

Os indígenas e a Constituição Federal de 1988: uma análise sistêmica da capacidade jurídica civil do índio

The indigenous and the Federal Constitution of 1988: a systemic analysis on the indigenous civil legal capacity

Stéphanie Winck Ribeiro Oliveira

RESUMO

O presente artigo visa analisar o instituto jurídico da capacidade civil dos indígenas dentro do sistema jurídico brasileiro a partir do marco regulatório constitucional de 1988 que estabeleceu o paradigma do multiculturalismo. O artigo 231 estabelece que a organização social e os costumes dos indígenas deverão ser respeitados e o artigo 232, ambos CF/88, promulgou a capacidade jurídica dos mesmos alterando assim a sistemática jurídica indigenista brasileira. Alinhada à perspectiva dos direitos humanos internacionais, a Carta Magna revogou tacitamente dispositivos infraconstitucionais cujo paradigma é assimilacionista, como o Estatuto do Índio, Lei 6.001/73. Utilizando a teoria sociológica contemporânea dos sistemas de Luhmann, Teubner e Neves o artigo analisa o aspecto autoreferencial do Direito bem como o aspecto reflexivo, o qual sujeita o sistema jurídico às pressões de outros sistemas do entorno, como a política e a economia. Conclui que a Economia e a Política, fundamentada pelo modo de pensar metafísico da sociedade em geral, prejudica a autonomia do sistema jurídico, o qual não consegue se auto-regular como deveria, resultando em assimetrias dentro do sistema que comprometem a efetividade dos direitos indígenas.

Palavras-chaves: Indígenas; Teoria dos Sistemas; Capacidade jurídica civil

ABSTRACT

This article aims to analyze the legal institution of civil capacity of indigenous within the Brazilian legal system from the 1988 Constitutional regulatory framework that established the multiculturalism paradigm. In the Federal Constitution of 1988, Article 231 establishes that the social organization and the indigenous habits should be respected and Article 232 enacted the indigenous legal capacity, altering the Brazilian indigenous legal system. Aligned to the perspective of international human rights, the Constitution tacitly repealed infra devices whose paradigm is assimilationist, such as the Indian Statute, Law 6.001/73. Using Luhmann, Teubner and Neves contemporary sociological theory systems, the article analyzes the self-referential aspect of the law as well as its reflexive aspect, which subjects the legal system to pressure from other systems around, like politics and the economy. We come to the conclusion that the Economics and Policy, founded by metaphysical thinking of society in general, affect the autonomy of the legal system, which cannot regulate itself as it should, resulting in disparities within the system that undermine the effectiveness of indigenous rights.

Keywords: Indigenous people; System Theory; Civil legal capacity

Introdução

As teorias sociológicas contemporâneas inspiram-se nas teorias racionalistas do século XVIII. Assim, tem como objeto de estudo a ação social a fim de fundamentar a reprodução da sociedade. Nesta ótica, adota o conceito de universal, ou seja, a preocupação em descobrir os componentes elementares e, ao mesmo tempo, gerais da vida em sociedade.

O problema em conceber os fenômenos a partir do todo e das partes é que o todo deveria ser entendido em duplo sentido: como unidade e totalidade de suas partes. Poderia se dizer que o todo é a totalidade de suas partes ou, então, que é mais que uma simples soma das partes.

Procurar pelo universal a partir do particular, tentar definir toda a humanidade a partir de um só homem, fez com que os sociólogos buscassem nos conceitos de razão, moral social e outros apriorismos os supostos universais estruturantes dos processos de socialização (MELLO, 2006).

Já para a sociologia jurídica tradicional, o direito é entendido, segundo a definição de Grocio, como *qualitas moralis personae competens - qualidade moral que compete à pessoa*. Deste modo, o indivíduo ocupa o lugar primeiro e central do universo, sujeito inserido no espectro da homogeneidade e de unidade correlatos à perspectiva social. Entretanto, este mesmo sujeito é abstrato, intercambiável e sem qualidades (DUPRAT, 2012).

Critica Luhmann esta abordagem, pois, do ponto de vista formal, a teoria sociológica contemporânea não explica como o todo, na medida em que é composto de partes, pode ser apresentado como unidade a nível das partes. Sua crítica não é isolada, podendo ser vista dentro de um quadro mais amplo de sociólogos e filósofos que questionam tal paradigma.

O conhecimento caracterizado pelo logocentrismo, pela semelhança, pela adequação, pela unidade, bem como os construtos teóricos por ele engendrados, são postos em questão, inicialmente por Nietzsche, que o vê como desconhecimento, na medida em que, ao esquematizar as coisas entre si, ignora as diferenças, cumprindo seu papel sem nenhum

fundamento na verdade. Seguem-se Foucault, Heidegger, Adorno e Derrida denunciando a colonização da diferença pelo sempre-igual e pelo homogêneo e anunciando o reino do fragmento contra a totalização, do descontínuo e do múltiplo contra as grandes narrativas e as grandes sínteses (DUPRAT, 2012, p. 230).

Luhmann, pioneiro da teoria jurídica dos sistemas, propõe a substituição do paradigma indivíduo-sociedade por um novo modelo, estruturado a partir da clivagem sistema-ambiente. De acordo com sua teoria, um sistema se compõe pela quantidade significativa de diferenciações sistema-ambiente em suas operações, resultando em uma funcionalidade específica. Na teoria sistêmica, os sistemas, além de factuais, são também autoreferenciais, pois, nascidos das circunstâncias, os sistemas se auto-observam e se reproduzem (MELLO, 2006).

A ordem jurídica como expressão do Direito é analisada por Luhmann, Teubner e, no Brasil, pelo professor Neves como um subsistema autopoietico de segundo grau, pois, inserido no abrangente sistema social, coexiste ao lado de outros subsistemas, dentre os quais o subsistema político e o subsistema econômico. A cada um desses subsistemas sociais foram acrescentados códigos binários específicos como instrumento de linguagem, a saber, lícito/ilícito, situação/oposição, verdadeiro/falso, ter/não-ter.

Um sistema jurídico torna-se autônomo na medida em que consegue constituir seus elementos – ações, normas, processos, identidade – em ciclos auto-referenciais, só atingindo o termo pertinente de sua autonomia *autopoietica* quando os componentes do sistema, assim ciclicamente constituídos, se articulam, por sua vez, entre si, formando um “hiperciclo” (MELLO, 2006, p. 358).

No subsistema legal não é o conteúdo das normas que estrutura o sistema, mas as operações legais decorrentes da auto-referência normativa. Isso se deve ao fato da dupla contingência dos sistemas, ou seja, para evitar uma assimetria entre seus componentes ou entre o próprio sistema e o ambiente, este deve operar de modo normativamente fechado, porém cognitivamente aberto.

Assim, conforme a teoria sistêmica, o sistema legal utiliza-se de um “*programa de condicionalidades*” para a introdução no sistema de informações do ambiente, as quais servirão como estímulos. Podemos exemplificar um programa de condicionalidades, entre tantos, como os critérios próprios para a aprovação de uma Emenda Constitucional, o rito, o quórum etc. É sob este seguimento que, para Teubner,

“[...]o direito deve ser analisado como resultado da interação entre fatores sistêmicos do próprio direito e as pressões políticas pela incorporação de elementos de justiça material[...]” (MELLO, 2006, p. 353).

