

O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ENTRE A ANTROPOLOGIA NORMATIVA E A ANTROPOLOGIA-FICÇÃO

Wilson Assis¹

Pela Europa Continental e pela América Latina impera o costume de ver *um* através do *ou-*
tro, o direito através da doutrina, prática com a qual as novidades de fundo, como poderia
ser na América o reconhecimento constitucional de direitos indígenas, \ haverão de passar
pelo crivo de alguns preconceitos. Frequentemente, não atravessam o filtro, quando não
se deixam na peneira as vísceras. Assim resulta que a doutrina não deixa ver o direito ou,
o que é definitivamente pior, não permite ver os direitos das pessoas alheias à cultura de
quem se dedica profissionalmente ao doutrinamento, os juristas de diverso tipo.²
(Bartolomé Clavero, 2008:14)

A proposta da presente exposição é debater se o ordenamento jurídico brasi-
leiro tem sido capaz de incorporar uma perspectiva antropológica adequada ao
reconhecimento concreto da dignidade de povos indígenas e comunidades tra-
dicionais. Por reconhecimento concreto, entendemos todo ato do poder público
que observa no horizonte da ação estatal os traços imanentes, próprios, especí-
ficos que conformam os povos tradicionais, com suas geografias e historicidades
próprias, reconstruindo institucionalidades e refazendo procedimentos em razão

1 Procurador da República (MPF), Doutorando e Mestre em Direito Constitucional pela
Universidade de Sevilha. Mestre, Especialista e Bacharel em História pela Universidade
Federal de Goiás (UFG).

2 No original: “Por Europa continental y por Latinoamérica impera el estilo de ver lo
uno a través de lo otro, el derecho a través de la doctrina, con lo que las novedades
de fondo, como pueda serlo en América el reconocimiento constitucional de dere-
chos indígenas, ha de pasar por el tamiz de unos prejuicios. A menudo no atraviesan
el filtro, cuando no es que se dejan las vísceras en la criba. Así resulta que la doctrina
no deja ver el derecho o, lo que es definitivamente peor, no permite ver los derechos
de las gentes ajenas a la cultura de quienes se dedican profesionalmente al adoctri-
namiento, los juristas de diversa laya.”

desse mesmo reconhecimento. O reconhecimento concreto a que nos referimos demanda que o direito atribua à cultura a força normativa que decorre de sua natureza constitutiva dos homens-e-mulheres-sujeitos-de-direito, obrigando-nos a repensar o monismo jurídico característico dos estados nacionais.

O tema, portanto, tem a ver com cultura e com o lugar que lhe atribuímos no ordenamento jurídico. Se interpretarmos a cultura como um ornamento externo ao ser humano, algo a que se tem acesso juntamente com a implementação de políticas educacionais adequadas, ou por meio de uma prestação estatal a ser adimplida mediante a instituição de políticas públicas de “fomento” e “democratização” da cultura, aí então estaremos no campo da antropologia-ficção. Ao contrário, se entendermos que “a cultura, em vez de ser acrescentada, por assim dizer, a um animal acabado ou virtualmente acabado, foi um ingrediente, e um ingrediente essencial na produção desse mesmo animal”; ou, ainda, se entendermos “não existir o que chamamos de natureza humana independente da cultura”, posto que, “como nosso sistema nervoso central [...] cresceu, em sua maior parte, em interação com a cultura, ele é incapaz de dirigir nosso comportamento ou organizar nossa experiência sem a orientação fornecida por sistemas de símbolos significantes” (Geertz, 1989, p. 34-35), estaremos entrando no campo de interesse deste artigo, a que denominamos antropologia normativa.

O tema propõe que as relações entre o direito ocidental e a filosofia política pautada nos estados nacionais sejam problematizadas a partir de um olhar antropológico que situe o homem moderno e os ordenamentos jurídicos estatais em um horizonte de diversidades humanas. Segundo o idealismo político alemão, o Estado é uma entidade que existe por si mesma e que transcende ao indivíduo e à própria sociedade, determinando-os. O Estado, nessa perspectiva, é a única origem do Direito. Portanto, sujeitos de Direito são apenas aqueles a quem a norma atribui essa capacidade. O sujeito de Direito moderno, nessa medida, é concebido abstrata e idealmente de modo a tornar operativos modelos de estado e de sociedade pautados por ideais universalidade, racionalidade e domínio da natureza, sem referência ao sujeito humano concreto e real, datado historicamente e geograficamente localizado. A titularidade de direitos estabelece-se a partir de classificações, qualificações e conceitos que, quando ocorrem na realidade, produzem consequências jurídicas (direitos, faculdades, obrigações).

