

**BARBIERI S. R J, SAMIA. OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS DOS ÍNDIOS E O DIREITO À DIFERENÇA FACE AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 1ª ed. São Paulo: Almedina, 2008. 248 p.**

*Julia Thais de Assis Moraes*<sup>1</sup>

*Silvia Araújo Dettmer*<sup>2</sup>

O livro *Os Direitos Constitucionais dos Índios e o Direito à Diferença Face ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, de autoria de Samia Roges Jordy Barbieri, resulta da dissertação de Mestrado em Direito apresentada perante à banca examinadora da Universidade Metropolitana de Santos (UNIMES), sob a orientação do Professor Doutor Luiz Antônio Rizzato Nunes. A obra se destaca pelo tratamento assegurado aos direitos constitucionais dos índios, que ressalta a dignidade da pessoa humana à luz dos povos originários. Esse princípio é um dos pilares do Estado Democrático de Direito e busca na antropologia a forma de envolver os indígenas na ordem jurídica.

A visibilidade dada aos indígenas demonstra que há uma obrigação de compreender a esfera jurídica que os envolve para minimizar os danos históricos sofridos por eles. O livro traz uma tessitura equiparada a um manual que assimila as conquistas dos direitos indígenas ao traçar os caminhos percorridos. No plano interno dos direitos indígenas, faz-se uma digressão histórica constitucional brasileira sobre o tratamento indígena até a Constituição Federal de 1988 (CF/88). As primeiras Constituições (de 1824 e 1891) não mencionam os índios. A Constituição de 1934 previu a posse de terras de silvícolas que nelas se achassem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las. A Constituição de 1937 conservou a questão de terras indígenas contidas no texto constitucional anterior. Para a Constituição de 1946, foi respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achassem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem. Em 1967, o texto constitucional preservou as normas anteriores em relação às terras. A emenda constitucional nº 1/1969 acrescenta a inalienabilidade das terras indígenas, cabendo aos índios a posse e o direito ao usufruto exclusivo das riquezas existentes. Quanto ao plano internacional, a autora trabalha com os direitos humanos na esfera de ampliação da proteção dos direitos aos índios, ao analisar importantes documentos internacionais.

---

<sup>1</sup> Acadêmica do curso de Direito bacharelado, 10º período, da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS/ CPTL), bolsista do Projeto de Iniciação Científica “*Uma análise dos direitos fundamentais reconhecidos aos índios na perspectiva das etnias guarani, kaiowá e ofaié*”; e-mail: juliamoraes094@outlook.com

<sup>2</sup> Doutora em Direito Constitucional, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora Adjunta da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), campus de Três Lagoas, e-mail: silviadettmer@globocom

Na obra, há o diálogo entre os direitos fundamentais e os direitos humanos. Essas duas esferas jurídicas são trabalhadas de forma bem próxima, mas não se deixam confundir pelo tratamento pontual dos elementos que as diferem. O livro é estruturado com a introdução e cinco capítulos, denominados respectivamente: *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e os povos indígenas*; *Natureza jurídica das comunidades indígenas*; *A emergência dos povos indígenas no plano internacional como sujeitos de direitos*; *O direito indigenista como ramo autônomo do direito e um olhar de índio para os direitos humanos*. A autora registra a história do território da República Federativa do Brasil ao conferir um status primordial aos habitantes primitivos desta terra que foram catequizados sem o direito de se manifestarem.<sup>3</sup> A teoria assimilacionista vigorava no tratamento normativo do direito indígena desde a chegada do colonizador até a promulgação da atual Constituição. O Direito Constitucional pátrio até a CF/88 tutelou os indígenas como relativamente incapazes para os atos da vida civil, orientando-se pela política integracionista que os considerava em um patamar inferior da sociedade em decorrência de sua identidade étnica. Nesse sentido, há dois documentos internacionais que são destacados na obra por sustentarem a ordem constitucional vigente a reconhecer os índios em sua natural alteridade: a Convenção de nº 107 e a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Com isso, a obra fundamenta-se nos direitos fundamentais indígenas, nos direitos humanos universais, na igualdade entre os povos e no respeito à alteridade.