É neste sentido, também, que o presente artigo se propõe a fazer uma pequena análise do instituto jurídico da capacidade civil como elemento operacionalizante do sistema jurídico inserido no sistema geral da sociedade. A saber, o paradigma constitucional adotado pelo art. 231 reconhece as formas próprias de organização social das comunidades indígenas e o art. 232 confere capacidade jurídica processual a seus membros. Com isso, o sistema jurídico não só gera a inconstitucionalidade tácita de vários dispositivos do Estatuto do Índio, Lei 6.001 de 19.12.1973, como prevê uma reorganização e mesmo uma reinvenção do subsistema jurídico a fim de que este não se torne assimétrico, interna e externamente.

1. Personalidade Jurídica

A personalidade jurídica constitui-se como um elemento do subsistema jurídico a fim de operacionalizá-lo. Seu caráter é eminentemente comunicativo, tanto para o próprio sistema jurídico quanto para os outros sistemas que habitam no entorno. Visa identificar, segundo os critérios estabelecidos pelo sistema, o ente existente na esfera jurídica, considerando-o capaz de gozar direitos e deveres.

Personalidade, na acepção clássica, é a capacidade de direito ou de gozo da pessoa de ser titular de direitos e obrigações, independentemente de seu grau de discernimento, em razão de direitos que são inerentes à natureza humana e sua projeção para o mundo exterior (LISBOA, 2010, p. 204).

Segundo Gagliano e Pampolha Filho (2009, p. 80), a personalidade jurídica é “[...] a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou em outras palavras, o atributo necessário para ser sujeito de direito”.

A personalidade jurídica é pressuposto para a capacidade de direito, mas com esta não se confunde. A capacidade de direito poderá requisitar outros elementos jurídicos para o gozo de determinados direitos como, por exemplo, a nacionalidade ou a idade mínima para cargos políticos.

A personalidade jurídica pode ser concedida tanto para pessoas físicas ou naturais como para pessoas jurídicas, entes de direito público ou privado, de acordo com o procedimento específico do sistema ou condicionalidades. À pessoa natural é concedida a personalidade a partir de seu nascimento com vida (Art. 2º, CC/02: “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”). Tal fato pode ser constatado pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno. Deste modo, é a respiração extra-uterina que determina a vida, atribuindo ao indivíduo recém-nascido a qualidade de sujeito de direito.

Apesar de configurar-se como um instituto elementar, a personalidade jurídica está sujeita à ordenação e reordenação a fim de harmonizar-se com os outros elementos da ordem jurídica e demais sistemas do entorno. Assim,, através de ato normativo, seus critérios de funcionalidade podem ser alterados. Explica Clóvis Beviláqua (1999, p.81):

Na personalidade jurídica intervém um elemento, a ordem jurídica, do qual ela depende essencialmente, do qual recebe a existência, a forma, a extensão e a força ativa. Assim, a personalidade jurídica é mais do que um processo superior da atividade psíquica, é uma criação social, exigida pela necessidade de pôr em movimento o aparelho jurídico, e que, portanto, é modelada pela ordem jurídica.

O valor dado à vida, com os respectivos efeitos que a mesma sugere na ordem jurídica, é cultural. Na Roma Antiga, para ser considerada pessoa e ser investida de personalidade jurídica era necessário o nascimento com vida, a forma humana e a viabilidade fetal, além do *status libertatis*, o *status familiae* e o *status civitatis*.

Na Espanha, o critério para definir a personalidade jurídica foi alterado recentemente a fim de corrigir a assimetria que o elemento suportava. Antes do advento da Lei 20/2011, o recém-nascido necessitava possuir forma humana e sobreviver por 24 horas para lhe ser os direitos reconhecidos. A partir de então, o Código Civil Espanhol propõe em seu Art. 30: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”.

Na cultura Yanomami, cujo sistema jurídico rege-se pelo Direito Consuetudinário, a definição de nascer com vida é diferente. Conforme narra Débora Duprat, Sub-Procuradora Geral da República,

A mulher yanomami, quando sente que é chegada a hora do parto, vai sozinha para local ermo na floresta, fica de cócoras, e a criança cai ao chão. Nessa hora, ela decide se a pega ao colo ou se a deixa ali. Se a põe nos braços, dá-se, nesse momento, o nascimento. Se a abandona,

não houve, na concepção do grupo, infanticídio, pela singela razão de que a vida não chegou a ser iniciada (DUPRAT, 2012, p. 236).

Assim, com o reconhecimento pela mãe, a criança passa a ser reconhecida pelo grupo indígena e a gozar dos direitos estabelecidos por sua ordem. Ao que inferimos, independente do sistema cultural a que o ente se insere, estar investido de personalidade jurídica é essencial em um mundo subordinado ao Direito como ordenamento social.

2. Capacidade Jurídica

A capacidade jurídica de gozo denota a titularidade de direitos e deveres do ente na esfera jurídica. Porém, se na personalidade jurídica o nascimento com vida é o marco para sua obtenção, na capacidade de gozo é possível ter vários marcos para sua aquisição, de acordo com os direitos específicos que se pretende usufruir. Um exemplo de requisito para a capacidade de direito, além da personalidade, é a idade mínima para se tornar elegível estabelecida pela CF/88, artigo 14, parágrafo 3º.

Em sentido amplo, poderíamos estabelecer uma sinonímia entre “personalidade” e “capacidade”. A personalidade é a capacidade *in abstracto* de ser sujeito de direitos ou obrigações, ou seja, de exercer determinadas atividades e de cumprir determinados deveres decorrentes da convivência em sociedade. O conceito de capacidade, em sentido estrito, é próprio, não se confunde, porém, com o de personalidade. A palavra “capacidade” por si mesma está dizendo que ela indica uma extensão do exercício da personalidade, como que *a medida da personalidade em concreto* (REALE, 2001, p. 216, 217).

A capacidade jurídica de fato é um elemento do direito constituído a partir da personalidade jurídica e da capacidade de direito, a fim de estruturar paulatinamente o sistema jurídico. A capacidade de gozo somada à capacidade de exercício ou de fato confere a capacidade civil plena ao ente.

A capacidade de fato condiciona-se à capacidade de direito. Não se pode exercer um direito sem ser capaz de adquiri-lo. Uma não se concebe, portanto, sem a outra. Mas a recíproca não é verdadeira. Pode-se ter capacidade de direito, sem capacidade de fato, adquirir o direito e não poder exercê-lo por si. A impossibilidade do exercício é, tecnicamente, incapacidade (GOMES, 1985, p.166).

O pressuposto da capacidade jurídica de fato transcende ao da personalidade, efetivando-se através de conceitos inerentes à psicologia, tais como consciência e discernimento. Já a capacidade de fato está atrelada ao exercício de direitos. Nos dizeres da professora Maria Helena Diniz (2013, p. 147),

a capacidade de fato ou exercício é a aptidão de exercer por si os atos da vida civil dependendo, portanto do discernimento que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência, e, sob o prisma jurídico, da aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial.

A personalidade jurídica atribui direitos e deveres ao ente independentemente de sua solicitação e sem a necessidade do mesmo possuir capacidade de exercício, sendo, portanto, um direito subjetivo absoluto, irrenunciável. Já a capacidade jurídica de fato pressupõe o entendimento do indivíduo sobre o que é lícito/ilícito, ou seja, pressupõe o domínio do código operacionalizante básico do sistema.

Assim, mesmo não compreendendo a sinuosidade do Direito, suas estruturas, procedimentos, programas de condicionalidades etc., o indivíduo deve ser capaz de conduzir-se de forma adequada socialmente perante o sistema coercitivo jurídico, visto que, conforme a Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro, em seu art. 3º, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”.