Portanto, o que se denomina sujeito de Direito não é uma realidade antropológica específica, situada no tempo e no espaço, mas uma construção jus-filosófica,

atemporal e universal. O sujeito de Direito moderno é uma abstração que oculta as diferenças que existem no mundo real e impede que elas se expressem juridicamente. Segundo Clifford Geertz (1989), “as abordagens para a definição da natureza humana adotadas pelo Iluminismo e pela Antropologia clássica têm uma coisa em comum: ambas são basicamente tipológicas. Elas tentam construir uma imagem do homem como um modelo, um arquétipo, uma ideia platônica ou uma forma aristotélica, em relação à qual os homens reais [...] não são mais que reflexos, distorções, aproximações”. (:37)

Por outro lado, deve-se refletir sobre a influência do pensamento colonial dos séculos XV a XIX na concepção institucionalizada de poder soberano nos estados modernos. Ensina Eduardo Mendieta (*apud* Gallas, 2013, n.p.) que, “para Locke, muito chamativamente, a origem da ordem política é comparada ao estado, não mítico, mas histórico, da América”. O mesmo autor, com fundamento em Dussel, sustenta ainda que “o princípio da ordem política é a apropriação das terras de outros e a oclusão ou ocultamento do outro”, práticas que constituíram o núcleo duro do sistema colonial em terras americanas. Na origem da ordem política, se encontram cravados os mitos fundadores dos estados nacionais modernos — a soberania, o monopólio do uso legítimo da força, o poder constituinte — que têm forte inspiração e influência coloniais.

O poder colonial atribui-se legitimidade o bastante para instituir uma nova ordem política, social, cultural e cosmológica. A ruptura com o sistema social anterior à colonização ocorre com o recurso associado da violência física e de discursos legitimadores de variada ordem. O constitucionalismo, ao definir as regras do jogo político e os limites nos quais o fazer jurídico é exercido, tem jogado um papel essencial na legitimação da ordem social implantada pelo colonizador. A teoria e a prática constitucionais, operando sem o aporte crítico das Ciências Sociais, acabam por perpetuar sistemas ideológicos que transferem para o universo da linguagem, dos símbolos e das instituições os interesses de dominação, expropriação e transformação do outro. Canotilho (2003:81) destaca que “Em toda a sua radicalidade, o poder constituinte concebia-se como poder juridicamente desvinculado, podendo fazer tudo como se partisse do nada político, jurídico e social (omnipotência do poder constituinte). Tudo isto seria na lógica da ‘teologia política’ que envolveu a sua caracterização na Europa da Revolução Francesa (1789). Ao poder constituinte foram reconhecidos atributos divinos: *potestas constituens*, *norma normans*, *creatio ex nihilo*, ou seja, o poder de constituir, o poder de editar normas, o poder de criação a partir do nada”.

Assim, seguindo as linhas lançadas pelo pensamento iluminista e as formas concretas de exercício do poder do sistema colonial, o constitucionalismo moderno e a Antropologia clássica foram povoados por seres humanos padrão — cuja dignidade é-lhes outorgada por uma ordem jurídica de cujas origens os indivíduos participam apenas fictícia ou miticamente —, concebidos idealmente a partir do que seriam características universais determinantes em sua concepção. A sociedade política é conformada como um jogo de encaixe de peças idênticas, uma “sociedade-Lego”, em que as peças particulares são homens e mulheres idênticos em seus modos de viver, criar e existir, partilhando idênticas capacidades e direitos.

