o preenchimento, pelos requerentes, dos requisitos estabelecidos no artigo 9º.

CAPÍTULO III

Do Registro Civil

Art. 12. Os nascimentos e óbitos, e os casamentos civis dos índios não integrados, serão registrados de acordo com a legislação comum, atendidas as peculiaridades de sua condição quanto à qualificação do nome, prenome e filiação.

Parágrafo único. O registro civil será feito a pedido do interessado ou da autoridade administrativa competente.

Art. 13. Haverá livros próprios, no órgão competente de assistência, para o registro administrativo de nascimentos e óbitos dos índios, da cessação de sua incapacidade e dos casamentos contraídos segundo os costumes tribais.

Parágrafo único. O registro administrativo constituirá, quando couber documento hábil para proceder ao registro civil do ato correspondente, admitido, na falta deste, como meio subsidiário de prova.

CAPÍTULO IV

Das Condições de Trabalho

Art. 14. Não haverá discriminação entre trabalhadores indígenas e os demais trabalhadores, aplicando-se-lhes todos os direitos e garantias das leis trabalhistas e de previdência social.

Parágrafo único. É permitida a adaptação de condições de trabalho aos usos e costumes da comunidade a que pertencer o índio.

Art. 15. Será nulo o contrato de trabalho ou de locação de serviços realizado com os índios de que trata o artigo 4º, I.

Art. 16. Os contratos de trabalho ou de locação de serviços realizados com indígenas em processo de integração ou habitantes de parques ou colônias agrícolas dependerão de prévia aprovação do órgão de proteção ao índio, obedecendo, quando necessário, a normas próprias.

§ 1º Será estimulada a realização de contratos por equipe, ou a domicílio, sob a orientação do órgão competente, de modo a favorecer a continuidade da via comunitária.

§ 2º Em qualquer caso de prestação de serviços por indígenas não integrados, o órgão de proteção ao índio exercerá permanente fiscalização das condições de trabalho, denunciando os abusos e providenciando a aplicação das sanções cabíveis.

§ 3º O órgão de assistência ao indígena propiciará o acesso, aos seus quadros, de índios integrados, estimulando a sua especialização indigenista.

TÍTULO III

Das Terras dos Índios

CAPÍTULO I

Das Disposições Gerais

Art. 17. Reputam-se terras indígenas:

I - as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os artigos 4º, IV, e 198, da Constituição; (Regulamento) (Vide Decreto nº 22, de 1991) (Vide Decreto nº 1.775, de 1996)

II - as áreas reservadas de que trata o Capítulo III deste Título;

III - as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas.

Art. 18. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas.

§ 1º Nessas áreas, é vedada a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas a prática da caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa.

§ 2º (Vetado).

Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

§ 1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras.

§ 2º Contra a demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petítória ou à demarcatória.

Art. 20. Em caráter excepcional e por qualquer dos motivos adiante enumerados, poderá a União intervir, se não houver solução alternativa, em área indígena, determinada a providência por decreto do Presidente da República.

1º A intervenção poderá ser decretada:

- a) para pôr termo à luta entre grupos tribais;
- b) para combater graves surtos epidêmicos, que possam acarretar o extermínio da comunidade indígena, ou qualquer mal que ponha em risco a integridade do silvícola ou do grupo tribal;
- c) por imposição da segurança nacional;
- d) para a realização de obras públicas que interessem ao desenvolvimento nacional;
- e) para reprimir a turbação ou esbulho em larga escala;
- f) para a exploração de riquezas do subsolo de relevante interesse para a segurança e o desenvolvimento nacional.

2º A intervenção executar-se-á nas condições estipuladas no decreto e sempre por meios suávorios, dela podendo resultar, segundo a gravidade do fato, uma ou algumas das medidas seguintes:

- a) contenção de hostilidades, evitando-se o emprego de força contra os índios;
- b) deslocamento temporário de grupos tribais de uma para outra área;
- c) remoção de grupos tribais de uma para outra área.

3º Somente caberá a remoção de grupo tribal quando de todo impossível ou desaconselhável a sua permanência na área sob intervenção, destinando-se à comunidade indígena removida área equivalente à anterior, inclusive quanto às condições ecológicas.

4º A comunidade indígena removida será integralmente ressarcida dos prejuízos decorrentes da remoção.

5º O ato de intervenção terá a assistência direta do órgão federal que exercita a tutela do índio.

Art. 21. As terras espontânea e definitivamente abandonadas por comunidade indígena ou grupo tribal reverterão, por proposta do órgão federal de assistência ao índio e mediante ato declaratório do Poder Executivo, à posse e ao domínio pleno da União.

CAPÍTULO II

Das Terras Ocupadas

Art. 22. Cabe aos índios ou silvícolas a posse permanente das terras que habitam e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades naquelas terras existentes.

Parágrafo único. As terras ocupadas pelos índios, nos termos deste artigo, serão bens inalienáveis da União (artigo 4º, IV, e 198, da Constituição Federal).

Art. 23. Considera-se posse do índio ou silvícola a ocupação efetiva da terra que, de acordo com os usos, costumes e tradições tribais, detém e onde habita ou exerce atividade indispensável à sua subsistência ou economicamente útil.

Art. 24. O usufruto assegurado aos índios ou silvícolas compreende o direito à posse, uso e percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas, bem assim ao produto da exploração econômica de tais riquezas naturais e utilidades.

§ 1º Incluem-se, no usufruto, que se estende aos acessórios e seus acrescidos, o uso dos mananciais e das águas dos trechos das vias fluviais compreendidos nas terras ocupadas.

§ 2º É garantido ao índio o exclusivo exercício da caça e pesca nas áreas por ele ocupadas, devendo ser executadas por forma suasória as medidas de polícia que em relação a ele eventualmente tiverem de ser aplicadas.

Art. 25. O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal, independará de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antigüidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.

CAPÍTULO III

Das Áreas Reservadas

Art. 26. A União poderá estabelecer, em qualquer parte do território nacional, áreas destinadas à posse e ocupação pelos índios, onde possam viver e obter meios de subsistência, com direito ao usufruto e utilização das riquezas naturais e dos bens nelas existentes, respeitadas as restrições legais.

Parágrafo único. As áreas reservadas na forma deste artigo não se confundem com as de posse imemorial das tribos indígenas, podendo organizar-se sob uma das seguintes modalidades:

- a) reserva indígena;
- b) parque indígena;
- c) colônia agrícola indígena.

Art. 27. Reserva indígena é uma área destinada a servir de habitat a grupo indígena, com os meios suficientes à sua subsistência.

Art. 28. Parque indígena é a área contida em terra na posse de índios, cujo grau de integração permita assistência econômica, educacional e sanitária dos órgãos da União, em que se preservem as reservas de flora e fauna e as belezas naturais da região.

§ 1º Na administração dos parques serão respeitados a liberdade, usos, costumes e tradições dos índios.

§ 2º As medidas de polícia, necessárias à ordem interna e à preservação das riquezas existentes na área do parque, deverão ser tomadas por meios suávorios e de acordo com o interesse dos índios que nela habitem.

§ 3º O loteamento das terras dos parques indígenas obedecerá ao regime de propriedade, usos e costumes tribais, bem como às normas administrativas nacionais, que deverão ajustar-se aos interesses das comunidades indígenas.

Art. 29. Colônia agrícola indígena é a área destinada à exploração agropecuária, administrada pelo órgão de assistência ao índio, onde convivam tribos aculturadas e membros da comunidade nacional.

Art. 30. Território federal indígena é a unidade administrativa subordinada à União, instituída em região na qual pelo menos um terço da população seja formado por índios.

Art. 31. As disposições deste Capítulo serão aplicadas, no que couber, às áreas em que a posse decorra da aplicação do artigo 198, da Constituição Federal.

CAPÍTULO IV

Das Terras de Domínio Indígena

Art. 32. São de propriedade plena do índio ou da comunidade indígena, conforme o caso, as terras havidas por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil.

Art. 33. O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às terras do domínio da União, ocupadas por grupos tribais, às áreas reservadas de que trata esta Lei, nem às terras de propriedade coletiva de grupo tribal.

CAPÍTULO V

Da Defesa das Terras Indígenas

Art. 34. O órgão federal de assistência ao índio poderá solicitar a colaboração das Forças Armadas e Auxiliares e da Polícia Federal, para assegurar a proteção das terras ocupadas pelos índios e pelas comunidades indígenas.

Art. 35. Cabe ao órgão federal de assistência ao índio a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas.

Art. 36. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, compete à União adotar as medidas administrativas ou propor, por intermédio do Ministério Público Federal, as medidas judiciais adequadas à proteção da posse dos silvícolas sobre as terras que habitem.

Parágrafo único. Quando as medidas judiciais previstas neste artigo forem propostas pelo órgão federal de assistência, ou contra ele, a União será litisconsorte ativa ou passiva.

Art. 37. Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio.

Art. 38. As terras indígenas são inusucapíveis e sobre elas não poderá recair desapropriação, salvo o previsto no artigo 20.

TÍTULO IV

Dos Bens e Renda do Patrimônio Indígena

Art 39. Constituem bens do Patrimônio Indígena:

I - as terras pertencentes ao domínio dos grupos tribais ou comunidades indígenas;

II - o usufruto exclusivo das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas por grupos tribais ou comunidades indígenas e nas áreas a eles reservadas;

III - os bens móveis ou imóveis, adquiridos a qualquer título.

Art. 40. São titulares do Patrimônio Indígena:

I - a população indígena do País, no tocante a bens ou rendas pertencentes ou destinadas aos silvícolas, sem discriminação de pessoas ou grupos tribais;

II - o grupo tribal ou comunidade indígena determinada, quanto à posse e usufruto das terras por ele exclusivamente ocupadas, ou a ele reservadas;

III - a comunidade indígena ou grupo tribal nomeado no título aquisitivo da propriedade, em relação aos respectivos imóveis ou móveis.

Art. 41. Não integram o Patrimônio Indígena:

I - as terras de exclusiva posse ou domínio do índio ou silvícola, individualmente considerado, e o usufruto das respectivas riquezas naturais e utilidades;

II - a habitação, os móveis e utensílios domésticos, os objetos de uso pessoal, os instrumentos de trabalho e os produtos da lavoura, caça, pesca e coleta ou do trabalho em geral dos silvícolas.

Art. 42. Cabe ao órgão de assistência a gestão do Patrimônio Indígena, propiciando-se, porém, a participação dos silvícolas e dos grupos tribais na administração dos próprios bens, sendo-lhes totalmente confiado o encargo, quando demonstrem capacidade efetiva para o seu exercício.

Parágrafo único. O arrolamento dos bens do Patrimônio Indígena será permanentemente atualizado, procedendo-se à fiscalização rigorosa de sua gestão, mediante controle interno e externo, a fim de tornar efetiva a responsabilidade dos seus administradores.

Art. 43. A renda indígena é a resultante da aplicação de bens e utilidades integrantes do Patrimônio Indígena, sob a responsabilidade do órgão de assistência ao índio.

§ 1º A renda indígena será preferencialmente reaplicada em atividades rentáveis ou utilizada em programas de assistência ao índio.

§ 2º A reaplicação prevista no parágrafo anterior reverterá principalmente em benefício da comunidade que produziu os primeiros resultados econômicos.

Art. 44. As riquezas do solo, nas áreas indígenas, somente pelos silvícolas podem ser exploradas, cabendo-lhes com exclusividade o exercício da garimpagem, faiscação e cata das áreas referidas. (Regulamento)

Art. 45. A exploração das riquezas do subsolo nas áreas pertencentes aos índios, ou do domínio da União, mas na posse de comunidades indígenas, far-se-á nos termos da legislação vigente, observado o disposto nesta Lei. (Regulamento)

§ 1º O Ministério do Interior, através do órgão competente de assistência aos índios, representará os interesses da União, como proprietária do solo, mas a participação no resultado da exploração, as indenizações e a renda devida pela ocupação do terreno, reverterão em benefício dos índios e constituirão fontes de renda indígena.

§ 2º Na salvaguarda dos interesses do Patrimônio Indígena e do bem-estar dos silvícolas, a autorização de pesquisa ou lavra, a terceiros, nas posses tribais, estará condicionada a prévio entendimento com o órgão de assistência ao índio.

Art. 46. O corte de madeira nas florestas indígenas, consideradas em regime de preservação permanente, de acordo com a letra g e § 2º, do artigo 3º, do Código Florestal, está condicionado à existência de programas ou projetos para o aproveitamento das terras respectivas na exploração agropecuária, na indústria ou no reflorestamento.

TÍTULO V

Da Educação, Cultura e Saúde

Art. 47. É assegurado o respeito ao patrimônio cultural das comunidades indígenas, seus valores artísticos e meios de expressão.

Art. 48. Estende-se à população indígena, com as necessárias adaptações, o sistema de ensino em vigor no País.

Art. 49. A alfabetização dos índios far-se-á na língua do grupo a que pertençam, e em português, salvaguardado o uso da primeira.

Art. 50. A educação do índio será orientada para a integração na comunhão nacional mediante processo de gradativa compreensão dos problemas gerais e valores da sociedade nacional, bem como do aproveitamento das suas aptidões individuais.

Art. 51. A assistência aos menores, para fins educacionais, será prestada, quanto possível, sem afastá-los do convívio familiar ou tribal.

Art. 52. Será proporcionada ao índio a formação profissional adequada, de acordo com o seu grau de aculturação.

Art. 53. O artesanato e as indústrias rurais serão estimulados, no sentido de elevar o padrão de vida do índio com a conveniente adaptação às condições técnicas modernas.

Art. 54. Os índios têm direito aos meios de proteção à saúde facultados à comunhão nacional.

Parágrafo único. Na infância, na maternidade, na doença e na velhice, deve ser assegurada ao silvícola, especial assistência dos poderes públicos, em estabelecimentos a esse fim destinados.

Art. 55. O regime geral da previdência social será extensivo aos índios, atendidas as condições sociais, econômicas e culturais das comunidades beneficiadas.

TÍTULO VI

Das Normas Penais

CAPÍTULO I

Dos Princípios

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

CAPÍTULO II

Dos Crimes Contra os Índios

Art. 58. Constituem crimes contra os índios e a cultura indígena:

I - escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradição culturais indígenas, vilipendia-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática. Pena - detenção de um a três meses;

II - utilizar o índio ou comunidade indígena como objeto de propaganda turística ou de exibição para fins lucrativos. Pena - detenção de dois a seis meses;

III - propiciar, por qualquer meio, a aquisição, o uso e a disseminação de bebidas alcoólicas, nos grupos tribais ou entre índios não integrados. Pena - detenção de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. As penas estatuídas neste artigo são agravadas de um terço, quando o crime for praticado por funcionário ou empregado do órgão de assistência ao índio.

Art. 59. No caso de crime contra a pessoa, o patrimônio ou os costumes, em que o ofendido seja índio não integrado ou comunidade indígena, a pena será agravada de um terço.

TÍTULO VII

Disposições Gerais

Art. 60. Os bens e rendas do Patrimônio Indígena gozam de plena isenção tributária.

Art. 61. São extensivos aos interesses do Patrimônio Indígena os privilégios da Fazenda Pública, quanto à impenhorabilidade de bens, rendas e serviços, ações especiais, prazos processuais, juros e custas.

Art. 62. Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos dos atos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação das terras habitadas pelos índios ou comunidades indígenas.

§ 1º Aplica-se o disposto deste artigo às terras que tenham sido desocupadas pelos índios ou comunidades indígenas em virtude de ato ilegítimo de autoridade e particular.

§ 2º Ninguém terá direito a ação ou indenização contra a União, o órgão de assistência ao índio ou os silvícolas em virtude da nulidade e extinção de que trata este artigo, ou de suas conseqüências econômicas.

§ 3º Em caráter excepcional e a juízo exclusivo do dirigente do órgão de assistência ao índio, será permitida a continuação, por prazo razoável dos efeitos dos contratos de arrendamento em vigor na data desta Lei, desde que a sua extinção acarrete graves conseqüências sociais.

Art. 63. Nenhuma medida judicial será concedida liminarmente em causas que envolvam interesse de silvícolas ou do Patrimônio Indígena, sem prévia audiência da União e do órgão de proteção ao índio.

Art. 64 (Vetado).

Parágrafo único. (Vetado).

Art. 65. O Poder Executivo fará, no prazo de cinco anos, a demarcação das terras indígenas, ainda não demarcadas.

Art. 66. O órgão de proteção ao silvícola fará divulgar e respeitar as normas da Convenção 107, promulgada pelo Decreto nº 58.824, de 14 julho de 1966.

Art. 67. É mantida a Lei nº 5.371, de 5 de dezembro de 1967.

Art. 68. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

EMÍLIO G. MEDICI
Alfredo Buzaid
Antônio Delfim Netto
José Costa Cavalcanti

Este texto não substitui o publicado no DOU de 21.12.197

ANEXO II - ESTATUTO DOS POVOS INDÍGENAS

Ministério da Justiça

Comissão Nacional de Política Indigenista

Estatuto dos Povos Indígenas

Proposta da Comissão Nacional de Política Indigenista

Brasília, 5 de junho de 2009.

Ministério da Justiça

Comissão Nacional de Política Indigenista

ESTATUTO DOS POVOS INDÍGENAS

TÍTULO I - Dos Princípios e Definições **CAPÍTULO I - Dos Princípios**

Art. 1º. Esta lei regula a situação jurídica dos indígenas, de suas comunidades e de seus povos, com o propósito de proteger e fazer respeitar sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, os direitos sobre as terras que ocupam e todos os seus bens.

Art. 2º. Aos indígenas, às comunidades e aos povos indígenas se estende a proteção das leis do País, em condições de igualdade com os demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta lei.

Art.3º. As relações internas de uma comunidade indígena serão reguladas por seus usos, costumes e tradições.

Art.4º. Os indígenas são brasileiros natos e a eles são assegurados todos os direitos civis, políticos, sociais e trabalhistas, bem como as garantias fundamentais estabelecidas na Constituição Federal.

Parágrafo único. Aos indígenas é assegurada a isonomia salarial em relação aos demais trabalhadores e a eles se estende o regime geral de previdência social.

