



OS POVOS INDÍGENAS NO BRASIL: A NECESSIDADE DE AÇÕES AFIRMATIVAS E A VIABILIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM FACE DA CONVENÇÃO N. 169 DA OIT

THE INDIGENOUS PEOPLES IN BRAZIL: THE NEED FOR AFFIRMATIVE ACTIONS AND THE VIABILITY OF PUBLIC POLICIES IN CONTEXT OF OIT CONVENTION No. 169

André Martini¹

Eduardo Biacchi Gomes²

RESUMO

O presente artigo apresenta a aplicabilidade das ações afirmativas em prol dos indígenas, como promotora dos direitos humanos, tal como estabelece a Convenção n. 169 da OIT. Contudo, discorreremos sobre questões que dificultam a criação de políticas públicas dessa natureza, buscando contrastá-las com os valores ocidentais do Estado, os quais, nesse aspecto, deram origem ao que hoje chamamos de discriminação. Portanto, utilizaremos método bibliográfico, buscando na doutrina de Claudio Valentim Cristiani, Carlos Frederico Mares de Sousa e demais autores entendimentos acerca dos valores sociais à época da colonização do Brasil. A partir da compreensão destes, verificaremos o perfil atual do Estado brasileiro, problematizando o aspecto da Constituição Federal e dos valores políticos e sociais que vigoram no país. Em seguida, abordaremos os dispositivos normativos vinculados à questão indígena, principalmente a Convenção n. 169 da OIT, orientando-nos por autores como Flávia Piovesan e Benedict Kingsbury, para enfim demonstrar a necessidade de ações afirmativas, bem como a viabilidade para a efetivação de políticas públicas, através de uma transformação social apoiada pelo caráter pluralista do Estado, demonstrado na compreensão de Antonio Carlos Wolkmer, Fernando Antonio de Carvalho Dantas e outros. Por fim, espera-se que, a partir deste estudo, seja possível compreender fatores que determinam a estrutura da sociedade, donde subjaz a discriminação contra os indígenas, assim como, a necessidade de ações que visem estabelecer um processo de igualdade, sobretudo no sentido de dinamizar as relações com estes povos a partir da participação social e, ao mesmo tempo, cultivar a preservação de sua diversidade.

Palavras-chave: Direitos humanos. Ações afirmativas. Povos indígenas.

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Internacional - UNINTER. E-mail: <mart.andre@hotmail.com>.

² Doutor em Direito. Professor Orientador. E-mail: <eduardobiacchigomes@gmail.com>.

ABSTRACT

This article presents the applicability of affirmative actions for the benefit of indigenous people, as a promoter of human rights, as it establishes to Convention n. 169 of the ILO. However, we will discuss issues that make it difficult to create public policies of this nature, seeking to contrast them with the Western values of the state, which, in this regard, gave rise to what we now call discrimination. Therefore, we will use bibliographical method, searching in the doctrine of Claudio Valentim Cristiani, Carlos Frederico Mares de Sousa and other authors understandings about the social values at the time of the colonization of Brazil. From the understanding of these, we will verify the current profile of the Brazilian State, problematizing the aspect of the Federal Constitution and the political and social values that prevail in the country. Next, we will deal with the normative mechanisms related to the indigenous question, especially Convention n. 169, guided by authors such as Flávia Piovesan and Benedict Kingsbury, in order to demonstrate the need for affirmative action, as well as the feasibility of public policies, through a social transformation supported by the pluralistic character of the State, demonstrated in the Antonio Carlos Wolkmer, Fernando Antonio de Carvalho Dantas and others. Finally, it is expected that, from this study, it will be possible to understand factors that determine the structure of society, which underlies discrimination against indigenous people, as well as the need for actions aimed at establishing a process of equality, especially in the sense To dynamize the relations with these peoples from the social participation and, at the same time, to cultivate the preservation of their diversity.

Keywords: Human rights. Affirmative actions. Indian people.

“Enquanto o Brasil real não assumir, com a devida lucidez e honestidade, sua trajetória indígena e indigenista-antindígena secularmente, na política oficial - este país, pluricultural, pluriétnico, plurinacional, não estará em paz com sua consciência, ignorará sua identidade e carregará a maldição de ser - oficialmente - etnocida, genocida, suicida.”

Dom Pedro Casaldáliga

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como escopo a elucidação sobre os direitos humanos em relação aos indígenas e sua aplicabilidade por meio de ações afirmativas. Nesse sentido, o trabalho se apoiará na Convenção n. 169 da OIT, principalmente no que se refere à proibição de discriminação.

Previamente, contextualizaremos o processo histórico que torna, nos dias de hoje, os povos indígenas um grupo discriminado. Nesse sentido, apoiar-nos-emos em doutrinas que defende a necessidade da implantação de ações afirmativas. Na oportunidade, refletiremos sobre sua ineficácia em meio ao sistema social em que vivemos, onde imperam valores ocidentais e capitalistas. Nesse contexto, abrangeremos a viabilidade do pluralismo social, como possibilidade de maior eficácia na aplicabilidade dessas ações.

Sendo assim, o presente estudo tem o condão de levantar concepções doutrinárias acerca da questão indígena, que culminarão no problema central deste artigo, qual seja a ineficiência dos dispositivos normativos que envolvem os direitos dos povos indígenas, sobretudo a Convenção n. 169 da OIT, diante da estrutura em que está organizada a sociedade e, conseqüentemente, o modelo do Estado, demonstrando assim, a sua relação com a incondizente realidade dos indígenas, em vista do que lhes é garantido por direito. Nesse sentido, buscaremos levantar, baseados em doutrinas, a proposta de formação de uma nova estrutura social, como alternativa eficaz aos meios de proibição da discriminação, baseada na pluralidade da população brasileira, haja vista a sua afinidade com os propósitos da Convenção n. 169 da OIT.

Ressaltamos ainda, que, para a produção deste artigo, utilizaremos, dentre outras doutrinas, as dos autores Claudio Valentim Cristiani e Carlos Frederico Mares de Sousa, com o intuito de esclarecer o contexto histórico e cultural em que se instaurou o que hoje chamamos de discriminação contra os indígenas.

Logo após, lançaremos mão de diversas fontes bibliográficas e jornalísticas, afim de esclarecer ao leitor acerca das razões pelas quais se dão as omissões do Estado diante do dever de implantar ações afirmativas por meio de políticas públicas, oportunidade em que, aproveitaremos o ensejo para comparar brevemente a Constituição do Brasil em relação a da Bolívia e Equador, as quais estabelecem seus Estados sob a ótica pluralista.

Ademais, faremos uma alusão a dispositivos normativos vinculados a questão indígena, principalmente a Convenção n. 169 da OIT, amarrando-os aos entendimentos doutrinários que defendem a implantação de ações afirmativas e o pluralismo social, para que haja prosperidade no que se refere à criação e desenvolvimento de políticas públicas. Neste raciocínio, portanto, fixar-nos-emos à mudança do paradigma pelo qual se orienta a sociedade nos dias de hoje, a fim de que seja superada a questão da ineficácia dos direitos humanos em relação aos povos indígenas.

Assim, esta pesquisa, proporcionará o entendimento acerca da necessidade das ações afirmativas, cujo objetivo é construir um processo para a conquista de igualdade social às diversas tribos indígenas brasileiras, em conformidade com a Convenção n.169 da OIT. De igual maneira, será possível discernir as razões das dificuldades para se aplicar tais ações no Brasil, bem como as mudanças necessárias para se atingir o objetivo de estabelecer um ambiente social e político onde vigore os interesses das pluralidades. São estes, portanto, os objetos de estudos aos quais nos aprofundaremos a seguir, visando alcançar maiores entendimentos em acerca aos direitos humanos relacionados aos povos indígenas.