Ocorre, todavia, como destaca Geertz, que “não existem de fato homens não modificados pelos costumes de lugares particulares” (1989:27). No âmbito dos estados nacionais, cuidou-se sempre em escamotear as enormes diferenças que existiam entre os diferentes grupos humanos. Diversos saberes e potentes estruturas institucionais foram mobilizadas para criminalizar diferenças, medicalizar desvios e conter implacavelmente a diversidade. A homogeneidade cultural foi imposta como um molde concebido pela antropologia-ficção capaz de desadaptar e deslocar grupos humanos, mutilar conhecimentos, internar e prender corpos para impor comportamentos, em razão de horizontes conceituais bastante estreitos que incapacitam a sociedade majoritária de conviver com diferenças radicais. A individualidade e a diferença somente são toleradas na medida exata em que se inscrevem em um arco de possibilidades predefinido por uma sistema social rígido de reconhecimento e autorização.

O tratamento dispensado pelo texto constitucional à cultura é sintomático da permanência da antropologia-ficção no ordenamento jurídico brasileiro. O *caput* do artigo 215 da Constituição impõe ao Estado brasileiro o dever de garantir a todos o “acesso às fontes da cultura nacional”. Subjaz ao dispositivo constitucional a compreensão de que a cultura é um direito que o Estado deve assegurar ao indivíduo, segundo a lógica dos direitos que demandam do ente estatal uma prestação positiva, um agir em favor do indivíduo. A cultura à qual o acesso é assegurado pela Constituição, por sua vez, é a cultura nacional, não a cultura própria, regional ou étnica. Apesar disso, o parágrafo 3º do artigo 215, ao estabelecer um Plano Nacional de Cultura, dispõe como meta a “valorização da diversidade étnica e regional”, ou seja, o adjetivo nacional ao mesmo tempo incorpora e assimila o étnico e o regional, colonizando-o, não admitindo que sejam compreendidos ou construídos em contexto diverso da nacionalidade ou ainda em termos de contraposição a ela.

O parágrafo 1º do artigo 215, por sua vez, estabelece que “o Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional”. O dispositivo, ao mesmo tempo em que se propõe estabelecer condições para a implementação de uma ordem jurídica a que poderíamos chamar multicultural, derrapa em uma linguagem ao mesmo tempo colonial e evolucionista, ao referir-se a grupos participantes de um suposto “processo civilizatório nacional”.

O artigo 216, por sua vez, define como patrimônio cultural brasileiro “os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. Apesar de avançar em relação à concepção anterior, registrada no Decreto-lei nº 25/37, segundo o qual o patrimônio histórico e artístico nacional era constituído por bens móveis e imóveis relacionados a “fatos memoráveis da história do Brasil”, caracterizados por seu “excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”, o texto constitucional de 1988 não conseguiu ainda alcançar a cultura como um elemento conformador da própria natureza humana. A própria expressão *patrimônio* cultural guarda seus riscos, por sua origem civilista. Ademais, portar referência à identidade, ação e memória ainda não diz o suficiente sobre o papel verdadeiramente constitutivo que a cultura desempenha na formação humana.

O artigo 216-A, incluído pela Emenda Constitucional nº 71, de 2012, ao tratar do Sistema Nacional de Cultura, prevê novamente como princípio regente do referido sistema a “diversidade das expressões culturais”. A pretensão de articular a diversidade de expressões culturais em um sistema que não dispensa o adjetivo nacional constitui, em relação aos povos indígenas, a negação de seu direito a continuarem existindo como comunidade distinta da sociedade majoritária, dita nacional. Doutro lado, o princípio relacionado à “universalização do acesso aos bens e serviços culturais”, por sua vez, traz implícita a ideia da existência de contingentes humanos privados de cultura, o que, mais uma vez, não é condizente com uma antropologia realista, na qual a cultura faz parte da própria humanização do que se convencionou chamar ser humano, na linha do que já foi defendido com Clifford Geertz. O princípio enunciado no inciso III, “fomento à produção, difusão e circulação de conhecimento e bens culturais”, não dá azo a dúvidas sobre o propósito mercantil do referido Sistema Nacional de Cultura, voltado para a inserção no mercado de bens e serviços “culturais”.