Art. 5º. Cumpre à União, com a coordenação do órgão federal indigenista e a partir das diretrizes definidas pelo Conselho Nacional de Política Indigenista, proteger e promover os direitos indígenas reconhecidos pela Constituição Federal e regulados por esta lei, podendo contar com a colaboração de entidades públicas e privadas, Estados, Municípios e Distrito Federal, desde que previamente pactuada, na forma de convênios, parcerias e outros instrumentos legais, em conformidade com os interesses dos povos e comunidades indígenas.

Art. 6º. A política de proteção dos povos indígenas e promoção dos direitos indígenas terá como finalidades:

I - garantir aos indígenas o acesso aos conhecimentos da sociedade brasileira e sobre o seu funcionamento;

II - garantir meios para sua auto-sustentação, respeitadas as suas diferenças culturais;

III - assegurar a possibilidade de livre escolha dos seus meios de vida e de subsistência;

IV - assegurar o seu reconhecimento como grupos etnicamente diferenciados, respeitando suas organizações sociais, usos, costumes, línguas e tradições, seus modos de viver, criar e fazer, seus valores culturais e artísticos e demais formas de expressão;

V - garantir a posse e a permanência nas suas terras e o usufruto exclusivo das riquezas dos solos, rios e lagos nelas existentes;

VI - garantir o pleno exercício dos direitos civis e políticos;

VII - proteger os bens de valor artístico, histórico e cultural, os sítios arqueológicos e as demais formas de referência à identidade, à ação e à história dos povos ou comunidades indígenas;

VIII - proteger os povos em risco de extinção, em situação de isolamento voluntário ou não contatados.

Parágrafo único. A política disposta no caput deste artigo se aplica a todos os indígenas, indistintamente, independente da localidade em que se encontrem.

Art. 7º. Não se farão restrições ou exigências aos indígenas quanto a indumentárias, trajes e pinturas tradicionais, para fins de ingresso e permanência em espaços públicos e em dependências de quaisquer dos Poderes da República ou órgãos da União, Estados, Municípios e Distrito Federal.

Art. 8º. As relações de parentesco, incluídas aquelas decorrentes de adoção, constituídas segundo os usos, costumes e tradições indígenas, independentemente de sua forma ou estrutura, são reconhecidas e devem ser protegidas pelo Estado.

CAPÍTULO II – Das definições e registros

Art. 9º. Para efeito desta lei consideram-se:

I - Povos indígenas, as coletividades de origem pré-colombiana que se distinguem no conjunto da sociedade e entre si, com identidade e organização próprias, cosmovisão específica e especial relação com a terra que habitam.

II - Comunidade, o grupo humano local, parcela de um ou mais povos indígenas com organização própria.

III - Indígena, o indivíduo que se considera como pertencente a um povo ou comunidade, e é por seus membros reconhecido como tal.

IV - Organização indígena, pessoa jurídica de direito privado, de caráter associativo, envolvendo uma ou mais comunidades indígenas de um ou mais povos indígenas.

Parágrafo Único. É assegurado o direito de associação civil constituída por membros de comunidades indígenas.

Art.10. As comunidades indígenas têm personalidade jurídica e sua existência independe de registro ou qualquer ato do Poder Público e serão representadas judicial e extrajudicialmente de acordo com seus usos, costumes e tradições.

Art. 11 Os nascimentos e os óbitos dos indígenas deverão ser registrados de acordo com a legislação comum, gratuitamente, respeitadas as diversidades culturais de cada povo.

Art. 12 No registro, nas identificações civis, nos demais documentos e sistemas de informação oficiais deverão constar obrigatoriamente, o povo indígena ao qual pertence o registrado, respeitadas as peculiaridades quanto à qualificação do nome e prenome, e filiação.

Parágrafo único. Deve ser respeitada a vontade do indígena no que tange à escolha de seu nome, bem como posterior modificação de acordo com seus usos, costumes e tradições.

Art.13 Caso haja alteração de um dos elementos descritos no artigo anterior, desde que requerido pelo interessado, será feita a devida averbação do registro de acordo com o disposto nos artigos 97 e seguintes da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973.

Art.14. Haverá livros próprios, no órgão indigenista federal, para o registro administrativo de nascimentos e óbitos de indígenas.

Parágrafo único. O registro administrativo constituirá documento hábil para proceder ao registro civil ou ato correspondente, admitido, na falta deste, como meio subsidiário de prova.

TÍTULO II - Do patrimônio e da sua administração

CAPÍTULO I - Do patrimônio indígena

Art. 15. Integram o patrimônio indígena, além de outros bens e direitos que sejam atribuídos aos povos ou comunidades indígenas:

I - os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas e a posse permanente dessas terras e das reservadas;

II - o usufruto exclusivo de todas as riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas, inclusive do patrimônio genético e da biodiversidade, incluídos os acessórios e os acrescidos e o exercício de caça, pesca, coleta, garimpagem, faiscação e cata;

III - os bens móveis e imóveis dos povos ou comunidades indígenas, adquiridos a qualquer título;

IV - o direito autoral, e sobre obras artísticas de criação das próprias comunidades ou povos indígenas, incluídos os direitos de imagem;

V - os direitos sobre as tecnologias, obras científicas e inventos de criação das comunidades indígenas;

VI - os bens imateriais concernentes às diversas formas de manifestação sociocultural das comunidades indígenas;

VII - o patrimônio genético, a biodiversidade das terras indígenas e os conhecimentos tradicionais associados.

Art. 16. São titulares do patrimônio indígena:

I - a população indígena do País, no tocante aos bens pertencentes ou destinados aos indígenas e que não se caracterizem como sendo de comunidades ou povos indígenas determinados;

II - a comunidade ou povo indígena determinado, no tocante aos bens considerados disponíveis localizados na terra indígena que ocupe, ou àqueles caracterizados como a ela pertencentes.

Parágrafo único. Os bens adquiridos com recursos oriundos da exploração do patrimônio indígena pertencem à comunidade ou povo indígena titular do patrimônio explorado, independentemente de estarem registrados em nome de um ou mais de seus membros ou representantes.

Art. 17. Cabe à comunidade ou povo indígena a administração dos bens que integram o seu patrimônio.

Parágrafo único. O órgão indigenista federal administrará os bens de que trata o inciso I do artigo anterior, podendo administrar também os referentes ao inciso II do mesmo artigo, por expressa delegação da comunidade ou povo indígena interessado.

Art. 18. Cabe ao órgão indigenista federal oferecer meios para que a comunidade indígena exerça a administração efetiva do seu patrimônio.

CAPÍTULO II - Dos Conhecimentos Tradicionais

Art. 19. Reputam-se conhecimentos tradicionais os saberes, técnicas, criações do espírito e tradições culturais de uso coletivo das comunidades e povos indígenas, desenvolvidos e transmitidos ao longo das gerações.

§1º. Os conhecimentos tradicionais, por sua natureza coletiva, não podem ser objeto de direito privado ou exclusivo, mesmo que somente um membro da comunidade ou povo o detenha;

§2º. Os direitos coletivos sobre conhecimentos tradicionais de povos e comunidades indígenas são inalienáveis, impenhoráveis, indisponíveis, irrenunciáveis e imprescritíveis e a sua proteção não afetará, prejudicará ou limitará outros direitos relativos à propriedade intelectual.

Art. 20. Os direitos patrimoniais sobre os conhecimentos tradicionais das comunidades indígenas perduram enquanto subsistirem as características que permitem a tais conhecimentos serem identificados como indígenas nos contextos culturais em que foram gerados.

Art. 21. A utilização de conhecimentos tradicionais por pessoas alheias às comunidades e povos indígenas que os criaram depende do consentimento e da consulta prévia, livre e informada das comunidades detentoras de acordo com o título V deste Estatuto.

Art. 22. A utilização de conhecimentos tradicionais de comunidades indígenas sem o consentimento prévio e informado das comunidades indígenas sujeitará o infrator a multa aplicada pelo órgão indigenista federal em processo administrativo.

§1º. A multa de que trata o caput será calculada considerando-se a natureza e a gravidade e o prejuízo resultante da infração;

§2º. O não pagamento da multa no prazo de 10 dias após a condenação sujeitará o infrator a juros de mora.

Art. 23. As comunidades e povos indígenas poderão decidir livremente pela não utilização de seus conhecimentos tradicionais, independentemente de justificativa.

Parágrafo Único. Os órgãos federais competentes acompanharão o interessado durante sua permanência na terra indígena para garantir o cumprimento da decisão de não utilização de conhecimentos tradicionais de que trata o caput.

Art. 24. A utilização de conhecimentos tradicionais por pessoas alheias às comunidades e povos indígenas deverá se dar através de seus usos, costumes e tradições representados em contrato, assinado entre o interessado e as lideranças ou entidades indígenas escolhidas para tal intercâmbio, que terá como cláusulas essenciais e obrigações:

- I - A repartição justa e equitativa dos benefícios decorrentes do acesso;
- II - o respeito às determinações sobre as pessoas autorizadas a utilizar os conhecimentos tradicionais;
- III - o respeito às determinações das comunidades indígenas sobre as formas permitidas de utilização dos conhecimentos tradicionais;
- IV - o respeito às vedações a determinadas utilizações dos conhecimentos tradicionais;
- V - a informação plena, pelo interessado, das pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pelo acesso, as formas de acesso e os prazos de duração.

§1º. A elaboração do contrato de utilização dos conhecimentos tradicionais e o seu cumprimento serão fiscalizados pelos órgãos competentes;

§2º. O órgão indigenista federal e o Ministério Público Federal deverão anuir com o contrato de que trata o caput, dele participando como intervenientes;

§3º. O contrato de que trata o caput será redigido em língua portuguesa e, se possível, nas línguas das comunidades indígenas dos povos que dele participarem;

§4º. As responsabilidades estabelecidas no contrato de utilização de conhecimentos tradicionais estendem-se às pessoas naturais e jurídicas que mantenha contato com o interessado com o fim de utilizar os conhecimentos tradicionais;

§5º. A finalidade de que trata o caput será presumida quando houver indícios da utilização dos conhecimentos tradicionais na pesquisa, desenvolvimento, fabricação ou oferta de quaisquer produtos ou no desenvolvimento e na oferta de quaisquer serviços;

§6º. O descumprimento do contrato de utilização de conhecimentos tradicionais pelo interessado o sujeitará a multa de 40 a 80% do valor gerado, aplicado em dobro em caso de reincidência;

§7º. O contrato de utilização de conhecimentos tradicionais terá prazo mínimo de duração de sete anos e máximo de 15 anos.

Art. 25. O exercício dos direitos assegurados por esta Lei às comunidades e povos indígenas sobre seus conhecimentos tradicionais independe de quaisquer atos constitutivos do Poder Público.

§1º. A adoção, pelo Poder Público, de registros, inventários, cadastros ou outras formas de sistematização de informações acerca de conhecimentos tradicionais ou de seus provedores será facultativa e de natureza exclusivamente declaratória e não prejudicial ao livre exercício dos direitos por esta Lei reconhecidos;

§2º. A defesa dos direitos das comunidades indígenas no tocante aos conhecimentos tradicionais será facilitada, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação segundo as regras ordinária de experiência.

Art. 26. Serão objetivos das políticas públicas para a proteção e promoção dos conhecimentos tradicionais:

I - Reconhecer, proteger e promover os direitos originários dos povos e comunidades indígenas sobre os seus conhecimentos tradicionais, suas práticas e usos associados;

II - Desenvolver e promover mecanismos eficientes e legitimados de repartição eqüitativa de benefícios nas ações que envolvam o acesso aos recursos genéticos, à biodiversidade, aos conhecimentos tradicionais associados e ao patrimônio material e imaterial dos povos e comunidades indígenas;

III - Elaborar e implementar junto aos povos e comunidades indígenas, com a participação de entidades representativas e parceiras, ações voltadas à proteção, à revitalização e à conservação dos conhecimentos e práticas tradicionais e uso sustentável dos recursos naturais, bem como a divulgação dessas ações ao público em geral;

IV - Definir critérios para a documentação, o registro e a utilização de conhecimentos tradicionais pelos meios disponíveis, visando a promoção do desenvolvimento sustentável de acordo com a legislação em vigor;

V - Capacitar agentes públicos e membros de comunidades e povos indígenas sobre a legislação e as ações referentes à proteção e à valorização dos conhecimentos tradicionais;

VI - Implementar programas, projetos e ações voltados para os povos e comunidades indígenas, que valorizem os conhecimentos e as práticas tradicionais de conservação e uso sustentável dos recursos naturais;

VII - Apoiar e valorizar as formas tradicionais de sociabilidade (festas, rituais, reuniões, encontros, mutirões) e demais práticas solidárias e de saberes tradicionais e ancestrais;

VIII - Criar mecanismos de apoio à identificação, valorização, e revitalização dos processos culturais, rituais, festas e demais práticas tradicionais e ancestrais, garantindo mecanismos de acesso aos produtos nacionais e internacionais necessários a esses processos;

IX - Promover o mapeamento e o registro de práticas culturais tradicionais para o fortalecimento e visibilidade das identidades dos povos e comunidades indígenas;

X - Promover mecanismos de apoio à transmissão de saberes tradicionais às crianças e aos jovens dos povos e comunidades indígenas para a manutenção e revitalização de práticas étnicas, culturais, tradicionais, políticas e ancestrais, com vistas à formação de novas referências;

Art. 27. A utilização de conhecimentos tradicionais já disseminados no exterior dos territórios indígenas pode ainda ser restringido mediante entendimento dos povos indígenas envolvidos.

TÍTULO III - Dos bens, garantias, negócios e proteção
CAPÍTULO I - Dos bens, garantias e negócios

Art. 28. São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos e negócios praticados entre indígenas e terceiros que desrespeitem os usos, costumes, crenças e tradições dos povos e comunidades indígenas.

Parágrafo único. Podem os indígenas, suas comunidades e organizações, bem como o Ministério Público Federal, ingressar em juízo para declarar nulos os atos e negócios a que se refere o caput deste artigo e para obter a indenização devida.

Art. 29. Não poderão ser objeto de atos ou negócios jurídicos os direitos originários sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas, a posse permanente dessas terras e a das reservas e o usufruto das riquezas naturais do solo, rios e lagos nelas existentes.

Art. 30. São respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas nos atos ou negócios realizados entre indígenas ou comunidades indígenas, salvo se optarem pela aplicação do direito comum.

Art. 31. Aplicam-se as normas do direito comum às relações entre indígenas e terceiros, ressalvado o disposto nesta lei.

Art. 32. Os contratos de qualquer natureza, firmados por comunidades indígenas com pessoas, entidades ou empresas estrangeiras ficarão sob a supervisão da União, que defenderá subsidiariamente os interesses e direitos daquelas nos foros nacionais e internacionais.

§1º. as negociações poderão ser acompanhadas pelo órgão indigenista federal, pelo Ministério Público Federal e demais órgãos competentes, com as seguintes finalidades:

I - orientar os indígenas, comunidades e organizações indígenas sobre os seus direitos e deveres, nos respectivos contratos;

II - informar as comunidades indígenas sobre as implicações dos atos e negócios praticados, inclusive os possíveis danos ambientais;

III - fazer respeitar as decisões dos indígenas, das comunidades e das organizações indígenas;

IV - respeitar as especificidades culturais, os usos, costumes e tradições de cada povo indígena.

CAPÍTULO II - Da proteção territorial e ambiental

Art. 33. Compete à União, por intermédio do órgão indigenista federal, proteger e fazer respeitar os bens materiais e imateriais dos povos indígenas nos termos dessa lei.

§1º. A União responsabilizará as pessoas não indígenas por quaisquer atos que causem danos às terras e comunidades indígenas.

§2º. Os povos e comunidades indígenas podem apoiar a União na proteção das terras indígenas, cabendo a esta garantir-lhes os recursos necessários para esta finalidade.

Art. 34. A autorização para o ingresso nas terras indígenas será concedida pelas comunidades indígenas devendo, quando necessário, o ato ser informado ao órgão indigenista federal.

§1º. O ingresso nas terras indígenas é garantido independentemente da autorização dos povos indígenas, nos seguintes casos:

I - para as Forças Armadas em terras indígenas, em cumprimento de sua missão constitucional;

II - por ordem judicial ou flagrante delito.

§2º. A prestação de serviços públicos essenciais destinados aos povos indígenas independe de autorização destes, condicionada a concordância por ocasião da consulta prévia de que trata esta lei.

Art. 35. Cabe ao órgão indigenista, quando procurado por qualquer pessoa física ou jurídica que pretenda ingressar em determinada terra indígena, promover a consulta prévia do referido povo indígena, informando-o com clareza sobre a finalidade da visita nos termos do disposto pelo Título V.

Art. 36. Compete ao órgão indigenista federal exercer o poder de polícia dentro dos limites das terras indígenas, na defesa e proteção territorial e ambiental, para:

I - interditar, por prazo determinado, prorrogável mediante motivação, as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas para resguardo do território e das comunidades ali ocupantes;

II - interditar por prazo determinado, prorrogável mediante motivação, áreas ocupadas por povos indígenas em situação de isolamento e os não contatados.

III - apreender veículos, bens e objetos de pessoas que estejam explorando o patrimônio indígena sem a devida autorização legal;

IV - aplicar multas e penalidades.

§1º. Os veículos, bens e objetos apreendidos dentro de terra indígena na forma do inciso III deste artigo ficam sujeitos à pena de perdimento por dano ao patrimônio público.

§2º. Sem prejuízo da ação penal cabível, os bens apreendidos nas condições do inciso III deste artigo, uma vez aplicada a pena de perdimento, serão vendidos em hasta pública, e o produto da venda será depositado em conta específica do órgão indigenista federal, para ser aplicado em benefício das comunidades indígenas afetadas.

§3º. Fica o órgão indigenista federal obrigado, no prazo de 60 (sessenta) dias a partir da promulgação desta lei, a regulamentar o poder de polícia e os procedimentos de fixação e aplicação de multas e penalidades previstas neste artigo, sem prejuízo da aplicabilidade imediata do disposto nos incisos e parágrafos anteriores.