3. Capacidade jurídica como elemento operacionalizante do subsistema jurídico

Para Luhmann apud Zymler (2000, p. 39), o direito se define como “[...] estrutura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas [...]” e sua legitimidade comporta dois mecanismos: “[...] a utilização da eficácia simbólica generalizante da força física e a participação em processos [...]”.

Ou seja, para o autor, as pessoas esperam que o comportamento social seja de acordo com as normas. Para o sistema, no entanto, um fato em desacordo com a norma não invalida esta, uma vez que somente condições legalmente fixadas na legislação

podem fundamentar objeções contra a vigência e a validade das leis (MELLO, 2006, p. 354).

A força física induzirá à aceitação das decisões jurídicas pelas pessoas, com a prerrogativa de ser utilizada de modo limitado e não exclusivo a fim de evitar um regime de horror no Estado. Paralelamente a esse mecanismo, os processos surgem nesta órbita a fim de questionar possíveis decisões jurídicas que afetariam o indivíduo, dando-lhe a possibilidade de reivindicar tutelas e protestar os mecanismos do próprio subsistema. Dessa forma, a capacidade jurídica de fato confere ao indivíduo o poder de provocar o sistema, como característica de um estado democrático de Direito, a fim de obter uma tutela jurídica específica.

A capacidade de exercício e, também, a capacidade processual que dela decorre fazem com que o indivíduo conceba o mundo jurídico como uma realidade material, não sendo a ela apenas sujeito¹, como titular passivo de direitos e deveres, mas, diante dela, ativo, como agente jurídico, de maneira que sua circunstância passa a ser problematizada de forma jurídica.

4. A Constituição de 1988 e a capacidade civil dos indígenas

O Código Civil de 2002, em seu Art. 1º, proclama que: “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Interessante notar a alteração textual deste Código que revogou o anterior, de 1916, substituindo a palavra “homem” por “pessoa”, visto o dever constitucional de tratamento igualitário aos gêneros. Também, tratou o Novo Código Civil, Art. 4º, parágrafo único, de suprimir o vocábulo “silvícola” (aquele que vive na selva) por “índio”.

Tal mudança não se faz sem propósito. Visa alinhar o ordenamento jurídico natal, cuja Constituição é sua expressão axiológica máxima, com o espectro internacional dos direitos humanos e de acordo com o qual as práticas discriminatórias devem ser abolidas. Não obstante essa luta, ainda existem civilistas que “apenas por questão de

¹ *Sujeito*, para o Dicionário Priberam, é um adjetivo que denota as seguintes características: 1. Que se sujeita a algo ou alguém; 2. Dependente, subordinado. 3. Domado, subjugado. 4. Que está sob determinado dever, obrigação, etc. (ex.: Sujeito às regras). 5. Obediente, dócil, cativo. 6. Que apresenta determinada vulnerabilidade ou possibilidade (ex.: sujeito às intempéries).

estilo” (GAGLIANO, PAMPOLHA FILHO, 2012, p.99), utilizam as expressões indistintamente em seus manuais.

Foi-se o tempo em que a humanidade dos indígenas era questionada. Hoje, sua autonomia e inteligência são confirmadas através da ciência, valor social universal, não obstante sua cultura tradicional ser equidistante da cultura não-indígena dominante. A organização social própria dos indígenas bem como sua capacidade processual foram reconhecidas pela atual Constituição, em seu art 231² e 232³, respectivamente.

Nas palavras de Vilhares (2012, p.60), “[...]a CF/88 reconheceu a capacidade processual, claro está que reconhece, de forma geral, a capacidade jurídica plena do índio, das comunidades indígenas e de suas organizações[...]”. A capacidade processual permite que o indivíduo figure em juízo em um dos polos da demanda a fim de reivindicar seus direitos. Essa prerrogativa, no entanto, baseia-se na capacidade plena para o exercício dos direitos e cumprimento de deveres.

O Código Civil, no parágrafo único do art 4º, prevê que “a capacidade dos índios será regulada por legislação especial”. Atendendo à regra geral da CF/88, que prevê a capacidade geral, o Código Civil, segundo Vilhares (2012, pág. 60), permite à possibilidade de delimitar essa capacidade, excluindo-os, em certas situações, da norma geral e atribuindo-lhes um estatuto jurídico específico, como é o caso do Estatuto do Índio.

Se a idéia da tutela como imposição de alguma restrição ao livre arbítrio do índio e limitação de seus direitos já tinha sido afastada, mesmo que continuasse a ser aplicada na prática, com a Constituição Federal de 1988 não pode haver nenhuma dúvida: ela garante expressamente ao índio a possibilidade de se organizar como comunidade ou através de organizações próprias, reconhecidas pelo direito, e de recorrer diretamente ao Poder Judiciário na defesa de seus direitos e interesses. Ora, a autonomia é então plena, tendo o índio os mesmos direitos e obrigações dos demais e sendo reconhecido como um cidadão brasileiro (VILHARES, 2012, pág. 76).

Todavia, para Vilhares (2012), a instituição de um Estatuto próprio não incapacita o índio, mas configura-se como uma tutela histórica que coloca

² Art. 231: São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

³ Art. 232 - Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.

intermediários na relação entre o índio e o Estado, servindo, sim, como uma ação afirmativa que visa a igualdade. Da mesma forma como os idosos, as crianças, os portadores de necessidades especiais ou mesmo os consumidores, os indígenas merecem um Estatuto específico para cuidar de sua hipossuficiência.

A dúvida ocorre quando se trata como sinônimos os institutos distintos do subsistema jurídico, a saber, a capacidade e a tutela. A Lei 6.001/73, mal redigida, trouxe a equivocada previsão em seu parágrafo 1º do seu art. 7º, qual seja, a aplicação subsidiária da tutela civil ao regime indigenista. Ocorre que há uma diferença entre o instituto de direito público de proteção ao índio e o instituto da tutela do direito de família.

Segundo Vilhares (2012), a tutela prevista no Estatuto não abrange a todos os índios, mas sim àqueles não-integrados à comunhão nacional. Assim, somente aos índios considerados isolados ou em vias de integração é aplicada a tutela que não é apenas individual, mas coletiva, pois se aplica às comunidades tradicionais, o que a afasta do instituto da tutela civil do direito de família.

A principal regra em relação à tutela indígena está, sem sombra de dúvida, presente no art. 8º, que declara a nulidade dos atos praticados pelo índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente (Fundação Nacional do Índio – Funai).

Pelo parágrafo único deste mesmo artigo, essa regra não deve ser aplicada quando o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que este não lhe seja prejudicial. Essa regra, também, esclarece uma diferença essencial entre tutela indígena e a tutela do Direito Civil, pois a tutela indigenista admite a capacidade do índio de celebrar atos jurídicos sem a assistência do “tutor” (VILHARES, 2012).

A tutela indigenista, característica pela necessidade de um Estatuto próprio, é prevista constitucionalmente. Contudo, não se confunde com a tutela do Direito Civil de Família, que substitui a vontade do representado, mas configura-se como uma proteção ao índio. A tutela indigenista, ao contrário, é um instituto que tem regime público utilizado na proteção de interesses e direitos coletivos. Está prevista na Constituição e se reflete nas normas que instituem uma proteção e cuidado à saúde, educação, assistência social, territórios, meio ambiente e patrimônio indígena (VILHARES, 2012, p. 76).

Lacerda (2009), em amplo estudo sobre o tema, relacionou o posicionamento dos autores brasileiros sobre a capacidade civil indígena, na vigência do Código Civil de 2002 e sob o crivo da Constituição Federal de 1988.