2 O PROCESSO HISTÓRICO DE DISCRIMINAÇÃO E SUA REPERCUSSÃO NA ATUALIDADE

O contexto onde se iniciou o processo de colonização, era marcado pelo interesse na expansão econômica, cuja engrenagem movia-se pelas explorações de riquezas. Motivados por esse interesse e guiados por valores que se resumiam aos bens patrimoniais, os portugueses descobrem o Brasil, território repleto de riquezas, como reforça Claudio Valentim Cristiani: “o Brasil tinha como fontes econômicas, no início da colonização, a exploração de metais preciosos e o extrativismo do pau-brasil” (CRISTIANI, 2007, p. 350). Portanto, será em meio a essa sede de poder econômico, que se dará a

relação entre colonizadores e indígenas, acarretando assim, na formação de uma nova cultura e na construção de novos fundamentos jurídicos.

Como era de se esperar, em detrimento de tais valores, o convívio entre esses povos e os colonizadores não se deu de forma equitativa, haja vista que os nativos não tiveram nenhuma espécie de direito reconhecido, pelo contrário, foram subjugados de tal forma que lhes foi imposta inclusive a escravidão. Nessa linha de pensamento, Carlos Valentim Cristiani elucida:

O Brasil foi descoberto e explorado pela nação portuguesa. Os colonizadores, ao chegarem aqui e tomarem posse das terras dos nativos indígenas, sentiram-se legitimados para, como verdadeiros donos desse “novo mundo”, ditarem-lhes os rumos de todos os sentidos (CRISTIANI, 2007, p. 350).

Continuando o raciocínio, Cristiani ainda ressalta que eram “os colonizadores que tinham o domínio das propriedades, dos engenhos, das fazendas, além de que o trabalho era escravagista e nesta condição se encontravam os negros e não raras vezes os indígenas” (2007, p. 350). Diante desse monopólio, portanto, iniciou-se um dos mais graves processos de subjugação, não só em face dos negros, mas também dos indígenas.

Todavia, esse processo estava apoiado pelos eminentes interesses de expansão da época, sendo, portanto, prudente reconhecermos a sua implicância na formação do Estado, o que não nos remete propriamente ao crivo da discriminação, haja vista ser “fruto de uma tradição judaico-cristã que se auto-intitulou civilização, e que tem no expansionismo sua força e na verdade única a sua marca” (SOUSA FILHO, 2003, p. 107). Por essa razão, que “pelos portugueses colonizadores o Brasil nunca foi visto como uma verdadeira nação, mas sim como uma empresa temporária, uma aventura, em que o enriquecimento rápido, o triunfo e o sucesso eram objetivos principais” (CRISTIANI, 2007, p. 350).

Logo, podemos compreender as razões que deram base às estruturas normativas e políticas daquela época, embora hoje admitamos terem sido extremamente desumanas e discriminatórias. A fim de complementar esse entendimento, Cristiani menciona em sua obra que:

Os elementos formadores da cultura em geral, e do direito especificamente, no Brasil Colonial, tiveram origem em três etnias ou raças distintas. É evidente que essa formação não foi uma justa posição em que as condições particulares de cada raça tenham sido respeitadas. Antes, foi uma imposição dos padrões dos portugueses brancos aos índios e aos negros [...]. Os indígenas, na formação da cultura em geral, tiveram a oportunidade de contribuir de forma razoável. O mesmo não ocorreu, infelizmente, quanto ao direito (CRISTIANI, 2007, p. 352).

Assim, aos poucos regulamentos normativos, provenientes da Corte Portuguesa, passaram a vigorar na colônia. E como previsto, nestes estavam presentes determinações que tratavam dos indígenas como coadjuvantes em face de algum tipo de direito e, a partir daí, “ficou claro também que os fatores culturais da sociedade, existentes no Brasil colonial, foram elementos direcionadores na formação do direito daquela época” (CRISTIANI, 2007, p. 362). Inclusive, a título exemplificativo, Marés salienta:

O direito oitocentista e até mesmo anterior, reconhece aos índios que vivem em território brasileiro o direito a usufruir da sociedade dita civilizada, e se propõe a receber os índios como integrantes dessa sociedade. Revelador é o Alvará de 1775, 4 de abril, do rei de Portugal: “Eu El-Rei, sou servido a declarar que meus vassallos deste reino e da América que casarem com as índias dela não ficam com infâmia alguma, antes se farão dignos de real atenção. Outrossim proíbo que os direitos meus vassallos casados com índias ou seus descendentes, sejam tratados com o nome de caboclos ou outro semelhante que possa ser injurioso. O mesmo se praticará com portuguesas que se casarem com índios.

Estava aberto assim o caminho da política integracionista praticada até nossos dias (rompida na lei, muito recentemente com a Constituição de 1988), pela qual se oferece aos índios a extrema felicidade de poder ingressar na sociedade que os envolve, oprime, rouba suas terras e mata. (SOUSA FILHO, 1998, p.158)

Em sequência, o raciocínio de Mares ainda ressalta que, mesmo com a tentativa de suposto integracionismo³, os índios sempre foram relativamente esquecidos, enquanto cidadãos, pela sociedade brasileira, embora sendo nativos das terras ocupadas. Por esta razão, qualquer iniciativa de direito que

³ Movimento ou política de integração social e cultural. In.: Dicionário UNESP do Português contemporâneo, 2004, p. 7 81.

os envolvessem, ainda assim, objetivava garantir o interesse dos homens brancos.

Apesar de relativamente vasto o número de dispositivos legais que falam em índios, na verdade é muito difícil visualizar o desenho da concepção jurídica que o direito do século passado tinha destes povos. Poucos, raríssimos dispositivos, tratam da pessoa do índio; normalmente se referem a limitações e garantias de direito alheio, como no Alvará acima citado, onde o que está em jogo não é exatamente a figura do índio, mas sim a do português ou da portuguesa que com ele se casa (SOUSA FILHO, 1998, p.158).

Como se observa, a história é marcada pela subjugação devido aos valores da época, que culminaram na ausência do direito a esses povos e nos processos mais árduos de dominação pelos colonizadores, cuja motivação consistia nas conquistas territoriais. Exatamente por isso, é possível notar que, para atingir esta finalidade, o homem branco, sempre se utilizou de estratégias, inclusive no âmbito religioso, para encobrir ou até mesmo disfarçar, a sua cruel dominação, como podemos verificar a partir de Ana Valéria Araújo.

Podemos dizer que todas as demais tentativas da Coroa de ordenar a ocupação territorial indígena serviram muito mais como uma forma de segregar os índios em espaços territoriais ínfimos, liberando grandes extensões de suas terras de ocupação tradicional para o processo de colonização. Foi o caso do que se chamou “aldeamento”: destinação de áreas onde eram reunidas comunidades indígenas sob a administração de ordens religiosas (especialmente de jesuítas) e que seguiam o chamado Regimento das Missões, de 1686, visando em especial facilitar o trabalho de assistência religiosa, ou catequese (2006, p. 26).

Inclusive, sobre o processo de catequização, sabemos que, de alguma forma, estava subordinado aos interesses da corte Portuguesa. Diante disso, somos levados a pensar que o cunho religioso estava em segundo plano, sendo o seu papel principal o domínio sobre aqueles povos e suas terras, como afirma Cristiani.

Essas eram as reais intenções dos colonizadores, não obstante o discurso simulado e cínico da necessidade de levar a palavra cristã aos pagãos. Em lugar de uma evangelização, houve uma completa

heresia e desrespeito aos ensinamentos do cristianismo originário (2007, p. 350).

