

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPEDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPEDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

LARA SEGAMARCHI TRINDADE

**A CONDIÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS NO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

MARÍLIA
2014

LARA SEGAMARCHI TRINDADE

A CONDIÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO
BRASILEIRO

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de
Direito da Fundação de Ensino “Eurípedes
Soares da Rocha”, mantenedora do Centro
Universitário Eurípedes de Marília –
UNIVEM, como requisito parcial para
obtenção do grau de Bacharel em Direito

Orientador:
Prof. Dr. RICARDO PINHA ALONSO

MARÍLIA
2014

Trindade, Lara Segamarchi

A condição dos povos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro / Lara Segamarchi Trindade; -orientador: Ricardo Pinha Alonso. Marília, SP: [s.n.], 2014.

65 f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) - Curso de Direito, Fundação de Ensino "Eurípedes Soares da Rocha", mantenedora do Centro Universitário Eurípedes de Marília – UNIVEM, Marília, 2014.

1. Direito indígena 2. Diferenças 3. Multiculturalismo

CDD: 340.2



Lara Segamarchi Trindade

RA: 45772-8

A condição dos povos indígenas no ordenamento Jurídico Brasileiro

Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota:

100

ORIENTADOR(A):

Ricardo Pinha Alonso

1º EXAMINADOR(A):

Tayon Soffener Berlanga

2º EXAMINADOR(A):

Carlos Cesar de Souza

Marília, 01 de dezembro de 2014.

Dedico este trabalho
aos povos indígenas,
que sirva como
contribuição à luta
pelos seus direitos.

AGRADECIMENTOS

À Deus, por ter me sustentado até aqui.

Aos meus pais, por proverem condições financeiras e emocionais para concluir uma graduação.

Ao prof. José Geraldo Poker, por ter me instruído de forma ilustre nessa pesquisa com reflexões, leituras e conversas que mudaram meu modo de ver o mundo em muitos aspectos.

E as amigas Gabriela e Cibele, que compartilharam ao longo de cinco anos inúmeras angústias e felicidades vividas.

“Quando o português chegou

Debaixo de uma bruta chuva

Vestiu o índio

Que pena!

Fosse uma manhã de sol

O índio tinha despido

O português.”

(Oswald de Andrade)

TRINDADE, Lara Segamarchi. **A condição dos povos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro.** 2014. 50 f. Trabalho de curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2014.

RESUMO

Os povos denominados “indígenas” que atualmente vivem em território brasileiro, encontram-se submetidos a leis especiais, determinadas e discriminadas especificamente à sua condição. Por se tratar de uma categoria própria e diferenciada é que se aplicam normas também diferenciadas. Pensando na legislação vigente aplicada aos indígenas, que é, além da Constituição Federal, o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73), o presente trabalho busca interpretá-las de maneira crítica, refletindo sobre suas origens, forma de criação, contexto histórico e seus respectivos autores, que são não-índios. Ao longo da pesquisa o assunto que tomou maior corpo foi a problemática da democracia. Pensando em um Estado Democrático de Direito, buscou-se entender as raízes discriminatórias na cultura do brasileiro branco, com origens no ensino básico do sistema de ensino aplicado no Brasil, a dificuldade em aceitar as diferenças, e como isso é refletido na realidade indígena que, por direito, tem sua proteção garantida na Constituição Federal. O trabalho tem por base perspectivas antropológicas, constitucionais, históricas, sociológicas e filosóficas, assim, o intuito é perceber, e entender, a complexidade de lidar com as diferenças.

Palavras-chave: 1.direito indígena; 2.diferenças; 3.multiculturalismo

TRINDADE, Lara Segamarchi. **A condição dos povos indígenas no ordenamento jurídico brasileiro.** 2014. 50 f. Trabalho de curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípedes de Marília, Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, Marília, 2014.

ABSTRACT

The peoples named “indigenous” that actually live in the Brazilian territory are found under particular laws which are specifically determined and discriminated to their condition. Because of it is an own and differentiated category, the standards that are applicable are also differentiated. Thinking about the current legislation applied to the indigenous, that is the Statute of The Indian (Law 6.001/73) besides de Federal Constitution, the present study aims to interpret them in a critical way, by reflecting about their origins, raising style, historic context and their respective authors, that are non-indians. During the research the subject that gained most distinction was the issue of democracy. Thinking about a Democratic State of Law, it was intended to understand the discriminatory roots in the white Brazilian culture, with its origins in the basic education of the Education System applied in Brazil, the difficulty in accepting differences and how it is reflected in the indigenous reality that has its protection guaranteed by the Federal Constitution, by law. The study is based on anthropological, constitutional, historical, sociological and philosophical perspectives, therefore the purpose is to realize and to understand the complexity of dealing with the differences.

Keywords: 1.indigenous law; 2.differences; 3.multiculturalism

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - Figura I - Sessão final de trabalho da Assembleia Constituinte, em 2 de setembro de 1988.....	33
--	----

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1 – COLONIZAÇÃO DO BRASIL E A CONSTRUÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO.....	14
1.1 Os direitos indígenas no Brasil: desenvolvimento histórico.....	18
1.2 O instituto da tutela e a capacidade civil relativa.....	19
1.3 Órgãos institucionais para a proteção dos índios.....	24
1.4 Estatuto do Índio (Lei n. 6001/1973).....	29
1.5 Constituição Federal de 1988 e os novos paradigmas.....	31
1.6 Constituição da Bolívia – breve análise comparativa.....	39
CAPÍTULO 2 – CONCEITOS ANTROPOLÓGICOS.....	42
2.1 Do evolucionismo ao relativismo.....	44
2.2 Interpretação das culturas.....	46
2.3 Antropologia jurídica.....	51
CAPÍTULO 3 – O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	57
3.1 A luta pelo reconhecimento da diversidade cultural.....	58
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	63
REFERÊNCIAS.....	64

INTRODUÇÃO

Os povos denominados “indígenas” encontram-se hoje, no território brasileiro, em situações de precariedade e marginalidade. Não é novidade que esses povos desde a colonização foram submetidos a poderes exteriores à sua ordem, poderes esses que ao longo do tempo exerceram diferentes papéis influenciando diretamente em sua cultura e modo de vida.

Conhecendo a história desses povos dentro do Brasil, podemos extrair diversas análises sociológicas da população brasileira, bem como do direito vigente. A construção do Estado Democrático de Direito que estamos inseridos atualmente, apenas na formalidade como veremos, descartou a lógica jurídica-social de diversas minorias pertencentes ao território, especificamente os indígenas. A consequência da marginalização dessas minorias (que um dia já foram maioria) reflete até hoje na cultura de preconceito que forjou o caráter das práticas sociais brasileiras.

Assim, busca-se com esse trabalho detectar o caráter ideológico do direito brasileiro e em que medida a democracia pode se mostrar a favor das populações indígenas que até hoje *resistem* em território nacional. Com isso, fortalecer a luta social dessa parcela da população que nunca encontrou e até hoje não encontra proteção e garantia estatal para o desenvolvimento de sua cultura e reprodução do seu modo de vida. Não só isso, mas fazer uma análise crítica da situação subalterna em que essas populações vivem hoje justamente pela ausência de proteção jurídica e garantias fundamentais que a Constituição Federal de 1988 apregoou e o Estado não efetivou.

Ao tratar de uma população carente de ações políticas governamentais vemos um campo vasto para estudos e problematização da atual conjuntura jurídica social em que estão inseridos, aqui especialmente os indígenas. Consagrados cidadãos brasileiros, devem exercer sua cidadania de maneira digna, gozando dos direitos e garantias básicas que possibilitem sua auto-reprodução, ou seja, no Estado Democrático de Direito deve haver garantias para que diferentes grupos étnicos se desenvolvam da maneira como bem lhe prouver, de acordo com valores culturais próprios.

Parte-se do pressuposto de que existe uma legislação obsoleta (Estatuto do Índio, Lei 6001 de 1973) que trata especificamente dos direitos indígenas, mas que de maneira muito rasa alcança as demandas emergentes, ou seja, não cumpre seu papel. Além de estarem

juridicamente subordinados a uma legislação que não compreende sua realidade, os indígenas estão sujeitos a péssimas condições de vida, longe de desfrutar daquilo que foi conquistado no capítulo VIII da Constituição Federal de 1988, onde trata dos seus direitos e garantias básicas, que diariamente são ofendidos.