A autora relaciona três posições básicas sobre o tema. Um primeiro grupo, majoritário e dominado pelos civilistas, agrupa autores que, desde o advento de 1916 até o presente momento, sob o Código de 2002, acolhem sem qualquer questionamento a sujeição dos índios à *capitis diminutio* e ao regime tutelar, antes em razão da Lei Civil de 1916, e hoje por força da Lei 6.001/73. São autores que advogam a integração dos indígenas à comunhão nacional como processo necessário à superação da sua sujeição a ambos os institutos (Lacerda, 2009).

Um segundo grupo, minoritário e de posição intermediária, compõe-se de autores atuantes na área dos direitos indígenas que, mesmo sob a CF/88, também entendem pela vigência da *capitis diminutio* e do regime tutelar, mas que, desde a vigência da EC/69, já rechaçam o paradigma da integração dos índios à comunhão nacional (Lacerda, 2009).

Um terceiro grupo, também minoritário e completamente oposto ao primeiro, formado por autores com conhecimento mais especializado sobre a temática indigenista, descarta por completo o paradigma da integração à sociedade envolvente, bem como a vigência atual da *capitis diminutio* e do regime tutelar previsto na Lei 6.001/73 (Lacerda, 2009).

Apesar das profundas divergências entre si, as três posições têm em comum o argumento da necessidade de proteção aos indígenas e a seu patrimônio. No entanto, divergem quanto aos motivos que levariam à necessidade do tratamento protetor, sobre o objeto de proteção, que pode se limitar à pessoa e a seus bens como ampliar-se às coletividades indígenas, e aos bens espirituais ou imateriais (Lacerda, 2009).

Divergem, ainda, quanto ao instrumento a ser empregado nessa proteção aos indígenas, se pelo regime tutelar ou por um assessoramento, e, por fim, divergem quanto ao objetivo da proteção aos indígenas. Se para o primeiro grupo a proteção seria para facilitar o processo de civilização, para o segundo grupo tal necessidade de proteção visa respeitar às diversidades étnicas e culturais dos povos indígenas (Lacerda, 2009).

Diante do atual cenário, Lacerda (2009) destaca o posicionamento avançado do Ministério Público Federal no âmbito de sua função institucional de defesa judicial dos direitos e dos interesses das populações indígenas (CF/88, art. 129, V). O órgão conta

com 6ª Câmara de Coordenação e Revisão sobre Povos Indígenas e Minorias, da Procuradoria-Geral da República. Contudo, outros órgãos resistem em aprofundar-se na temática, cometendo infrações diárias em suas funções.

A resistência dos diversos setores do poder público ao rompimento com o caráter tutelar do relacionamento historicamente estabelecido pelo Estado com os povos e indivíduos indígenas põe em evidência a própria resistência do *mito* que encerra o instituto em relação àqueles povos e indivíduos (LACERDA, 2009, 535).

Para o advogado indígena Vilmar Guarany (apud LACERDA, 2009, p. 537), a proteção específica facilitaria o cotidiano dos indígenas, uma vez que não mais precisariam da aprovação e assistência da Funai para abrir uma conta no banco, tirar passaporte etc. Todavia, mesmo sem a tutela, a Funai deveria ainda zelar por seus direitos territoriais, o acesso à educação e à saúde diferenciada.

5. Capacidade jurídica civil, Constituição Federal e Direitos Humanos

Através das reivindicações pessoais e coletivas de diversos atores sociais, o Estado se viu e se vê obrigado a ampliar a esfera de proteção ao *indivíduo* que, dentro do Constitucionalismo Contemporâneo, perdeu a tônica estritamente liberal para ganhar contornos sociais, tornando-se *pessoa*. Tal prospecção do Estado, operada através de seu sistema jurídico, parte da premissa de Teubner do caráter reflexivo do Direito.

O princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecido no Brasil como fundamento da República, é a expressão máxima do referencial axiológico e político pautado pelos Direitos Humanos que o Estado assumiu. Esses Direitos Humanos que habitam a ordem global, entendidos pela crítica como produtos culturais da sociedade dominante frente ao caos social estabelecido pela força econômica, servem como instrumentos políticos e jurídicos valiosos quando positivados no ordenamento a fim de fundamentar decisões jurídicas.

Dessa forma, orientado pela Constituição, o elemento *personalidade*, criado pelo Direito, deve considerar no contexto atual uma *pessoa* muito além do *indivíduo* fundador do Estado-Nação, do sujeito de direito oriundo do Iluminismo. Tal ficção jurídica, como elemento estrutural do subsistema jurídico, deve estar ciente de que sua

vitalidade, agora, contempla o sujeito-agente pós-moderno de direito, o qual reivindica do Estado prestações positivas e ações afirmativas, de modo singular ou coletivo.

Tais reivindicações, além de sustentadas pela ordem constitucional que prevê o multiculturalismo, contam hoje com a repercussão política que seus valores causam no âmbito internacional das Cortes e Comissões supranacionais. Exemplo de tratado internacional ratificado pelo Brasil que toca a esfera de direitos dos povos e comunidades jurídicas é a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT.

A Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes da Organização Internacional do Trabalho (OIT), aprovada em 1989 durante sua 76ª Conferência e ratificada pelo Decreto Legislativo nº 143, de 20/6/2002, entrou em vigor no Brasil em 2003. Tal Convenção, apesar de tratar de Direitos Humanos, não atingiu os critérios de condicionalidade que o sistema jurídico adotou para atribuir caráter constitucional aos tratados de Direitos Humanos. É um exemplo claro da autonomia do sistema jurídico que insere dispositivos e elementos em sua estrutura a partir de critérios próprios.

A aprovação da Emenda Constitucional nº 45 (2004), que acrescentou um parágrafo terceiro ao art. 5º, condiciona o status constitucional a tratados que cumpram o rito congressual necessário à aprovação de uma emenda constitucional, ou seja, com aprovação de três quintos dos membros de cada casa legislativa em dois turnos. Assim, por ser anterior a tal lei e não ter tido o rito próprio, alguns tratados internacionais sobre direitos humanos estão insertos no contexto jurídico prático como normas supralegais, ou seja, acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição.

(...) o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica) lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação”.(RE. 466.343-1 São Paulo. Rel. Min. Cezar Peluso. Voto Vogal Ministro. Gilmar Mendes).

Deste modo, a perspectiva de relacionamento internacional, prevista no art. 4º da CF/88, foi adotado pelo sistema jurídico nacional. Os tratados de direitos humanos,

junto ao paradigma do multiculturalismo estabelecido pelo art. 231da Carta Magna, romperam, assim, com o modelo assimilacionista, integracionista e homogeneizador do Código Civil de 1916 e do Estatuto do Índio.

Dentro da perspectiva constitucional, que privilegia a ótica social em detrimento do liberalismo histórico do Código Civil, surge a necessidade do subsistema jurídico tutelar efetivamente a pessoa e não meramente o indivíduo que representa um ativo econômico. A personalidade jurídica, como máscara que é e cuja origem semântica remonta aos espetáculos gregos, deve estar caracterizada hodiernamente pelo sujeito de direito que prescinde de classe social, etnia ou mesmo nacionalidade.

Domingues (2013) observa em estudo atual que as novas constituições comportam como características um alto nível de generalidade e crescente flexibilidade. Para o autor, isso é uma resposta jurídica à crescente complexidade da vida social. Ele reenquadrou as instituições, os movimentos sociais e as identidades individuais e coletivas, dando lugar ou reforçando uma maneira específica de compreender a solidariedade, qual seja, na forma como as pessoas percebem suas obrigações mútuas plasmadas em um pacto social para a defesa e o apoio comuns.