Assim, podemos constatar, que a segregação se difundiu a partir da repressão territorial e religiosa, imposta num passado mais distante, mas que até hoje resulta em uma espécie de marginalização para com esses povos. Sobre esse aspecto, Flávia Piovesan reflete:

Ao longo da história, as mais graves violações aos direitos humanos tiveram como fundamento a dicotomia do “eu versus o outro”, em que a diversidade era captada como elemento para aniquilar direitos. A diferença era a visibilizada para conceber o “outro” como um ser menor em dignidade e direitos, ou, em situações-limite, um ser esvaziado mesmo de qualquer dignidade, um ser descartável, um ser supérfluo, objeto de compra e venda (como na escravidão) ou de campos de extermínio (como no nazismo) (2016, p.349).

Diante de todos esses fatores históricos, é possível constatar que o processo pelo qual se iniciou a relação entre índios e homens brancos, marcou-se, dentre outras questões, pelo avassalador monopólio português, guiado por valores patrimonialistas, acarretando assim, na subjugação dos índios, sento até mesmo “postos na condição de objeto” (CRISTIANI, 2007, p. 3520). Daí, instaurou-se o que hoje entendemos como discriminação em face desses povos.

Em virtude desse processo discriminatório que sofreram, e sofrem, os indígenas, somos levados a pensar, sob a luz dos direitos humanos, em uma forma de equiparação social, no sentido de serem reconhecidos enquanto seres humanos, cidadãos brasileiros e nativos detentores de uma rica cultura, ou seja, “resgatar os valores do humanismo autêntico, calcado na ética e na alteridade, para servir de fundamentos à nova justiça e ao novo direito como resposta ao processo histórico formal de negação de diferenças socioculturais [...]”(DANTAS, 2003, p. 475).

Em contrapartida, a realidade atual nos permite dizer que tal resposta ainda não é perceptível na sociedade, tampouco no âmbito da justiça. A título ilustrativo, inclusive, é interessante destacar ligeiramente uma das abordagens

atuais, no âmbito judicial, sobre a questão da pena para esses indivíduos. Mesmo atualmente, na visão dominante, a atenuação das penas em face dos índios delituosos, são justificadas por pesados elementos discriminatórios:

Os Tribunais Superiores, igualmente, julgam como se a lei dissesse o que não diz e, invariavelmente, analisam o grau de integração do índio, quando o que deveria ser analisado, para a correta aplicação daquela norma penal, seria tão somente se existe o grupo indígena ao qual aquele indivíduo diz pertencer, e se o grupo o reconhece e o identifica. Em outras palavras, a indagação deveria ser apenas se aquele indivíduo é índio, no conceito da lei.

Na raiz desta visão, que não consegue ler o que a lei diz, está a ideologia integracionista, à qual se filiaram sempre o Direito e o Estado brasileiros, como consequência direta do pensamento dominante. Exatamente por isso é tão difícil para comentaristas e juízes entenderem porque os índios devem ter regalias apenas porque são índios. Na visão dominante, a única justificativa para atenuar as penas e minorar os efeitos de sua aplicação aos índios, é o fato de que eles teriam um entendimento incompleto do caráter delituoso, por falta de compreensão das regras sociais e, numa visão que chega ao limite do racismo, por uma inferioridade ética ou mental (SOUSA FILHO, 1998, p. 165).

Bem, se até os dias atuais a visão dominante concebe aos índios inferioridade ética, que tipo de ética cabe aos homens ditos “civilizados”? Ora, se “o objeto da ética está relacionado aos princípios que orientam e fundamentam as ações morais” (CANDIOTTO, 2010, p. 14), logicamente irão variar de acordo com o grupo ou sociedade em que está inserido, então não há que se falar em inferioridade ética, sobretudo quando direcionada a um grupo que historicamente sofre com a discriminação.

2 O PERFIL DO ESTADO BRASILEIRO: O CONTRASENTO ENTRE O SISTEMA ECONÔMICO E A APLICAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Para melhor compreensão da questão das políticas públicas no Brasil, frisaremos, de antemão, o conteúdo normativo acerca dos povos indígenas constantes na nossa Constituição, a qual guiada pela soberania estatal deve respeitar o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Cabe ressaltar, então, que a Constituição do Brasil consolidou os direitos dos índios no seu capítulo VIII, Arts. 231 e 232. De forma breve e sucinta, tais dispositivos delegam a União o dever de reconhecer e proteger sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições, e também suas terras, que devem ser por ela demarcadas. De igual maneira, a Constituição legitima a ingressar em juízo como parte, de forma individual ou coletiva⁴.

Sabemos, porém, que até os dias de hoje, o Brasil ainda se caracteriza por uma forte cultura de exclusão social, altamente influenciada pelos possuidores de maior poder econômico. Nesse sentido, identificamos que os povos indígenas, detentores exemplares da diversidade do país, acabam sendo também vítimas da cultura supressora que se formou desde a colonização e que enseja dificuldades na efetivação dos direitos humanos. Sobre este aspecto, Aton Fon Filho enfatiza:

O reconhecimento formal da dignidade humana, fator de igualdade entre todas as pessoas, precisava ser relativizado e recondicionado para que o sistema de exploração, de privatização de riqueza da sociedade, de redução de trabalhadores à condição de escravos e de autorização da violência e da tortura pudesse ser mantido como se fossem também eles direitos humanos, direito dos privatizadores, dos exploradores [...] (FON FILHO, 2010, p. 105).

É nesse contrassenso que incide a divergência, como cita Antônio Carlos Wolkmer em sua obra *Pluralismo Jurídico*: “ficam subordinadas ao mercado a vida das pessoas, o comportamento da sociedade e a política dos governos” (WOLKER, 2010, p.40). Sendo assim, este antagonismo, por óbvio, resultará na resistência dos estados em seguirem normativas que visem ações protetivas dessa natureza.

Por outro lado, podemos refletir sobre uma possível maleabilidade constitucional que permite adaptar a diversidade em consonância com o

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm acessado em 28 mar. 2017.

contexto da realidade social. Nessa linha de pensamento, defende Barbara Hudson:

As constituições contemporâneas preocupam-se em acomodar a diversidade. Não são elaboradas como documentos fixos para qualquer tempo, documentos que contenham todas as verdades e princípios que uma sociedade precise manter para si mesma e para a sua homogênea cultura. Pelo contrário, as constituições contemporâneas são instrumentos vivos que necessitam ser continuamente reinterpretados conforme as situações e demandas que surgem e se modificam (HUDSON, 2007, p. 17).

De qualquer forma, o ordenamento jurídico do Brasil, é o responsável por representar a nossa identidade enquanto nação, no qual “foi reconhecido constitucionalmente, mediante a inclusão, entre os bens jurídicos do patrimônio cultural brasileiro, daqueles que referenciem a identidade, a memória e práticas sociais dos diversos grupos formadores da sociedade brasileira” (DANTAS, 2008, p.493). Embora, como vimos, seja nítido a força antagonica do setor empresarial e do mercado econômico, visto que estes ditam o perfil das políticas sociais no país, recaindo, portanto, diretamente nos investimentos que devem ser atribuídos aos indígenas, Ana Valéria Araújo entende que:

Os direitos dos povos indígenas, hoje fundamentados na Constituição brasileira, foram sendo conquistados e amadurecidos no curso de uma história nem sempre justa ou generosa que, por muito tempo, sequer permitiu aos índios se fazerem ouvir. Este panorama vai sendo pouco a pouco modificado para dar lugar a um protagonismo exercido hoje amplamente pelos povos indígenas e suas organizações que, junto a outros setores da sociedade que sempre os apoiaram, têm buscado mais e mais colocar a lei em prática para conseguirem encontrar, para além do formalismo de nossas instituições e suas normas, as soluções para a implantação de seus direitos e para a garantia da viabilidade de seus projetos de futuro (ARAÚJO, 2006, p. 24).