Art. 37. A União, os Estados e Municípios responderão pela ação ou omissão de seus agentes no que se refere à proteção dos recursos ambientais localizados em terras indígenas.

Art. 38. São partes legítimas para a defesa dos direitos e interesses dos povos e comunidade indígenas:

I - O Ministério Público Federal;

II - Os indígenas, suas comunidades e organizações; III - O órgão indigenista Federal.

Art. 39. Os povos e comunidades indígenas gozarão das mesmas vantagens asseguradas por lei à União, quanto aos prazos processuais, custas judiciais e impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços.

Art. 40. Nenhuma medida judicial será concedida liminarmente nas causas em que os povos ou comunidades indígenas figurem no pólo passivo da relação processual, sem a sua prévia audiência e da União, do Ministério Público Federal e do órgão indigenista federal.

TÍTULO IV – Das Terras Indígenas

CAPÍTULO I – Disposições Gerais

Art. 41. São terras indígenas:

I - as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas;

II - as terras instituídas pela União, Estados e Municípios e destinadas à posse e à ocupação dos indígenas, seus povos e suas comunidades.

§1º. As terras previstas no inciso I deste artigo são aquelas dispostas no art. 231 da Constituição Federal, incluindo-se as terras ocupadas pelos indígenas isolados, interditas pelo órgão indigenista federal.

§2º. As terras previstas no inciso II deverão obedecer aos princípios e diretrizes estabelecidas nesta lei.

Art. 42. Os direitos dos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam são originários, e independem de reconhecimento por parte do Poder Público.

Art. 43. As terras indígenas são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

Art. 44. As terras indígenas são destinadas à posse permanente dos indígenas, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

Art. 45. É vedada a remoção dos indígenas de suas terras, salvo ad referendum do Congresso Nacional, em casos de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

CAPÍTULO II - Da demarcação das terras indígenas

Art. 46. As terras indígenas serão administrativamente demarcadas pelo órgão indigenista federal, de acordo com o procedimento estabelecido em Decreto do Poder Executivo.

§1º. A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do serviço de patrimônio da União e do registro imobiliário da Comarca da situação da terra;

§2º. Contra a demarcação administrativa, processada nos termos dos artigos anteriores, não caberá a concessão de interdito possessório.

Art. 47. O povo ou comunidade indígena interessada poderá solicitar ao órgão indigenista federal a demarcação da sua terra ou a revisão dos seus limites quando em desacordo com o art. 231 da Constituição Federal.

Art. 48. Cabe à União Federal indenizar as benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé, nos termos do art. 231, §6º, da Constituição Federal.

§1º. Consideram-se de boa-fé as benfeitorias existentes até a expedição da Portaria do Ministro de Estado da Justiça declaratória dos limites da terra indígena.

§2º. Não se aplica aos ocupantes não-indígenas o direito de retenção por suas benfeitorias.

Art. 49. A União Federal deverá promover e priorizar o reassentamento dos ocupantes não-indígenas que preencham os requisitos da reforma agrária, logo após a publicação do ato administrativo que declara os limites da terra indígena.

CAPÍTULO III – Gestão Territorial e Ambiental das Terras Indígenas

Art. 50. Constitui encargo da União, por intermédio dos órgãos federais de meio ambiente e indigenista, a manutenção do equilíbrio ecológico das terras indígenas e de seu entorno, mediante:

- I - diagnóstico sócio-ambiental, para conhecimento da situação, como base para as intervenções necessárias;
- II - recuperação das terras que tenham sofrido processos de degradação dos seus recursos naturais;
- III - controle ambiental das atividades potencial ou efetivamente modificadoras e com impactos negativos sobre o meio ambiente e a qualidade de vida das comunidades indígenas, inclusive aquelas desenvolvidas fora dos limites das terras indígenas que afetam;
- IV - educação ambiental, envolvendo a comunidade indígena e a sociedade regional na proteção ambiental das terras indígenas e de seu entorno;
- V - identificação e difusão de tecnologias, indígenas e não-indígenas, consideradas apropriadas do ponto de vista ambiental e antropológico.
- VI - fortalecimento das formas tradicionais de gestão ambiental dos povos indígenas;
- VII - fiscalização e controle dos ilícitos ambientais.

Parágrafo único - O órgão indigenista federal definirá uma faixa de segurança etnoambiental no entorno das terras indígenas, com a finalidade de garantir a proteção e o equilíbrio ecológico dessas terras.

Art. 51. Os povos e comunidades indígenas têm autonomia para fazer a gestão territorial e ambiental de suas terras, cabendo à União apoiar e promover estas atividades,

respeitados os usos, costumes, tradições e formas de organização social destes povos e comunidades;

Art. 52. Os recursos naturais existentes em terras indígenas, salvo o disposto no Título VI, serão utilizados exclusivamente pelos indígenas de forma direta.

Art. 53. O licenciamento ambiental, em todas as suas fases, de empreendimentos que causem impacto social e ambiental às terras indígenas dependerá de parecer prévio do órgão indigenista federal, de caráter vinculante, após consulta à comunidade afetada, conforme estabelecido no Título V.

Art. 54. Aplicam-se às terras indígenas as normas jurídicas de proteção ao meio ambiente, naquilo que não contrariem o disposto nesta lei.

Art. 55. As atividades que potencial ou efetivamente causem impacto negativo ao meio ambiente nas terras indígenas somente se admitirão em caso de relevante interesse público da União, conforme previsto em lei complementar.

Parágrafo único. Não se aplica a este artigo as atividades necessárias à sobrevivência física e cultural dos povos indígenas, conforme seus usos, costumes e tradições.

Art. 56. A reserva legal a que se refere o Código Florestal e sua legislação correlata deverá ser mantida nas propriedades limítrofes de terras indígenas, preferencialmente nas suas divisas junto a estas terras.

Art. 57. Será garantida a participação do órgão indigenista federal na definição da política de ordenamento territorial e de estratégias de ocupação do território nacional por projetos governamentais ou privados, sempre que haja interesses indígenas envolvidos.

Art. 58. A continuidade ou recategorização das unidades de conservação já existentes, parcial ou totalmente incidentes em terras indígenas, dependerá do procedimento previsto no Título V.

Art. 59. O acesso e a utilização, por terceiros, de patrimônio genético existente nas terras indígenas, respeitará o direito de usufruto exclusivo das comunidades indígenas, e dependerá de prévia autorização das mesmas, bem como de prévia comunicação ao órgão indigenista federal, observado o disposto na legislação vigente.

CAPÍTULO IV - Atividades econômicas indígenas e uso sustentável dos recursos naturais renováveis

Art. 60. Os bens e os recursos naturais renováveis existentes nas terras indígenas destinam-se ao usufruto exclusivo dos indígenas, assegurada sua utilização sustentável para atividades econômicas tradicionais e não tradicionais, inclusive para fins de comercialização.

Art. 61. Cabe a União, sob a coordenação do órgão indigenista oficial, promover políticas de apoio às iniciativas econômicas indígenas.

Parágrafo único. Cabe ao órgão indigenista federal, coordenar, acompanhar e integrar as políticas, programas e ações de fomento às atividades econômicas sustentáveis, implementados por órgãos da administração pública federal, outros entes federativos e por pessoas físicas ou jurídicas de caráter privado.

Art. 62. É vedado o incentivo a atividades econômicas que não sejam consideradas sustentáveis do ponto de vista ambiental e cultural.

Art. 63. O fomento público às atividades econômicas indígenas dar-se-á:

I - Por execução direta dos órgãos responsáveis com recursos previstos no Orçamento Geral da União;

II - Carteira Permanente de Projetos, acessível à totalidade dos povos indígenas do país, com recursos a fundo perdido para apoio às iniciativas a serem executadas por organizações indígenas, e gerida de forma compartilhada entre os órgãos federais diretamente envolvidos, com representação paritária indígena;

III - Linha de crédito subsidiada específica para povos indígenas por meio dos bancos públicos.

Art. 64. Para os casos citados nos incisos II e III do artigo anterior, deverão ser garantidas formas facilitadas de acesso, gestão e prestação de contas dos recursos públicos adequando à legislação vigente para o caso específico dos povos indígenas.

Art. 65. Para garantir o financiamento de forma complementar, das atividades econômicas indígenas será criado um Fundo de captação de recursos nacionais e internacionais para a Promoção da Economia Sustentável Indígena.

Art. 66. A União, com a colaboração dos Estados e os Municípios, deverão investir na formação continuada de profissionais indígenas na área de sustentabilidade ambiental e

econômica, garantindo o reconhecimento legal de sua categoria e a remuneração compatível com seus relevantes serviços.

Art. 67. O incentivo público para desenvolvimento de projetos econômicos indígenas que não impliquem em instalações perenes e não necessitem de plano de manejo não está condicionado ao processo de regularização fundiária.

Art. 68. O incentivo às atividades econômicas em terras indígenas deverá seguir os seguintes preceitos para garantir a sustentabilidade sócio-ambiental:

I - Implementadas em harmonia com os usos, costumes, crenças e tradições dos povos indígenas, garantindo-se a promoção do que cada povo entender por qualidade de vida;

II - O fomento as atividades econômicas em terras indígenas, por instituições públicas ou privadas, somente deverão ocorrer por iniciativa das comunidades.

III - É garantida a participação indígena, das comunidades e suas entidades representativas na elaboração, na execução, na avaliação e no gerenciamento das ações de incentivo as atividades econômicas a serem desenvolvidos em seu benefício.

IV - As prioridades do apoio e do incentivo a que se refere este artigo deverão ser definidas pelas próprias comunidades.

V - O fomento a qualquer atividade econômica em terras indígenas deverá ser fundamentado em estudos e diagnósticos etnoambientais prévios, assegurada a participação dos povos indígenas inclusive na escolha dos profissionais e especialistas.

VI - Será respeitado o conhecimento tradicional, através do incentivo ao uso de tecnologias indígenas e de outras consideradas apropriadas às realidades das comunidades, inclusive nos planos de manejo.

VII - Deverão ser respeitadas as especificidades culturais, ambientais, tecnológicas e socioeconômicas de cada povo indígena.

Art. 69. O aproveitamento comercial de recursos florestais madeireiros limitar-se-á às árvores desvitalizadas ou que tenham sido derrubadas em decorrência de atividades de reprodução social da comunidade, como as agrícolas e de construção de novas aldeias;
Parágrafo único O aproveitamento comercial dos recursos florestais madeireiros pelos indígenas, a que se refere o caput deste artigo deverá ser implementado preferencialmente na forma de produtos acabados, com maior valor agregado.

Art. 70. O aproveitamento comercial de recursos naturais renováveis não-madeireiros poderá ser realizado desde que respeite princípios e práticas de manejo sustentável, bem como as especificidades e potenciais de cada terra indígena e de suas comunidades.

Art. 71. Cabe ao órgão indigenista federal a capacitação dos indígenas e suas entidades representativas para o exercício efetivo do controle social sobre políticas, programas e ações de fomento, voltadas à sustentabilidade econômica das comunidades indígenas.

Art. 72. Compete ao órgão indigenista federal assessorar, capacitar e apoiar as comunidades indígenas nos aspectos técnico, administrativo e jurídico relativos à implementação e monitoramento de seus projetos, bem como na gestão dos recursos, podendo buscar a participação de outras instâncias governamentais e não-governamentais.

Art. 73. A distribuição, entre os membros indígenas, dos resultados, dos benefícios e da renda proveniente das atividades econômicas sustentáveis em terras indígenas será definido pelas comunidades, segundo seus usos, costumes e tradições.

Art. 74. Os projetos deverão ser suspensos quando constatados impactos sócio-ambientais negativos e ameaças aos direitos dos povos indígenas, não previstos anteriormente.

Art. 75. Como mecanismo para o fortalecimento da sustentabilidade indígena, principalmente o que tange a segurança alimentar e nutricional, serão implementadas pelo poder público medidas voltadas a:

I - aquisição de alimentos produzidos pela agricultura indígena, garantindo preços justos segundo o valor de mercado regional dos produtos,

II - alimentação diferenciada adequada nas escolas indígenas, propiciada através da compra dos alimentos produzidos nas próprias comunidades.

III - apoio a processos de certificação ou outros processos de agregação de valor. IV - condições para o escoamento da produção indígena.

Art. 76. É reconhecido aos povos indígenas o direito à contraprestação pelos serviços ambientais das suas terras em função da conservação e uso sustentável dos recursos naturais.

Parágrafo único. Cabe ao Estado garantir e regular as formas de remuneração desta contraprestação, cujos recursos serão geridos pelas comunidades indígenas e suas organizações.

Art. 77. Compete a União promover políticas e programas de assistência técnica e extensão diferenciadas aos povos indígenas, em articulação com estados, municípios, sociedade civil organizada e entidades de pesquisa, ensino e extensão.

Art. 78. A assistência técnica e extensão rural diferenciada para os povos indígenas deverá seguir os seguintes princípios:

I - participação efetiva das comunidades indígenas e suas entidades representativas, no planejamento e execução da ação;

II - prioridade à contratação de técnicos indígenas,

III - valorização das práticas e tecnologias tradicionais, IV - valorização da organização social da produção,

V - valorização das redes de distribuição (reciprocidade e troca), VI - valorização das concepções e práticas rituais,

VII - valorização do conhecimento do ciclo produtivo pelos pajés e pelos guardiões da memória,

VIII - valorização dos saberes tradicionais ligados ao ciclo produtivo e ao tempo ecológico,

IX - valorização das particularidades étnicas e socioculturais, sempre adequando as propostas e tecnologias à realidade de cada comunidade;

X - valorização dos cultivos, práticas e hábitos alimentares tradicionais;

XI - valorização da multidisciplinaridade, agregando várias áreas de conhecimento e atuação;

XII - promoção de intercâmbio e troca de experiências entre comunidades e povos;

XIII - valorização do papel dos anciãos como conhecedores da tradição e das técnicas de produção.

TÍTULO V – Da Consulta Prévia, Livre e Informada

Art. 79. Fica assegurada a participação dos povos e comunidades indígenas no planejamento, formulação, execução, coordenação e avaliação de todos os planos, projetos e programas que possam afetá-los diretamente.

Art. 80. Fica assegurado aos povos e comunidades indígenas o direito de serem consultados de forma prévia, livre e informada, conforme seus usos, costumes e tradições, nos seguintes casos:

I - medidas legislativas de interesse dos povos e comunidades indígenas que possam afetá-los diretamente;

II - medidas e atividades administrativas de interesse dos povos e comunidades indígenas que possam afetá-los diretamente;

III - atividades consideradas de relevante interesse público da União desenvolvidas em terras indígenas nos termos de lei complementar.

IV - atividades no entorno das terras indígenas que lhes acarretem potencial impacto.

Parágrafo único. Os procedimentos da consulta a que se refere este artigo serão estabelecidos por resolução do Conselho Nacional de Política Indigenista.

Art. 81. A realização de consulta prévia aos povos e comunidades indígenas caberá exclusivamente à União, por intermédio do órgão indigenista, assegurado o respeito às seguintes condições, sob pena de nulidade:

I - respeito à diversidade cultural e à especificidade de cada um dos povos indígenas;

II - realização da consulta na própria terra habitada pelos indígenas, quando se tratar de atividade obra ou serviço incidente nesta terra indígena;

III - garantia de tradução na língua materna dos povos indígenas consultados, quando necessário;

IV - presença obrigatória do órgão indigenista federal e do Ministério Público Federal; V - respeito aos processos próprios de aprendizagem dos indígenas;

VI - apresentação de documentos e pareceres técnicos em linguagem simples e na forma adequada aos usos, costumes e tradições indígenas;

VII - fortalecimento da tradição oral quando necessário;

VIII - respeito às formas próprias de representação dos indígenas, suas comunidades e povos.

IX - garantia do direito a informação plena e integral em todas as fases da atividade, obra ou projeto realizado.

Art. 82. O procedimento de consulta prévia deve se dar com a maior abrangência possível mediante a realização de:

I - reuniões;

II - seminários;

III - audiências públicas; IV - conferências

V - debates;

VI - qualquer outro modo de participação das comunidades ou povos interessados.

Art. 83. A consulta prévia buscará a construção de consensos e terá caráter deliberativo e vinculante.

TÍTULO VI – Do aproveitamento dos recursos minerais e hídricos

CAPÍTULO I - Dos Recursos Minerais

Art. 84. As atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais em terras indígenas reger-se-ão pelo disposto nesta lei e, no que couber, pelo Decreto-Lei nº. 227, de 28 de fevereiro de 1967 – Código de Mineração e pela legislação ambiental.

§1º. Às atividades previstas no caput não se aplica o direito de prioridade, previsto no art. 11 do Código de Mineração.

§2º. São nulos de pleno direito, não produzindo efeitos jurídicos, as autorizações, concessões e demais títulos atributivos de direitos minerários em terras indígenas, concedidos antes da promulgação desta Lei.

Art. 85. A pesquisa e a lavra de recursos minerais em terras indígenas só podem ser realizadas mediante autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, sendo-lhes assegurada participação nos resultados da lavra.

Art. 86. A pesquisa e a lavra de recursos minerais em terras indígenas serão efetivadas, pelo regime especial previsto nesta lei e pelo regime de extrativismo mineral indígena.

Art. 87. É vedada a pesquisa e a lavra de recursos minerais em terras indígenas não demarcadas, ocupadas por indígenas isolados e de contato recente, invadidas, ou em situação de conflito.

Art. 88. As comunidades indígenas afetadas pela exploração mineral têm direito a consulta prévia e informada, com o poder de veto se não concordarem com essa atividade em suas terras.

§1º. Deverá ser garantida a comunidade indígena o amplo acesso aos processos de autorização, pesquisa e concessão de lavra, e a efetiva participação em todas as fases do procedimento, inclusive durante os trabalhos de lavra.

§2º. Antes de iniciar a lavra dos recursos minerais fica assegurada nova consulta as comunidades indígenas.

Art. 89. A exploração mineral em terras indígenas ocorrerá na hipótese de relevante interesse público da União, nos termos do art. 231, §6º da Constituição Federal.