Restringiu-se a pesquisa ao campo teórico, justamente por se tratar de uma demanda genérica dos direitos dos índios, e não de uma etnia ou povo específico. A problemática envolve legislação e órgãos competentes para julgar e discriminar ordens que ofendam (ou defendam) os interesses jurídicos e sociais dos povos indígenas brasileiros.

O objetivo principal é rebater o sentimento etnocêntrico que ainda prevalece tanto nos Tribunais como na sociedade brasileira como um todo. A perspectiva de desconstrução do valor ético cultural que forjou nosso caráter é a característica base do trabalho. Assim, visa defender o reconhecimento de diferentes culturas no território nacional com a garantia legal de sua reprodução.

Analisar, além de tudo, o conteúdo jurídico imposto à nossa sociedade e suas limitações, que, como veremos, não alcança demandas sociais de minorias étnicas carentes de proteção. Minorias essas que reivindicam fortemente através dos movimentos sociais mobilizados em seu favor, construídos ao longo dos anos a fim de fazer valer seus direitos e conquistar outros.

Contribuir, enfim, para um efetivo Estado Democrático de Direito, para uma futura ordem jurídica neutra, entendendo que uma teoria do direito, se entendida de forma correta, jamais fecha os olhos para as diferenças culturais.

No campo da antropologia Clifford Geertz e Lévi-Strauss contribuem fundamentalmente para a interpretação das culturas e seu devido reconhecimento, demonstrando a funcionalidade das diferentes sociedades.

Também se utilizou da teoria kantiana, especialmente na obra “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, onde trata de conceitos universais, tal como a razão, que determina as ações dos indivíduos em cada sociedade de acordo com a moral ali reproduzida, ressaltando que o senso do que seja certo ou errado está dentro de nós, e não no exterior. Esse é o pressuposto básico da racionalidade das ações dos indivíduos, que distinguem pela razão e pela moral qual atitude tomar diante do outro.

Na área do pluralismo jurídico, Patrícia Mattos e Junger Habermas trazem contribuições no que diz respeito ao Estado moderno, o qual deve priorizar os direitos sociais além de garantir o reconhecimento de diferentes culturas étnicas dentro do território nacional.

CAPÍTULO 1 – COLONIZAÇÃO DO BRASIL E A CONSTRUÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO

Ao contrário do que ensinam os livros didáticos brasileiros, quem descobriu o Brasil não foi Pedro Álvares Cabral. Verdadeiramente, o Brasil não foi descoberto, e sim, colonizado. O que quer dizer que antes dos portugueses descerem às terras nacionais, já havia habitantes que se utilizavam desse espaço com uma dinâmica própria de sobrevivência. (RIBEIRO, 1995).

Tais habitantes foram denominados “índios”, pois se achava que aqui era a Índia. Vê-se, de início, o que a história dos vencedores contaria a diante, dizimação de povos através da imposição de uma cultura que se vê como superior e evoluída sobre modos de vida não correspondentes à mesma visão de mundo.

O termo índio constitui o conceito fundamental do Direito indígena atual no Brasil. Apesar do equívoco histórico, que levou à designação índio (a suposição de Colombo, que imaginava ter chegado à Índia), e embora no Brasil, originalmente, não fosse usual a expressão índios, e sim gentios (pagãos), como designação dos portugueses para os primeiros habitantes do Brasil, os autóctones são hoje denominados predominantemente pelo conceito de índio no Direito brasileiro. (KAISER, 2010, p.35).

A partir do século XVI é que as embarcações portuguesas foram chegando ao Brasil e se instalando para construção da chamada civilização. Tal projeto se deu de acordo com o desenvolvimento da expansão marítima europeia, que à época, avançava pelas Américas e Oriente.

A ideia era a expansão comercial da Coroa portuguesa através da exploração dos recursos naturais desses novos territórios, povoando e estabelecendo uma ordem europeia nesse espaço. Porque afinal, esse seria o curso “natural” da história da humanidade. A conquista de novos espaços territoriais representava avanço civilizatório para a nação que a

fizesse, portanto, pretendia-se expandir o modo civilizatório para o mundo, e as Américas não estariam fora disso, seria solo fértil para efetivação desse projeto.

Aconteceu que, para realização da extração do pau-brasil, principal produto de interesse da Coroa, era preciso mão-de-obra indígena, que a faziam por eventuais trocas de utensílios. Ou seja, não havia portugueses suficientes para extração dos recursos naturais, ainda que só chegassem homens das embarcações, era preciso mão-de-obra escrava, pois naturalmente os índios não compactuavam com tais realizações.

O decorrer da história é conhecido. Povoamento e miscigenação nas terras nacionais sob controle governamental português, legitimando as práticas escravocratas e o domínio pela força sobre esse novo território, para tornar, assim, hegemônica a tradição ocidental européia.

O povoamento não surge no Brasil da evolução de formas anteriores de sociabilidade, em que grupos humanos se estruturam em classes opostas, mas se conjugam para atender às suas necessidades de sobrevivência e progresso. Surge, isto sim, da concentração de uma força de trabalho escrava, recrutada para servir a propósitos mercantis alheios a ela, através de processos tão violentos de ordenação e repressão que constituíram, de fato, um continuado genocídio e um etnocídio implacável. (RIBEIRO, 1995).

Por longo tempo não houve dificuldade em aliciar os índios para um trabalho alheio aos seus interesses, tal era a atração pelas ferramentas e bugigangas que os portugueses ofereciam em troca. Mas com o passar dos anos foi se criando certa dificuldade, pois os índios queriam melhor retribuição pelos seus serviços, ou porque os paus-de-tinta ficavam mais escassos e longínquos e assim requeriam mais esforços, ou porque as roças que abriam para os brancos tinham de ser cada vez maiores dado o grande fluxo de chegada dos portugueses às terras brasileiras, ou simplesmente porque estavam saciados dos artigos que os brancos lhes davam. Nessa altura, a escravidão começou a impor-se, como forma de conscrição da mão-de-obra. (RIBEIRO, 1995).

Uma verdadeira revolução econômica se dá é com o salto da múltipla roça indígena, que se cultivava, misturando dezenas de plantas, para a fazenda de monótonos canaviais açucareiros. Era o passo da fartura fome para quem lavrava, porque iam deixando de cultivar o que se comia e usava, para produzir mercadoria. (RIBEIRO, 1995).

Observa-se quão grande foi a transformação da estratégia de sobrevivência das comunidades indígenas ao longo da colonização. Os efeitos foram devastadores para a cultura ancestral praticada por esses povos, que agora não mais se organizavam de forma autônoma, mas dependiam do trabalho subordinado para garantir sua subsistência.

A nova ordem européia impunha regras nunca antes praticadas. As roças onde se plantava alimentos para a subsistência do coletivo, agora não as pertenciam mais nem tampouco se plantava para a sobrevivência, ao contrário, agora produziam mercadoria. Ou seja, o tempo, esforço e espaço antes utilizados para seu próprio sustento, no seu ritmo, agora são usurpados por interesses alheios.

O impacto da chegada dos brancos em território nacional foi imensamente maior e devastador. O estudo de Darcy Ribeiro retrata detalhadamente parte da história do século XVI, início da colonização do Brasil.

Ao contrário dos povos que aqui encontraram, todos eles estruturados em tribos autônomas, autárquicas e não estratificadas em classes, o enxame de invasores era a presença local avançada de uma vasta e vetusta civilização urbana e classista.

Seu centro de decisão estava nas longuras de Lisboa, dotada sua Corte de muitos serviços, sobretudo do poderoso Conselho Ultramarino, que tudo previa, planificava, ordenava, provia. Outro coordenador poderosíssimo era a Igreja católica, com seu braço repressivo, o Santo Ofício. Ouvindo denúncias e calúnias na busca de heresias e bestialidades, julgava, condenava, encarcerava e até queimava vivos os mais ousados. Nem aí, na vastidão desses imensos poderios, terminava a estrutura civilizatória que se impunha sobre o Brasil nascente. Ela era um conglomerado interativo de entidades equivalentes em ativa competição, às vezes cruentas umas contra as outras. (RIBEIRO, 1995, P.38)

Desde o início o que marcou o estabelecimento da relação dos brancos com os primeiros habitantes foi o interesse. Os corpos nus das mulheres a vista despertava o ardor sexual, braços fortes dos homens destinados a trabalhar, a roça extensa para produzir o que lhes aprouver. Era terreno fértil para instalação do projeto civilizatório, terra que produziria muita riqueza.