Outro fator importante que pode ser detectado na Constituição do Brasil é o seu caráter relativamente universal⁵, dado que não consagra

⁵ A constituição apenas outorgou direitos de se manterem culturas e línguas diferenciadas, mas manteve hegemônica e única a cultura nacional e a língua portuguesa (SOUZA FILHO, 1998, p. 158).

expressamente os povos indígenas como povos originários e formadores do Estado, como é o caso das constituições da Bolívia e Equador, cujo caráter é pluralista. Nesse sentido inclusive, demonstramos o entendimento de Henrique Weil Afonso e José Luiz Quadros de Magalhães:

As novas constituições da Bolívia e do Equador do ano de 2008 são uma grande novidade para o Direito, pois têm o potencial de significar uma ruptura com o modelo estatal moderno. Da uniformização e unificação —para não falar na intolerância religiosa e cultural—, elementos estes que forjam a base valorativa do Estado-nação advindo da tradição europeia, o Estado Plurinacional pretende fornecer novos paradigmas não somente em termos de organização social, mas também atender às demandas dos povos e nações historicamente marginalizados no processo “civilizatório” americano, africano e asiático (AFONSO; MAGALHÃES, 2012).

Por essa razão, tais constituições têm como propósito estabelecer suas identidades baseadas na pluralidade que lhes é característica, ao contrário do que ocorre na Europa, evitando assim qualquer indiferença, ou desconsideração, como discorrem Afonso e Magalhães: “As alternativas epistemológicas ao universalismo europeu transcorrem um processo de desconsideração e encobrimento, essenciais, em seu turno, à gênese do pensamento moderno e da formação da identidade europeia” (AFONSO; MAGALHÃES, 2012).

Assim compreendemos, que, baseadas nos direitos humanos, as políticas públicas de ações afirmativas também devem encontrar um solo fértil em um Estado pluralista, tal como na Bolívia e Equador, onde extingue-se a cultura homogênea, que na prática corrobora com o prevaecimento dos interesses da casta mais alta do país, do mercado etc.

De todo modo, a fim de aprofundarmos na estrutura que dá, ou deveria dar, corpo aos direitos indígenas, verificaremos inicialmente quais órgãos e entidades estão envolvidos no âmbito brasileiro. Para isso, recorreremos à citação de Lima e Barroso-Hoffmann, uma breve ilustração acerca da estruturação estatal para a efetivação de direitos que a Constituição consolidou aos índios:

A Constituição ensejou ainda a percepção – por motivos muitos diversos – da importância de que outras ações federais, junto aos povos indígenas, surgissem fora do monopólio da tutela da FUNAI e de seu porta-vozismo assistencialista, dando lugar ao delineamento de políticas específicas para os indígenas, nos Ministérios da Saúde (MS), da Educação (MEC), e do Meio Ambiente (MMA), e mais recentemente do Desenvolvimento Agrário (MDA). A partir de 1999 os indígenas participaram intensamente da gestão dos “distritos sanitários especiais indígenas” criados pela Fundação Nacional da Saúde (FUNASA) para atendê-los, num embrião do que seria o Sistema Único de Saúde (SUS) coerente não apenas com as condições de vida dos indígenas, mas aplicável a região amazônica, ainda que precise ser revisto pra outras partes do Brasil indígena. Do mesmo modo, os povos indígenas participam em diversos planos, dentre eles por intermédio de uma “Comissão Nacional de Professores Indígenas” e de uma representação no Conselho Nacional de Educação – CNE, sobre a política elaborada e gerida pelo MEC para a educação fundamental diferenciada, preconizada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996), e executada pelas secretarias estaduais e municipais da educação, rumando para o equacionamento de um ensino médio e reivindicando o acesso à universidade, de modo a garantir competências para melhor gerir seus territórios (LIMA, 2006, p.2).

Portanto, esses órgãos estatais e entidades têm a responsabilidade sobre a aplicação de ações afirmativas aos indígenas. Porém, como os próprios autores destacam, “desde o governo FHC e intensificado no governo Lula, a questão acerca das políticas de ações afirmativas é discutida, mas ainda com poucas e confusas ações concretas, principalmente no âmbito das políticas públicas” (LIMA, 2006, p.4). Quanto ao governo Dilma, também não houve expressiva atuação em favor dos indígenas, sendo inclusive “criticado por ser um dos que menos fez, nos últimos 30 anos, pelos assentamentos de reforma agrária e as áreas protegidas – Terras Indígenas” (KLEIN; SENLLE, 2016).

Por derradeiro, o governo Temer tem tomado medidas radicais em desfavor dos indígenas, como por exemplo o “novo decreto extinguindo 87 cargos comissionados, enfraquecendo a capacidade da instituição de analisar, fiscalizar e monitorar ação de grandes empresas em terras indígenas, especialmente na Amazônia” (ANGELO, 2007).

Esse breve compilado acerca das atuações nos últimos governos tem por objetivo apenas elucidar quanto à omissão estatal sobre esses povos, em razão justamente do caráter homogêneo do Estado, que enseja o prevalecimento dos interesses do mercado econômico, enquanto grupos vulneráveis, como indígenas, vão à mingua.

Continuando o raciocínio, sabemos que compete também ao legislativo tratar da questão indígena, sob a ótica da preservação da diversidade e da não discriminação. Contudo, também este poder, tem se mantido extremamente ausente, com tímidas demonstrações de atenção, como relatou Sônia, índia ativista que luta pela causa, sobre o cenário político, em entrevista à imprensa.

É um cenário muito hostil. Dos 513 deputados, não somam 20 com a gente. Desses, tem oito ou 10 que estão ali mais diretamente, são os que a gente pode contar com a ajuda. Temos quatro frentes de atuação: 1. fazemos articulação com as entidades de apoio, nacionais e internacionais; 2. temos articulação com os assessores dos parlamentares, para que eles mandem para a gente o que está rolando; 3. quando vemos que é algo grave, fazemos mobilizações; 4. fazemos nossos rituais de pajelança, cantos, dança, que têm dado uma força grande para a gente continuar nessa frente de resistência. E acho que, mesmo com esse pouquinho de parlamentar que tem lá com a gente e com esse tanto contra nós, acho que estamos conseguindo travar muitas medidas, como a PEC 215⁶, que já era para estar em vigor se não fossem nossas mobilizações. E aí também viajo para fora, são muitas atividades internacionais. Já fui fazer denúncias na sede da ONU, em Nova York, na sede do Conselho de Direitos Humanos, em Genebra... É uma agenda intensa. [...] Antes já estava difícil, já estava tudo paralisado, mas agora há uma decisão política do governo e uma aliança forte entre o Executivo, o Legislativo e até o Judiciário. No Legislativo há mais de 180 medidas anti-indígenas que visam retroceder ou suprimir direitos. Dessas, 19 dizem respeito diretamente à flexibilização do licenciamento ambiental, para facilitar a implantação de hidrelétricas, para expansão do agronegócio, da pecuária (MENDONÇA, 2017).

⁶ A chamada PEC 215 (proposta de emenda à Constituição) muda a Constituição e determina que a demarcação de terras indígenas passará a ser feita por lei de iniciativa do Executivo, e não mais por decreto, como acontece hoje. Na prática, essa medida dá ao Congresso Nacional a palavra final sobre novas demarcações. O texto também proíbe a ampliação das terras já demarcadas, garante indenização aos proprietários de áreas dentro dessas reservas e fixa o dia 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição, como marco temporal para definir o que são terras permanentemente ocupadas por indígenas e quilombolas (OLIVEIRA, 2016).

De fato, este pensamento possibilita a visualização da persistente problemática em assegurar direitos aos índios e, por esta razão, talvez a discussão central a ser feita ainda não seja propriamente sobre a eficácia da política de ações afirmativas, dado que estas ainda não vigoram de forma concreta como dito anteriormente, mas sim sobre a eficácia da aplicabilidade das normas que as regulamentam, sob uma ótica de reestruturação do modelo de Estado.