Art. 90. A pesquisa e a lavra de recursos naturais em terras indígenas, além das ressalvas previstas nesta lei, não poderão ser feitas:

- I - quando inviabilizarem a continuidade do modo de vida, das tradições, dos costumes e das crenças das comunidades indígenas afetadas;
- II - quando incidirem sobre monumentos históricos, culturais, religiosos e sagrados;
- III - em locais de moradias das comunidades indígenas a serem definidas pelos laudos antropológicos e estudos prévios de impacto ambiental;

Art. 91. O pedido de autorização para a pesquisa e lavra de recursos minerais em terras indígenas terá seu procedimento administrativo iniciado pelo Poder Executivo por intermédio do órgão gestor dos recursos minerais.

§1º. O pedido a que se refere o caput deste artigo deverá conter, obrigatoriamente:

- I - demonstração da necessidade da exploração dos bens minerais potencialmente presentes na terra indígena.
- II - o memorial descritivo da área e a classe das substâncias minerais de interesse, previstas no regulamento.
- III - parecer técnico especializado sobre a potencialidade geológica dos recursos minerais especificados e seu aproveitamento, elaborado por comissão composta por, no mínimo, três técnicos do órgão gestor dos recursos minerais.

§2º. Admitir-se-á o aerolevanteamento para balizar o parecer técnico previsto no parágrafo anterior deste artigo. Nos casos de necessidade de pesquisa de campo a entrada em terras indígenas será autorizada pela comunidade afetada informado o órgão indigenista federal.

Art. 92. As comunidades indígenas potencialmente afetadas serão científicas da instauração do procedimento administrativo para pesquisa e lavra de recursos minerais em sua terra.

Art. 93. Constatada a inexistência de potencialidade geológica no parecer técnico o órgão gestor dos recursos minerais determinará o arquivamento e a comunicação ao órgão indigenista federal e a comunidade indígena afetada.

Art. 94. Constatada a existência de potencialidade geológica no parecer técnico o órgão gestor dos recursos minerais solicitará a elaboração simultânea de pareceres técnicos especializados:

I - ambiental, sobre prováveis restrições e condições à atividade de pesquisa e lavra em terra indígena;

II - de compatibilidade sociocultural, para demonstrar os possíveis impactos da exploração mineral na comunidade indígena.

Parágrafo único. Os pareceres técnicos de que trata o caput serão elaborados por comissões compostas por, no mínimo, três técnicos, devendo ser submetidos à aprovação das autoridades por eles competentes.

Art. 94. Quando a terra indígena estiver situada em área indispensável à segurança do território nacional ou em faixa de fronteira deverá ser ouvido o Conselho de Defesa Nacional (CDN), nos termos do inciso III do § 1º do art. 91 da Constituição Federal.

Parágrafo único. Se o CDN estabelecer critérios ou condições para o exercício da atividade de pesquisa e lavra em terra indígena o seu descumprimento poderá implicar na exclusão do concorrente do procedimento licitatório ou na rescisão do contrato de concessão.

Art. 95. Concluídos os laudos ambiental e sociocultural e a manifestação do CDN, o processo será encaminhado ao órgão indigenista federal, para oitiva da comunidade indígena.

Art. 96. A oitiva da comunidade indígena será promovida com o objetivo de dar conhecimento aos indígenas, em linguagem a eles acessível, do requerimento de pesquisa

e lavra de recursos minerais em suas terras e das implicações dessas atividades na comunidade, para que manifestem sua concordância ou recusa.

§1º. A oitiva será realizada na própria terra indígena e dela poderão participar, além do representante do órgão indigenista federal e do Ministério Público Federal, representantes do órgão gestor dos recursos minerais e do Conselho de Defesa Nacional, este último na hipótese prevista nesta lei.

§2º. A concordância dos indígenas será formalizada em documento a ser assinado pelos membros integrantes da comunidade indígena e representantes dos órgãos que tenham participado da oitiva.

§3º. Com a recusa dos indígenas, que será formalizada em documento a ser assinado pelos membros integrantes da comunidade indígena e representantes dos órgãos que tenham participado da oitiva, o processo será arquivado.

Art. 97. A solicitação de autorização para as atividades de pesquisa e lavra a ser encaminhada ao Congresso Nacional deverá estar acompanhada do parecer sobre a potencialidade geológica, laudo ambiental, laudo de compatibilidade sociocultural e do termo de concordância das comunidades indígenas potencialmente afetadas.

§1º. A solicitação de autorização conterá o memorial descritivo da área a ser autorizada, nos termos definidos pelos órgãos federais competentes e especificará, obrigatoriamente, a classe das substâncias minerais e o prazo de vigência do futuro contrato de concessão.

§2º. O decreto legislativo conterá as condições peculiares à cultura e organização social das comunidades indígenas afetadas.

Art. 98. Para os efeitos desta Lei, serão consideradas áreas de servidão as mínimas e indispensáveis para o desenvolvimento da lavra.

Parágrafo único. As servidões e os critérios previstos no caput deste artigo serão detalhados no âmbito do processo licitatório, no qual serão favorecidas as propostas técnicas que envolvam a menor necessidade de servidões.

Art. 99. Se o Congresso Nacional não autorizar as atividades de pesquisa e lavra na terra indígena, o processo será arquivado, com ciência ao Poder Executivo e às comunidades indígenas potencialmente afetadas.

Art. 100. Na hipótese de ser autorizada pelo Congresso Nacional à realização das atividades de pesquisa e lavra na terra indígena e depois de publicado o respectivo Decreto Legislativo, será procedida a licitação, que observará o disposto nesta Lei, no decreto que a regulamentar e no respectivo edital.

Art. 101. O órgão federal de gestão dos recursos minerais, o órgão indigenista federal e as comunidades indígenas afetadas, conjuntamente, elaborarão o edital de licitação previsto no artigo anterior.

Art. 102. Somente poderão habilitar-se ao procedimento licitatório para as atividades de pesquisa e lavra de recursos minerais em terras indígenas:

- I - brasileiro;
- II - empresa constituída sob as leis brasileiras que tenha sede e administração no País;
- III - cooperativa ou associação indígena que atenda aos requisitos técnicos, econômicos e jurídicos estabelecidos em ato conjunto do órgão gestor dos recursos minerais e do órgão indigenista federal.

Parágrafo único. As cooperativas ou associações indígenas poderão unir-se a empresas com experiência na atividade mineradora para participar do procedimento licitatório instituído por esta Lei.

Art. 103. O edital da licitação será acompanhado do memorial descritivo da área a ser concedida e da minuta do respectivo contrato e indicará, obrigatoriamente:

- I - o prazo de duração do contrato de concessão;
- II - o prazo estimado para a duração da fase de pesquisa;

- III - as atividades mínimas a serem desenvolvidas e os investimentos a serem alocados na fase de pesquisa;
- IV - as participações governamentais;
- V - o valor da renda a ser paga pela ocupação e retenção da área, por hectare ocupado;
- VI - o percentual de participação da comunidade indígena afetada no resultado da lavra;
- VII - a relação de documentos exigidos e os critérios a serem seguidos para aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica dos interessados, bem como para o julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta;
- VIII - a expressa indicação de que caberá ao concessionário o pagamento das indenizações devidas por servidões necessárias ao cumprimento do contrato;
- IX - o prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e demais elementos e informações necessários à elaboração das propostas, bem como o custo de sua aquisição;
- X - a classe das substâncias minerais a serem pesquisadas e lavradas; e
- XI - outras condições relativas à proteção dos direitos e interesses das comunidades indígenas afetadas.

Parágrafo único. Na fixação dos prazos de duração do contrato e das fases de pesquisa e lavra, referidos nos incisos I e II deste artigo, serão observados, dentre outros aspectos: a classe da substância a ser pesquisada e lavrada, o nível de informações disponíveis sobre o ambiente geológico, as características e localização de cada área, o laudo de compatibilidade sociocultural e o termo de concordância das comunidades indígenas potencialmente afetadas.

Art. 104. No julgamento da licitação será identificada a proposta mais vantajosa sob o ponto de vista do interesse público, segundo critérios objetivos estabelecidos no edital e com fiel observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e igualdade entre os interessados.

Parágrafo único. É assegurado às comunidades indígenas o acompanhamento da licitação de que trata o caput.

Art. 105. Além de outros critérios que o edital expressamente estipular, serão levados em conta no julgamento da licitação:

- I - o programa geral de trabalho, as propostas para as atividades de exploração, os prazos, os valores mínimos de investimentos e os cronogramas físico-financeiros;
- II - o valor da renda pela ocupação e retenção da área e o percentual de participação a serem pagos às comunidades indígenas afetadas;
- III - as participações governamentais referidas nessa Lei;
- IV - a união das associações e cooperativas indígenas às empresas com experiência na atividade mineradora, de que trata o parágrafo único do art. 102 desta Lei.

§1º. O edital conferirá peso aos critérios previstos nos incisos deste artigo.

§2º. Em caso de empate a proposta vencedora será aquela que obtiver a maior pontuação no critério de maior peso em escala decrescente. Persistindo o empate a licitação será decidida por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados.

Art. 106. As participações governamentais deverão estar previstas no edital de licitação e consistem em:

- I - bônus de assinatura, que corresponderá ao pagamento ofertado na proposta para obtenção da concessão devendo ser pago no ato da assinatura do contrato;
- II - compensação financeira pela exploração de recursos minerais, nos termos da Lei nº. 7.990 de 28 de dezembro de 1989;
- III - participação especial, devida nos casos de grande volume de produção ou de grande rentabilidade, a ser estabelecida em regulamento;
- IV - pagamento à União, de taxa anual, por hectare, admitida a fixação em valores progressivos em função da substância mineral objetivada, extensão e localização da área e outras condições, respeitado o valor mínimo de R\$ 2,00 (dois reais) e máximo de R\$ 4,00 (quatro reais) atualizados anualmente, mediante ato do Poder Executivo.

Art. 107. A receita decorrente da participação governamental mencionada no inciso III do artigo anterior será alocada à conta do Fundo de Apoio aos Povos Indígenas.

Art. 108. A concessão obriga o concessionário a executar a pesquisa mineral por sua conta e risco e, em caso de êxito, a promover o aproveitamento econômico da jazida no polígono estabelecido, conferindo-lhe a propriedade do produto da lavra.

Art. 109. A concessão de que trata esta Lei subordina-se à legislação ambiental vigente, devendo o concessionário obter, junto ao órgão ambiental federal competente, as licenças necessárias a cada fase decorrente do contrato.

§1º. As licenças de que tratam o caput só serão emitidas depois da realização, pelo concessionário, do Estudo de Impacto Ambiental e do Relatório de Impacto Ambiental (EIA-RIMA) e da apresentação ao órgão ambiental federal competente do plano de recuperação da área afetada pela mineração.

§2º. O termo de referência do estudo determinado pelo órgão ambiental competente para a avaliação de impacto ambiental receberá subsídios do órgão encarregado da política indigenista e das comunidades afetadas.

§3º. Durante o processo de licenciamento ambiental do empreendimento deverá ser realizada audiência pública com condições plenas para a participação das comunidades indígenas, nos termos desta lei.

Art. 110. Finalizado o procedimento licitatório o vencedor firmará com a União o contrato de concessão para a execução das atividades de pesquisa e lavra na terra indígena, que deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora.

Parágrafo único. O licitante vencedor não tem direito subjetivo à celebração do contrato de que trata o caput, se esse, em razão de fatos supervenientes, devidamente comprovados, vier a contrariar o interesse público.

Art. 111. Os direitos minerários decorrentes do contrato de concessão não poderão ser cedidos, transferidos ou arrendados.

Art. 112. O cumprimento do contrato de concessão será acompanhado e fiscalizado pelo órgão federal de gestão dos recursos minerais e pelo órgão indigenista federal.

Parágrafo único. No acompanhamento de que trata o caput, os órgãos responsáveis anotarão em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, formulando exigências à regularização das faltas e inadimplementos observados, bem como a aplicação das sanções previstas.

Art. 113. O concessionário poderá requerer a suspensão do contrato, em caráter excepcional, o que só poderá ocorrer após manifestações expressas do órgão federal de gestão dos recursos minerais e do órgão indigenista federal.

Art. 114. O contrato de concessão terá como cláusulas essenciais as que estabeleçam: I - a delimitação da área objeto da concessão;

II - o prazo de vigência do contrato, a duração da fase de pesquisa e as condições para prorrogação desta fase, incluindo o aumento progressivo do valor da renda pela ocupação e retenção da área;

III - o programa de trabalho a ser desenvolvido e o valor do investimento previsto;

IV - as participações governamentais a cargo do concessionário;

V - o percentual de participação no resultado da lavra previsto no edital;

VI - as garantias a serem prestadas pelo concessionário no cumprimento do contrato, inclusive quanto à realização dos investimentos ajustados para cada fase e contra danos ambientais;

VII - as regras para a desocupação da área, retirada de equipamentos e instalações e reversão de bens e fechamento da mina;

VIII - as regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução;

IX - as causas de rescisão e extinção do contrato;

X - as penalidades aplicáveis na hipótese de descumprimento pelo concessionário das obrigações contratuais;

XI - as obrigações decorrentes da atividade minerária;

XII - as formas de acompanhamento e controle da execução do contrato pelas comunidades indígenas; e

XIII - a autorização para o concessionário utilizar as áreas da terra indígena necessárias para a infra-estrutura das atividades de pesquisa e lavra, beneficiamento e transporte.

Art. 115. O contrato de concessão estabelecerá para o concessionário, dentre outras, as seguintes obrigações:

I - adotar, em todas as suas operações, as medidas necessárias para o aproveitamento da jazida com racionalidade e qualidade, para a segurança dos trabalhadores, das comunidades indígenas afetadas, dos equipamentos e para a proteção do meio ambiente;

II - comunicar ao órgão federal competente, imediatamente, a descoberta de qualquer ocorrência de substância mineral não contemplada no contrato de concessão;

III - realizar a avaliação da área concedida nos termos estabelecidos no edital apresentando ao órgão federal competente relatório circunstanciado dos trabalhos de pesquisa, juntamente com o plano de aproveitamento para a lavra, incluindo os projetos de desenvolvimento, produção, o cronograma e a estimativa de investimento;

IV - responsabilizar-se civilmente pelos atos de seus prepostos e indenizar os danos decorrentes das atividades de pesquisa e lavra;

V - ressarcir ao órgão federal competente os ônus que venha a suportar, em consequência de eventuais demandas, motivadas por atos de responsabilidade do concessionário;

VI - adotar as melhores práticas da produção mineral e do controle ambiental e obedecer às normas e procedimentos técnicos e científicos pertinentes;

VII - conduzir as atividades de pesquisa e lavra com observância das normas regulamentares da mineração;

VIII - fornecer, às comunidades indígenas afetadas, ao órgão federal de gestão dos recursos minerais e ao órgão indigenista federal relatórios, dados e informações relativos às atividades desenvolvidas;

IX - facilitar aos agentes públicos federais a fiscalização das atividades de exploração, desenvolvimento, produção e comercialização dos recursos minerais e a auditoria do contrato;

X - promover a recuperação ambiental da área afetada pela mineração.

Art. 116. As concessões extinguir-se-ão:

I - pelo vencimento do prazo contratual;

II - por acordo entre as partes, reduzido a termo no processo da licitação; III - pelos motivos de rescisão previstos em contrato;

IV - pelo término da fase de pesquisa, sem que tenha sido feita qualquer descoberta economicamente viável, conforme definido no contrato.

Art. 117. A extinção da concessão não implicará ônus de qualquer natureza para a União, nem gerará direito de indenização, ao concessionário, pelos serviços e bens reversíveis, os quais passarão à propriedade da União e à administração do órgão indigenista federal, na forma prevista no contrato.

Art. 118. Extinta a concessão, por qualquer das hipóteses previstas nos incisos do caput do artigo anterior, o concessionário fará, por sua conta exclusiva, a remoção dos equipamentos e bens que não sejam objeto de reversão, ficando obrigado a reparar ou indenizar os danos decorrentes de suas atividades e praticar os atos de recuperação ambiental determinados pelo órgão indigenista federal e pelo órgão ambiental federal.

Art. 119. O descumprimento do disposto nesta Lei e das obrigações estabelecidas no contrato de concessão sujeitará o concessionário às seguintes sanções, sem prejuízo da responsabilidade por danos ambientais prevista na legislação específica, e demais sanções civis e penais:

I - advertência;

II - multa;

III - interdição das atividades;

IV - rescisão do contrato.

§1º. Na aplicação das sanções referidas no caput, o órgão federal competente levará em conta a natureza e a gravidade da infração e a vantagem auferida pelo infrator.

§2º. A sanção prevista no inciso II do caput poderá ser aplicada isolada ou cumulativamente com aquelas previstas nos incisos I, III e IV.

§3º. A multa não poderá ser inferior a 1% (um por cento) nem superior a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto da empresa mineradora.

§4º. Na impossibilidade de aplicação do critério do faturamento bruto, a multa será de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), a critério do órgão federal competente.

Art. 120. São infrações administrativas:

I - o não cumprimento ou o cumprimento irregular ou parcial, não justificado, de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o descumprimento do contrato de forma que afete elementos essenciais de proteção do meio ambiente, da sustentabilidade da atividade minerária e dos direitos das comunidades indígenas;

III - o desatendimento das determinações regulares dos órgãos federais competentes, no acompanhamento e fiscalização de sua execução;

IV - o cometimento reiterado de faltas na execução do contrato e o descumprimento das penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

V - a paralisação da execução da pesquisa ou lavra, sem a autorização dos órgãos federais competentes, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

VI - o descumprimento, total ou parcial, da obrigação de pagamento de renda pela ocupação e retenção da área e da participação no resultado da lavra e dos subprodutos comercializáveis dos minérios extraídos; e

VII - a manutenção de trabalhadores em condições degradantes de trabalho ou análogas à de escravo ou a exploração do trabalho de crianças e adolescentes.

Art. 121. Se o concessionário ocultar o conhecimento da existência de substância mineral de classe não prevista no contrato, este será rescindido, devendo o concessionário responder por perdas e danos e pagar multa.