No primeiro capítulo, intitulado *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e os povos indígenas*<sup>4</sup>, a análise é feita no contexto do Estado Democrático de Direito que se preconiza no exercício dos direitos sociais e individuais, na liberdade, na segurança, no bem-estar, no desenvolvimento, na igualdade e na justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna e pluralista. Infere-se a primazia da dignidade da pessoa humana empregada no direito comparado conforme disposto nos textos constitucionais alemão, espanhol e português. A autora cita um estudo do Instituto Socioambiental e da Antropóloga Carmem Junqueira que se refere à primeira alusão aos direitos indígenas no Brasil, datado de 1910, na esfera do Serviço de Proteção ao Índio sob o comando de Marechal Cândido Rondon. Essa política normativa perdeu força apenas em 1957, com a ratificação da Convenção nº 107 da OIT, em que foi estabelecida a imperatividade de se reconhecer a identidade dos indígenas. Nesse capítulo, aborda-se a definição de índio de acordo com os conceitos antropológicos de Emanuela Carneiro Cunha, Darcy Ribeiro, e previsões normativas. O histórico das constituições brasileiras até a Constituição de 1988 é inserido no primeiro capítulo a fim de equacionar os graduais avanços da proteção à comunidade étnica.

<sup>3</sup> BARBIERI S. R. J., SAMIA. Introdução. In: BARBIERI S. R. J., SAMIA. *Os direitos constitucionais dos índios e o direito à diferença face ao princípio da dignidade da pessoa humana*. 1ª ed. São Paulo: Almedina. 2008.

<sup>4</sup> BARBIERI. *Ibidem*, p. 21.

No segundo capítulo – *Natureza jurídica das comunidades indígenas* – destaca-se o direito à diferença, o princípio da igualdade, o direito internacional dos direitos humanos no Brasil. Verifica-se o direito à diferença na defesa da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições indígenas. O direito à diferença e o princípio da igualdade são articulados de modo conjunto no segundo capítulo por expressarem a frase essencial no contexto dos direitos indígenas, “somos iguais, somos diferentes”.<sup>5</sup> Frase sintetizada pela Pastoral da migração, que se pautou no artigo segundo da Declaração dos Direitos Humanos de 1948. Os índios devem ser entendidos em sua singularidade e liberdade; e para eles incide o direito de igualdade. Nessa acepção, a Constituição Federal de 1988 recepciona de forma inovadora a igualdade, preservando a cultura e a autodeterminação dos indígenas. A natureza jurídica das comunidades indígenas é abordada conforme previsão constitucional concernente a pessoas jurídicas de direito privado submetidas às normas do Estado brasileiro que as reconhece de acordo com suas organizações sociais.<sup>6</sup> Para essa definição, a autora utilizou o conceito de comunidade na perspectiva sociológica de Durkheim. Ainda no capítulo segundo, há um tópico, *Direito internacional dos direitos humanos no Brasil e os índios*, que aponta a relevância da coletivização dos direitos humanos desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos e outros documentos, como a Convenção de nº 107 e a Convenção 169 da OIT quanto aos assuntos indígenas. Os direitos indígenas antes da CF/88 eram tratados de modo privatístico, reduzindo-se somente ao direito de posse sobre a terra. Entretanto, a atual Constituição inaugura uma ordem que se compromete com a ordem internacional e com a pauta dos direitos humanos incorporados à luta pelos direitos indígenas em 1970, ano em que a Organização das Nações Unidas (ONU) editou a Resolução do Conselho Econômico e Social para estudos indígenas. Em 1993, foi criada a Década Internacional dos povos Indígenas pela ONU a contar de 1994 a 2004, fortalecendo a cooperação internacional para a solução da problemática indígena. Nesse contexto, o Brasil passa a ser parte em diversos Tratados: Convenção Internacional sobre Congressos Indigenistas Interamericanos e o Instituto Indigenista Interamericano (1940), Carta das Nações Unidas (1945) e Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de preconceito racial (1968).