Ainda para referido autor, mesmo as organizações que promovem a solidariedade, como as Organizações não Governamentais, elas também buscam conseguir a efetivação do ideal jurídico através de suas próprias estratégias (DOMINGUES, 2013, p. 284). Neste sentido, faz ele uma observação interessante que toca a temática do presente artigo:

Deparamo-nos com uma mudança na “noção de pessoa”, que foi moldada para certos setores indígenas em termos diferentes do indivíduo ocidental isolado e abstrato, a saber, como baseado na comunidade. Isso, porém, nem deslocou nem substituiu a concepção central, individualista do sujeito, que é típica da modernidade e da América Latina (DOMINGUES, 2013, p. 289).

A teoria crítica dos direitos humanos ataca o excesso de judicialização sem condições de factibilidade. De que adianta uma constituição programática, com viés inclusivo e caráter multicultural se não for posta em prática? Da mesma forma, o excesso de Tratados e Convenções que não alcançam o aumento das desigualdades com o decorrer do tempo, a começar pela Declaração dos Direitos Humanos que, desde 1948, se propôs a orientar e a salvar o mundo.

Para Flores (2009), tal perspectiva faz piorar o contexto social uma vez que a falta de um Direito cogente e sua efetividade afastam ainda mais o indivíduo da tutela normativa e o despolitiza.

As propostas éticas que só dedicam atenção às formulações gerais de valores e/ou de direitos, ou em outros termos, os fundamentalismos abstratos a partir dos quais se redigem incansavelmente novos textos de direitos e novas declarações de intenções (sem condições de factibilidade), estão cumprindo uma função alimentada pelos grandes interesses econômicos e políticos da nova ordem global: eliminar a radicalidade do político, como criação contínua e permanente de cidadania, e afastar o máximo possível os cidadãos dos espaços de decisão institucional (FLORES, 2009, p. 37),.

Para o expoente da teoria dos sistemas no Brasil, “[...] o direito produz excesso de adequação social e pouca consistência jurídica nas periferias” (NEVES apud DUTRA; BACHUR, 2013, p. 264). Tal perspectiva sistêmica de Neves pode ser confirmada através do estudo dos direitos dos povos indígenas, uma vez que a força política-econômica, no caso, é proeminente em relação ao sistema jurídico.

O sistema é alopoiético, pois sua autonomia operativa não consegue se afirmar perante “particularismos difusos” e os códigos da política e da economia. A lógica dos privilégios, a indistinção entre o público e o privado e a incapacidade de resistência das operações jurídicas às injunções do poder político e da influência econômica são características da complexidade desestruturada que formata o caso periférico. [...] A autonomia operacional do sistema jurídico é permanentemente corrompida por pressões de grupos específicos que, pelo peso econômico, controlam o Estado e sobrepõem seus interesses ao código lícito/ílicito, incorporando o clientelismo e o favoritismo (DUTRA, BACHUR, org., 2013, p. 264, 265).

Constituem exemplos claros da precariedade da sistemática jurídica em face dos subsistemas político e econômico: 1) o Estatuto das Sociedades Indígenas (Projeto de Lei n. 2.057) estar tramitando no Congresso Nacional desde 1991 sem aprovação; 2) decisões jurídicas cotidianas ainda desconsiderar as diferenças culturais na aplicação da legislação penal, levando à prisão índios acusados e condenados por práticas que não são consideradas criminosas em sua cultura; 3) a relação entre Poder Executivo e Poder Judiciário pressionada pela bancada ruralista do Congresso e escancarada pela PEC 215/2000, a qual objetiva atribuir ao Congresso Nacional a demarcação e homologação de terras indígenas, quilombolas e de áreas de conservação ambiental, cuja competência

constitucional é do Poder Executivo; 4) a execução da obra da hidrelétrica Belo Monte, frustrando direitos conferidos pela Convenção OIT 169.

6. O poder da capacidade jurídica civil como elemento comunicador dentro de uma sociedade baseada no modo de pensar metafísico

A capacidade de gozo tem sentido de universalidade, já que o art. 1º do Código Civil prescreve que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres”. Como sujeito e agente⁴ jurídico, a referência da pessoa para obter uma prestação do Estado, seja ela negativa ou positiva⁵, está na linguagem jurídica, na Constituição, nos códigos, leis ordinárias, atos normativos e procedimentos.

Esse reconhecimento do sujeito-agente como comunicador dentro do subsistema comunicante do Direito é essencial para sua funcionalidade legítima. Para tanto, é imprescindível a capacidade jurídica plena do agente para operacionalizar o subsistema jurídico. Para Mello (2006, p. 354), “[...] a unidade básica, para a compreensão dos sistemas sociais, de acordo com Luhmann, não são os sujeitos e suas situações, mas suas comunicações [...]”.

Segundo Manfredo Araújo de Oliveira, autor do livro *Ética e Racionalidade Moderna*, “[...] o homem nasce dentro de uma comunidade de comunicação: sujeitos que agem comunicativamente se compreendem sempre dentro de um horizonte de sentido, que constitui o conjunto de evidências que sua comunidade adquiriu através da história” (OLIVEIRA, 1993, p. 134).

Esse horizonte de sentido que se torna provisão de significação pode ser entendido como a cosmovisão ou ideologia da comunidade. A *ideologia originária* é o quadro *a priori* que torna a comunicação possível, sendo a instância transcendental do encontro entre sujeitos que, a partir daí, interpretam o mundo objetivo (mundo dos

⁴ Agente do latim *agens, agentis*, para o Dicionário Priberam, é um adjetivo de dois gêneros: 1. Que opera – Ativo ≠ Paciente, Passivo. Também é um substantivo de dois gêneros: 2. O que opera ou é capaz de operar ≠ Paciente. 3. Causa, princípio. 4. Autor.

⁵ Prestação negativa é aquela em que o Estado se abstém de fazer algo para não interferir nos direitos das pessoas, por exemplo, o Estado garante a liberdade de crença ao não impor uma religião. Prestação positiva, por sua vez, encontra-se no dever do Estado providenciar direitos a seus tutelados, por exemplo, a saúde, a educação, etc.

objetos), o mundo social (mundo das normas de ação socialmente vigentes) e o mundo subjetivo (mundo das personalidades) (Ibidem, p. 137).

Esse orientar-se nos mundos através da ideologia originária é o que consiste a dialética específica da realidade sócio-histórica humana para Oliveira (1993, p. 137):

Assim, os homens produzem, reproduzem e transformam seus mundos através de ações possibilitadas, orientadas e condicionadas por sua ideologia originária. [...] A ideologia originária abre o espaço à práxis histórica do homem, e, portanto, nela se situam tanto as éticas concretas das comunidades como suas atividades científicas e expressivas: ela constitui a “tradição cultural” a partir da qual o homem situa suas normas, suas verdades e suas vivências subjetivas.

Sendo a reciprocidade a dimensão possibilitadora da comunicação, é necessário que o locutor e o interlocutor se respeitem igualmente como sujeitos de Direito.

A reciprocidade universal emerge como condição de possibilidade de qualquer ação comunicativa histórica. Daí o caráter essencialmente solidário da práxis comunicativa. A igualdade básica de todos os homens e a possibilidade de relacionamento racionalmente fundado são pressupostos fundamentais das interações comunicativas históricas dos homens. Reconhecer cada homem em seu direito fundamental de tornar-se parceiro numa práxis comunicativa significa reconhecer sua autonomia, seu auto-possuir-se, numa palavra, reconhecê-lo como agente livre (OLIVEIRA, 1993, p. 148).