Não se pode esquecer os bons propósitos contidos na afirmação do multiculturalismo em nossa cultura constitucional. Todavia, as armadilhas da linguagem impedem o avanço e a concretização de uma ordem constitucional antropológica-realista. Não basta afirmar o caráter multicultural de uma cultura específica, chamada nacional. É necessário descolonizar o pensamento jurídico para reconhecer novas institucionalidades, já fundadas pela cultura própria de povos indígenas e comunidades tradicionais, em que a cultura opera como agente constituinte do ser humano e da ordem social. Esclarece Bartolomé Clavero, em trecho lapidar:

É simples dizer que fazem falta políticas participativas de conciliação entre culturas se se observa o panorama americano de povos indígenas procedentes de tempos pré-coloniais sem capacidade internacionalmente reconhecida nem constitucionalmente considerada para cuidar de suas particulares culturas em sua integridade [...]. Fácil é percebê-lo e condená-lo se não medeiam preconceitos. O difícil é elaborá-lo juridicamente e articulá-lo constitucionalmente. A dificuldade deriva não de que o assunto não seja em si imaginável, de que objetivos e procedimentos não sejam por si concebíveis, senão da forma aguda - nos limites de uma dupla inconsciência, a da ignorância e a da despreocupação - como o constitucionalismo de Estado e a ordem internacional de direitos humanos encontram-se tanto vítimas de uma antropologia fictícia como re-féns de interesses constituídos, que bloqueiam o pensável e o factível, o plausível e o praticável, ou ao menos, no melhor dos casos, condicionam profundamente pensamento e conduta.³ (2008: 177)

3 No original: “Es sencillo decir que hacen falta políticas participativas de conciliación entre culturas si se mira el panorama americano de pueblos indígenas procedentes de tiempos precoloniales sin capacidad internacionalmente reconocida ni constitucionalmente considerada para hacerse cargo de sus particulares culturas en su integridad [...]. Fácil es percibirlo y perjudicarlo si no median prejuicios. Lo difícil es elaborarlo jurídicamente y articularlo constitucionalmente. La dificultad deriva, no de que el asunto no sea en sí imaginable, de que objetivos y procedimientos no sean por sí concebibles, sino de la forma aguda — en los límites de una doble inconsciencia, la de ignorancia ya la de despreocupación — como el constitucionalismo de Estado y el orden internacional de derechos humanos se encuentran tanto víctimas de una antropología ficticia como rehenes de unos intereses constituídos, todo lo cual

O desafio de descolonizar nosso pensamento jurídico tem sido levado adiante no constitucionalismo latino-americano, que tem se empenhado com vigor na desconstrução de conceitos coloniais que limitam e tolhem as possibilidades de pensar o direito e a justiça em uma perspectiva de reconhecimento autêntico da cultura como elemento constitutivo do ser humano. A colonialidade do pensamento jurídico moderno é o principal obstáculo para a construção de um direito adequado ao reconhecimento concreto da dignidade de povos indígenas e comunidades tradicionais.

A cultura, em lugar de ser compreendida como um elemento constitutivo da natureza humana, é abordada como um ornamento externo ao indivíduo, um verniz capaz de atribuir cores mais vivas ou mais democráticas a rebentos envelhecidos do pensamento jurídico moderno-colonial. A “democratização” da cultura com o objetivo de promover a cultura de grupos subordinados e, ao mesmo tempo, permitir-lhes o acesso à cultura nacional, não ultrapassa as premissas epistemológicas do arraigado colonialismo, pouco contribuindo para a reformulação das instituições que conformam o Estado moderno.

A cultura, segundo a concepção vigente, constitui um compartimento específico, estanque e segmentado das políticas públicas, expondo as manifestações culturais populares a um duplo risco: primeiro, o risco da captura, com a construção de laços de dependência com o mercado ou com sistemas de financiamento, com perda da função estruturante dos processos sociais em que a cultura é vivenciada e reproduzida; e segundo, o risco do empobrecimento das culturas populares, por sua transformação em produtos pasteurizados, formatados segundo a lógica do “empreendedorismo”, para oferecimento a um mercado cujas premissas são estabelecidas monoculturalmente.