Esses índios cativos, condenados à tristeza mais vil, eram também os provedores de suas alegrias, sobretudo as mulheres, de sexo bom de fornicar, de braço bom de trabalhar, de ventre fecundo para prenhar. A vontade mais veemente daqueles heróis d'alem-mar era exercer-se sobre aquela gente

vivente como seus duros senhores. Sua vocação era a de autoridades de mando e cutelo sobre bichos e matos e gentes, nas imensidades de terras de que iam se apropriando em nome de Deus e da Lei. (RIBEIRO, 1995, P.48).

Vale dizer, ainda, que o maior impacto não foi o social. O que marcou veemente a dizimação dos povos indígenas desde o início da colonização foi o fenômeno biológico. Os brancos trouxeram consigo do continente europeu pestes das quais os indígenas desconheciam, portanto, não tinham resistência biológica. Por isso o simples contato contaminava-os com doenças as quais seus organismos não poderiam suportar, assim desfaleciam.

A branquitude trazia da cárie dental à bexiga, à coqueluche, à tuberculose e o sarampo. Desencadeia-se, ali, desde a primeira hora, uma guerra biológica implacável. De um lado, povos peneirados, nos séculos e milênios, por pestes a que sobreviveram e para as quais desenvolveram resistência.

Do outro lado, povos indenes, indefesos, que começavam a morrer aos magotes. Assim é que a civilização se impõe, primeiro, como uma epidemia de pestes mortais. Depois, pela dizimação através de guerras de extermínio e da escravização. Entretanto, esses eram tão-só os passos iniciais de uma escalada do calvário das dores inenarráveis do extermínio genocida e etnocida. (RIBEIRO, 1995, p.47).

A história brasileira é marcada pelo massacre de povos originários. Cabe a nós conhecermos a história para assim lançarmos um novo olhar sobre a realidade, refletindo e compreendendo para melhor interpretar a atualidade. Hoje, a situação dos povos indígenas brasileiros é reflexo do genocídio ocorrido no passado.

1.1 Os Direitos Indígenas no Brasil: Desenvolvimento Histórico

O período colonial teve em suas políticas institucionais dispositivos que tratavam a respeito dos índios, advindos obviamente da Coroa portuguesa. Eram em formato de cartas oficiais que se consideravam as Constituições nesse período, formadas por um conjunto de princípios e normas que deveriam reger o regime político institucional brasileiro.

Durante o período colonial, o tratamento jurídico da questão indígena no Brasil foi caracterizado essencialmente por uma política de submissão, de opressão religiosa e cultural, de exploração econômica e de desapropriação, para ônus dos indígenas, sob a forma de catequese obrigatória legalmente permitida, trabalho forçado, escravidão, guerra e tomada de terras. (KAISER, 2010, p.168).

Tais documentos continham enumeradas condutas que os portugueses deveriam ter em relação aos primeiros habitantes. Primeiro a pacificação e liberdade dos índios, porque os portugueses do Brasil relatavam certo medo, por isso deveria haver convívio pacífico entre brancos e índios. Segundo, normas expressamente dominantes sobre os mesmos, de conteúdo integracionista à população civilizadora. Posteriormente regras de facilitação da escravidão indígena e, principalmente, da apropriação da terra.

A exploração da mão-de-obra indígena através da escravidão foi considerada no Brasil, em todo o período colonial, com exceção de curtos espaços de tempo, parte imprescindível da política econômica e indígena oficial, que foi sancionada pela legislação. Restrições legais temporárias quase não se impuseram na prática administrativa.(KAISER, 2010, p.119).

A catequese era também meio legítimo de institucionalização do Estado, ou seja, políticas de catequização dos índios, atribuindo inclusive meios violentos para tal fim era legal. Seguia-se a ordem religiosa européia, cristã, para construção do estado nacional. Os índios estavam submetidos a uma nova ordem econômica, social e religiosa.

A catequese que era realizada nas aldeias e a ‘civilização’ eram impostas por meio de coação e da aplicação de violência, sempre que os índios não se submetiam aos estudos voluntariamente, pois era esperada dos índios a desistência incondicional de seu próprio modo de vida.(KAISER, 2010, p.134).

A Constituição de 1824 que instituiu o Império do Brasil como uma nação livre e independente, com governo monárquico, hereditário, constitucional e representativo, agora muda a situação jurídica do índio. Eles se tornam cidadãos brasileiros com direitos e

obrigações como todos os outros. Mas, ao passo que parece trazer uma maior inclusão jurídica, o enquadramento dos índios brasileiros como cidadãos é uma fórmula para anular totalmente seus direitos tradicionais, inclusive aqueles sobre terras que eventualmente ocupem. Esse modelo de atuação permitiu maior mobilidade do poder em executar práticas de domínio sobre as terras e culturas indígenas. A partir desse momento, para ter direito sobre a terra eles precisam requerer a posse pelas praxes da lei. Trata-se de um controle, pelo instituto da tutela, das práticas e situação jurídica dos povos indígenas.

1.2. O Instituto da Tutela e a Capacidade Civil Relativa

A tutela surge ainda no regime Colonial como um dispositivo de dominação, que incidia sobre os negros africanos e sobre os indígenas, ou seja, grupos etnicamente diferenciados, visando estabelecer o controle e a disciplina para garantir a mão de obra na economia colonial.

O instituto da tutela é marcado por um sentimento protecionista e dominador. O ponto de partida é a desigualdade social e econômica geradas pela guerra da conquista colonial. Representa assim a relação jurídica e política entre brancos e indígenas, aqui especificamente, consagrando a desigualdade e institucionalizando-a. Ou seja, o regime tutelar coloca-se de forma histórica de institucionalização das desigualdades entre grupos étnicos, ou seja, faz parte da formação do Estado brasileiro.

O poder tutelar se estende a várias dimensões da vida dos indígenas. Ele prescreve poderes de gestão dos brancos sobre os índios, pautado na oposição “civilizado/primitivo”, considerando, como na oposição “adulto/criança”, a justificativa que legitima a gestão de suas atividades. O regime tutelar institui a substituição da ação e vontade do tutelado pelo tutor, ou seja, pelo Estado, garantindo, em todos os aspectos da vida dos grupos indígenas, a administração de uma autoridade branca sobre a ação e vontade de um índio, desde a regulação dos seus atos individuais relativos à troca, documentação, crimes e gestão de bens. Em quase todos os âmbitos da vida social o Estado é quem fala pelo índio.

Na República a política institucional sobre os povos indígenas continuou com o mesmo caráter, consolidando a relação de domínio e espoliação dos índios pelas classes dirigentes imperiais e republicanas.

Na História e no presente, o Direito indígena surge principalmente em função da autoridade, ou seja, em seu papel tradicionalmente repressivo, como instrumento do domínio político e de controle sobre os povos indígenas. Neste papel ideológico, ele atua como forma de legitimação e imposição do interesse socioeconômico e cultural da sociedade da maioria nacional luso-crioula. Os povos indígenas têm, nesse contexto, apenas o status de um simples objeto de domínio político e de regulamentação jurídica.(KAISER, 2010, p.32).

Observa-se, portanto, a relação de submissão não só jurídica como também das práticas de vivência dos povos indígenas a um Estado-Nacional que não compactua com os mesmos interesses, e, conseqüentemente, atua de forma repressiva na intenção de integrá-los à sociedade “civilizada”, transformando-os em trabalhadores nacionais como tantos outros. Usa-se o termo “civilizado” entre aspas justamente para colocar em cheque seu real significado. O que de fato representa a sociedade que os portugueses se empenharam em construir, que para se desenvolver escravizou, dizimou, desrespeitou, usurpou e destruiu o sistema natural e socioambiental do território que encontraram, desconsiderando quaisquer outros valores ou diferentes formas de relações coletivas auto-reprodutivas.