Ora, como já se sabe, além de se opor aos propósitos da Convenção n. 169 da OIT, a ausência da atuação estatal, por meio das ações afirmativas, resulta em cada vez mais discriminação. Todavia, é inerente ao Estado zelar pelo seu povo, na sua totalidade. Ocasão em que, cogitar ser necessário recorrer às autoridades internacionais, a ponto de precisar ser monitorado, representa a sua imatura soberania. Sendo assim, talvez o Estado devesse reestruturar o sistema econômico e social ao qual está submetido, dado que a problemática toda deriva desse cenário, e não da precariedade das normas.

De qualquer forma, cabe ao Estado, a partir da mobilização social, se auto reconfigurar, a fim de não ensejar descumprimentos das normas, como as que se referem aos indígenas, por exemplo. Deste modo, possivelmente farão jus aos propósitos normativos, inclusive aos estabelecidos na Convenção n. 169 da OIT, por meio da criação e aplicabilidade de ações pensadas, procurando sempre evitar a permanência do seu estado latente. No entanto, como já exposto, essa iniciativa ainda não é perceptível, ou melhor, é perceptível naquilo que é convém aos interesses econômicos do mercado.

No âmbito do poder público a discussão tem sido intensa, mas as ações concretas têm sido tímidas e pouco claras, talvez por conta da falta de consenso em torno da questão por parte das elites que sustentam os governos. O esforço tem sido na linha das políticas de quotas para os negros e índios nas universidades públicas e privadas, que na verdade algumas instituições já estão tentando implementar ainda com muitas dificuldades e problemas (LIMA, 2006, p.4).

Desse modo, torna-se notório que, quando há algum interesse, o Estado promove a política afirmativa. É o caso das quotas, que em alguma instância, consiste também em integrar essa minoria ao sistema social vigente, ou melhor, “ocidentalizá-los”. Como pode-se observar na visão de Lima e Hoffmann-Barroso “o processo de interação com o mundo global é uma tendência de incorporação de certos ideais de vida da sociedade moderna” (LIMA, 2006, p.4). Do mesmo modo, podemos perceber essa questão sob a ótica de Hélio Jaguaribe em Alcindo Gonçalves:

A concepção de uma economia social de mercado, implantada através do assistencialismo estatal, teve um grande êxito. Esse sucesso decorre do fato de que, se administrado de uma forma razoável, ele combina as vantagens da economia do mercado – e, de modo geral, o dinamismo inerente ao sistema capitalista [...] (GONÇALVES, 2006, p. 78).

Assim, é importante ressaltar, que integração desses povos tem seus efeitos benevolentes, e também está prevista na essência da Convenção n. 169 da OIT, como por exemplo possibilitar que esses indivíduos possam manifestar sua vontade perante o Estado. Diante dessa questão, que envolve basicamente a cidadania, é conveniente recorrermos ao entendimento de Gustavo Justino de Oliveira: “ Eis a figura do cidadão que manifesta sua vontade em fazer parte de procedimentos passíveis de culminar em decisões estatais que afetem direitos seus, não somente de natureza individual, mas de ordem coletiva ou difusa” (OLIVEIRA, 2007, p. 313).

Contudo, talvez nesse ponto exista uma controversa relação entre a criação de ações afirmativas, e, a partir daí a integração desses povos, versos o respeito e preservação da cultura, língua, espiritualidade etc., como prevê o Art. 5^o7 do Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos, o qual já

⁷ 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

mencionamos. Par evitar tal conflito, faz-se necessário outra espécie de ação afirmativa, no sentido de promover o valor da diversidade.

O combate à discriminação demanda medidas que propiciem a conscientização e sensibilização dos diversos atores sociais – com especial ênfase a transformação cultural. Cabe aos estados o dever de reconhecer o legado discriminatório da região, particularmente opressivo às populações afrodescendentes e indígenas, de modo a focar na importância do combate à discriminação e na promoção da igualdade, tendo como maior beneficiária a sociedade como um todo. O valor da diversidade, aliado aos direitos à igualdade e à diferença invoca a transição de uma igualdade geral e abstrata para um conceito plural de dignidades concretas (PIOVESAN, 2016, p. 369).

Oportunamente, cabe mencionar sobre essa questão, o posicionamento que o recente ex-chefe da Funai, Antônio Costa, publicou neste ano, ao defender que “índios não podem ficar parados no tempo”. Em entrevista à imprensa, Costa demonstrou um posicionamento firme sobre a necessidade dos índios integrarem o “sistema produtivo”. Questionado pela imprensa se tal ideia seria inserir os indígenas no sistema capitalista, Costa responde:

Não no sistema capitalista, mas no sistema produtivo, na cadeia produtiva. Precisamos dar a eles condições de cultivo, através de patrulha mecanizada, sementes, adubos, ensinar como plantar e colher melhor. Eles têm de participar dessa cadeia. Os não índios já têm essa prerrogativa, por que os índios não? (FELLET, 2017)

Tal entendimento nos leva a refletir sobre os limites dos planos estatais no que concerne a políticas públicas potencialmente perigosas sob a ótica da preservação da identidade dos povos indígenas. Em contrapartida, também somos instigados a pensar em uma possível aposta assertiva para promover a qualidade de vida, e então, fazer jus as garantias que lhes cabem por direito, enquanto povos originários.

dificuldades que esses povos experimentam ao enfrentarem novas condições de vida e de trabalho (BRASIL. Convenção n. 169 da OIT SOBRE Povos Indígenas e Tribais, 2004).

3 DIREITOS HUMANOS, AÇÕES AFIRMATIVAS E O PLURALISMO SOCIAL À LUZ DA CONVENÇÃO N. 169 OIT

Diante das compreensões acerca do processo histórico de subjugação dos índios, e dos diversos fatores que hoje ainda corroboram com a discriminação, é relevante analisarmos quais são os entendimentos acerca dos direitos humanos que os envolvem, sobretudo a partir da Convenção n. 169 da OIT. De igual maneira, sinalizaremos quanto às possíveis alternativas para enfrentar as resistências que existem no Brasil diante do dever de promover ações públicas que visem erradicar todas as formas de discriminação.

Nesse sentido, a fim de enfatizar a importância da prevalência robusta dos direitos humanos, inicialmente demonstraremos, à título de elucidação, o exemplo de um caso que ocorreu no Paraguai:

No caso da comunidade indígena Xámok Kásek contra o Paraguai (2010), a Corte Interamericana condenou o Estado do Paraguai pela afronta aos direitos à vida, à propriedade comunitária e à proteção judicial (arts. 4º, 21 e 25 da Convenção Americana, respectivamente), em face da não garantia do direito de propriedade ancestral à aludida comunidade indígena, o que afetaria seu direito à identidade cultural. Ao motivar a sentença, destacou que os conceitos tradicionais de propriedade privada e de posse não se aplicam às comunidades indígenas, pelo significado coletivo da terra, eis que a relação de pertença não se centra no indivíduo, senão no grupo e na comunidade – o direito à propriedade coletiva estaria ainda a merecer igual proteção pelo art. 21 da Convenção. Afirmou o dever do Estado em assegurar especial proteção às comunidades indígenas, à luz de suas especiais vulnerabilidades, considerando o direito consuetudinário, os valores, os usos e os costumes dos povos indígenas, de forma a assegurar-lhes o direito à vida digna, contemplando o acesso a água potável, alimentação, saúde, educação, dentre outros (PIOVESAN, 2016, p.115).

Bem, a partir desse evento, é notório que, o devido controle, inclusive judicial como ocorreu no caso, acerca da aplicabilidade dos direitos humanos, reflete uma eficiente garantia da proteção a esses povos, embora saibamos que a raiz dessa problemática é o perfil do Estado, que não propicia a eficácia das normativas que versam sobre os indígenas.