Art. 122. O processo administrativo para a apuração de infrações e aplicação das penalidades previstas nesta Lei será instaurado pelo órgão federal competente, assegurado ao concessionário o contraditório e a ampla defesa, permitida a adoção de medidas cautelares.

§1º. Não será instaurado processo por infração administrativa antes da notificação do concessionário e da fixação de prazo para correção das falhas e transgressões apontadas.

§2º. Instaurado o processo administrativo e comprovada a infração, a aplicação da penalidade cabível será efetuada por ato do poder concedente.

Art. 123. São causas de rescisão direta do contrato, por ato unilateral e escrito da autoridade competente:

- I - as infrações previstas nos incisos IV e VII do caput do art. 120;
- II - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa mineradora, que prejudique a execução do contrato;
- III - a condenação do concessionário em sentença transitada em julgado por crime contra o meio ambiente.

§1º. O contrato poderá ser rescindido, ainda, por razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pelas máximas autoridades da esfera administrativa a que está subordinado o contrato e exaradas no processo administrativo a que se refere.

§2º. A critério do poder concedente o contrato poderá ser rescindido no caso das infrações administrativas previstas nos incisos I a III e V do art. 120, a depender de sua gravidade.

Art. 124. Nas infrações praticadas por pessoa jurídica, também serão punidos com sanção de multa seus administradores ou controladores, quando tiverem agido com dolo ou culpa.

Art. 125. Fica assegurado às comunidades indígenas afetadas:

- I - pagamento pela ocupação e retenção da área objeto do contrato de concessão;
- II - participação nos resultados da lavra e dos sub-produtos comercializáveis dos minérios extraídos;

III - indenização pelos eventuais danos e prejuízos causados em razão da ocupação da terra para fins de servidão de pesquisa ou lavra.

Art. 126. A participação da comunidade indígena fixado no edital, não poderá ser inferior a 25% do faturamento bruto resultante da comercialização do produto mineral obtido.

Parágrafo único. Estende-se aos subprodutos comercializáveis do minério extraído, a base de cálculo sobre a qual se define a participação da comunidade indígena no resultado da lavra.

Art. 127. As receitas provenientes dos pagamentos previstos no artigo anterior serão depositadas em conta bancária específica em instituição financeira oficial, a ser gerenciada pelas comunidades indígenas afetadas.

§1º. As receitas de que trata o caput serão aplicadas integralmente nas comunidades indígenas afetadas.

§2º. O órgão indigenista federal, mediante assessoramento e fiscalização, zelará pela utilização dos recursos de acordo com a vontade manifestada pelas comunidades, segundo processo decisório do qual participará, na forma do regulamento.

Art. 128. O aproveitamento de recursos minerais em terras indígenas pelo regime de extrativismo mineral, como a garimpagem, a faiscação e a cata é privativo das comunidades indígenas, independe de autorização do Congresso Nacional e será permitido pelo órgão gestor dos recursos minerais, nos termos de regulamento específico.

§1º. O título de que trata o caput terá validade de até cinco anos, podendo ser prorrogado.

§2º. O título de outorga minerário não poderá ser cedido, transferido ou arrendado, sendo vedada, ainda, a parceria e a terceirização da atividade extrativista.

§3º. As atividades tradicionais, de subsistência e sem fins comerciais exercidas pelos povos indígenas não dependem da permissão de que trata o caput deste artigo.

Art. 129. Somente poderão ser aproveitados pelo regime de extrativismo mineral indígena os minerais abaixo nominados:

- I - areias, cascalhos e saibros para utilização imediata na construção civil, no preparo de agregados e argamassas, desde que não sejam submetidos a processo industrial de beneficiamento, nem se destinem como matéria-prima à indústria de transformação;
- II - rochas e outras substâncias minerais, quando aparelhadas para paralelepípedos, guias, sarjetas, moirões e afins;
- III - argilas usadas no fabrico de cerâmica vermelha;
- IV - rochas, quando britadas para uso imediato na construção civil e os calcários empregados como corretivo de solo na agricultura;
- V - ouro, diamante, cassiterita, columbita, tantalita e wolframita, nas formas aluvionar, eluvionar e coluvionar, sheelita, demais gemas, rutilo, quartzo, berilo, espodumênio, feldspato, micas e outros minerais, em tipos de ocorrência que vierem a ser indicados pelo órgão gestor dos recursos minerais; e
- VI - rochas e minerais, in natura, destinados à coleção, pedras decorativas e confecção de artesanato mineral.

Art. 130. Aplicam-se ao regime de extrativismo mineral indígena, no que couber, as obrigações previstas no art. 115 desta Lei, nos termos de regulamento, à exceção do disposto nos incisos II, III, V, e VIII.

Art. 131. O descumprimento do disposto nos artigos referentes ao aproveitamento de recursos minerais em terras indígenas pelo regime de extrativismo mineral e das obrigações estabelecidas no título de outorga sujeitará o autorizado, sem prejuízo da responsabilidade por danos ambientais prevista na legislação específica e demais sanções civis e penais, às seguintes sanções:

- I - advertência;
- II - multa;
- III - interdição das atividades;
- IV - extinção do título de outorga.

§1º. Na aplicação das sanções referidas no caput, o órgão federal competente levará em conta a natureza e a gravidade da infração e a vantagem auferida pelo infrator.

§2º. A sanção prevista no inciso II do caput poderá ser aplicada isolada ou cumulativamente com aquelas previstas nos incisos I, III e IV.

§3º. A multa prevista no inciso II do caput deste artigo não poderá ser inferior a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) nem superior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Art. 132. Extingue-se o título de extrativismo mineral nos casos previstos no regulamento.
Parágrafo único. Ocorrendo caso fortuito ou força maior o título minerário poderá ser novamente outorgado para a área anteriormente autorizada, desde que atendidas as exigências previstas nesta Lei e no regulamento.

Art. 133. Em relação ao regime de extrativismo mineral indígena são consideradas infrações administrativas, o descumprimento:

- I - de qualquer das condições previstas nesta Lei em relação ao extrativismo mineral indígena;
- II - das determinações dos órgãos federais competentes no acompanhamento e fiscalização da execução do título;
- III - das vedações referentes a cessão, transferência ou arrendamento, a parceria e terceirização da atividade extrativista, previstas nesta Lei.

Art. 134. O regime extrativista mineral será definido em regulamento.

Art. 135. Será instituído um Fundo de Apoio aos Povos Indígenas, vinculado ao órgão indigenista federal, com gestão colegiada e paritária entre governo e as organizações indígenas.

§1º. São recursos do fundo a que se refere este artigo:

- I - as multas aplicadas em razão de atividade minerária e do poder de polícia; II - dotações orçamentárias;
- III - a receita decorrente da participação da União, a que se referem os incisos III e IV do art. 106 desta lei, bem como os relacionados ao aproveitamento de recursos hídricos;
- IV - doações.

§2º. Os recursos do fundo, previsto neste artigo serão aplicados em benefício das comunidades indígenas, nos termos previstos em seu regulamento, aprovado por ato dos administradores do Fundo.

CAPÍTULO II – Dos Recursos Hídricos

Art. 136. O aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas, inclusive para fins de exploração de potenciais energéticos no interesse nacional, dependerá da autorização do Congresso Nacional e de consulta prévia e informada das comunidades indígenas afetadas pelo empreendimento.

Art. 137. É vedada a realização de atividades de aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas que impliquem perda ou comprometimento de parte significativa da terra tradicionalmente ocupada pelos indígenas.

Art. 138. O pedido de autorização ao Congresso Nacional para aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas terá seu procedimento administrativo iniciado pelo Poder Executivo e deverá conter, obrigatoriamente:

- I - o estudo de viabilidade técnica e econômica;
- II - o estudo de viabilidade ambiental, incluindo plano de bacia e, quando não houver, avaliação ambiental integrada de bacia hidrográfica;
- III - os estudos para identificação, o prognóstico e a avaliação dos efetivos e potenciais impactos sobre as comunidades indígenas e seus territórios, com a indicação das medidas de monitoramento, de mitigação, de compensação ambiental e de potencialização dos aspectos positivos.
- IV - documento de manifestação das comunidades indígenas.

Art. 139. Quando a terra indígena estiver situada em área indispensável à segurança do território nacional ou em faixa de fronteira, será obrigatória a manifestação do Conselho de Defesa Nacional.

Art. 140. A consulta prévia das comunidades indígenas será feita mediante procedimento a ser instaurado pelo órgão indigenista federal.

§1º. A consulta de que trata o caput será realizada após a conclusão dos estudos referidos no art. 138 desta Lei, e subsidiará a decisão do Congresso Nacional sobre a autorização para aproveitamento de recursos hídricos, inclusive para fins de exploração energética.

§2º. Deverá ser garantida à comunidade indígena o amplo acesso aos processos de autorização, pesquisa e estudos para aproveitamento dos recursos hídricos de suas terras tradicionalmente ocupadas, e a efetiva participação em todas as fases do procedimento.

§3º. Participarão da consulta de que trata o caput deste artigo representantes dos Ministérios do Meio Ambiente e de Minas e Energia e do Ministério Público Federal.

Art. 141. A oitiva da comunidade indígena será promovida com o objetivo de dar conhecimento aos indígenas, em linguagem a eles acessível, do empreendimento de aproveitamento de recursos hídricos em suas terras e das implicações dessas atividades na comunidade, para que manifestem sua concordância ou recusa.

§1º. A oitiva será realizada por meio de reuniões, seminários, oficinas, fóruns, discussões e audiências públicas no local a ser afetado, envolvendo principalmente as comunidades que potencialmente podem ser afetadas.

§2º. A concordância ou recusa dos indígenas será formalizada em documento a ser assinado pelos representantes da comunidade indígena e dos órgãos que tenham participado da oitiva.

Art. 142. Concluída a fase de consulta à comunidade indígena, e havendo concordância desta, o Poder Executivo encaminhará ao Congresso Nacional o pedido de autorização acompanhado dos documentos previstos no art. 138 desta Lei, que poderá, por meio de decreto legislativo, rejeitar ou aprovar a solicitação.

Parágrafo único. O decreto legislativo conterá as condições peculiares à cultura e organização social das comunidades indígenas afetadas, necessárias à realização do empreendimento.

Art. 143. Caso o Congresso Nacional conceda a autorização de que trata o art. 142 desta Lei, caberá ao Poder Executivo adotar as providências necessárias à implementação do empreendimento nos termos da legislação vigente.

Art. 144. Fica assegurada às comunidades indígenas afetadas pelo empreendimento compensação financeira.

§1o. A compensação financeira objeto do caput deste artigo será de no mínimo 10% sobre o valor da energia elétrica produzida, enquanto durar o impacto do empreendimento, definida conforme procedimento estabelecido pela agência reguladora do setor elétrico.

§2o. O pagamento da compensação financeira efetuado pelo empreendedor nos termos desta Lei não o exime da responsabilidade por eventuais obrigações diagnosticadas na avaliação de impacto ambiental ou impostas na outorga de licenças ambientais, nos termos da aprovação do órgão ambiental federal competente.

§3o. As comunidades indígenas não abrangidas pelo caput deste artigo serão ouvidas sobre o cumprimento das obrigações de que trata o §2o deste artigo, conforme os impactos identificados e aprovados nos estudos de viabilidade ambiental.

§4o. As obrigações de que tratam os §§ 2o e 3o deste artigo serão cumpridas conforme aprovação do órgão ambiental federal responsável pelo licenciamento ambiental, ouvidas as comunidades indígenas e o órgão indigenista federal, na forma do regulamento.

Art. 145. As receitas provenientes da compensação financeira prevista no art. 144 serão depositadas em conta bancária das comunidades indígenas afetadas.

§1º. As receitas de que trata o caput serão aplicadas integralmente nas comunidades indígenas afetadas.

§2º. O órgão indigenista federal, mediante assessoramento e fiscalização, zelará pela utilização dos recursos de acordo com a vontade manifestada pelas comunidades, segundo processo decisório do qual participará, na forma do regulamento.

§3º. O órgão indigenista federal poderá administrar os recursos a que se refere o artigo 166, por expressa delegação da comunidade ou povo indígena interessado.

Art. 146. Nos casos em que a geração de energia afetar diretamente uma determinada terra indígena, a mesma será fornecida, gratuitamente e em quantidade satisfatória, às

comunidades indígenas ali existentes, caso assim desejarem, com acompanhamento do órgão indigenista federal, durante toda a vida útil da usina hidrelétrica.

Art. 147. O empreendedor fica obrigado a providenciar novas terras, de área e valor ecológico equivalente às áreas atingidas pelo empreendimento, preferencialmente contíguas àquelas, atribuindo sua posse e uso à comunidade indígena e o domínio ao efetivo titular da área impactada, bem como indenizá-la pelos impactos sofridos.

Art. 148. O enquadramento dos corpos de água nos trechos em que estes se estenderem dentro do território indígena respeitará as classes de uso definidas pela legislação ambiental que são compatíveis com o consumo humano, de modo a garantir as condições de bem estar das comunidades indígenas que ocupam este território.

Art. 149. A outorga de uso dos recursos hídricos de corpos d'água que banham as terras indígenas e estejam na faixa de segurança etnoambiental destas terras deverá assegurar a qualidade e quantidade de água necessárias para o consumo humano e manutenção dos usos, costumes e tradições indígenas.

Art. 150. A outorga de recursos hídricos na faixa de segurança etnoambiental de terras indígenas em bacias hidrográficas onde inexistam planos de bacias aprovados por comitês de bacia hidrográfica fica condicionada à consulta prévia das comunidades, mediante procedimento previsto no artigo Título V.

Art. 151. Dos valores arrecadados pela cobrança do uso dos recursos hídricos em bacias onde existam terras indígenas deverá ser destinado o mínimo de 5% do total arrecadado, que será revertido para as comunidades indígenas que habitem nestas terras.

TÍTULO VI - Das Políticas Sociais CAPÍTULO I - Da Assistência Social

Art. 152. O acesso dos povos e comunidades indígenas à Política Nacional de Assistência Social será assegurado, respeitando as suas especificidades sócio-culturais, nos termos de regulamento próprio.

Art. 153. Fica garantida a criação de programas e ações específicos para atender exclusivamente os povos indígenas.

Art. 154. Nos processos de seleção de profissionais para atuar nos programas que atendam aos povos indígenas deve ser exigida experiência no trato com as questões étnicas e com as diversidades culturais.

Art. 155. Os programas de transferência de renda e outras políticas universalizantes deverão ser adaptados às características culturais de cada povo indígena.

Parágrafo Único: A inclusão dos indígenas no Cadastro Único de benefícios sociais do Governo Federal, será executado pelo órgão indigenista federal, que manterá base de dados visando a facilitar o cadastramento.

Art. 156. Nos Estados e Municípios onde existem populações indígenas em suas áreas de abrangência, fica assegurado aos povos indígenas e suas organizações, a participação na construção dos planos e programas sociais.

Art. 157. Nos Estados e Municípios onde existem populações indígenas em suas áreas de abrangência, fica assegurado aos povos indígenas e suas organizações a participação nos Conselhos de Assistência Social.

Art. 158. Fica garantida a participação de duas (2) representação das organizações indígenas no Conselho Nacional de Assistência Social, sendo 02 titulares e 2 suplentes.

Art. 159. Fica garantido nas instâncias Federal, Estadual e Municipal a criação de programas de incentivo para a capacitação e formação dos indígenas na área da assistência social.

§1º. Aos povos indígenas é garantido a consulta prévia, livre e informada, bem como a sua participação na formulação dos programas, serviços e benefícios de assistência social.

§2º. Fica garantido que as instâncias Federal, estadual e municipal realizem ampla divulgação da Política e programas de Assistência Social junto aos povos e comunidades indígenas.

CAPÍTULO II – Da Previdência Social

Art. 160. Fica garantido aos povos indígenas o acesso aos benefícios da Previdência Social, assegurado as suas especificidades socioculturais.

Art. 161. É assegurado o atendimento nas comunidades indígenas para fins de requerimento de benefícios.

Art. 162. Para o atendimento aos povos indígenas que não dominam a língua portuguesa fica garantida a presença de intérpretes indicados pelos próprios indígenas.

CAPÍTULO III - Da proteção da criança e do adolescente indígenas Seção I - Disposições Preliminares

Art. 163. A aplicação da legislação pertinente à infância e adolescência, nas questões específicas das crianças e adolescentes indígenas, serão prioritariamente feitas pelas comunidades indígenas, segundo seus usos, costumes, tradições e organização social.

§1º. Devem ser respeitadas as concepções dos diversos povos e comunidades indígenas acerca das faixas etárias que compreendem o período legalmente estabelecido como infância e adolescência.

§2º. Os direitos das crianças e adolescentes indígenas serão informados e disseminados junto às comunidades nas quais eles vivem.

§3º. Quando não for possível a resolução na comunidade indígena, as medidas de proteção e as medidas socioeducativas serão compatibilizadas com os usos, costumes, tradições e organização social da comunidade indígena.

Art. 164. O poder familiar e as questões a ele relacionadas serão compreendidos em consonância com o conceito de família de cada comunidade, incluindo, quando aplicável, o conceito de família extensa.

Art. 165. Em caso de ameaça à vida ou à integridade física de criança ou adolescente indígena, órgão indigenista federal, por intermédio de equipe multidisciplinar e em diálogo com a respectiva comunidade indígena, promoverá o encaminhamento adequado à sua proteção integral, preservando-se, sempre que possível, o direito à convivência com a sua comunidade.

Art. 166. Será respeitada a participação de crianças e adolescentes indígenas em atividades cotidianas de trabalho que correspondam a processos indígenas de ensino e aprendizagem necessários ao seu pleno desenvolvimento cultural.

Parágrafo Único. O adolescente indígena tem direito à formação técnica para o trabalho direcionado à gestão territorial, autonomia econômica e fortalecimento da identidade cultural.

Art. 167. Os programas de transferência de renda e outras políticas universalizantes estendidas às crianças indígenas deverão ser acompanhados pelo órgão federal indigenista visando a sua adaptação às realidades culturais de cada povo, respeitando seu ciclo tradicional de atividades e seus processos próprios de educação, de socialização e de transmissão de conhecimentos.