O extermínio intencional de grupos tribais inteiros pelos invasores não apenas foi praticado, como também, além disso, foi ainda abertamente justificado como meio indispensável para a segurança daqueles que traziam a civilização.(KAISER, 2010, p.155).

Um relato importante sobre esse período foi contado pelo antropólogo Eduardo Viveiros de Castro em uma entrevista à Revista Cult, falando a respeito da visita de Claude Lévi-Strauss ao Brasil da década de 1930. Vejamos:

Em seu livro *Tristes Trópicos*, Lévi-Strauss conta uma anedota reveladora. Era o começo dos anos 1930, ele estava de partida para o Brasil, onde ia ensinar sociologia na USP. Lévi-Strauss encontra um embaixador brasileiro na França, Luiz de Souza Dantas, em um jantar de cerimônia, e lhe pergunta sobre os índios brasileiros, que já então muito lhe interessavam. Ao perguntar ao embaixador como deveria proceder para visitar alguma comunidade indígena, este lhe respondeu: ‘ah, meu senhor, no Brasil há

muito tempo não há mais índios. Essa é uma história muito triste, mas o fato é que os índios foram exterminados pelos portugueses, pelos colonizadores, e hoje não há mais índios no Brasil. É um capítulo muito triste da história brasileira. Há muitas coisas apaixonantes a serem vistas no Brasil, mas índios, não há mais um só...'. Lévi-Strauss conta que, naturalmente, quando chegou ao Brasil, descobriu que não era bem assim. Isso não quer dizer que o embaixador (cuja aparência física, diz maliciosamente Lévi-Strauss, indicava uma óbvia contribuição indígena) estivesse mentindo deliberadamente, procurando negar uma realidade vergonhosa, mas sabida. De fato, o embaixador *não sabia* que havia índios no Brasil; o Brasil que ele representava diplomaticamente não continha índios. O Brasil era um país desesperado para ser moderno, então não havia, porque não podia haver, mais selvagens aqui. (CASTRO, 2012).

Era o início do “Estado Novo”, o país engatinhava para a industrialização, a economia abria-se para o capital privado estrangeiro, e o modelo idealizado estava longe de reconhecer populações tidas como “atrasadas” vivendo no território brasileiro, a imagem teria de ser completamente outra, o desejo maior era desvinculação com tais populações.

Adiante, o Código Civil de 1916, vigente até 2002, atribuiu ao índio (utilizando o termo “silvícola”) a qualidade de incapacidade relativa. Significava dizer que o índio não tem capacidade de autodeterminação, assim como os menores de 21 e maiores de 16 anos e os pródigos. Essa incapacidade fazia, portanto, necessário a atribuição da tutela pelo Estado exercida pelo Poder Público. Assim, o indígena brasileiro ao nascer já se encontrava sob regime de tutela, considerado incapaz de praticar atos da vida civil, podendo somente se assistido por agente do órgão público.

O Novo Código Civil (2002) retirou os índios da categoria de relativamente incapazes, dispondo que a capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Art. 4º - São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

(...)

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

No entanto, a legislação especial que está se referindo (Lei 6.001/1973 – Estatuto do Índio), estabeleceu três categorias para classificação dos índios: isolados, em vias de integração, e integrados, incumbindo aos não integrados a sujeição ao regime tutelar.

Art. 7º - Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei.

§ 1º. Ao regime tutelar estabelecido nesta Lei aplicam-se no que couber, os princípios e normas da tutela de direito comum, independentemente, todavia, o exercício da tutela da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, bem como da prestação de caução real ou fidejussória.

§ 2º. Incumbe a tutela à União, que a exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas.

Art. 8º - São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente.

Parágrafo único. Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos.

Portanto, em termos gerais, a mudança advinda do Novo Código Civil não afetou a condição jurídica do índio, que ainda é *relativa* de acordo com a classificação estipulada pela Lei especial.

O Estatuto traz os requisitos necessários para a emancipação do índio, que o livrará do regime de tutela, considerando-o integrado à comunidade nacional e capaz de responder pelos atos civis que vier a praticar.

Art. 9º - Qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha os requisitos seguintes:

I - idade mínima de 21 anos;

II - conhecimento da língua portuguesa;

III - habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional;

IV - razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional.

Parágrafo único. O Juiz decidirá após instrução sumária, ouvidos o órgão de assistência ao índio e o Ministério Público, transcrita a sentença concessiva no registro civil.

Art. 10. Satisfeitos os requisitos do artigo anterior e a pedido escrito do interessado, o órgão de assistência poderá reconhecer ao índio, mediante

declaração formal, a condição de integrado, cessando toda restrição à capacidade, desde que, homologado judicialmente o ato, seja inscrito no registro civil.

Art. 11. Mediante decreto do Presidente da República, poderá ser declarada a emancipação da comunidade indígena e de seus membros, quanto ao regime tutelar estabelecido em lei, desde que requerida pela maioria dos membros do grupo e comprovada, em inquérito realizado pelo órgão federal competente, a sua plena integração na comunhão nacional.

Parágrafo único. Para os efeitos do disposto neste artigo, exigir-se-á o preenchimento, pelos requerentes, dos requisitos estabelecidos no artigo 9º.

Trata-se de uma via burocrática a fim de declarar a emancipação dos índios que forem considerados aptos a conviverem como “cidadãos comuns”, cujos requisitos estarão satisfeitos, ou não, conforme decisão de juiz singular.

Por fim, a existência da tutela obrigatória atrapalha a livre manifestação política dos índios, que são considerados irresponsáveis por seus atos, não havendo, portanto, expressão direta de suas vontades, que são sempre submetidas à apreciação e assistência de órgão público competente, a FUNAI.

1.3. Órgãos institucionais para a Proteção dos Índios

O primeiro órgão criado para a proteção dos povos indígenas brasileiros foi o Serviço de Proteção ao Índio, o SPI, que operou de 1910 até 1967, quando foi substituído pela Fundação Nacional do Índio, a FUNAI, vigente até hoje. O SPI foi criado em um momento turbulento da história brasileira, pois em 1908 o Brasil havia sido acusado publicamente de massacre aos índios, no XVI Congresso dos Americanistas na cidade de Viena.

O poder de tutela estava destinado ao SPI, que de um lado visava proteger as terras e culturas indígenas, e de outro manipulava o *deslocamento* dos grupos étnicos para liberação de áreas destinadas à colonização e interesses do poder público.

Desde sua criação até sua extinção o órgão de proteção ao índio contava com evidentes contradições. A posição ideológica colonial permanecia, porque a ideia que se tinha era que os índios um dia desapareceriam, e não precisaria, então, de leis especiais para tratamento diferenciado. Queriam acreditar na “evolução natural” desses povos, que seria uma

questão de tempo até que se integrassem à sociedade civilizada e deixassem seus costumes e tradições. Por isso que, as primeiras leis indígenas tinham caráter transitório.

É possível dizer que o SPI foi formado em continuidade com premissas coloniais. Seu modo de atuação, formado a partir de doutrinas positivistas, incorporou técnicas missionárias tais como: distribuir presentes, vestir os índios e ensinar-lhes a tocar instrumentos musicais ocidentais. Os valores de bravura, coragem, calma e disciplina militar nas expedições pelos sertões, ressoam as clássicas imagens do explorador e do bandeirante. (POVOS INDEGENAS DO BRASIL)

Observa-se, a dogmática que assegura o direito indígena mesmo após a colonização permaneceu a mesma. A própria estrutura interna do órgão refletia a proposta de integração dos povos e seus territórios.

Toda a atividade de educação e ensino do SPI orientou-se, durante os cinquenta e sete anos de sua existência, em trazer os índios de um nível de desenvolvimento mais baixo, de acordo com a teoria positivista, ao nível mais alto da sociedade nacional brasileira. Até 1955, o SPI havia construído, ao todo, 106 postos, que estavam distribuídos por todo o país. (KAISER, 2010, p.164).