Portanto, esse mesmo ambiente, remete-nos ao Brasil, onde há grande carência de medidas eficazes contra a discriminação, como demonstra Piovesan, “a complexa realidade brasileira vê-se marcada por um alarmante quadro de exclusão social e discriminação como termos interligados a compor um ciclo vicioso, em que a exclusão implica discriminação e a discriminação implica exclusão” (PIOVESAN, 2016, p. 345).

Desse modo, visando evitar tal ciclo vicioso, recorreremos então, ao poder normativo. O Art. 27 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos prevê:

Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua (BRASIL. Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos 1966).

Deste dispositivo, extrai-se então a natureza protetiva em favor das então chamadas minorias, dado o seu caráter impositivo quanto a não discriminação. A partir daí, é revelada a ideia de intervenção do Estado no sentido inicial de conservá-las com o objetivo de zelar pela diversidade e, portanto, igualdade. Sobre este dispositivo, Benedict Kingsbury ressalta ser “o principal texto de tratado geral sobre direito das minorias de aplicação global, e está redigido como um dispositivo de direito individual formulado com a aspiração de evitar e encorajar o aparecimento de novas minorias” (KINGSBURY, 2013, p. 107).

Podemos perceber então, que este dispositivo é a uma das mais importantes referências no campo normativo para garantir que os Estados atuem politicamente para a implantação de ações que visem uma postura protetiva e ao mesmo tempo inclusiva. Conforme Kingsbury, este dispositivo é também “uma base e justificativa para enfrentar as questões indígenas, habilitando essas instituições a assegurar que estas questões não sejam

ignoradas e a ter papel ativo nas respostas às crescentes demandas para ações perante elas” (KINGSBURY, 2013, p. 107).

De igual maneira, prevê o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 2º, que:

Os Estados-partes comprometem-se a garantir que os direitos nele previstos serão exercidos sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. Constata-se então a cláusula da proibição da discriminação (BRASIL. Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos, 1966).

Novamente, portanto, destaca-se a ideia de proteção, e de fundo, também a da postura afirmativa do Estado, já que prevê expressamente o exercício de seus direitos sem a prevalência de discriminação. Portanto, a partir desse texto, entendemos que devem os estados se posicionarem, a fim de intervir nos aspectos necessários e quando necessário, para garantir a proibição da discriminação.

Contudo, será a Convenção n. 169 OIT, a qual regulamenta garantias aos povos indígenas e tribais sob um caráter mais específico, que definirá com maior objetividade os deveres dos estados. Deste modo, a Convenção, de início, já estabelece as condições de sua aplicabilidade, consagrando “o princípio do pluralismo jurídico e respeito aos costumes indígenas” (RAMOS, 2017, p.793). Partindo dessa mesma ideia, Kingsbury traz em sua obra a essência captada pela Convenção:

Um sentido geral dos povos envolvidos é dado pela Convenção n. 169 da OIT, que se aplica a “povos tribais em países independentes cujas condições sociais, culturais e econômicas os distinguem de outros segmentos da comunidade nacional e cuja situação seja regida, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por uma legislação ou regulações especiais” e a “povos em países independentes considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que viviam no país [...] no momento da sua conquista ou colonização ou do estabelecimento de suas fronteiras atuais e que, independentemente de sua condição jurídica, mantêm algumas de suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas ou todas elas (KINGSBURY, 2013, p. 132).

Percebemos, então, que a presença constante de dispositivos garantidores e reguladores são indispensáveis diante da complexa fragilidade desses povos. Todavia, os processos discriminatórios, ainda estão presentes inclusive no entendimento de juízes e comentaristas, como já mencionado, razão pela qual, todo controle exercido pelas Cortes se faz necessário. A título exemplificativo, podemos refletir sobre a análise feita por Kingsbury:

No início dos anos de 1990, o reconhecimento da necessidade de se enfrentar essa deficiência⁸ resultou na Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguística da ONU em 1992 e na Convenção-Quadro para a Proteção de Minorias Nacionais em 1995, todavia nenhuma muito extensa, uma vez que muitos governos estatais continuaram a estar relutantes em apoiar dispositivos normativos que possam encorajar demandas de grupos ou inibir a integração nacional (KINGSBURY, 2013, p. 106).

Portanto, é evidente a abrangência da estrutura normativa que estabelecem garantias a esses povos, na qual os dispositivos tratam desde maneira ampla e abrangente até o modo mais aprofundado, como a Convenção n. 169 da OIT, versando não só sobre direitos, mas sua aplicabilidade, condições e critérios para a sua devida vigência. Sendo assim, caberia agora aos Estados o comprometimento e persuasão para dar concretude a esses direitos.

Diante dos dispositivos normativos mencionados, questiona-se então a razão, ou as justificativas, para que devesse vigorar esse caráter protetivo, específico e categórico em sua essência, ao invés de universal. Conforme Kingsbury:

Para alguns muito mais do que justificativa suficiente se encontra na existência de experiências comuns do movimento dos povos indígenas, para quem ela é uma forma essencial de autoexpressão, reconhecimento mútuo e *leverage* [influência/poder de barganha] para mudanças políticas e legais (KINGSBURY, 2013, p. 106).

⁸ Nesse caso, a deficiência refere-se aos “instrumentos legais internacionais focados especificamente em minorias”. (KINGSBURY, 2013, p. 106).

Diante disso, as ações afirmativas possuem grande poder funcional, sob o ponto de vista de Piovesan: “o dever dos Estados de adotar ações afirmativas enfatiza a necessidade de medidas especiais e temporárias voltadas a acelerar o processo de construção de igualdade” (PIOVESAN, 2016, p.36). Logo, torna-se imperativo o dever do Estado para com estes povos em condição repressiva, sendo a sua atuação fundamental para o processo de garantia de sua igualdade. Nota-se ainda, que justamente por esta razão:

Devem ser compreendidas (as ações afirmativas) não somente pelo prisma retrospectivo – no sentido de aliviar uma carga de um passado discriminatório –, mas também prospectivo – no sentido de fomentar a transformação social, criando uma nova realidade” (PIOVESAN, 2016, p.325).

Reforça-se, a partir disso, a improbabilidade de que a sociedade estruturada numa ideia de universalismo, possa contribuir com o desenvolvimento de grupos vulneráveis, como é o caso dos povos indígenas, tendo em vista essa representação ampla e homogênea de uma sociedade que na verdade é plural, heterogênea. Apesar disso, alguns autores defendem o universalismo como a maneira ideal de garantir a igualdade, porquanto não distingue uns dos outros. Contudo, certamente, contrapõe a ideia de que devam ser aplicadas políticas que visem a equidade social, e aí então voltamos ao mesmo paradoxo.

De qualquer forma, ao admitirmos que as ações afirmativas são um instrumento edificador da igualdade, reconhecemos também que “a diversidade e a divisão são inevitáveis em nosso mundo: são condições da modernidade, que se tornaram mais complexas com a globalização” (HUDSON, 2007, p.12). Para que tal diversidade não se perca na história, como ocorreu de forma massiva no passado, as regulamentações jurídicas voltadas a estes povos e a aplicabilidade de ações afirmativas devem vir acompanhadas de uma reestruturação social.

Diante disso, entendemos que o pluralismo social seja um possível ambiente, onde prevalecerá os propósitos da Convenção n. 169 da OIT, como

por exemplo do seu Art. 8º⁹, além da igualdade como princípio básico e geral, conforme o entendimento do Comitê de Direitos Humanos: “a não discriminação, assim como a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei sem nenhuma discriminação, constituem um princípio básico e geral, relacionado à proteção dos direitos humanos (PIOVENSAN, 2016, p. 321)

Sob essa mesma linha de pensamento, observamos a proeminente ambivalência entre igualdade e discriminação, o que acarreta em necessidade de ações públicas para que se façam presentes elementos que possam reconfigurar a situação dos indígenas. Nesse sentido, Wolkmer demonstra a importância do pluralismo para a mobilização concreta entre sujeitos, no caso os indígenas, e poder institucional:

Diante da nova relação entre Estado e Sociedade, em todo esse processo de lutas e superações multiculturais no âmbito local, cria-se um novo espaço comunitário, de caráter neoestatal, que funde o Estado e a Sociedade no público: um espaço de decisões não controladas nem determinadas pelo Estado, mas induzidas pela sociedade. Nessa perspectiva, o pluralismo comprometido com a alteridade e com a diversidade cultural projeta-se como instrumento contra-hegemônico, porquanto mobiliza concretamente a relação mais direta entre novos sujeitos sociais e poder institucional, favorecendo a radicalização de um processo comunitário participativo, definindo mecanismos plurais de exercício democrático e viabilizando cenários de reconhecimento e de afirmação de direitos humanos (WOLKMER, 2010, p.41).