Seção II - Dos Conselhos Tutelares

Art. 168. Na composição dos Conselhos Municipais e Estaduais dos Direitos da Criança e do Adolescente e nos Conselhos Tutelares dos municípios onde existem comunidades indígenas, deverá ter a participação efetiva de representantes indígenas, na qualidade de conselheiros.

Art. 169. A participação de representantes indígena, na qualidade de conselheiros, é assegurada na composição dos Conselhos Municipais e Estaduais dos Direitos da Criança e do Adolescente e nos Conselhos Tutelares dos municípios onde existam comunidades indígenas.

Art. 170. Os Conselheiros de direitos e conselheiros titulares no atendimento da criança devem observar seus usos, costumes, tradição e organização social de cada povo.

Parágrafo Único. Deverá ser criado programa de capacitação continuada de conselheiros de direitos e de conselheiros tutelares, com o objetivo de assegurar o conhecimento da realidade sociocultural indígena e da legislação específica.

Art. 171. Os Conselhos Municipais e Estaduais dos Direitos da Criança e dos Adolescentes e os Conselhos Tutelares, em conjunto com o órgão indigenista federal, as comunidades e organizações indígenas, deverão implementar programa contínuo de informação e disseminação dos direitos das crianças e adolescentes.

Seção III - Da Adoção

Art. 172. Na adoção e na guarda de crianças e adolescentes indígenas serão consideradas as relações de parentesco.

Parágrafo Único. Quando não for possível observar o disposto no caput, terão prioridade outras famílias indígenas.

Art. 173. Serão respeitados os usos e costumes indígenas no que se refere à entrega espontânea de criança ou adolescente entre membros de comunidades indígenas.

§1º. A entrega espontânea de criança ou adolescente indígena à guarda de família não indígena depende de prévia autorização judicial, ouvidos o órgão indigenista federal e o Ministério Público Federal.

§2º. Se autorizada judicialmente a entrega de criança ou adolescente indígena à guarda de família não indígena, o órgão indigenista federal constituirá equipe multidisciplinar para instruir a família não indígena e a família indígena acerca do significado e das conseqüências legais do ato, bem como acerca da cultura do povo indígena do qual a criança ou o adolescente provém.

Art. 174. Deverá haver recursos específicos para os programas governamentais de atenção e assistência às crianças e adolescentes indígenas.

Seção IV - Outras disposições

Art. 175. Na aplicação desta Lei, reafirma-se-á o respeito às práticas tradicionais indígenas, desde que em conformidade com o sistema constitucional de direitos e garantias fundamentais.

Parágrafo Único. Caso detecte práticas atentatórias aos direitos e às garantias fundamentais das crianças e adolescentes, o órgão federal indigenista deverá levar ao conhecimento da comunidade em questão o ordenamento nacional e promover, pelo diálogo, soluções satisfatórias e, se possível, conciliatórias, que garantam a proteção integral da criança e do adolescente indígenas.

Art. 176. As normas desta Lei que não contrariem o disposto neste capítulo são aplicáveis às crianças e adolescentes indígenas.

CAPÍTULO IV - Da Atenção à Saúde

Art. 177. As ações e serviços de saúde voltados para os povos e comunidades indígenas serão desenvolvidos de acordo com os princípios previstos no artigo 198 da Constituição Federal e na Lei 8080/90 e pelo princípio do reconhecimento do direito à construção de serviços de saúde diferenciados que reconheçam a diversidade étnico-cultural e regional indígena.

Art. 178. As ações e serviços de saúde voltados para as populações indígenas, em todo o território nacional, coletiva ou individualmente, se darão por meio de um Subsistema de Saúde Indígena, componente do Sistema Único de Saúde, organizado por meio de Distritos Sanitários Especiais Indígenas com autonomia gestora, administrativa e financeira, aplicando-se o que determina a Lei n.º. 8.080, de 19 de setembro de 1990, modificada pela Lei n.º. 9.836/1999 e a Lei n.º. 8.142, de 28 de dezembro de 1990.

§1º. O Ministério da Saúde estabelecerá uma Política de Recursos Humanos para o Trabalho no Contexto Intercultural para o Subsistema de Saúde Indígena, contemplando os Agentes Indígenas de Saúde e os Agentes Indígenas de Saneamento.

§2º. Aos indígenas residentes fora de terras indígenas é garantida a atenção diferenciada à saúde, respeitando suas especificidades étnico-culturais, devendo o Ministério da Saúde regulamentar mecanismos específicos e o Sistema Único de Saúde organizar-se para atendê-los adequadamente, em regime de colaboração com os estados e municípios.

CAPÍTULO V - Da Educação Escolar Indígena

Art. 179. A educação escolar indígena será implementada por um sistema nacional de educação escolar indígena, nos termos desta lei.

Art. 180. A educação escolar indígena terá como princípios:

- I - o respeito à diversidade étnica e cultural dos povos indígenas;
- II - a interculturalidade;
- III - o multilinguismo;
- IV - a organização administrativa em áreas delimitadas como territórios etno-educacionais;
- V - a participação e o controle social das suas atividades pelos povos indígenas;
- VI - a garantia aos indígenas de acesso a todas as formas de conhecimento, de modo a assegurar-lhes a defesa de seus interesses e a participação na vida nacional em igualdade de condições, enquanto povos etnicamente diferenciados;
- VII - o respeito aos processos educativos e de transmissão do conhecimento das comunidades indígenas.

Art. 181. O Sistema Nacional de Educação Escolar Indígena compõe o Sistema Federal de Ensino da União, respeitando-se as suas especificidades, e será mantido com recursos ordinários e específicos para a educação previstos no orçamento geral da União.

Art. 182. O Sistema Nacional de Educação Escolar Indígena buscará o regime de colaboração entre União, Estados e Municípios na oferta e no custeio da educação escolar indígena, prioritariamente na educação básica, de acordo com termos específicos de pactuação com a União e as comunidades indígenas interessadas.

Art. 183. A educação escolar indígena será oferecida em todos os níveis e modalidades.

§1º. O ensino infantil deverá ser oferecido de acordo com a necessidade e interesse de cada comunidade.

§2º. O ensino fundamental pode ser organizado em ciclos de aprendizagem, atendendo à diversidade sociocultural e a organização social de cada povo.

§3º. O ensino médio pode ser organizado de acordo com os ciclos de aprendizagem, atendendo as etapas de formação dos jovens e o contexto sociolingüístico, econômico e cultural de cada povo.

§4º. O Ensino médio integrado e o ensino técnico profissional deverão ser voltados para a profissionalização que atenda às necessidades e interesses dos povos indígenas, visando à formação de técnicos nas diferentes áreas, de acordo com os projetos de sustentabilidade de cada povo.

§5º. No ensino superior deverá ser criada uma política de formação diferenciada, com orçamento específico e garantindo o acesso dos indígenas às universidades públicas. As universidades públicas deverão dispor de recursos orçamentários para elaboração de programas, projetos e ações.

Art. 184. A formação de professores deverá contar com uma política específica, incluindo os cursos de pós-graduação, atendendo à necessidade de formação intercultural.

Art. 185. Que sejam criadas universidades indígenas interculturais.

Art. 186. Os saberes dos povos indígenas devem merecer tratamento específico e diferenciado por parte das instituições de ensino superior, nas atividades de ensino, pesquisa e extensão, garantida a participação das comunidades em sua sistematização, na formação de pessoal qualificado em nível superior, inclusive na pós-graduação e na difusão desses conhecimentos, reconhecida e garantida a propriedade intelectual desses conhecimentos, de acordo com o disposto nesta lei.

Art. 187. O Sistema Nacional de Educação Escolar Indígena será coordenado por um Conselho Nacional de Educação Escolar Indígena.

Art. 188. Compete ao Conselho Nacional de Educação Escolar Indígena:

- I - propor diretrizes para a política nacional de educação escolar indígena, observando à territorialidade dos povos;
- II - criar mecanismos de apoio e incentivar a investigação, o registro e a sistematização dos conhecimentos e processos cognitivos de transmissão e assimilação do saber das comunidades indígenas;
- III - criar unidades administrativo-educacionais, tendo como base a territorialidade e as relações intersocietárias dos povos indígenas;
- IV - elaborar políticas e planos de ação, com a finalidade de apoiar e assessorar as escolas indígenas;
- V - assegurar o exercício do controle social na educação escolar indígena, pelas comunidades indígenas locais, pelas organizações não governamentais;

Parágrafo Único. Para o desenvolvimento de suas atividades, o Conselho Nacional de Educação Escolar Indígena deverá observar os estudos e as pesquisas antropológicas e lingüísticas que contribuam para a melhoria da prática educativa dirigida às comunidades indígenas.

Art. 189. O Conselho Nacional de Educação Escolar Indígena será composto por: I - um representante do Ministério da Educação;

- II - um representante das universidades públicas brasileiras;
- III - um representante do Conselho de Secretários Estaduais de Educação - CONSED;
- IV - um representante do Conselho Nacional de Educação;
- V - um representante da Funai;
- VI - um representante da Associação Brasileira de Antropologia; VII - um representante da Associação Brasileira de Lingüística;
- VIII - um representante de organização da sociedade civil de apoio ao indígena;

IX - um representante da Associação Nacional de Pós-graduação e pesquisa em educação – ANPED;

X - nove representantes de organizações de professores indígenas, um por região.

§1º. Os representantes das organizações da sociedade civil de apoio aos indígenas terão mandato de 03 (três) anos, permitida uma recondução, e serão indicados através de eleição entre tais organizações, segundo normas previstas no Regimento Interno do Conselho Nacional de Educação Escolar Indígena.

§2º. O Conselho Nacional de Educação Escolar Indígena será prioritariamente presidido, alternadamente, por um representante indígena indicado entre seus componentes e um representante não-indígena, escolhido entre os representantes governamentais e da sociedade civil.

Art. 190. Os programas de educação escolar indígena terão os seguintes objetivos específicos:

I - assegurar às comunidades indígenas a utilização de suas línguas e processos próprios de aprendizagem;

II - valorizar a organização social das comunidades indígenas, seus costumes, línguas, crenças e tradições;

III - fortalecer as práticas socioculturais e desenvolver metodologias específicas do processo de ensino-aprendizagem da educação escolar indígena, especialmente na aprendizagem de primeiras e segundas línguas;

IV - manter programas de formação de recursos humanos especializados, possibilitando a condução pedagógica da educação escolar pelas próprias comunidades indígenas, preferencialmente através da formação de professores indígenas;

V - desenvolver currículos, programas e processos de avaliação de aprendizagem e materiais pedagógicos e calendários escolares diferenciados e adequados às diversas comunidades indígenas;

VI - publicar sistematicamente material didático em língua indígena e material bilíngüe, destinados à educação em cada comunidade indígena, visando à integração dos conteúdos curriculares;

VII - incluir os conteúdos científicos e culturais correspondentes a cada comunidade, buscando a valorização e fortalecimento do conhecimento tradicional das comunidades indígenas.

Art. 191. O cargo de professor indígena, destinado ao sistema de educação escolar indígena, será provido por concurso público específico.

Art. 192. O art. 9º da Lei nº 9.394, de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso X:

“Art. 9º - A União incumbir-se-á de:

.....

X – assegurar e oferecer educação básica e superior para os membros dos povos e comunidades indígenas”.

Art. 193. O art. 16 da Lei nº. 9.394, de 1996, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IV:

“Art. 16 - O sistema federal de ensino compreende:

.....

IV – o sistema nacional de educação escolar indígena e os estabelecimentos de educação escolar indígena mantidos pela União”.

Artigo 194. Cabe ao MEC convocar a realização de Conferência Nacional de Educação Escolar indígena a cada quatro anos.

Parágrafo Único. As Conferências Nacionais de Educação Escolar Indígena auxiliarão na definição das diretrizes para o desenvolvimento das políticas, programas e ações da educação escolar indígena.

TÍTULO VII – Das Culturas

Art. 195. As ações, projetos, programas e políticas para as culturas indígenas terão por princípios:

- I - A importância da cultura para a coesão social em geral;
- II - Os povos indígenas são iguais em direitos a todos os demais povos e, se reconhece, ao mesmo tempo, o direito de todos os povos a ser diferentes, a considerar-se a si mesmos diferentes e a ser respeitados como tais;
- III - Os povos indígenas têm o direito à prática e à reprodução de suas culturas tradicionais
- IV - A preservação das culturas indígenas é um elemento estratégico das políticas de desenvolvimento nacionais.

Art. 196. São objetivos das políticas culturais para os povos indígenas:

- I - Garantir a todos os povos indígenas o pleno exercício dos seus direitos culturais e perseverar para que, neste ato, estejam livres de toda forma de discriminação;
- II - Valorizar e fortalecer as identidades e as expressões culturais dos povos indígenas;
- III - Dar visibilidade às expressões culturais dos povos indígenas e contribuir para o reconhecimento de sua importância para a cultura brasileira;
- IV - Proteger os bens do patrimônio cultural material e imaterial que os indígenas, comunidades e povos reconhecem como parte integrante de sua cultura, que se transmite de geração em geração, e que são constantemente recriados em função de seu ambiente, de sua interação com a natureza e de sua história, gerando um sentimento de identidade, por meio de inventários, registros e salvaguarda, nos quais se incluem:
 - a) os modos de vida;
 - b) as representações simbólicas;
 - c) as obras, objetos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico- culturais, os sítios de valor histórico, paisagístico, arqueológico, paleontológico e ecológico;
 - d) as línguas, tradições e expressões orais;

- e) rituais e atos festivos, religiosos ou não;
- f) as criações científicas e tecnológicas;
- g) conhecimentos e práticas relacionados à natureza e ao universo;
- h) técnicas artesanais tradicionais;
- i) os esportes e jogos tradicionais;
- j) outras formas de expressão.

V - Valorizar as formas próprias de transmissão e revitalização das expressões culturais indígenas.

VI - Afirmar a importância das expressões culturais indígenas como fonte de diversidade cultural brasileira e referência para o desenvolvimento sustentável, considerando a profunda interdependência que existe entre o patrimônio cultural e o natural;

VII - Reconhecer que os processos de transformação social, se não respeitarem a dinâmica própria das comunidades e povos indígenas, podem gerar fenômenos de intolerância, graves riscos de deterioração, desaparecimento e destruição do patrimônio cultural indígena;

VIII - Reconhecer que a situação dos povos indígenas varia de região para região, e que o significado das particularidades regionais e a diversidade dos antecedentes históricos e culturais devem ser levados em consideração;

IX - Fortalecer a diversidade cultural indígena mediante a livre circulação, o intercâmbio e as trocas das culturas dos povos indígenas em âmbito regional, nacional e internacional;

X - Promover, periodicamente, campanhas de valorização das culturas dos povos indígenas nos meios de comunicação de massa;

XI - Garantir o acesso dos povos indígenas aos bens e serviços culturais disponíveis a todos os cidadãos brasileiros;

XII - Valorizar os museus etnográficos, os centros culturais e os espaços de memória indígena como instrumentos estratégicos para a preservação da diversidade cultural brasileira;

XIII - Divulgar episódios históricos de resistência dos povos indígenas frente a processos genocidas e predadores de sua cultura;

XIV - Criar mecanismos de pesquisa e documentação pelos povos indígenas sobre suas expressões culturais;

XV - Incentivar a realização de eventos voltados para as tradições de cada povo indígena;

XVI - Desenvolver medidas para a proteção, a preservação e a difusão dos acervos documentais referentes aos índigenas e à política indigenista brasileira;

XVII - Garantir acesso, pelos povos indígenas, aos conhecimentos e acervos produzidos sobre suas culturas;

XVIII - Apoiar a publicação de material gráfico e digital que sejam de interesse dos povos indígenas;

XIX - Formar pesquisadores indígenas para registro de suas tradições e manifestações culturais.

Art. 197. Cabe à União, Estados e Municípios respeitar, proteger e promover as culturas dos povos indígenas por meio de políticas públicas específicas, formuladas e implementadas sempre com a anuência e a participação dos povos indígenas;

Parágrafo Único. Cabe à União, Estados e Municípios garantir recursos orçamentários específicos para viabilizar a implementação de políticas culturais destinadas aos povos indígenas;

Art. 198. Os indígenas e seus povos têm o direito a não sofrer assimilação forçosa ou a destruição de sua cultura por parte da sociedade envolvente e a União estabelecerá mecanismos efetivos para a prevenção e o ressarcimento de toda forma de assimilação e de propaganda que tenha como finalidade promover ou incitar a discriminação étnica.

Art. 199. A União criará um fundo próprio e editais específicos para o financiamento de projetos e iniciativas voltados à valorização das expressões culturais indígenas.

Art. 200. A União proporcionará aos povos e comunidades indígenas a reparação dos bens culturais, intelectuais, religiosos e espirituais de que tenham sido privados sem seu consentimento livre e informação prévia, ou na violação de suas leis, tradições e costumes.

Art. 201. A União garantirá aos povos indígenas o direito de revitalizar, utilizar, fomentar e transmitir às gerações futuras suas histórias, idiomas, tradições orais, filosóficas,

sistemas de escrita e literatura, e de atribuir nomes às suas comunidades, lugares e pessoas, e mantê-los.

Art. 202. Os povos indígenas poderão estabelecer seus próprios meios de informação em suas próprias línguas e a acessar a todos os demais meios de informação não indígenas sem discriminação alguma.

Parágrafo Único. O Estado adotará medidas eficazes para assegurar que os meios de informação estatais reflitam devidamente a diversidade cultural indígena e, sem prejuízo da obrigação de assegurar plenamente a liberdade de expressão, deverá incentivar os meios de comunicação privados a refletir devidamente a diversidade cultural indígena e promover campanhas de valorização das expressões culturais indígenas.

Art. 203. O Estado deverá adotar medidas para proteger a diversidade das expressões culturais indígenas, especialmente nas situações em que possam estar ameaçadas de extinção ou de grave deterioração.

Art. 204. Cabe ao órgão indigenista federal a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem.

Parágrafo único. A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais indígenas.