A partir da década de 1940, com o Decreto n. 1.794/39, o Conselho Nacional de Proteção aos Índios (CNPI) abre espaço para manutenção dos interesses e direitos indígenas incluindo a participação de antropólogos, a fim de atuarem na formulação das políticas indigenistas brasileiras. A defesa era a da premissa antropológica da época, questionavam os cânones das práticas colonialistas, defendendo que o órgão indigenista não mais devesse se comprometer a estimular o processo integracionista, embora acreditassem que isso seria inevitável.

O discurso não se distanciava das discussões da época em âmbito internacional realizadas na ONU (Organização das Nações Unidas), que em 1957 promulgou a Convenção n. 107 “Sobre a Proteção e Integração das Populações Indígenas e outras Populações Tribais e Semitribais de Países Independentes”, ratificada pelo Brasil somente em 1966 pelo Decreto n. 58.824/66.

A Convenção embora recriminou o uso da força para o objetivo de integração, e também considerou o respeito aos valores culturais e religiosos, não se posicionou contra, ao contrário, trouxe indicações sobre a maneira com que os países deveriam fazê-la, de forma “mais humana”.

Enquanto o artigo 11 reconheceu o direito às terras que os povos indígenas ocupam tradicionalmente, direito de extrema importância na conquista dessas populações, ou o artigo 7º que reconheceu o direito de “*conservar seus costumes e instituições que sejam incompatíveis com o sistema jurídico nacional ou com os objetivos dos programas de integração*”, logo no começo a Convenção traz:

Artigo 1º

1. A presente Convenção se aplica:

a) aos membros das populações tribais ou semitribais em países independentes, cujas condições sociais e econômicas correspondem a um **estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional** e que sejam regidas, total ou parcialmente, por costumes e tradições que lhes sejam peculiares por uma legislação especial;

Artigo 2º

1. Competirá principalmente aos governos pôr em prática programas coordenados e sistemáticos com vistas à proteção das populações interessadas e sua **integração progressiva na vida dos respectivos países**.
(grifo meu)

Desta feita, apesar de representar um avanço nas políticas indigenistas, a Convenção n. 107 traz ainda o legado protecionista e paternalista do Estado em relação às populações tradicionais.

A atuação do SPI por vezes provocava o inverso da sua proposta. Casos proeminentes de fome, doenças, escravização eram denunciados. Até que no início da década de 1960 o órgão foi acusado de genocídio, corrupção e ineficiência, passando a ser investigado por uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) que resultou em demissão e suspensão de mais de cem funcionários, inclusive alto escalão.

Posteriormente, com a crise institucional e o início da ditadura, o órgão SPI foi extinto e substituído pela Fundação Nacional do Índio, a FUNAI.

O novo órgão foi projetado para superar os impasses existentes no SPI, mas a substituição que traria novos rumos acabou por reproduzir o mesmo plano do antigo órgão.

O extinto SPI foi substituído por uma pessoa jurídica do Direito privado com bens próprios, a Fundação Nacional do Índio, pela Lei número 5.371 de 5.12.1967. Os direitos e obrigações dos índios foram estabelecidos através do Estatuto do Índio (lei número 6.001 de 19.12.1973), que substituiu o decreto número 5.484 de 27.6.1928. A concepção evolucionista da situação dos índios, como estágio de transição, foi confirmada novamente no Estatuto do Índio. Como objetivo da política indígena, o artigo 1 do Estatuto estabeleceu a manutenção da cultura indígena e, ao mesmo tempo, a integração progressiva e harmônica dos índios na sociedade nacional. O artigo 50 do estatuto autorizava a continuidade da prática exercida pelo SPI na educação e na instrução dos índios, de acordo com a qual os índios eram preparados para sua integração na sociedade nacional por meio de um processo de compreensão gradual dos problemas gerais e dos valores da sociedade, com o aproveitamento de suas capacidades individuais. Essas normas permaneceram em vigor até a Constituição de 1988, ainda a ser tratada, e constituíram a base da atividade da Funai. (KAISER, 2010, p.165).

Devemos sempre relacionar as políticas públicas, e a política indigenista é uma delas, com o contexto histórico e governamental vigente na época. Trata-se do período mais duro e agressivo da ditadura militar, 1967, presidente Costa e Silva. A política econômica brasileira visava única e exclusivamente o progresso e desenvolvimento a qualquer custo. As aspirações geopolíticas eram pautadas nos moldes das superpotências, visando não só a auto-suficiência do país como o domínio das tecnologias industriais. O avanço deveria ser em grande escala, principalmente expansão industrial, produtiva, agrícola e para o interior do país.

O período também chamado de nacional-desenvolvimentismo se calcou no deslocamento do poder econômico e político dos grandes proprietários de terras e recursos naturais para a burguesia industrial. O foco estava na mudança da estrutura produtiva – industrialização substitutiva de importações – e na redução da vulnerabilidade externa estrutural. O governo Vargas reservou papel protagônico para o capital nacional industrial e para o investimento estatal, ainda que contasse com suporte do financiamento e investimento externos.

No entanto, esse período foi marcado por uma grave crise das contas externas. As reservas internacionais eram nulas e o país já atrasava o pagamento de compromissos

comerciais e financeiros no exterior. Tanto é que, inclusive, houve nesse tempo a suspensão de pagamento do serviço de toda a dívida pública externa.

O economista Reinaldo Gonçalves em seu artigo *“Desenvolvimento às avessas: verdade, má-fé e ilusão no atual modelo brasileiro de desenvolvimento – Cap. 2: Da Era Desenvolvimentista ao Modelo Liberal Periférico”*, destaca sobre esse período que, enquanto em boa parte dos países da América Latina que se desenvolveram pela industrialização substitutiva de importações as empresas estrangeiras desempenharam papel coadjuvante, no Brasil elas foram atores protagonistas, principalmente nos setores mais intensivos de tecnologia. Ou seja, o nacionalismo econômico não alcançava desenvolvimento sem o suporte internacional, a realidade mostrava a forte dependência em relação à importação estrangeira.

O endividamento externo tornou-se crítico e transformou-se na principal restrição ao desenvolvimento econômico do país, em função da elevação do preço do petróleo e das taxas de juros internacionais em 1979. (GONÇALVES, 2013, p.47)

Portanto, a Era Desenvolvimentista não pode ser considerada uma “era duradoura” do desenvolvimento do Brasil. Sim, é fato que o processo de modernização avançou aceleradamente neste período. Como pode se ver, o setor agroexportador deixou de ser o eixo estruturante da economia dando espaço para uma economia industrial moderna que constituiu-se em um mercado interno relativamente grande. No entanto, as custas desse processo foram excessivamente maiores do que a economia nacional poderia suportar. Os avanços não impediriam os retrocessos.

Ocorreu que ao final desse período o Brasil tinha uma das mais elevadas concentrações de renda do mundo. O que significa a enorme injustiça social decorrente desse modelo capitalista que estava se constituindo no país ao longo de meio século. Se de um lado houve mudanças estruturais e processo de modernização notáveis, por outro, ao final dele, o país tinha ainda enormes deficiências em áreas como saúde, saneamento, educação, moradia, segurança, meio ambiente, transporte e seguridade social. O que mostrava uma realidade muito aquém dos padrões dos países desenvolvidos.

Nesse ínterim, a criação da FUNAI estava sob os moldes do modelo desenvolvimentista descrito anteriormente, influenciada por interesses totalmente

contrastantes com os da população indígena. A FUNAI que surge como órgão de proteção e preservação das culturas indígenas, tendo como pano de fundo as políticas econômicas e governamentais da década de 1970-80, fez dela desde o início ter um caráter paradoxal.

O paternalismo advindo historicamente permeou o órgão institucional até a Constituição de 1988 quando houve uma ruptura ideológica na questão indígena no país. Portanto, a FUNAI se estruturou em um contexto desfavorável às populações tradicionais, onde parte dos cargos foram ocupados por militares ou profissionais pouco qualificados, criando maior vulnerabilidade frente aos interesses econômicos e o ideal integracionista marcantes da política indigenista executada nesse período.

O princípio integracionista considera as comunidades indígenas como um fenômeno cultural em extinção, que não possui quaisquer possibilidades de continuidade ou de reprodução. A Constituição da ditadura militar de 1967, na forma da Emenda Constitucional através do Ato Institucional número 1 de 17.10.1969, continha, em repetição literal das constituições precedentes, a definição constitucional do princípio integracionista.” (KAISER, 2010, p.208).