No entanto, como pode uma pessoa, em sua particularidade, revelar o universal numa situação histórica específica diante de um sistema abstrato que é o Direito, o qual opera de modo universal produzindo leis genéricas e impessoais e sendo capaz de conceder legitimidade a outros sistemas (economia, educação, política) que também atuam, via de regra, de forma não-particularizada?

De acordo com Oliveira (1993, p. 150-151) a resposta a tal pergunta seria: “[...] a particularidade de onde a humanidade emerge em sua pureza originária é o oprimido, pois ele é precisamente alguém que foi despojado de qualquer supérfluo e nada tem a oferecer exceto sua humanidade enquanto tal[...]”, comum a todos os membros da espécie.

Realizar o universal numa situação histórica significa atender às aspirações básicas e objetivas dos oprimidos no seio dessa situação histórica. Por consequência, a tarefa histórica primeira, numa formação social de dominação, é destruir os mecanismos geradores de opressão para que os oprimidos possam ser integrados à comunidade de comunicação, à solidariedade universal, e ver seus direitos fundamentais de homens efetivamente reconhecidos. O oprimido emerge assim como condição de possibilidade de efetivação da universalidade, portanto, como mediação da humanidade do homem (OLIVEIRA, 1993, p. 151).

Para o autor, a comunicação através da linguagem faz com que os homens partilhem uma ideologia comum, fundada no abstrato e no originário platônico. No entanto, ele reconhece que tal ideologia não é ideal, universal ou humanitária, mas, sim, baseada em uma formação social dominante, hegemônica e opressiva.

Ainda segundo Oliveira (1993), seria possível atingir o Estado ideal através da solidariedade com o oprimido, a fim de que este possa emancipar-se e ser reconhecido, através de sua humanidade mais básica - o ser próprio, pelos homens que detêm a capacidade de comunicar-se através do código econômico ter/não-ter e através do código jurídico.

Essa ordem metafísica que instituiu o “*império do pensamento*”, com a mecanização do pensar, utiliza-se de uma representatividade inerente a uma era que não busca os sentidos possíveis de seus objetos. De tal forma, a sociedade tornou-se pré-conceituosa, aceitando os conceitos determinados historicamente pelas forças dominantes (convenção, pacto social) e opressora (MICHELAZZO, 1999, pág. 42).

A tradicional forma de interpretação do que é o ser, chamada metafísica, resiste à atitude do objeto deixar-se revelar (desocultamento, *aletheia*) a fim de que seu intérprete possa captar os sentidos vitais à produção de um significado entre outros possíveis. Produz, então, um significado antecipado em relação a possibilidade de sentidos dados pelo ente, de forma que o paradigma metafísico pode ser definido como “[...] o modo de pensar que pensa e produz, por si mesmo, os seus próprios enunciados e, mediante os quais, determina a verdade dos entes em sua exatidão [...]” (JACOMINI, 2013, pág. 11).

O antropocentrismo é a tônica do Humanismo moderno que determina “[...] a humanidade do homem humano a partir de uma interpretação já assente da natureza, da história, do mundo, do fundamento do mundo, isto é, a partir de uma interpretação já assente do ente em sua totalidade” (MICHELAZZO, 1999, pág. 57).

Da mesma forma, a cultura se faz

[...] enquanto estrutura da humanidade certa dela mesma, não sonhando senão com sua segurança [...] [adquirindo] o prestígio de um “fim” [...] [no sentido de poder] ser instituída, doravante, enquanto meio e valor próprio à dominação da humanidade sobre o conjunto da Terra (HEIDEGGER apud MICHELAZZO, 1999, pág. 62).

Flores (2009) também critica frontalmente a concepção característica da sociedade dominante como sendo apriorística e abstrata. Para ele, não é a linguagem que traz a realidade, senão o contrário: os problemas sociais e culturais é que ensejam a linguagem.

Segundo essa perspectiva que vem dominando o mundo desde o século XV até a atualidade, aquele que num determinado momento ostente o poder de nomear sempre pretenderá substituir a realidade por palavras, os fatos por seus instrumentos. A perspectiva hegemônica sempre afirma que é a palavra, o verbo, ou seja, o lugar linguístico a partir do qual se nomeia, o que constitui a realidade, e não vice-versa. Desse modo, inferiorizam-se os processos culturais colonizados e, conseqüentemente, suas línguas ficam relegadas ao âmbito do privado e do oral. É a palavra do colonizador a que cria toda a realidade (FLORES, 2009, p. 79).

Nesse sentido, a linguagem jurídica deve originar-se a partir do problema social da incapacidade crônica da maioria: do não ter coletivo e do não saber comunicar-se através do código jurídico. Não deve a linguagem jurídica se impor à sociedade como instrumento dominante de poder, acessível apenas aos poderosos. Ao contrário, deve possibilitar a democracia, fundamentada na participação e a *res-publica*, ou seja o governo pelo povo e para o povo, nas múltiplas faces em que este se expressa.

No entanto, como observa Neves (2012), tal perspectiva é difícil de se concretizar, especialmente pela fragilidade dos Estados diante de entidades desterritorializadas que detém o poder econômico.

O problema da sociedade mundial como condicionamento negativo do Estado Democrático de Direito reside no fato de que se trata de uma sociedade que se reproduz primariamente com base no código econômico. O código ter/não ter configura-se como o mais forte, e por reproduzir-se regularmente além de fronteiras, torna o sistema econômico relativamente “intocável” pelos Estados enquanto sistemas jurídicos-políticos diferenciados segmentariamente em territórios (NEVES, 2012, p. 218).

Dentro desse contexto de crítica ao modo de ser atual da sociedade hegemônica, a luta do movimento indígena é por demais simbólico, haja vista que seus valores vão de encontro com a única via de solução possível para o caos generalizado e universal. Pertinente se faz um relato antropológico sobre a perspectiva do mundo da comunidade Waurá que habita o Parque Nacional do Xingu:

Os waurá demonstram-se perplexos com os brancos, cuja extraordinária habilidade em produzir objetos e ferramentas contrasta de forma aberrante com sua incapacidade de se relacionar com os outros sem lançar mão da violência física ou da ameaça. Os waurá também não conseguem entender como essa estranha criatura, abençoada por imensa fartura de riqueza material, não tem capacidade de dividir nem de expressar a mais simples compaixão humana. Os brancos não se envergonham de desprezar o sofrimento dos famintos e dos miseráveis, mesmo quando se trata de crianças (FRANCHETTO, HECKENBERGER, 2001, p. 267).

7. Mecanismos próprios de representação e pluralismo jurídico

Teubner insere na teoria de Luhmann a ideia de um desenvolvimento histórico do subsistema do direito empreendido por “sujeitos”, classes sociais, corporações de juristas, movimentos sociais etc. (FRANCHETTO, HECKENBERGER, 2001, p. 267). Propõe, também, o conceito de direito reflexivo que, ao lado do direito formal e material, seria a dimensão jurídica “[...] capaz de sopesar e confrontar os limites internos da racionalidade formal do direito com as exigências estruturais e funcionais das sociedades pós-modernas [...]” (MELLO, 2006, p. 361).

O próprio agente-sujeito representa a dupla contingência do sistema: cognitivamente aberto e normativamente fechado uma vez que, como ser social e incluído também nos outros subsistemas (econômico, político, educacional etc.), opera a janela aberta cognitiva do subsistema jurídico ao trazer para dentro deste as influências do entorno em forma de reivindicações.