Art. 205. A União adotará medidas de ordem jurídica, técnica, administrativa e financeira adequadas para assegurar o reconhecimento, o respeito e a valorização das culturas indígenas, em particular mediante:

I - a criação ou o fortalecimento de instituições de formação em gestão do patrimônio cultural indígena, bem como a transmissão desse patrimônio nos foros e lugares destinados à sua manifestação e expressão;

II - o acesso ao patrimônio cultural indígena, respeitando ao mesmo tempo os costumes que regem o acesso a determinados aspectos do referido patrimônio;

III - a criação de instituições de documentação sobre o patrimônio cultural indígena e facilitar o acesso a elas.

IV - programas educativos e de capacitação específicos no interior das comunidades e dos povos envolvidos;

V - atividades de fortalecimento de capacidades em matéria de salvaguarda do patrimônio cultural imaterial, e especialmente de gestão e de pesquisa científica; e

VI - meios não-formais de transmissão de conhecimento.

Art. 207. A União realizará atividades de formação continuada para os povos indígenas em relação ao acesso às informações e procedimentos para elaboração e gestão de projetos culturais.

TÍTULO VIII - Das Normas penais e processuais CAPÍTULO I - Dos princípios

Art. 208. Serão respeitadas as resoluções de conflitos das comunidades indígenas realizadas entre seus membros e de acordo com seus usos, costumes e tradições, inclusive se resultarem em sanções ou absolvições.

Art. 209. Aos juízes federais compete julgar a disputa sobre direitos indígenas, assim considerada, na esfera criminal, as ações em que o indígena figure como autor ou réu.

Art. Durante o procedimento criminal instaurado para apurar condutas praticadas pelo indígena, o juiz deverá considerar suas peculiaridades culturais e o respeito a seus usos e costumes.

§1º. As peculiaridades culturais do réu e a observância de seus usos e costumes deverão ser aferidas mediante a realização de perícia antropológica.

§2º. É direito do indígena ter a presença de representante do órgão indigenista federal, quando preso em flagrante, para a lavratura do auto respectivo, e nos demais casos, a sua comunicação expressa.

§3º. Recebida a denúncia, o juiz deverá determinar a realização da perícia antropológica.

Art. 210. Durante a realização de audiência, é direito do indígena ser assistido por intérprete quando não falar ou compreender plenamente a língua nacional oficial.

Parágrafo único. O interprete poderá ser indicado pelas partes ou nomeado pela autoridade judicial.

Art. 211. A ação penal, nos crimes praticados por indígenas contra indígenas, será pública condicionada a representação do ofendido.

Art. 213. O juiz poderá substituir a prisão preventiva pela prisão domiciliar quando o agente foi indígena.

Art. 214. O juiz, ao fixar a pena por infração cometida por indígena, além de observar o disposto no art. 68 do Decreto-lei, 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, deverá considerar a sanção aplicável pela comunidade indígena, podendo, inclusive, deixar de aplicar pena quando considerar que aquela foi suficiente para a reprovação do delito.

Art. 215. Condenado o indígena por infração penal o juiz considerará, na aplicação da pena, as peculiaridades culturais do réu e as circunstâncias do cometimento do crime.

§1º. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas sempre que possível, em regime aberto, na terra indígena ou no local de funcionamento da unidade administrativa do órgão indigenista federal mais próxima do domicílio do condenado.

§2º. Se o juiz fixar o regime inicial fechado, o indígena deverá cumprir a pena em estabelecimento distinto dos não-indígenas, em respeito aos seus usos e costumes.

§3º. O juiz deverá adequar a pena restritiva de direito aplicada ao indígena à sua realidade e à cultura de sua comunidade indígena.

Art. 216. É isento de pena o indígena que pratica o fato em função dos valores culturais de seu povo.

Art. 217. A Procuradoria Geral Federal prestará a assistência jurídica criminal ao indígena ou comunidades.

Art. 218. A Procuradoria Geral Federal criará câmara de coordenação e especialização da matéria indígena, de modo a formar e manter em seus quadros Procuradores Federais especialistas no assunto.

Parágrafo Único: A câmara de coordenação de que trata o caput poderá convidar advogados indígenas ou especialistas para acompanhar os seus trabalhos.

Art. 219. Aplicam-se os prazos em dobro para recorrer e em quádruplo para contestar, nas ações cíveis, e em dobro, para todos os atos, nas ações penais, quando envolverem interesses indígenas, individual ou coletivo, sejam os indígenas defendidos por advogado público ou constituído.

Parágrafo Único. Será pessoal a intimação nas ações a que se refere o caput.

CAPÍTULO III – Dos crimes contra os indígenas

Art. 220. Matar membros de um mesmo grupo indígena, provocando o extermínio total ou parcial ou pondo em risco a existência do grupo:

Pena - reclusão, de vinte a trinta anos. Parágrafo Único. Se o crime é culposo: Pena - detenção, de três a doze anos.

Art. 221. Ofender a integridade corporal ou a saúde de membros de um mesmo grupo indígena, provocando o extermínio total ou parcial ou pondo em risco a existência do grupo:

Pena - reclusão, de três a doze anos.

§1º. Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de dois a oito anos.

§2º. Nas mesmas penas incorre aquele que:

- I - submete ilicitamente o grupo a localização forçada ou a condições de existência capazes de ocasionar o seu extermínio local ou parcial;
- II - adota medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;
- III - efetua a transferência ilícita de membros do grupo para qualquer outro.

Art. 222. Proceder à remoção forçada de comunidade indígena de suas terras, ou à assimilação forçada de usos, costumes e tradições de outra sociedade distinta:

Pena - reclusão de dez a vinte anos.

Art. 223. Utilizar o indígena ou comunidade indígena, sem o seu consentimento expresso, com o objetivo de propaganda turística ou de exibição para fins promocionais ou lucrativos:

Pena - detenção de um a três meses e multa, igual a pelo menos o dobro da vantagem econômica auferida pelo agente ou a no mínimo 25 (vinte e cinco) dias-multa.

§1º. Se o consentimento é extraído por meio ardiloso ou fraudulento, a pena será agravada de dois terços.

§2º. Se da utilização resultar dano moral.

Pena - detenção de três a seis meses e multa, acrescida de um terço.

Art. 224. Fazer uso, comercial ou industrial, de recursos genéticos ou biológicos existentes nas terras indígenas para o desenvolvimento de processos ou produtos biotecnológicos, sem o prévio consentimento, por escrito, da comunidade ou sociedade indígena que tenha a sua posse permanente:

Pena - multa igual a pelo menos o dobro da vantagem econômica auferida pelo agente ou a no mínimo 25 (vinte e cinco) dias-multa.

Art. 225. Apropriar-se ou fazer uso, comercial ou industrial, direta ou indiretamente, de conhecimentos tradicionais indígenas, patenteáveis ou não, sem o prévio consentimento, por escrito, da comunidade ou sociedade indígena que tenha a sua posse permanente:

Pena - multa igual a pelo menos o dobro da vantagem econômica auferida pelo agente ou a no mínimo 25 (vinte e cinco) dias-multa.

Art. 226. Proporcionar, mediante fraude ou ardil, a aquisição, o uso e a disseminação de bebidas alcoólicas entre membros da comunidade indígena:

Pena - detenção de seis meses a dois anos, e multa de no mínimo 25 (vinte e cinco) dias-multa.

Art. 227. Escarnecer de cerimônia, rito, uso, costume ou tradições culturais indígenas, vilipendiá-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática:

Pena - detenção de dois a seis meses e multa de no mínimo 25 (vinte e cinco) dias-multa.

Art. 228. Ingressar em terras indígenas cujos limites tenham sido declarados, sem a devida autorização:

Pena - detenção, de seis meses a um ano e multa, correspondente a 25 (vinte e cinco) dias-multa.

Art. 229. As penas estatuídas neste Capítulo serão agravadas de um terço, quando o crime for praticado por servidor do órgão indigenista federal.

Art. 230. A prática de ato de discriminação ou preconceito contra indígenas constitui crime de racismo, inafiançável e imprescritível, sujeito às penas previstas na Lei nº. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, com as alterações introduzidas pela Lei nº. 8.081, de 21 de setembro de 1990.

Art. 231. O não cumprimento do art. 48 desta Lei constitui crime, sujeitando-se o infrator às penas do art. 320 do Código Penal.

Art. 232. Na estipulação das multas o juiz considerará a capacidade econômica.

ANEXO III - Declaração sobre os direitos dos povos indígenas

ANEXO IV - Convenção n° 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais

A Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho,
Convocada em Genebra pelo Conselho Administrativo da Repartição Internacional do Trabalho e tendo ali se reunido
a 7 de junho de 1989, em sua septuagésima sexta sessão;
Observando as normas internacionais enunciadas na Convenção e na Recomendação sobre populações indígenas e tribais, 1957;
Lembrando os termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e dos numerosos instrumentos internacionais sobre a prevenção da discriminação;
Considerando que a evolução do direito internacional desde 1957 e as mudanças sobrevindas na situação dos povos indígenas e tribais em todas as regiões do mundo fazem com que seja aconselhável adotar novas normas internacionais nesse assunto, a fim de se eliminar a orientação para a assimilação das normas anteriores;
Reconhecendo as aspirações desses povos a assumir 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;
Observando que em diversas partes do mundo esses povos não podem gozar dos direitos humanos fundamentais no mesmo grau que o restante da população dos Estados onde moram e que suas leis, valores, costumes e perspectivas têm sofrido erosão freqüentemente;
Lembrando a particular contribuição dos povos indígenas e tribais à diversidade cultural, à harmonia social e ecológica da humanidade e à cooperação e compreensão internacionais;

Observando que as disposições a seguir foram estabelecidas com a colaboração das Nações Unidas, da Organização das Nações Unidas para a Agricultura e a Alimentação, da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura e da Organização Mundial da Saúde, bem como do Instituto Indigenista Interamericano, nos níveis apropriados e nas suas respectivas esferas, e que existe o propósito de continuar essa colaboração a fim de promover e assegurar a aplicação destas disposições;

Após ter decidido adotar diversas propostas sobre a revisão parcial da Convenção sobre populações Indígenas e Tribais, 1957 (n.o 107), o assunto que constitui o quarto item da agenda da sessão, e Após ter decidido que essas propostas deveriam tomar a forma de uma Convenção Internacional que revise a Convenção Sobre Populações Indígenas e Tribais, 1957, adota, neste vigésimo sétimo dia de junho de mil novecentos e oitenta e nove, a seguinte Convenção, que será denominada Convenção Sobre os Povos Indígenas e Tribais, 1989:

PARTE I- POLÍTICA GERAL

Artigo 1 °

1. A presente convenção aplica-se:

- a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial;
- b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para

determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

3. A utilização do termo "povos" na presente Convenção não deverá ser interpretada no sentido de ter implicação

alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional.

Artigo 2º

1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

2. Essa ação deverá incluir medidas:

a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a

legislação nacional outorga aos demais membros da população;

b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua

identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;

c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio - econômicas que possam existir

entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas

aspirações e formas de vida.

Artigo 3º

1. Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem

obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e

mulheres desses povos.

2. Não deverá ser empregada nenhuma forma de força ou de coerção que viole os direitos humanos e as liberdades

fundamentais dos povos interessados, inclusive os direitos contidos na presente Convenção.

Artigo 4º

1. Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados.
2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados.
3. O gozo sem discriminação dos direitos gerais da cidadania não deverá sofrer nenhuma deterioração como consequência dessas medidas especiais.

Artigo 5º

Ao se aplicar as disposições da presente Convenção:

- a) deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente;
- b) deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos;
- c) deverão ser adotadas, com a participação e cooperação dos povos interessados, medidas voltadas a aliviar as dificuldades que esses povos experimentam ao enfrentarem novas condições de vida e de trabalho.

Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:
 - a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;
 - b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou

organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Artigo 7º

I. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

2. A melhoria das condições de vida e de trabalho e do nível de saúde e educação dos povos interessados, com a sua participação e cooperação, deverá ser prioritária nos planos de desenvolvimento econômico global das regiões onde eles moram. Os projetos especiais de desenvolvimento para essas regiões também deverão ser elaborados de forma a promoverem essa melhoria.

3. Os governos deverão zelar para que, sempre que for possível, sejam efetuados estudos junto aos povos interessados com o objetivo de se avaliar a incidência social, espiritual e cultural e sobre o meio ambiente que as atividades de desenvolvimento, previstas, possam ter sobre esses povos. Os resultados desses estudos deverão ser considerados como critérios fundamentais para a execução das atividades mencionadas.

4. Os governos deverão adotar medidas em cooperação com os povos interessados para proteger e preservar o meio ambiente dos territórios que eles habitam.

Artigo 8º

I. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes

ou seu direito consuetudinário.

2. Esses 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. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se

solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

3. A aplicação dos parágrafos I e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos

reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes.

Artigo 90

I. Na medida em que isso for compatível com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos

internacionalmente reconhecidos, deverão ser respeitados os métodos aos quais os povos interessados recorrem

tradicionalmente para a repressão dos delitos cometidos pelos seus membros.

2. As autoridades e os tribunais solicitados para se pronunciarem sobre questões penais deverão levar em conta os

costumes dos povos mencionados a respeito do assunto.

Artigo 10

1. Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser

levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais.

2. Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento.

Artigo 11

A lei deverá proibir a imposição, a membros dos povos interessados, de serviços pessoais obrigatórios de qualquer

natureza, remunerados ou não, exceto nos casos previstos pela lei para todos os cidadãos.

Artigo 12

Os povos interessados deverão ter proteção contra a violação de seus direitos, e poder iniciar

procedimentos legais, seja pessoalmente, seja mediante os seus organismos representativos, para

assegurar o respeito efetivo desses direitos. Deverão ser adotadas medidas para garantir que os membros

desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais, facilitando para

eles, se for necessário, intérpretes ou outros meios eficazes.

PARTE 11 – TERRAS

Artigo 13

1. Ao aplicarem as disposições desta parte da Convenção, os governos deverão respeitar a importância especial que

para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com

ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos

dessa relação.

2. A utilização do termo "terras" nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade

do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

Artigo 14

1. Dever-se-á reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que

tradicionalmente ocupam. Além disso, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o

direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais,

tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência.

Nesse particular, deverá ser

dada especial atenção à situação dos povos nômades e dos agricultores itinerantes.

2. Os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse.

3. Deverão ser instituídos procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

Artigo 15

1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.

2. Em caso de pertencer ao Estado a propriedade dos minérios ou dos recursos do subsolo, ou de ter direitos sobre outros recursos, existentes na terras, os governos deverão estabelecer ou manter procedimentos com vistas a consultar os povos interessados, a fim de se determinar se os interesses desses povos seriam prejudicados, e em que medida, antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos existentes nas suas terras. Os povos interessados deverão participar sempre que for possível dos benefícios que essas atividades produzam, e receber indenização equitativa por qualquer dano que possam sofrer como resultado dessas atividades.

Artigo 16

1. Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser transladados das terras que ocupam.

2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados 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.

3. Sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento.

4. Quando o retomo não for possível, conforme for determinado por acordo ou, na ausência de tais acordos, mediante procedimento adequado, esses povos deverão receber, em todos os casos em que for possível, terras cuja qualidade e cujo estatuto jurídico sejam pelo menos iguais aqueles das terras que ocupavam anteriormente, e que lhes permitam cobrir suas necessidades e garantir seu desenvolvimento futuro. Quando os povos interessados preferirem receber indenização em dinheiro ou em bens, essa indenização deverá ser concedida com as garantias apropriadas.

5. Deverão ser indenizadas plenamente as pessoas trasladadas e reassentadas por qualquer perda ou dano que tenham sofrido como consequência do seu deslocamento.

Artigo 17

1. Deverão ser respeitadas as modalidades de transmissão dos direitos sobre a terra entre os membros dos povos interessados estabelecidas por esses povos.

2. Os povos interessados deverão ser consultados sempre que for considerada sua capacidade para alienarem suas terras ou transmitirem de outra forma os seus direitos sobre essas terras para fora de sua comunidade.

3. Dever-se-á impedir que pessoas alheias a esses povos possam se aproveitar dos costumes dos mesmos ou do desconhecimento das leis por parte dos seus membros para se arrogarem a propriedade, a posse ou o uso das terras a

eles pertencentes.

Artigo 18

A lei deverá prever sanções apropriadas contra toda intrusão não autorizada nas terras dos povos interessados ou contra todo uso não autorizado das mesmas por pessoas alheias a eles, e os governos deverão adotar medidas para impedirem tais infrações.

Artigo 19

Os programas agrários nacionais deverão garantir aos povos interessados condições equivalentes às desfrutadas por outros setores da população, para fins de:

- a) a alocação de terras para esses povos quando as terras das que dispunham sejam insuficientes para lhes garantir os elementos de uma existência normal ou para enfrentarem o seu possível crescimento numérico;
- b) a concessão dos meios necessários para o desenvolvimento das terras que esses povos já possuam.

PARTE III - CONTRATAÇÃO E CONDIÇÕES DE EMPREGO

Artigo 20

1. Os governos deverão adotar, no âmbito da legislação nacional e em cooperação com os povos interessados, medidas especiais para garantir aos trabalhadores pertencentes a esses povos uma proteção eficaz em matéria de contratação e condições de emprego, na medida em que não estejam protegidas eficazmente pela legislação aplicável aos trabalhadores em geral.
2. Os governos deverão fazer o que estiver ao seu alcance para evitar qualquer discriminação entre os trabalhadores pertencentes ao povos interessados e os demais trabalhadores, especialmente quanto a:
 - a) acesso ao emprego, inclusive aos empregos qualificados e às medidas de promoção e ascensão;
 - b) remuneração igual por trabalho de igual valor;
 - c) assistência médica e social, segurança e higiene no trabalho, todos os benefícios da seguridade social e demais

benefícios derivados do emprego, bem como a habitação;

d) direito de associação, direito a se dedicar livremente a todas as atividades sindicais para fins lícitos, e direito a celebrar convênios coletivos com empregadores ou com organizações patronais.