Até aqui, não se admitiu que as culturas pudessem assumir força normativa decorrente de seu caráter constitutivo do próprio ser humano. Permaneceu-se aferrado à noção clássica de ser humano universal, agora matizado por idiosincrasias culturais, toleradas apenas na exata medida em que não perturbam a noção de indivíduos igualmente capazes de subordinação a um idêntico ordenamento jurídico dito nacional.

bloquea lo pensable y lo factible, lo plausible y lo practicable, o al menos, en el mejor de los casos, condiciona profundamente pensamiento y conducta.”

A virada epistemológica que reivindicamos é a constatação de que a cultura tem uma robusta força normativa, orientadora, em última instância, do comportamento humano e de sua percepção do real. A capacidade de modular o comportamento humano alcança certamente a capacidade de compreender e interagir com os sistemas normativos socialmente vigentes, de modo que o exercício do Direito não pode ser indiferente aos diferentes traços culturais das comunidades submetidas ao Estado nacional. A partir dessa compreensão, o monismo jurídico que define as estruturas básicas do Estado nacional passa a ser um incontornável problema, do qual emergem situações muito cruas de opressão e colonialismo, até aqui pouco presentes nos debates jurídicos.

Tais injustiças, fruto do monismo jurídico assegurado pelos estados nacionais, guardam correspondência com a antropologia-ficção, que impera não apenas no constitucionalismo moderno, mas também na ordem internacional, que também impõe às coletividades humanas o dever de sujeição às normas emanadas dos estados nacionais, interface necessária do indivíduo com a ordem jurídica internacional, fazendo *tabula rasa* do caráter constitutivo que as culturas não institucionalizadas têm sobre os indivíduos nelas inseridos.

A própria Convenção 169, da OIT, ao postular a capacidade dos povos indígenas e tribais para a prática de seu direito próprio reconhece que “esses povos terão o direito de manter seus costumes e instituições, desde que não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais previstos no sistema jurídico nacional e com direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para a solução de conflitos que possam ocorrer na aplicação desse princípio.”. Mais adiante, acrescenta, “desde que sejam compatíveis com o sistema jurídico nacional e com direitos humanos internacionalmente reconhecidos, os métodos tradicionalmente adotados por esses povos para lidar com delitos cometidos por seus membros deverão ser respeitados.” (OIT, 2001:21).

A antropologia-ficção possui raízes profundas na filosofia política liberal, estendendo sua influência por toda a extensa planície do Direito ocidental, colmatando lacunas e condicionando interpretações, invariavelmente desfavoráveis ao reconhecimento de ordens jurídicas tão reais e presentes na história quanto diversas dos poderes constituídos pelo Estado nacional. Ainda com Bartolomé Clavero, “gente como Ronald Dworkin, John Rawls o Robert Nozick seriam bons representantes de uma tal filosofia improcedente por inconsistência antropológica”,

ou representantes de uma “filosofia jurídica que se apresenta como pensamento normativo de índole constitucional, isto é, como desdobramento de teorias praticáveis sobre direitos de liberdade com valor que se entende universal”⁴ (2008:176).

Os significativos avanços de práticas interculturais na América Latina ainda se ressentem profundamente das noções clássicas de indivíduo e de preconceitos coloniais que bloqueiam a extensão da plena dignidade humana a coletivos inteiros que se conformaram em paradigmas diferentes de cultura e socialização. A desconfiança com que os órgãos encarregados da jurisdição oficial enxergam os sistemas normativos emanados das culturas subordinadas empresta a real dimensão dos preconceitos enraizados no pensamento jurídico ocidental.

A necessidade de condicionar a validade do Direito próprio à compatibilidade com os direitos humanos reconhecidos faz crer que possam existir, entre os povos indígenas e tribais, sistemas de ordenação social em si inumanos. A desconfiança não se deve à violação concreta de direitos humanos constatada por organismos oficiais em povos e comunidades tradicionais, mas propriamente aos preconceitos coloniais que estigmatizam e descapacitam as comunidades. Tampouco pode-se afirmar que se trate de regra de compatibilização de sistemas jurídicos. Os dispositivos constituem efetivamente regra específica de sujeição. Ora, juntamente com a necessidade de conformidade com os direitos humanos reconhecidos, vem o dever de conformação ao sistema jurídico nacional, regra por si só capaz de ferir de morte o direito de acessar o próprio Direito, o direito comunitário, diverso em sua estrutura e forma do Direito nacional. Fato é que, tanto na definição do Direito nacional quanto na conformação da ordem internacional, nações indígenas e comunidades tradicionais não participaram em sua criação e desenvolvimento, circunstância da qual resulta que referidos ordenamentos não são, na extensão em que deveriam ser, efetiva ou plenamente humanos. No dizer de Bartolomé Clavero, “os direitos humanos certamente andam necessitados da Antropologia” (p. 192).