No capítulo três, *A emergência dos povos indígenas no plano internacional como sujeitos de direitos*, circunda a dimensão de considerar o homem como pessoa internacional. Essa consideração se fundamenta na proteção do princípio da dignidade da pessoa humana. Cabe mencionar que, na América Latina, a população étnica vinha sendo discriminada pelos processos integracionistas que apresentavam roupagem protetiva, mas que provocaram o genocídio indígena. Assim, para assegurar proteção às comunidades indígenas, a

---

<sup>5</sup> Ibidem, p. 65.

<sup>6</sup> Ibidem.

ordem internacional criou a Convenção para a Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio, que tipifica a matança de grupos étnicos. Apresenta-se, assim, a estrutura do sistema normativo internacional ao instituir mecanismos que garantem a responsabilização do Estado quando se mostrar omissos a assegurar direitos e liberdades fundamentais.<sup>7</sup> Posteriormente, o capítulo narra que, no Direito Internacional, o indígena é sujeito de direito à autodeterminação. Na Constituição Federal de 1988, a autodeterminação dos povos é prevista no art. 4º, inciso III, como um dos princípios que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil.

No quarto capítulo, *No direito indigenista como ramo autônomo do direito*, debate-se a existência de um direito indigenista, e são enunciados quatro princípios correlacionados: a proteção dos índios e comunidades é de interesse e dever do Estado; as populações indígenas reconhecem o direito a serem reconhecidas como nações; as populações indígenas recolhem o direito a seus territórios de acordo com as suas necessidades sociais, culturais e econômicas, de deliberar sobre a integração com a sociedade nacional.<sup>8</sup> O direito indigenista encontra-se na esfera do direito público, inserido em um conjunto normativo de princípios e institutos próprios objetivando proteger as relações interétnicas com a sociedade dominante, porém, esse ramo do direito carece de fomento de estudos e discussões jurídicas. Os fundamentos constitucionais dos direitos indígenas são abarcados também no quarto capítulo. Os artigos discorridos são os artigos 231 e 232 da Constituição Federal de 1988. No *caput* do artigo 231, o direito as terras indígenas originárias é reconhecido como originário, inalienável, imprescritível e indisponível. As terras indígenas, assim, tornam-se bens da União, a quem incumbe o dever de proteção, e consideram-se habitadas em caráter permanente e utilizadas para subsistência indígena, imprescindíveis para a preservação dos recursos ambientais a seu bem-estar. O *caput* do art. 232 normatiza que os índios são partes legítimas para ingressarem em juízo para a defesa de seus interesses. Observa-se que o instituto da tutela contida no Estatuto do Índio (Lei 6001/1973) não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Essa não recepção do instituto da tutela ressalta a mudança de paradigma da tutela indígena protetiva vigente no Estatuto de 1973 para a tutela jurídica constitucional dos direitos que envolvem os indígenas ocorridos em 1988.

No quinto e último capítulo, *Um olhar de índio para os direitos humanos*, a autora se limita a transcrever o preâmbulo da Declaração dos Direitos Humanos de 1948 com a tradução indígena para cada artigo. Com uma linguagem coesa e objetiva, Samia Roges Jordy Barbieri analisa os princípios aplicáveis aos indígenas e explora a legislação pertinente ao tema na esfera interna e internacional. Ela demonstra a preocupação do legislador com esse segmento social na preservação de seus direitos e do seu habitat natural, expressamente

---

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> Ibidem.

previstos como condição necessária para o reconhecimento constitucionalmente assegurado.

Esse livro convida para o debate de conceitos dados pelo próprio constituinte como *terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas*, bem como aquelas por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessidades à sua reprodução física e cultural, segundo os usos, costumes e tradições. Dessa forma, para compreensão e concretização do enunciado na legislação faz-se indispensável convocar antropólogos, etnólogos, sociólogos, historiadores e indigenistas, assim como os integrantes das próprias comunidades indígenas, como destinatários da proteção constitucional. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes <sup>9</sup> aponta para o apostolado da abertura da interpretação constitucional, a que vem se devotando Peter Häberle, considerado o *jurista do século XXI*.

---

<sup>9</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1558.