1.4. Estatuto do Índio (Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973)

O Estatuto nasce como uma necessidade de política externa. A preocupação era, principalmente, com a imagem do país internacionalmente, frente às constantes denúncias que o Brasil vinha sofrendo sobre violação de direitos humanos.

Os índios até aquele momento não haviam ainda constituído formas organizativas e um discurso étnico-político que permitisse uma pressão adequada sobre o Estado. O fator decisivo para a elaboração, a aprovação e a divulgação da Lei nº 6001 era a preocupação do governo com a sua imagem no exterior, então grandemente afetada por denúncias de violação de direitos humanos. (OLIVEIRA, 1985, p.19)

Nasce, portanto, uma lei destinada mais às relações externas que internas efetivamente.

O conteúdo trazido na norma não distinguiu muito do que vinha sendo praticado. O Estatuto seguiu o princípio do velho Código Civil brasileiro (1916) onde estabelece que os

índios, sendo relativamente incapazes, devem ser tutelados por um órgão indigenista estatal até que sejam integrados à “comunhão nacional”. Os princípios integracionista e paternalista persistem na legislação indigenista, permanecendo ainda o ideal de que as populações indígenas era questão temporária, e por isso, a lei 6.001/73 também deveria ser.

O Estatuto corresponderia ao *regime* imposto ao índio brasileiro, ou seja, o conjunto de regras que estabelecem o seu modo de existência na sociedade brasileira, regulando o seu relacionamento com outros grupos sociais. (OLIVEIRA, 1985, p.19).

A partir desse momento os índios e comunidades indígenas estariam protegidos por uma legislação específica, contendo 68 artigos que tratam desde princípios norteadores para a relação entre índios e não-índios, definições e terminologias específicas, direitos civis e políticos, assistência e tutela, condições de trabalho, direito a terra, patrimônio indígena, educação, cultura e saúde, perpassando por crimes e normas penais. Estenderam-se aos indígenas oficialmente os direitos garantidos pela lei a todos os cidadãos brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as peculiaridades previstas no Estatuto.

Porém, o Estatuto não alcançou a real demanda emergente, qual seja, as comunidades ou populações indígenas. Como falado anteriormente, o Estado-Nacional preocupava-se naquele momento com a política externa, o que resultou na lei específica de uma demanda que extrapolava os limites territoriais brasileiro, sendo tomado conhecimento internacionalmente os casos de violação de direitos humanos contra tais populações.

Edições de luxo, com traduções em inglês e francês foram distribuídas fartamente dentro e fora do país, desse texto que até hoje não foi traduzido em qualquer das mais de 200 línguas indígenas existentes no Brasil. Embora fosse essa a lei que regulava a situação dos índios, até poucos anos atrás era muito raro que as lideranças o conhecessem, esse panorama só foi se modificando após 1978 com a ação de entidades civis de apoio e a própria mobilização dos indígenas. (OLIVEIRA, 1985, p.20).

Por muito tempo, até que surgissem organizações com a participação de lideranças indígenas além de não-índios preocupantes com a causa, a lei criada para os índios permaneceu desconhecida por eles. A incoerência da política pública voltada às comunidades indígenas, já à época tida como minoria da população brasileira, é evidente com a demonstração dos fatos.

O descaso com essas populações foi desde o início “justificado”. Primeiro pelos catequizadores que ao pisarem nas terras nacionais os julgaram gentios, o que quer dizer, contra, ou não condizentes, com a lei de deus (o deus ocidental que trouxeram da Europa). Desde então foram crucificados por seus costumes, religião e modo de vida. Em um segundo momento, justificaram o desprezo e o incentivo à dizimação indígena pelo ideal desenvolvimentista do país, que agora tomava o rumo dos países dominantes. Mas que nunca chegou lá.

O Estatuto do Índio, porém, em 1988 teve que mudar. Com o fim da ditadura militar, o regime político instituído no Brasil foi a democracia. Acabou a política indigenista de cunho integracionista com o advento da nova Constituição Federal, que alterou os princípios norteadores do Estado e em ato contínuo revogou certos artigos do Estatuto.

1.5. Constituição Federal de 1988 e os Novos Paradigmas

O processo democrático no Brasil começou aproximadamente uma década antes da promulgação da Constituição de 1988. Greves dos trabalhadores e a Campanha para as Diretas Já (que exigia eleições diretas para a Presidência da República), foram precursoras da instituição da democracia no país.

Em 1984 a Emenda das Diretas Já foi rejeitada no Congresso Nacional por faltarem 22 votos, o que cominou em força para as organizações da sociedade civil e oposição. Foi então que o governador de Minas Gerais, Tancredo Neves, deixou o cargo para disputar a Presidência da República no Colégio Eleitoral, em que só militares participavam, tendo como uma das promessas da campanha a convocação de uma Constituinte. Venceu a eleição contra o candidato oficial dos militares, Paulo Maluf.

No entanto, Tancredo Neves sofreu uma crise de diverticulite que o impossibilitou de tomar posse, vindo a falecer em 21 de abril de 1985. O vice-presidente Sarney foi efetivado e deu prosseguimento nas promessas da campanha, encaminhou ao Congresso Nacional a Mensagem 330, propondo a convocação da Constituinte, que resultou na Emenda Constitucional 26, de 27 de novembro de 1985.

No final de 1986 foram realizadas eleições gerais, sendo que os deputados federais e senadores eleitos comporiam a Assembleia Constituinte, no total de 487 deputados e 72 senadores. Ali representava o passo para o fim do presidencialismo autoritário.

Durante 18 meses foram discutidas propostas de diversas frentes políticas, contando com uma participação popular autêntica nunca vista antes na história brasileira. Foram apresentados os interesses da classe trabalhadora, do proletariado rural, das organizações de mulheres, negros, índios, ecologistas, etc., movimentos de pressão sobre a Assembleia Constituinte.

Em 5 de outubro de 1988 foi promulgado o texto da nova Constituição Federal brasileira, de expressão democrática e liberal, após 21 anos de ditadura militar, tendo sido o processo de criação, votação e aprovação acompanhados de perto pela sociedade civil.

Figura I - Sessão final de trabalho da Assembleia Constituinte, em 2 de setembro de 1988.



Fonte:

http://pt.wikipedia.org/wiki/Assembleia_Nacional_Constituinte_de_1987#mediaviewer/File:Sessaoco_nstituente.jpg)

Foi um momento distinto para as populações indígenas brasileiras, que à época já estavam bem melhores articuladas que no passado, criando-se outro contexto de mobilização e atuação frente ao Estado. Um movimento indígena estava formado, com participação de lideranças de diferentes etnias e não-índios identificadores com a causa. As reivindicações eram por garantias como o direito às terras originárias, à autodeterminação cultural, por direito à diferença.

Pode-se dizer que foram feitas vigorosas tentativas, muitas vezes ultrapassando o âmbito do juridicamente permitido, de influenciar a Constituinte com respeito à normas do Direito indígena, por lobbies econômicos, interessados na exploração econômica das áreas indígenas, assim como por órgãos governamentais com o objetivo de limitar os direitos territoriais indígenas por razões econômicas e militares. Em contraposição a isto, os direitos indígenas foram exigidos especialmente por organizações indígenas e outras organizações não-estatais antes e durante a Constituinte. (KAISER, 2010, p.202).

Foi consagrado aos índios um capítulo específico da nova Constituição Federal (título VIII “Da Ordem Social”, capítulo VIII “Dos Índios”), trazendo inovações conceituais importantes, capazes de romper com a tradição política aplicada por parte do Estado sobre tais populações ao longo da história do país.

Assim dispõe o Capítulo especialmente destinado aos índios na Constituição Federal de 1988:

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.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

§ 7º - Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º.

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.

O artigo 174, § 3º e § 4º, que se refere o § 7º do artigo 231, diz respeito à atividade garimpeira em cooperativas, cujo Estado favorecerá sua organização visando a promoção econômico-social dos garimpeiros, e também garante a prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis. Trata-se, portanto, de garantia específica a cooperativas de garimpeiros, não incluindo as populações indígenas nessa hipótese.