No mesmo sentido caminhou a Declaração das Nações Unidas sobre Direitos dos Povos Indígenas promulgada em 2007. O artigo 34 da declaração estabelece que “Os

4 No original: “gentes como Ronald Dworkin, John Rawls o Robert Nozick serían buenos representantes de una tal filosofía impropcedente por inconsciencia antropológica”, ou representantes de uma “filosofia jurídica que se presenta como pensamiento normativo de índole constitucional, esto es, como despliegue de teorías practicable sobre derechos de libertad con valor que se entiende universal”

povos indígenas têm o direito de promover, desenvolver e manter suas estruturas institucionais e seus próprios costumes, espiritualidade, tradições, procedimentos, práticas e, quando existam, costumes ou sistemas jurídicos, em conformidade com as normas internacionais de direitos humanos (ONU, 2008:17). O referido dispositivo representa um avanço ao submeter as instituições, costumes e sistemas jurídicos dos povos indígenas diretamente às normas internacionais de direitos humanos.

A relação subordinada dos direitos e instituições indígenas ao ordenamento jurídico nacional, contudo, foi novamente registrado pelo artigo 46, item 2, segundo o qual, “No exercício dos direitos enunciados na presente Declaração, serão respeitados os direitos humanos e as liberdades fundamentais de todos. O exercício dos direitos estabelecidos na presente Declaração estará sujeito exclusivamente às limitações previstas em lei e em conformidade com as obrigações internacionais em matéria de direitos humanos. Essas limitações não serão discriminatórias e serão somente aquelas estritamente necessárias para garantir o reconhecimento e o respeito devidos aos direitos e às liberdades dos demais e para satisfazer as justas e mais urgentes necessidades de uma sociedade democrática (p. 20)”. Apesar de ressaltar, de forma bastante vaga, que as limitações determinadas pela lei não deverão ter caráter discriminatório, o artigo não contribui para a compreensão de que, por sua natureza constituinte de autênticos sujeitos de Direito, a cultura indígena não guarda uma relação de mera subordinação com o ordenamento estatal. O Direito e as instituições indígenas participam do ordenamento jurídico, transformando-o em uma ordem plural, com diversidade de fontes normativas, que se articulam de modo a tornar possível a convivência de valores, princípios e regras que dão forma e existência a diferentes coletivos humanos. O dispositivo, ao reafirmar que, no exercício dos direitos assegurados na declaração, respeitar-se-ão os direitos humanos e liberdades fundamentais, ao mesmo tempo em que se revela prenhe da desconfiança colonial para com os povos indígenas, não se dá conta de que direitos humanos e liberdades fundamentais são expressões que fazem perdurar o hegemonismo cultural dos estados nacionais. Direitos humanos e liberdades fundamentais são expressões que devem ser reconceitualizadas em uma perspectiva intercultural, de modo que possam fazer algum sentido quando pretendem ser instrumento de diálogo entre povos que não partilham o mesmo cânon jurídico dos Estados nacionais.

Diversos países da América Latina propuseram-se enfrentar o desafio de superar os estigmas coloniais da antropologia-ficção, dando reconhecimento expresso

e suporte institucional às formas jurídicas que emanam das comunidades indígenas. Como ensina Bartolomé Clavero, os esforços de construção de um novo constitucionalismo devem levar em consideração a “cultura como fator constituinte solapado” (2008:184). O tema tornou-se efetivamente um desafio ao pensamento constitucional desde que, no final da década de 1980, foram incluídas em diversas constituições da América Latina dispositivos que contêm, em diversas formas e alcances, o reconhecimento da cultura, tradições, valores e instituições dos povos originários. Esses dispositivos convivem de forma mais ou menos solitária nos textos constitucionais com uma selva densa de conceitos e expressões abertamente impossibilitadoras da implantação de um sistema jurídico plural. O alcance e o real significado desses preceitos constitucionais é algo por se descobrir, o que só ocorrerá quando desfeitos os laços epistemológicos que constroem o desenvolvimento de uma antropologia realista no pensamento jurídico ocidental.