Tais reivindicações necessitam, muitas vezes, do seu reconhecimento jurídico a fim de operacionalizar-se no seu subsistema de origem. Essas reivindicações, no entanto, são questionadas pelos filtros próprios do subsistema jurídico, caracterizado pelos elementos que devem dizer se tal influência, advinda do entorno, é ou não relevante para o sistema.

Todavia, a teoria sistêmica é criticada por ser muito genérica e não responder a questão fundamental para a sociologia do Direito: as maneiras pelas quais as mudanças normativas no sistema legal estão associadas às pressões sociais (MELLO, 2006).

Esse problema da autonomia do Direito, enquanto sistema autopoietico frente às pressões sociais, é colocado diante do desafio do pluralismo jurídico que a Constituição de 1988 trouxe, em seu art. 231, a respeito dos modos próprios de organização social das comunidades indígenas bem como ao ratificar, em 2002, por meio do Decreto Legislativo nº 143, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais. Esta, entre outras normas, dispõe, em seu art. 8º, que “ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário”.

Através de sua organização social, os indígenas possuem meios próprios de expressar suas reivindicações e tentar impactar o subsistema jurídico. Passeatas, interdição de vias públicas, apelos midiáticos são algumas manifestações políticas que visam angariar para si a tutela jurídica e política.

De fato, a partir da interação com os brancos, os índios aprenderam que seus rituais não eram só “bonitos”, mas também *políticos*. Eles invocariam seus ancestrais não apenas como imortais, mas como “*brasilíndios*”. Essas novas armas ideológicas, de modo bastante similar às bordunas do passado, seriam brandidas para a sociedade dominante na luta por poder e autonomia. (GARFIELD, pág. 206)

A capacidade plena, conferida pela CF/88 no art. 232, juntamente com o reconhecimento de sua organização social, no art. 231, possibilita, além do acesso direto dos índios e comunidades ao Estado pelas via ordinária, a validade das formas próprias de representação, alheias ao Direito Civil positivado.

Souza Filho (1999, p. 185) observa que os mecanismos de representação são próprios à cada cultura. Dentro de cada comunidade indígena existem critérios de legitimação para a reivindicação dos direitos. Esses critérios são variados e podem ser exemplificados pela idade, experiência, pelo espírito guerreiro, aptidão para o xamanismo, habilidades para a caça, pesca e agricultura e pelos atributos que conferem o exercício do poder aos caciques e chefes. Diferentemente, outras culturas específicas preferem sua representação através do conselho de anciãos.

Assim, existe uma incompatibilidade entre o sistema jurídico hegemônico e as culturas próprias das comunidades indígenas, a começar pelo instituto da representação

ou mandato, usual para o Direito comum e segundo o qual o advogado é imprescindível na maior parte dos casos. Através da representação, quem assume e responsabiliza-se pela demanda é o advogado, cuja profissão está elencada como função essencial à justiça.

Ainda no campo dos conflitos de lógicas nos modos de ser e de fazer entre o mundo indígena e o mundo branco, podemos citar outro exemplo sobre as formas de poder e tomadas de decisão. Em primeiro lugar, os povos indígenas quase nunca delegam poder absoluto a um representante e, quando o fazem, é definitivo e irrevogável. Em segundo lugar, quase nunca tomam decisões por votação, ou seja, não consideram decisões de maioria, mas apenas por unanimidade ou consenso. [...] Por fim, para os povos indígenas, o que é dito é sagrado, é uma questão de honra. O valor atribuído à oratória, à coletividade e à chefia representa os três pilares da organização social e política dos povos indígenas (RAMOS, 2013, p. 220).

Assim, também, a imposição do sistema pelas associações indígenas contrasta com a forma pela qual tais grupos se organizam. Segundo Lacerda (2009, pág. 453):

Sob os termos da Lei Civil, as chamadas **associações indígenas** – representativas de uma mesma comunidade indígena ou mesmo de parcela de seus membros – têm sido criadas unicamente com o objetivo de facilitar o acesso a recursos econômicos. Passaram a representar, no seio dessas mesmas comunidades, formas alienígenas de organização, ou meramente formais, ou muitas vezes conflitantes com as suas formas tradicionais de organização social que, vale lembrar, foram reconhecidas pela Carta de 1988. Assim, muitas comunidades são compelidas pela necessidade de obtenção de assistência econômica ou de gestão de tais recursos pela conta bancária a criarem tais entes fictícios, regidos por estatutos sobre os quais os membros das comunidades nada conhecem ou, se conhecem, não cumprem em razão de ser outra a sua forma de organização.

Santilli (2005, pág. 226) observa que o não reconhecimento dos mecanismos próprios de representação utilizados pelos indígenas é motivo de divisão interna dentro da comunidade e exorta pelo avanço do Direito pátrio em reconhecer a personalidade jurídica dos povos indígenas, independentemente da constituição formal em associações.

Para a teoria sistêmica os institutos próprios do Direito possibilitam sua autonomia e diferenciação. Segundo Teubner (apud MELLO, 2006, p. 368),

Os modelos de contrato, de associação, de empreendimento etc. são, nesse sentido, construções especificamente jurídicas que se distanciam das formulações do senso comum, mas igualmente das formulações teóricas e científicas. Essa diferença reflete a condição essencial da resolução jurídica dos conflitos sociais: para isso, do ponto de vista normativo, o sistema jurídico deve constituir-se como uma realidade própria, um enclave de realidade entre realidades, no sentido fenomenológico. Da perspectiva da solução jurídica dos conflitos, o direito se crê um mundo à parte entre outros mundos igualmente seletivos da realidade e, por essa razão, o sistema jurídico negligencia inúmeros elementos que são percebidos como pertinentes e até mesmo relevantes para as esferas da vida política, social ou econômica.

Contudo, como aludido anteriormente, o sistema tem a capacidade autorreferencial de transformar-se de acordo com seus próprios critérios. Desta forma, uma vez estabelecida na Constituição tal prerrogativa quanto aos povos indígenas, não deveria o direito preocupar-se em criar institutos e elementos capazes de efetivar essa dimensão aceita pelo próprio sistema?

A admissão de antropólogos como peritos judiciais bem como a admissão de laudos antropológicos para aferição de identificação do indígena e de terras indígenas são iniciativas do sistema a fim de qualificar-se diante de sua prerrogativa constitucional. Contudo, como dito acima, o sistema ainda comporta sérias aporias especificamente quanto à temática indígena, levando-o a ser muito mais um sistema alopoiético, conforme a teoria de Neves.

Ramos (2012, pág. 209) assevera que enquanto o principal órgão público destinado ao zelo das questões indígenas, a Funai, resiste à implementação de uma nova pragmática em suas ações, a qual prioriza a autonomia dos povos indígenas, “outros órgãos públicos e agências multilaterais, cada vez mais, passam a estabelecer relações políticas e operacionais diretamente com as comunidades e organizações indígenas”.

Sendo os indígenas cidadãos plenamente capazes e não estando mais limitados pela tutela histórica a que lhes foi atribuída (VILHARES, 2012), cabe ao Estado, através do Direito, oferecer mecanismos práticos de proteção que compensem a desigualdade histórica a que foram submetidos, percebida explicitamente na atualidade diante de situação de hipossuficiência técnica e econômica.