A título argumentativo, é relevante frisarmos que a ideia de Wolkmer não está relacionada à ausência do Estado em face da estrutura da sociedade, mas sim fundido a esta, com sua devida observância em prol da vontade dos

⁹ Artigo 8º 1. 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 1 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. (BRASIL. Convenção n. 169 da OIT SOBRE Povos Indígenas e Tribais, 2004)

sujeitos, sob uma ótica comunitária, os quais, por exemplo, decidiriam democraticamente sobre as políticas públicas a serem realizadas, sendo submetidas, por óbvio, às normativas vigentes. Assim, cabe a sociedade se auto transformar por meio de mobilizações, manifestações e iniciativa popular, como garante nossa Constituição e o regime democrático em que vivemos, consoante à ideia de Dantas ao citar Ferrajoli:

O ordenamento jurídico, no contexto do Estado de direito democrático e plural que defendemos, imprescindivelmente deve atender ao constitucionalismo como novo paradigma do direito [...] O constitucionalismo situa-se historicamente como um movimento social e político de progressiva ampliação da esfera pública dos direitos, conquistados a partir de rupturas institucionais, causadas pelas grandes revoluções americana e francesa, pelos movimentos novecentistas de defesa dos estatutos, movimentos sociais dos trabalhadores, mulheres, pacifistas e ambientalistas, entre outros. Essas lutas resultaram na formulação do conjunto de direitos fundamentais [...] (DANTAS, 2003, p. 503)

Queremos dizer, com isso, que minorias, como indígenas, formam na sua totalidade uma grande maioria, e por esta razão reconhecemos a necessidade de uma estrutura pluralista, cujas decisões caberão ao povo, na sua literalidade.

Nesse sentido, é importante lembrar que, sendo a ética contemplada por princípios pelos quais a sociedade se orienta moralmente, logo estes servirão como parâmetro para todo o ordenamento jurídico. Ocorre que, em nossa sociedade vigora mais de um princípio moral, como é o caso dos indígenas. Nesse sentido, Candiotto entende que:

Essa caracterização de ética é extremamente proveitosa para as atuais sociedades e seu caráter pluralista, nas quais regras e princípios culturais bem diferentes, de caráter religioso e social, habitam um mesmo espaço, muitas vezes em situação de nítido enfrentamento. Ainda que valores e princípios, regras e normas sempre sejam imaginados do ponto de vista da situação cultural em que nos encontrarmos, é preciso transcender esse horizonte quando se trata da Ética. Se alguém é cristão, ele deve seguir os valores e princípios, regras e normas que essa religião prescreve; o mesmo ocorre se alguém for islâmico. No entanto, no caso de que eles partilhem a mesma coletividade, seguir sua própria religião não os deve impedir de avaliar racionalmente determinadas condutas como

negativas se elas obstaculizam igualdade dos direitos e obrigações fundamentais e corroboram qualquer tipo de exclusão (CANDIOTTO, 2010, p. 16)

No que concerne aos povos indígenas, é necessário ressaltar, a partir do caráter pluralista, como mencionado por CandiOTTO, a existência de uma organização dotada de princípios e costumes distintos aos da sociedade ocidental. Por isso, deve-se considerar a necessidade da transformação social para uma ética emancipatória, conforme citação de Joaquim Herrera Flores na obra de Flávia Piovesan:

A ética emancipatória dos direitos humanos demanda transformação social, a fim de que cada pessoa possa exercer, em sua plenitude, suas potencialidades, sem violência e discriminação. É a ética que vê no outro um ser merecedor de igual consideração e profundo respeito, dotado do direito de desenvolver as potencialidades humanas, de forma livre, autônoma e plena. Enquanto construído histórico, os direitos humanos não traduzem uma história linear, não compõe uma marcha triunfal, nem tampouco uma causa perdida. Mas refletem, a todo tempo, a história de um combate, mediante processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana (PIOVESAN, 2016, p. 334).

Por esta razão, Luigi Ferrajoli, afirma que “os direitos humanos simbolizam a lei do mais fraco contra a lei do mais forte, na expressão de um contra- poder em face dos absolutismos” (PIOVESAN, 2016, p. 349). Ora, levando-se em consideração essa teoria, poder-se-ia dizer então que ainda vigorará a mácula difundida no passado, sobre a qual, qualquer ação afirmativa, corroborará com a ideia de que são uma minoria fraca, tal qual como no passado. Inclusive, parte dos indígenas têm uma posição sobre isso:

Muitos líderes e defensores indígenas insistiram em se distinguir das “minorias”, argumentando que classificar povos indígenas como minoria é depreciativo, ignorando o que é distintivo sobre ser indígena e parte de um povo. Essa luta política sobre categorias envolve importantes questões de identidade e filosofia (KINGSBURY, 2013, p.107).

Estamos, portanto, diante de dois contrapontos, onde existem entendimentos de que os direitos dos povos indígenas, ao serem assegurados também através de políticas afirmativas, não são funcionais no que concerne à garantia de igualdade, pois corroboram com a ideia de antinomia social e, por outro lado, o entendimento de que é necessário assegurar direitos, em vista do processo discriminatório que vivenciaram, como defende a Convenção n. 169 da OIT, especialmente em seu Art. 3º¹⁰.

Todavia, este entendimento é posto em xeque quando verificamos a realidade desses povos no contexto atual. Como veremos a frente, os povos indígenas ainda estão demasiadamente desamparados, mesmo com tantas garantias consolidadas no âmbito normativo. Neste ponto, é válido salientar o que pensa Boaventura Souza Santos:

Temos direito a sermos iguais quando a diferença nos faz inferiores, porém, temos direito a sermos diferentes, quando a igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades (SOUSA SANTOS, 2003, p. 56).

De toda sorte, é inegável, a partir do raciocínio desenvolvido, a existência de um cenário de extrema vulnerabilidade, intrincados por fatores históricos, culturais e sociais. Dessa forma, seria razoável não se discutir políticas afirmativas, como necessidade a esses povos além da visão econômica? Fato é, de que os governos devem administrar os resquícios das máculas históricas, promovendo, principalmente, os novos propósitos estabelecidos nos Pactos Internacionais e na Convenção n. 169 da OIT para a promoção dos Direitos Humanos.

¹⁰ 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. (BRASIL. Convenção n. 169 da OIT SOBRE. Povos Indígenas e Tribais, 2004).

Por óbvio, sabemos que é o ambiente democrático o canal de acesso para tais garantias, contudo a democracia vigente no Brasil ainda é jovem comparada a outros países, sendo esta muitas vezes deturpada em prol de interesses individuais, que favorecem classes de maior poder aquisitivo, como demonstrado anteriormente. Por isso, é provável que uma estrutura pluralista possa decidir, inclusive, acerca do sistema econômico a ser seguido e, por consequência, tornar eficiente a aplicabilidade das normativas que regulamentam as garantias dos cidadãos.