A Constituição brasileira, quando prescreve, em seu artigo 231, que “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”; ou a Constituição Colombiana, quando anota, em seu artigo 7º, que “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica e cultural de la Nación colombiana”; a Constituição do Paraguai, quando dispõe, em seu artigo 63, que “Queda reconocido y garantizado el derecho de los pueblos indígenas a preservar y a desarrollar su identidad étnica en el respectivo hábitat. Tienen derecho, asimismo, a aplicar libremente sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa”; a Constituição do Peru, quando estabelece, em seu artigo 2º, 19, que “El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación”; ou ainda a Constituição da Venezuela, quando reza, em seu artigo 119, que “El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida” inserem no quadro normativo constitucional uma *cláusula constituinte aberta* ou *cláusula de reconhecimento*, pela qual as instituições, a organização social, a língua, as categorias culturais dos povos indígenas passam a integrar, em suas especificidades, o quadro normativo constitucional.

Portanto, a existência dos dispositivos mencionados impõe aos Estados latino-americanos o dever de reconhecer força normativa a categorias culturais que

somente podem ser antropologicamente descritas. A prestação devida estabelece uma relação heurística entre uma forma descritiva (etnia, organização social, liderança tradicional, cultura, homem) e um correspondente conteúdo normativo (autogoverno, autonomia, titularidade de direitos, obrigações, faculdades).

Às formas antropológicas de povos e comunidades tradicionais deve-se reconhecer dignidade jurídica e normatividade, de modo que as diversas formas assumidas pela experiência humana possam dialogar com as instituições jurídicas e políticas que conformam os Estados nacionais.

Não obstante os grandes desafios teóricos, práticos e políticos de se implementar uma transformação profunda nas estruturas do estado nacional, permitindo a emergência do pluralismo jurídico, a empreitada tem sido levada adiante. Não só nos debates legislativos, mas nos tribunais e nas escolas de Direito, um acalentado reforço do diálogo com a Antropologia tem permitido avanços lentos, mas expressivos. A regra geral segue sendo a dubiedade e a vacilação no reconhecimento das formas de vida dos povos indígenas, situação que reivindica o aperfeiçoamento da tradução entre as culturas minoritárias e majoritária, de modo que possamos não apenas constatar e denunciar a violação sistemática de direitos dos povos indígenas — resultado, entre outros fatores, da incongruência antropológica do pensamento jurídico ocidental —, mas implementar estruturas institucionais capazes de superar esse estado de coisas.

Referências bibliográficas

- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004.
- BRASIL. Presidência da República. Constituição da República federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Edições Almedina, 2003.
- CLAVERO, Bartolomé. *Geografía jurídica de América Latina: pueblos indígenas entre constituciones mestizas*. México, D.F.: Siglo XXI, 2008.
- _____. *Genocidio y justicia: la destrucción de las indias, ayer y hoy*. Madrid: Marcial Pons, 2002.
- DENNINGER, Erhard; GRIMM, Dieter. *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*. Madrid: Trotta, 2007.
- GALLAS, Luciano. A pós-colonialidade potencializa a democracia. IHU On-line, v. 13, n. 431, n.p., nov. 2013. Disponível em: http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5251&secao=431.
- GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC — Livros Técnicos e Científicos Editora, 1989.
- MALDONADO, Daniel Bonilla. *La constitución multicultural*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes - Facultad de Derecho; Pontificia Universidad Javeriana - Instituto Pensar, 2006.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas. Rio de Janeiro: ONU, 2008. Disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Convenção n° 169 sobre povos indígenas e tribais e Resolução referente à ação da OIT*. Brasília: OIT, 2011. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/baixaFcdAnexo.do?id=3764>.