3. As medidas adotadas deverão garantir, particularmente, que:

a) os trabalhadores pertencentes aos povos interessados, inclusive os trabalhadores sazonais, eventuais e migrantes

empregados na agricultura ou em outras atividades, bem como os empregados por empreiteiros de mão-de-obra,

gozem da proteção conferida pela legislação e a prática nacionais a outros trabalhadores dessas categorias nos

mesmos setores, e sejam plenamente informados dos seus direitos de acordo com a legislação trabalhista e dos

recursos de que dispõem;

b) os trabalhadores pertencentes a esses povos não estejam submetidos a condições de trabalho perigosas para sua

saúde, em particular como consequência de sua exposição a pesticidas ou a outras substâncias tóxicas;

c) os trabalhadores pertencentes a esses povos não sejam submetidos a sistemas de contratação coercitivos,

incluindo-se todas as formas de servidão por dívidas;

d) os trabalhadores pertencentes a esses povos gozem da igualdade de oportunidade e de tratamento para homens e

mulheres no emprego e de proteção contra o acossamento sexual.

4. Dever-se-á dar especial atenção à criação de serviços adequados de inspeção do trabalho nas regiões

donde trabalhadores pertencentes aos povos interessados exerçam atividades assalariadas, a fim de

garantir o cumprimento das disposições desta parte da presente Convenção.

INDÚSTRIAS RURAIS

Artigo 21

Os membros dos povos interessados deverão poder dispor de meios de formação profissional pelo menos iguais

àqueles dos demais cidadãos.

Artigo 22

1. Deverão ser adotadas medidas para promover a participação voluntária de membros dos povos interessados em programas de formação profissional de aplicação geral.

2. Quando os programas de formação profissional de aplicação geral existentes não atendam as necessidades especiais dos povos interessados, os governos deverão assegurar, com a participação desses povos, que sejam colocados à disposição dos mesmos programas e meios especiais de formação.

3. Esses programas especiais de formação deverão estar baseado no entorno econômico, nas condições sociais e culturais e nas necessidades concretas dos povos interessados. Todo levantamento neste particular deverá ser realizado em cooperação com esses povos, os quais deverão ser consultados sobre a organização e o funcionamento de tais programas. Quando for possível, esses povos deverão assumir progressivamente a responsabilidade pela organização e o funcionamento de tais programas especiais de formação, se assim decidirem.

Artigo 23

1. O artesanato, as indústrias rurais e comunitárias e as atividades tradicionais e relacionadas com a economia de subsistência dos povos interessados, tais como a caça, a pesca com armadilhas e a colheita, deverão ser reconhecidas como fatores importantes da manutenção de sua cultura e da sua auto suficiência e desenvolvimento econômico. Com a participação desses povos, e sempre que for adequado, os governos deverão zelar para que sejam fortalecidas e fomentadas essas atividades.

2. A pedido dos povos interessados, deverá facilitar-se aos mesmos, quando for possível, assistência técnica e financeira apropriada que leve em conta as técnicas tradicionais e as características culturais desses povos e a importância do desenvolvimento sustentado e equitativo.

PARTE V - SEGURIDADE SOCIAL E SAÚDE

Artigo 24

Os regimes de seguridade social deverão ser estendidos progressivamente aos povos interessados e aplicados aos mesmos sem discriminação alguma.

Artigo 25

1. Os governos deverão zelar para que sejam colocados à disposição dos povos interessados serviços de saúde adequados ou proporcionar a esses povos os meios que lhes permitam organizar e prestar tais serviços sob a sua própria responsabilidade e controle, a fim de que possam gozar do nível máximo possível de saúde física e mental.

2. Os serviços de saúde deverão ser organizados, na medida do possível, em nível comunitário. Esses serviços deverão ser planejados e administrados em cooperação com os povos interessados e levar em conta as suas condições econômicas, geográficas, sociais e culturais, bem como os seus métodos de prevenção, práticas curativas e medicamentos tradicionais.

3. O sistema de assistência sanitária deverá dar preferência à formação e ao emprego de pessoal sanitário da comunidade local e se centrar no atendimento primário à saúde, mantendo ao mesmo tempo estreitos vínculos com os demais níveis de assistência sanitária.

4. A prestação desses serviços de saúde deverá ser coordenada com as demais medidas econômicas e culturais que sejam adotadas no país.

PARTE VI - EDUCAÇÃO E MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Artigo 26

Deverão ser adotadas medidas para garantir aos membros dos povos interessados a possibilidade de adquirirem educação em todos os níveis, pelo menos em condições de igualdade com o restante da comunidade nacional.

Artigo 27

1. Os programas e os serviços de educação destinados aos povos interessados deverão ser desenvolvidos e aplicados em cooperação com eles a fim de responder às suas necessidades particulares, e deverão abranger a sua história, seus conhecimentos e técnicas, seus sistemas de valores e todas suas demais aspirações sociais, econômicas e culturais.
2. A autoridade competente deverá assegurar a formação de membros destes povos e a sua participação na formulação e execução de programas de educação, com vistas a transferir progressivamente para esses povos a responsabilidade de realização desses programas, quando for adequado.
3. Além disso, os governos deverão reconhecer o direito desses povos de criarem suas próprias instituições e meios de educação, desde que tais instituições satisfaçam as normas mínimas estabelecidas pela autoridade competente em consulta com esses povos. Deverão ser facilitados para eles recursos apropriados para essa finalidade.

Artigo 28

1. Sempre que for viável, dever-se-á ensinar às crianças dos povos interessados a ler e escrever na sua própria língua indígena ou na língua mais comumente falada no grupo a que pertençam. Quando isso não for viável, as autoridades competentes deverão efetuar consultas com esses povos com vistas a se adotar medidas que permitam atingir esse objetivo.
2. Deverão ser adotadas medidas adequadas para assegurar que esses povos tenham a oportunidade de chegarem a dominar a língua nacional ou uma das línguas oficiais do país.
3. Deverão ser adotadas disposições para se preservar as línguas indígenas dos povos interessados e promover o desenvolvimento e prática das mesmas.

Artigo 29

Um objetivo da educação das crianças dos povos interessados deverá ser o de lhes ministrar conhecimentos gerais e

aptidões que lhes permitam participar plenamente e em condições de igualdade na vida de sua própria comunidade e na da comunidade nacional.

Artigo 30

1. Os governos deverão adotar medidas de acordo com as tradições e culturas dos povos interessados, a fim de lhes dar a conhecer seus direitos e obrigações especialmente no referente ao trabalho e às possibilidades econômicas, às questões de educação e saúde, aos serviços sociais e aos direitos derivados da presente Convenção.

2. Para esse fim, dever-se-á recorrer, se for necessário, a traduções escritas e à utilização dos meios de comunicação de massa nas línguas desses povos.

Artigo 31

Deverão ser adotadas medidas de caráter educativo em todos os setores da comunidade nacional, e especialmente naqueles que estejam em contato mais direto com os povos interessados, com o objetivo de se eliminar os preconceitos que poderiam ter com relação a esses povos. Para esse fim, deverão ser realizados esforços para assegurar que os livros de História e demais materiais didáticos ofereçam uma descrição equitativa, exata e instrutiva das sociedades e culturas dos povos interessados.

PARTE VII - CONTATOS E COOPERAÇÃO A TRAVÉS DAS FRONTEIRAS

Artigo 32

Os governos deverão adotar medidas apropriadas, inclusive mediante acordos internacionais, para facilitar os contatos e a cooperação entre povos indígenas e tribais através das fronteiras, inclusive as atividades nas áreas econômica, social, cultural, espiritual e do meio ambiente.

PARTE VIII- ADMINISTRAÇÃO

Artigo 33

1. A autoridade governamental responsável pelas questões que a presente Convenção abrange deverá se assegurar de

que existem instituições ou outros mecanismos apropriados para administrar os programas que afetam os povos interessados, e de que tais instituições ou mecanismos dispõem dos meios necessários para o pleno desempenho de suas funções.

2. Tais programas deverão incluir:

a) o planejamento, coordenação, execução e avaliação, em cooperação com os povos interessados, das medidas

previstas na presente Convenção;

b) a proposta de medidas legislativas e de outra natureza às autoridades competentes e o controle da

aplicação das medidas adotadas em cooperação com os povos interessados.

PARTE IX - DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 34

A natureza e o alcance das medidas que sejam adotadas para por em efeito a presente Convenção

deverão ser determinadas com flexibilidade, levando em conta as condições próprias de cada país.

Artigo 35

A aplicação das disposições da presente Convenção não deverá prejudicar os direitos e as vantagens garantidos aos

povos interessados em virtude de outras convenções e recomendações, instrumentos internacionais, tratados, ou leis,

laudos, costumes ou acordos nacionais.

PARTE X - DISPOSIÇÕES FINAIS

Artigo 36

Esta Convenção revisa a Convenção Sobre Populações Indígenas e Tribais, 1957.

Artigo 37

As ratificações formais da presente Convenção serão transmitidas ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do

Trabalho e por ele registradas.

Artigo 38

1. A presente Convenção somente vinculará os Membros da Organização Internacional do Trabalho cujas ratificações

tenham sido registradas pelo Diretor-Geral.

2. Esta Convenção entrará em vigor doze meses após o registro das ratificações de dois Membros por parte do Diretor-Geral.

3. Posteriormente, esta Convenção entrará em vigor, para cada Membro, doze meses após o registro da sua ratificação.

Artigo 39

1. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção poderá denunciá-la após a expiração de um período de dez anos contados da entrada em vigor mediante ato comunicado ao Diretor- Geral da Repartição Internacional do Trabalho e por ele registrado. A denúncia só surtirá efeito um ano após o registro.

2. Todo Membro que tenha ratificado a presente Convenção e não fizer uso da faculdade de denúncia prevista pelo parágrafo precedente dentro do prazo de um ano após a expiração do período de dez anos previsto pelo presente

Artigo, ficará obrigado por um novo período de dez anos e, posteriormente, poderá denunciar a presente Convenção ao expirar cada período de dez anos, nas condições previstas no presente Artigo.

Artigo 40

1. O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho notificará a todos os Membros da Organização Internacional do Trabalho o registro de todas as ratificações, declarações e denúncias que lhe sejam comunicadas pelos Membros da Organização.

2. Ao notificar aos Membros da Organização o registro da segunda ratificação que lhe tenha sido comunicada, o Diretor-Geral chamará atenção dos Membros da Organização para a data de entrada em vigor da presente Convenção.

Artigo 41

O Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho comunicará ao Secretário - Geral das Nações Unidas, para fins de registro, conforme o Artigo 102 da Carta das Nações Unidas, as informações completas referentes a quaisquer

ratificações, declarações e atos de denúncia que tenha registrado de acordo com os Artigos anteriores.

Artigo 42

Sempre que julgar necessário, o Conselho de Administração da Repartição Internacional do Trabalho deverá apresentar à Conferência Geral um relatório sobre a aplicação da presente Convenção e decidirá sobre a oportunidade de inscrever na agenda da Conferência a questão de sua revisão total ou parcial.

Artigo 43

1. Se a Conferência adotar uma nova Convenção que revise total ou parcialmente a presente Convenção, e a menos

que a nova Convenção disponha contrariamente:

a) a ratificação, por um Membro, da nova Convenção revista implicará de pleno direito, não obstante o disposto pelo

Artigo 39, supra, a denúncia imediata da presente Convenção, desde que a nova Convenção revista tenha entrado em vigor;

b) a partir da entrada em vigor da Convenção revista, a presente Convenção deixará de estar aberta à ratificação dos Membros.

2. A presente Convenção continuará em vigor, em qualquer caso em sua forma e teor atuais, para os Membros que a tiverem ratificado e que não ratificarem a Convenção revista.

Artigo 44

As versões inglesa e francesa do texto da presente Convenção são igualmente autênticas.

ANEXO V - ROTEIRO PARA ENTREVISTA INDIVIDUAL SEMIESTRUTURADA

I – Tema: Histórico e informações acerca da proposta do estatuto dos povos indígenas no CNPI

II – Questões que guiarão a pesquisa: Qual a sua participação no projeto? Como foi o processo de elaboração da proposta da CNPI? Houve participação dos indígenas e de suas lideranças no processo? Qual o andamento atual do projeto? Você vislumbra a possibilidade de que a legislação indigenista seja reformada nos moldes apresentados?

Local:

Data:

Ponto focal:

Telefones e emails:

ANEXO VI - ENTREVISTA INDIVIDUAL SEMIESTRUTURADA

I – Tema: Histórico e informações acerca da proposta do estatuto dos povos indígenas no CNPI

II – Questões que guiarão a pesquisa: Qual a sua participação no projeto? Como foi o processo de elaboração da proposta da CNPI? Houve participação dos indígenas e de suas lideranças no processo? Qual o andamento atual do projeto? Você vislumbra a possibilidade de que a legislação indigenista seja reforma nos moldes apresentados?

Meu nome é Teresinha Gasparin Maglia, eu atuo na questão indígena há 34 anos, 14 dos quais eu trabalhei como voluntária na retomada das terras indígenas do Rio Grande do Sul. Que houve um certo tempo do Governo do Estado, na época do Avô do Nelson Jobim e depois continuou com o Brizola, onde foram tomadas as terras indígenas dos índios e vendidas a agricultores.

Quando a gente, lá atrás há 34 anos a gente começou a entender que as terras era dos indígenas e começamos a trabalhar como voluntários na retomada, organizando documentação.

Organizando o histórico deles, para que eles retomassem suas terras. Depois trabalhei no governo do Olívio Dutra, na organização, com os trabalhos indígenas do Rio Grande do Sul a pedido dos próprios indígenas. Depois vim para Brasília e trabalhei na assessoria do ministro da justiça durante 13 anos, até março do ano passado (2017) quando eu fui exonerada na troca de governo quando entrou o atual presidente.

A partir daí eu continuei aqui no MEC (Ministério da Educação) trabalhando mais especificamente na organização da conferência nacional de educação escolar indígena.

A CNPI (Comissão Nacional de Políticas Indigenistas) assim que a gente entrou no governo em 2003, a gente começou a organizar os indígenas aqui em Brasília para que fosse criado um conselho, mas era um dos únicos segmentos que não tinha conselho nacional. Com o pessoal da APIB, que na época não era Apib, mas hoje seria Apib. A gente chegou a conclusão que para a gente criar um projeto de lei para criar o conselho demoraria muito tempo.

Porque eles não queriam que fosse consultivo, queriam que fosse deliberativo. Para não aguardar um tempão, até que passasse pelo congresso. Por projeto de lei e não por decreto, enquanto se aguardava a criação por projeto de lei. Se decidiu que então juntamente com

os indígenas e o executivo da época de criar uma comissão nacional. Que leva o mesmo nome, a CNPI era a comissão nacional. O CNPI (Conselho Nacional de Políticas Indigenistas) é porque em 2015 foi criado o conselho.

A CNPI a comissão nacional foi criada para durar muito pouco tempo, ou seja, um ano dois anos no máximo. Enquanto tramitasse o projeto de lei na câmara, no entanto, como no congresso não foi para frente, a CNPI continuou atuando de 2007 até 2015, quando a Presidenta Dilma assinou o Conselho por Decreto, uma vez que Congresso não fez nada, não votou, não se mexeu e nunca foi para votação.

Mas nesse período da comissão nacional, da CNPI, a composição da CNPI eram 12 órgãos de governo do executivo e 24 indígenas. Conseguia abranger quase todo o território nacional, não dá um por estado, que seriam 27. A gente fez a divisão, sempre tudo foi discutido com os indígenas, nunca foi tomada uma decisão de governo, sempre tomada com eles. Dividia-se em regiões.

E eles escolheram, fizeram suas assembleias e escolheram quem eram os representantes deles que viriam, era paritária. 12 do governo e 24 indígenas. Tínhamos desde a CNPI, como convidados permanentes, os ministérios públicos federais e a AGU (Advocacia Geral da União). Era só esses dois, hoje tem a defensoria.

Em 2008, logo se discutiu que o Estatuto de 1973, ele não convém mais com a realidade e ele precisava ser reformulado, no entanto o que está na câmara para ser votado, o Estatuto do Índio, ele já foi, já passou na comissão especial e só falta o plenário. Não é que a CNPI tenha feito um novo projeto de lei, porque não cabe mais projeto de lei, porque ele já foi votado na comissão especial. O que cabem são emendas de plenário, se ele fosse a plenário.

A gente fez seminários por todo o Brasil, reunindo a média de 150 a 200/300 pessoas. Dez seminários pelo país aonde a gente foi ouvir na base o que é eles queriam desse projeto. O que eles queriam que constasse nesse estatuto. Alterou-se o nome de estatuto do índio para estatuto dos povos indígenas. O do congresso, que é o Pizzato, é estatuto do índio. E os próprios indígenas pediram que fosse estatuto dos povos indígenas.

A gente fez os 10 seminários pelo país todo, juntando todas as opiniões e todo o pessoal que participou. Foi maciço, muita gente que participou, desde lideranças, idosos e jovens. Além dos indígenas que possuem nível superior.

Depois disso tivemos três reuniões da comissão nacional, até que fechou o estatuto. E a gente conseguiu fechar depois de uma semana fechado lá em Alexânia. Todo mundo só trabalhando em cima disso, conseguimos fechar o documento para ser encaminhado para

a câmara. Aí, a gente se deparou que não dava para ter um novo projeto de lei e que necessitava ser emenda de plenário.

O então ministro da época, foi ao congresso com o pessoal, o ministro foi lá conversar com os congressistas. Voltando até a CNPI, os indígenas decidiram que não poderia ser só o executivo. Deveria ser o executivo, com os indígenas e a CNPI.

Então se montou uma visita oficial a câmara, aonde foi o ministro presidente da CNPI e a representação indígena, onde entregaram na mão do então presidente da câmara. Para ser protocolado, para nossa surpresa, até hoje não foi protocolado, não se tem notícia do encaminhamento interno.

Quando foi criado o conselho se tentou mexer novamente, mas o conselho só teve uma reunião, ele foi criado no final de 2015, em março de 2016 foi a primeira reunião e logo após teve o impeachment e não ocorreram outras reuniões.

Local: Brasília

Data: 30 de abril de 2018

Ponto focal: Estatuto dos Povos Indígenas

Telefones e e-mails: tere.maglia@gmail.com