Os dispositivos constitucionais especialmente dedicados aos índios são de caráter declaratório, referindo-se principalmente ao direito às terras que tradicionalmente ocupem, garantindo, assim, às populações indígenas sua principal (até hoje) demanda.

O direito à terra no Brasil é de extrema importância, principalmente no caso dos povos indígenas, que se vêem usurpados do seu território desde o momento em que os colonizadores começaram a cercar espaços e ocupá-los. Por tradição, grande parte da população indígena era nômade. Por viverem essencialmente dos recursos naturais eles se locomoviam em coletividade para outras regiões territoriais, ou de período em período, de acordo com as estações do ano, ou fases da lua, por exemplo. Então, a ideia de território particular limitado é como que *impensável* para determinadas etnias, mas, ainda assim, no estágio que se encontravam em 1988 era de extrema urgência garantir o direito originário de parte do território nacional, para que se sirvam desse direito como garantia para prática da vivência coletiva. Trata-se, principalmente, do reconhecimento de um fato histórico, de que os índios foram os primeiros ocupantes do Brasil.

Fora o importante direito à terra garantido no artigo 231, o artigo 232 traz a novidade de tirar os indígenas da condição jurídica de relativamente incapazes, consagrando-os a capacidade civil no que diz respeito a ingressar em juízo como partes legítimas, portanto, independente de representação de órgão oficial, ou seja, a própria pessoa ou comunidade pode em seus nomes defender os direitos e interesses pertinentes na justiça pública.

Assim leciona o jurista Dalmo de Abreu Dallari:

Os índios brasileiros agora reivindicam direitos, usam terminologia jurídica e vão, inclusive, aos juízes e tribunais, participando ativamente de processos judiciais, como autores e réus. Embora estando assistidos por advogados, com o reforço do Ministério Público e entidade que é sua tutora legal, a FUNAI, os índios, que no relacionamento interno das comunidades e no exercício de suas atividades características, tomam por base uma noção tradicional de direitos e obrigações, são forçados a utilizar conceitos da

sociedade circundante. Desse modo, se cria uma dualidade, que muitas vezes afeta pontos essenciais dos interesses indígenas, criando-se, então, a necessidade de um mediador capaz de entender ambas as culturas e de transpor para a linguagem do formal as peculiaridades dos usos e costumes indígenas que fornecem a base para a sustentação dos direitos reconhecidos pelo Estado. Em tais circunstâncias é decisiva a mediação da perícia antropológica.(DALLARI, 1994, P.108).

Houve também expressiva pressão sobre a Constituinte no sentido de exigir laudo antropológico nas questões judiciais que envolvam indígenas, qual seja, profissionais especializados que aferem a capacidade civil ou, capacidade de apreensão das normas da sociedade nacional, através de estudos das condições reais daquele indivíduo ou comunidade. Alguns juízes têm entendido pela necessidade do laudo, mas a lei não obriga.

O laudo antropológico é necessário não só em decisões criminais como também no processo de demarcação de terras, para confirmar o espaço que originariamente ocupem, através de estudos sobre etnia, a história da aldeia e do território em questão. Nesse caso, porém, existe previsão legal posterior à Constituição Federal de 1988, determinada pelo Decreto n. 1.775 de 8 de janeiro de 1996, que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação de terras indígenas, senão vejamos:

Art. 2º A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

§ 1º O órgão federal de assistência ao índio designará grupo técnico especializado, composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, coordenado por antropólogo, com a finalidade de realizar estudos complementares de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação.

Vale como contribuição, ainda, citar uma jurisprudência que demonstre no caso concreto a necessidade do laudo antropológico, como requisito essencial, para julgar e decidir questões em que envolvam demandas dos povos indígenas pela qual o direito brasileiro deve responder.

TRF-1 - APELAÇÃO CIVEL AC 14647 MT 2006.36.00.014647-0 (TRF-1)

Data de publicação: 08/03/2013

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS PELOS ÍNDIOS. ÁREA INDÍGENA PARESI. ARTIGO 231 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. AUSÊNCIA DE BENFEITORIAS. INDENIZAÇÃO. DESCABIMENTO. 1. A Constituição Federal de 1988, assim como as que a antecederam, preocupou-se em proteger os direitos e interesses das populações indígenas, acolhendo o instituto do indigenato ao reconhecer os direitos originários dos índios sobre as terras que tradicionalmente habitam (art. 231). 2. O § 6º do art. 231 da Constituição Federal expressamente dispõe que os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios são nulos de pleno direito, não havendo qualquer direito a indenização ou ações contra a União, salvo quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé. 3. O falecido Lázaro Soares Sobrinho adquiriu o imóvel, ora em discussão, na data de 04.08.1981. Analisando a cadeia dominial os primeiros adquirentes obtiveram o referido imóvel do Estado de Mato Grosso por meio de título transcrito em 14.11.1960, de modo que quando da alienação do imóvel pelo Estado de Mato Grosso vigorava o disposto no art. 216 da Constituição Federal de 1946 e, à época da aquisição por Lázaro encontrava-se em vigor o art. 198 da CF/1969, ambos assegurando a proteção às terras habitualmente ocupadas pelos índios. 4. O perito judicial afirmou que as terras pertencentes a Lázaro encontram-se dentro dos limites da área indígena Paresi, como também consta nos autos registro público em seu nome (fl. 13/14). 5. A perícia judicial antropológica concluiu que o imóvel em questão estaria inserido em terras originalmente ocupadas por silvícolas. Não há como se olvidar que antes mesmo de serem transferidas mediante títulos dominiais a Lázaro, a terra objeto da lide era e continua sendo habitada pelos indígenas que já a utilizavam de maneira legítima, segundo seus usos e costumes. 6. A existência de eventual registro imobiliário de terras indígenas em nome do particular qualifica-se como situação juridicamente irrelevante e absolutamente ineficaz, pois, em tal ocorrendo, prevalece o comando constitucional, que "declara nulos e sem nenhum efeito jurídico atos que tenham por objeto ou domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas por silvícolas". Tais títulos são eficazes apenas para comprovar a boa-fé dos réus, outorgando-lhes direito à indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias. 7. Inexistindo benfeitorias no imóvel em questão, não há que se falar em indenização pela perda da terra. 8. Apelação não provida. (2013)

Entende-se pela legitimidade do direito à terra pelos usos e costumes originários praticados naquele determinado território, é o Estado brasileiro reconhecendo os direitos originários desses povos, qual seja um deles, básico e principal, a terra.

Em outro sentido, a Constituição Federal inovou em não reproduzir o objetivo previsto nas constituições anteriores.

O objetivo da ‘incorporação dos silvícolas à comunhão nacional’ não foi adotado no texto da Carta Magna. Esta não-adoção do objetivo de incorporação contido nas constituições precedentes não representa um lapso de redação, assim como não o representa renúncia aos termos ‘selvagem’ e ‘silvícola’, para doravante empregar os termos ‘índios’, ‘comunidades indígenas’ e ‘grupos indígenas’. ao contrário, aparece, pela primeira vez, o desejo manifesto da parte predominante das forças políticas e sociais, antes do encontro da Assembléia Nacional Constituinte, de tomar como base, no texto da Constituição de 1988, no que se refere aos direitos culturais dos índios, a moderna teoria da relatividade cultural para as relações entre a sociedade nacional e os indígenas do Brasil, e desistir definitivamente do objetivo de incorporação dos índios à sociedade nacional. (KAISER, 2010, p.214).

Com as mudanças trazidas pela nova Constituição Federal uma outra ordem ideológica foi posta sobre as populações indígenas. O Estado brasileiro, pela primeira vez, deu valor jurídico-constitucional às culturas distintas da homogênea (cristã-ocidental), consagrando o direito à diferença cultural e o direito à autonomia cultural, excluindo de vez a intenção dominante de integrá-los à sociedade nacional. A assimilação ou integração dessas populações saem do objetivo central da política de estado, e a ideia de povos em extinção não tem mais valor para a nova Constituição.

Tal alteração foi dada de acordo com os estudos de antropologia da época, que veremos mais adiante com detalhes.