Uma redefinição das políticas de assistência do Estado em relação aos povos indígenas também se faz necessária. [...] A melhoria na política indigenista depende de uma relação dinâmica e interativa entre a sociedade civil e um Estado reestruturado, relação construída sobre uma coalizão de interesses e uma visão compartilhada de futuro. Ao consultar os diversos líderes indígenas, os representantes do Estado devem, todavia, mostrar sensibilidade para lutas de poder internas, faccionalismos e questões de representatividade. (GARFIELD, 2012, p. 340)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Talvez, nenhuma manifestação ôntica do modo-de-ser-homem tenha sido interpretada de maneira tão obscura e vacilante quanto a dos indígenas. Pelos seus costumes e modos de existir, localizados à margem do que o Humanismo vê como *ser homem*, os indígenas receberam denominações pejorativas e tratamento cruel ao longo da História.

Índios bravos ou bons selvagens, homens primitivos, bárbaros, incivilizados, animais bestiais, órfãos, de natureza infantil, a serem domesticados.... Os índios são vítimas de um preconceito fundamentado no modo de pensar ocidental que concebe os entes não por aquilo que demonstram através dos sentidos possíveis, mas pelos significados já criados no mundo das ideias. Esse modo de ver os indígenas foi substanciado em políticas e leis que afirmam o homem branco e seu entendimento como o centro da realidade.

Segundo Franchetto, Heckenberger (2001, p. 255), os antropólogos classificaram as sociedades a partir de critérios como controle tecnológico, complexidade institucional e o tamanho da população. Para tais parâmetros as sociedades indígenas são primitivas, simples ou pouco desenvolvidas. Tais classificações, aceitas pela sociedade dominante não só afetou historicamente os direitos elementares dos povos indígenas como continua a prejudicá-los, uma vez que os próprios jovens das comunidades começam a menosprezar a sua identidade étnica.

Nos primórdios da colonização brasileira, a Igreja oferecia uma legitimação religiosa para a dominação do Estado Português: o bárbaro precisava tornar-se um homem cristão. De tal argumento aproveitava-se a economia, que utilizava a força do trabalho indígena de forma compulsória.

Já no Estado-Novo, a política utilizou-se da figura pan-indigenista para projetar um caráter nacional brasileiro, inclusivo e assegurado do direito de todas as cores e

raças. Objetivou-se, com isso, através do projeto Rondon, que os rincões do país fossem povoados e o patriotismo fosse reforçado sobre o símbolo de um Brasil para todos.

Hodiernamente, abandonado juridicamente o paradigma na assimilação cultural, a política econômica continua, na prática, marginalizando os indígenas, respaldando-se no inconsciente coletivo da nação estabelecido pelos processos colonizadores das etapas anteriores. O mito do bom selvagem, bem como do bárbaro inculto e preguiçoso ficaram, de tal modo, enraigado na sociedade geral. Consequentemente, os movimentos indígenas, apesar de suas mortes e da oitiva internacional, não afligem de forma impactante a sociedade brasileira não-indígena.

Quando juízes começam a legitimar a demarcação de terras e a expropriá-las dos *proprietarys*, a maior parte da coletividade, mesmo que veladamente, insurge-se contra a minoria indígena que reivindica sua terra. O fazem em favor do indivíduo neoliberal e, assim, projetos como a PEC 215/2000 voltam a brilhar no cenário político. Afinal, para a sociedade moderna, a propriedade, e não a comunidade, continua a ser sagrada.

Diferentemente da cultura dos “não-indígenas” que ainda privilegia o *status* do homem proprietário apesar das mudanças trazidas no pós-guerra com o Estado Social e com o enfoque da propriedade como função social (art. 422, CC/2002), a cultura indígena traz o poder do homem baseado no quanto este é capaz de produzir e compartilhar com os outros. Essa característica social é completamente oposta ao paradigma dominante do sistema capitalista, no qual o melhor é aquele capaz de produzir e guardar para si mais que os outros.

Sabemos que o capitalismo e a consequente desigualdade de renda são fundamentos da sociedade moderna. Nascida sob os auspícios de princípios como o liberalismo econômico e a soberania estatal, a modernidade está caracterizada pela precariedade de serviços públicos essenciais, pela violência, corrupção e pela miserabilidade generalizada dos indivíduos, tanto física quanto espiritual.

O centro político-administrativo do Estado, repartido nos três poderes - Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, vem sendo corroído pela profunda falta de caráter e pureza moral, características essas essenciais a uma honesta administração que faz jus à confiança depositada pelos seus representados. Assim, o monopólio da soberania desse mesmo Estado pode ser comparado ao monopólio do homem-proprietário, bem sucedido economicamente, que tem, apesar de sua fortuna, a ruína familiar.

No lado oposto, os indígenas reconhecem a carência tecnológica, contudo consideram, especialmente os indivíduos das gerações mais velhas, que as características essenciais de uma sociedade são outras. Infelizmente, a sociedade moderna predominante não despertou a consciência da importância de outros valores, como o compartilhar. Essa carência de valores humanos, faz com que a globalização econômica, fundada no capitalismo, domine toda a sociedade.

A teoria sistêmica se mostra plausível para analisar o sistema jurídico brasileiro que se mostra deficiente em sua autonomia frente a outros sistemas como o político e o econômico. Tal assertiva pode ser demonstrada pelo fenômeno social dos indígenas que sofrem marginalizados pela sociedade dominante apesar de, juridicamente, serem considerados iguais e respeitados em seus costumes e organização social própria.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clovis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campinas: RED Livros, 1999.

GAGLIARDI, José Mauro. **O indígena e a República**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Secretaria de Estado da Cultura, 1989.

DINIZ, **Curso de Direito Civil Brasileiro - Vol. 1 - Teoria Geral do Direito Civil** - 31ª Ed. - São Paulo: Saraiva, 2004

DOMINGUES, José Maurício. **Modernidade global e civilização contemporânea: para um renovação da teoria crítica**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013

DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo. **Dossiê Niklas Luhman**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013.

FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria Crítica dos Direitos Humanos – Os Direitos Humanos como Produtos Culturais**. Rio de Janeiro: Editora Lunem Juris, 2009

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPOLHA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, vol. 3**. 10. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012

GARFIELD, Seth. **A luta indígena no coração do Brasil: política indigenista, a Marcha para o Oeste e os índios xavantes (1937-1988)**; tradução Claudia Sant'Ana Martins – São Paulo: Editora Unesp, 2011

GOMES, Orlando. **Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

JACOMINI, A. **Hermeneutica do Direito e o Círculo da Compreensão**. Jundiaí: Paco Editorial, 2012.

LACERDA, Rosane Freire. **Diferença não é incapacidade: o mito da tutela indígena** – São Paulo, Baraúna, 2009

MELLO, Marcelo **Pereira de. A perspectiva sistêmica na sociologia do direito: Luhmann e Teubner**. Tempo soc., São Paulo , v. 18, n. 1, June 2006 . Available from http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702006000100018&lng=en&nrm=iso. Acessado em 15 de Fevereiro 2014.

MICHELAZZO, J. C. **Do um como princípio ao dois como unidade**. São Paulo: Fapesp, Annablume, 1999.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**; tradução do autor – 3ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012 – (Biblioteca jurídica WMF).

OLIVEIRA, Manfredo Araujo de. **Ética e Racionalidade Moderna**. São Paulo: Loyola, 1993.

RAMOS, Alcida Rita, org. **Constituições Nacionais e povos indígenas** – Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e Novos Direitos**. Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Peiropólis: IEB: ISA, 2005.

<http://www.recivil.com.br/noticias/noticias/imprimir/artigo-a-figura-do-nascituro-no-ordenamento-juridico-brasileiro.html>

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos Povos Indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1999

VILHARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009

SILVA, Paulo Tadeu Gomes da. **Os Direitos dos Índios**. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/os-direitos-dos-indios/13420>. Acessado em 10/05/2014.