A abordagem pluralista, onde o estado é produzido pela sociedade: o conteúdo de uma política é o resultado de diferentes pressões exercidas pelos grupos de interesses envolvidos, que existem independentemente de sua relação com o estado. [...] não há grande sentido no conceito de interesse geral, na medida em que a ação do Estado não passa de um resultado aleatório do livre confronto dos interesses particulares. A análise das políticas públicas aproxima-se da abordagem pluralista [...] (GONÇALVES, 2006, p. 77).

Ainda assim, nota-se a partir do viés do pluralismo, a reafirmação da necessidade de uma diferenciada forma de interferência estatal diante de uma sociedade plural, cabendo a este delimitar suas ações, respeitando a vontade comunitária de sua sociedade, de maneira democrática e constitucional. Sendo assim, compreendemos que as necessárias ações afirmativas para lhes proporcionar o espaço democrático que a história lhes restringiu devem ser orientadas por uma concepção de participação social, política e cultural dos indígenas. Dessa forma, possivelmente se fará jus ao Estado pluralista em que vivemos, onde todos devem ser protagonistas. Sobre esse aspecto, Dantas reforça:

O reconhecimento constitucional dos índios, e de suas organizações sociais de modo relacionado, configura, no âmbito do direito, um novo sujeito indígena, diferenciado, contextualizado, concreto, coletivo, ou seja, sujeito em relação com suas múltiplas realidades socioculturais, o que permite expressar igualdade a partir da diferença e concretizá-la a partir do diálogo intercultural (DANTAS, 2003, p. 515).

Esse também é o entendimento de Piovesan, quando coloca que “as políticas de ações afirmativas devem inspirar-se nos princípios de participação,

transparência [...] Democracia requer participação política, diálogo e interação pública, conferindo o direito a voz aos grupos mais vulneráveis” (PIOVESAN, 2016, p332), como é o caso dos povos indígenas. Nesse novo contexto, as políticas públicas terão outra dimensão, onde se tornará eminente o reconhecimento dos povos indígenas quanto integrantes e participantes de uma sociedade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir deste estudo, foi possível compreender como se deu o processo histórico de subjugação indígena, o qual culminou no que hoje chamamos de discriminação. Dessa forma, foi possível diagnosticar a influência, dos valores sociais de uma época sobre a organização de uma sociedade, da formação de sua cultura e dos seus fundamentos jurídicos.

Assim, à luz da Convenção n. 169 da OIT, foi possível refletir sobre a necessidade da aplicação das ações afirmativas por meio de políticas públicas. Embora, tenhamos visto que, diante da realidade política e social do país, ainda resquício do processo histórico, a prevalência de um ambiente resistente, e até mesmo supressor, com identidade distinta daquela à época da colonização, mas ainda fundamentada por interesses econômicos e desiguais.

Por esta razão, apoiamo-nos em doutrinas que, além de defenderem a necessidade das ações afirmativas, enquanto instrumentos de consolidação dos direitos humanos, também coadunam com a ideia de pluralismos social, no qual interesses de classes, até então mais favorecidas, não sobreponham o interesse de todo o povo e sua diversidade. É nesse ambiente que devem, os indígenas, impedir a insistente resistência que há no Brasil, como demonstrado, quanto ao cumprimento do que estabelece a Convenção n. 169 da OIT.

Entendemos assim, que por meio dessas profundas transformações na organização da sociedade brasileira, será possível substituir, gradualmente, métodos paliativos sobre a desigualdade instalada no meio indígena, pelo

integral reconhecimento e pela natural participação destes no seio da sociedade, tanto enquanto cidadãos de direito como povos que carregam grandiosa diversidade.

5 REFERÊNCIAS

ANGELO, Mauricio. Funai sofre novo golpe – ruralistas, mineradoras e empreiteiros agradecem. In.: **Site Amazônia. Investimentos e Direitos na Amazônia.** 29 mar. 2017. Disponível em: <http://amazonia.inesc.org.br/artigos/funai-sofre-novo-golpe-ruralistas-mineradoras-e-empreiteiros-agradecem/>. Acesso em 30 mar. 2017.

ARAÚJO, Ana Valéria. **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”: o direito à diferença** Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm acessado em 28 mar. 2017.

BRASIL. **Convenção n. 169 da OIT SOBRE Povos Indígenas e Tribais.** Brasília, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm acesso em 27 mar. 2017.

BRASIL. **Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos.** ONU, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 03 nov. 2016.

CANDIOTTO, Cesar. **Ética: abordagens e perspectivas.** Curitiba: Champagnat, 2010.

CRISTIANI, Claudio Valentim. O Direito no Brasil Colonial. In.: WOLKMER, Antonio Carlos. **Fundamentos de História e de Direito.** Ed. 4. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Humanismo Latino: o Estado brasileiro e a questão indígena. In.: **Humanismo latino e estado no Brasil.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

FELLET, João. Índios não podem 'ficar parados no tempo', diz novo chefe da Funai. **Site BBC Brasil.** 06. abr. 2017. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-39510285>. Acesso em: 08. Abr. 2017.

GONÇALVES, Alcindo. Políticas públicas e a ciência política. In.: **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

HUDSON, Bárbara. Direitos Humanos e “Novo Constitucionalismo”: Princípios de Justiça para Sociedades Divididas in.: **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KINGSBURY, Benedict. Cinco estruturas conceituais concorrentes de reivindicações de povos indígenas em direito internacional e no direito comparado. In.: JUBILUT, Liliãna Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. (coords). **Direito à diferença: aspectos de proteção específica às minorias vulneráveis**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2013.

KLEIN, Tatiane; SENLLE, Maria. O que o governo Dilma fez (e não fez) para garantir o direito à terra e áreas para conservação?. In.: **Site do Instituto Sócio Ambiental**. 01. Jun. 2016. Disponível em: <https://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/o-que-o-governo-dilma-fez-e-nao-fez-para-garantir-o-direito-a-terra-e-areas-para-conservacao>. Acesso em 30 mar. 2017.

LIMA, Antônio Carlos de; BARROSO-HOFFMANN. **Povos indígenas e ações afirmativas no Brasil**. Programa Políticas da Cor na Educação Brasileira – Laboratório de Políticas Públicas, 2006. Disponível em: <http://www.acoesafirmativas.ufscar.br/arquivos/boletim-ppcor-programa-politicas-da-cor-na-educacao-brasileira-laboratorio-de-politicas-publicas/view>. Acesso em 30 mar. 2017.

MENDONÇA, Tatiana. Os índios ainda são invisíveis. In.: **Site A Tarde**. 27 mar. 2017. <http://atarde.uol.com.br/muito/noticias/1849180-os-indios-ainda-sao-invisiveis>. Acesso em 30 mar. 2017.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Administração Pública Democrática e Efetivação de Direitos Fundamentais. In.: **Direitos Humanos e Democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

OLIVEIRA, José Carlos. Sem consenso, PEC da demarcação de terras indígenas está pronta para votação. In.: Site da Câmara dos Deputados. 27 jan. 2016. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/503059-SEM-CONSENSO,-PEC-DA-DEMARCACAO-DE-TERRAS-INDIGENAS-ESTA-PRONTA-PARA-VOTACAO.html>. Acesso em 30 mar. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOUSA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o direito**. Curitiba: Juruá, 1998.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. O Direito envergonhado: O direito e os índios no Brasil. In: DONISETE, Luís; GRUPIONI, Benzi (Org.). **Índios no Brasil**. 4.ed. São Paulo: Global, 2000.

SOUSA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Soberania do povo, poder do Estado. In. **Humanismo latino e estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003.

SOUZA SANTOS, Boaventura de; NUNES, João Arriscado. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In.: **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos; NETO, Francisco Q. Veras; LIXA, Ivone M.. **Pluralismo Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2010.

FON FILHO, Aton. Dimensão política dos direitos humanos. In.: **Direitos Humanos no Brasil 2010: relatório da rede social de Justiça e Direitos Humanos**. São Paulo: Rede Social de Justiça e Direitos Humanos, 2010.