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 o Estatuto do Índio passa a valer somente no que não contraria às novas disposições. No entanto, as inovações constitucionais não foram plenamente satisfatórias aos interesses indígenas, na medida em que, permanecendo o instituto da tutela que, como sabemos, se originou no antigo e ultrapassado entendimento, só será suspensa com a “integração a comunhão nacional”, ou seja, a desistência da cultura indígena ainda permanece como pressuposto para a plena liberdade da participação dos índios na vida jurídica brasileira.

Desse modo, podemos concluir por uma paradoxal mudança legislativa. Há ainda muitas contrariedades entre a Constituição Federal e o Estatuto de Índio, acarretando na aplicação inadequada, contraditória e incompleta, instaurando, no entanto, uma insegurança jurídica para as demandas indígenas.

1.6 Constituição da Bolívia: Breve Análise Comparativa

O processo histórico na América Latina pode ser interpretado por inúmeras semelhanças entre os diversos países, e a Bolívia é um deles, cuja colonização e construção foi dada a partir da lógica europeia-ocidental, em detrimento da participação dos povos originários. Por isso, as mudanças na nova Constituição bolivariana promulgada em janeiro de 2009 podem contribuir para a luta dos movimentos sociais no Brasil, principalmente a dos movimentos indígenas.

Em um breve relato, o vice-presidente do Estado Plurinacional da Bolívia, Álvaro García Linera, expõe as mais significativas mudanças ocorridas nos últimos anos através da força dos movimentos sociais organizados da população boliviana.

A Bolívia é um país que está aprendendo a aceitar a si mesma depois de séculos de negação do colonialismo que nos ensinou a sentir vergonha de nossa diversidade. Durante muito tempo o poder nos fez crer que o ser índios era a desgraça desta terra. Quando os primeiros colonizadores nos exploravam, duvidavam que tivéssemos alma; na República nos definiam como povos que necessitavam de um patrão para viver, enquanto nos impunham relações servis; nos anos 70, algum ditador teve a ideia de trazer africanos brancos para 'melhorar a raça', colocando em evidência que o colonialismo foi a forma histórica de dominação permanente para a maioria plurinacional da Bolívia.

(...)

A história da Bolívia se encontra marcada por ditaduras militares e democracias excludentes que unicamente expressam a estrutura do senhorio de uma sociedade que jamais quis se olhar no espelho de sua realidade, e viveu de cara para o Primeiro Mundo, copiando, imitando e servindo os interesses daqueles países, com a cumplicidade do poder local.

Os povos indígenas-originários-capesinos, a grande maioria do país, só presenciaram a mudança de rosto dos padrões nos diferentes momentos da história; inclusive os setores progressistas, antes que fossem reconhecidos como protagonistas, fizeram deles objeto de paternalismo e assistencialismo, expressões também do colonialismo.

(...)

A política do consenso é parte da vida comunitária, assim como a rotatividade das responsabilidades. Deste modo, apesar do complô da oposição, do racismo que fez vítimas aos próprios participantes da Assembleia, da destruição de bens estatais, da humilhação pública dos camponeses, em definitivo, da resposta senhorial à proposta comunitária e da inclusão para o país, foi aprovada a Constituição do Estado Plurinacional, assumindo que somos parte de uma história republicana e liberal, mas incorporando o horizonte comunitário do *Viver Bem*, a ser desenvolvido e realizado pelas organizações sociais e pelo Estado Plurinacional. Foi constitucionalizado o reconhecimento da nossa identidade plurinacional que

se encontra estruturalmente ligado a esta utopia do *Viver Bem* como realidade e como tarefa.

O desafio do texto constitucional se propõe a convivência entre estas duas maneiras de entender o país. Junto aos direitos individuais que foram um ganho liberal da Europa da Revolução Francesa, e que foram parâmetros do Constitucionalismo com o qual foram inauguradas as nossas repúblicas, são incluídos os direitos coletivos dos povos indígena-originário-campestinos, que tanta luta e tanto sangue lhes custaram no Continente, para finalmente serem reconhecidos pelas Nações Unidas. A Bolívia foi o primeiro país a constitucionalizar esta conquista histórica, paradoxalmente um país que viveu de costas para a sua realidade e a partir das suas classes dominantes olhava para o Primeiro Mundo só para copiar a marca legislativa como na era republicana.

Em relação à justiça, a dos poderosos sobre os oprimidos, na interpretação da justiça ordinária, incorpora ao contexto constitucional aquela que sempre foi menosprezada, mas também aproveitada pelos colonizadores quando permitiam que os temas internos dos povos pudessem ter a sua própria justiça. Hoje, a 'justiça dos indígenas' (*justiça comunitária*) deixou de ser um folclore para ser parte do reconhecimento de que existem formas diferentes e plurinacionais de melhorar a convivência e solucionar os conflitos.(GARCIA LINERA, 2012)

Um Estado instituído Plurinacional não significa somente a promulgação de uma Constituição que reconheça a diversidade cultural existente no país, mas, estende-se, na verdade, a uma democracia participativa, onde as deliberações de Estado perpassam por consultas populares, e que a população participa e opina, não se restringindo, somente como antigamente era, pelo voto eleitoral. É a mudança da democracia representativa para uma democracia participativa.

O primeiro artigo da nova Constituição Política do Estado da Bolívia instituiu o país como sendo um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário, livre, independente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado e com autonomias, fundado na pluralidade e no pluralismo jurídico, político, econômico, cultural e linguístico.

De fato, é uma alternativa de reconhecer e legitimar as diferentes coletividades que convivem sob mesmo território, por meio da democracia participativa, para regerem seu modo de vida com autonomia, sem a imposição de um Estado hostil ao qual não se reconhecem. É uma ressignificação de direito de Estado, pautado principalmente no ser humano, em todas as suas esferas, individual e coletiva.

De todo modo, ainda é pouco conhecida a nova Constituição da Bolívia, que ultrapassa o reconhecimento formal da diversidade cultural, alterando sua forma de fazer

política, com a inclusão de fato das 36 etnias pertencentes ao país. Observa-se, portanto, uma alternativa de corrigir o genocídio e o massacre institucionalizado durante anos, refazendo um Estado que se reconheça na sua pluralidade. Uma alternativa para o Brasil.

CAPÍTULO 2 – CONCEITOS ANTROPOLÓGICOS

Antropologia em seu significado etimológico quer dizer o estudo ou conhecimento sobre o homem.

Robert Lowie declarou em 1917 que o único assunto da antropologia é a cultura. Assim como o da biologia é a vida, da psicologia é a consciência, e a eletricidade é um campo da física. Outros defenderam que o real tema da antropologia é a evolução humana. Independente da perspectiva, antropologia é uma ciência que se interessa por ideias, valores, símbolos, normas, costumes, crenças, invenções, ambiente, etc., e por isso está associada a outras ciências como o direito, a sociologia, a geografia, história, política (ASSIS, 2011).

Os antropólogos, de modo geral, entendem que a antropologia visa conhecer o homem inteiro, o homem em sua totalidade, isto é, em todas as sociedades e em todos os grupos humanos. Esse entendimento confere à antropologia um triplice aspecto: a) de ciência social: na medida em que procura conhecer o homem como indivíduo integrante de sociedades, comunidades e grupos organizados; b) de ciência humana: quando procura conhecer o homem através de sua história, suas crenças, sua arte, seus usos e costumes, sua magia, sua linguagem etc.; c) de ciência natural: quando procura conhecer o homem por meio de sua evolução, seu patrimônio genético, seus caracteres anatômicos e fisiológicos. (ASSIS, 2011, p. 14)

Em meados do século XIX a antropologia, em seu primeiro momento, elegeu como objeto de estudo as sociedades primitivas. Não pertencentes à civilização ocidental seria possível apontar algumas características que as distinguem das sociedades europeias, como por exemplo, são sociedades de dimensões estritas, tiveram pouco contato com sociedades vizinhas, possuem tecnologia pouco desenvolvida, enfim, são sociedades simples porque possuem um grau de complexidade menor (ASSIS, 2011).

Com o passar do tempo a antropologia estendeu seu objeto de estudo para alcançar todas as sociedades e todos os grupos humanos em todas as épocas. O desenvolvimento dos estudos antropológicos em diferentes lugares do mundo impulsionou a reflexão inclusive da cultura e ambiente a qual os próprios antropólogos pertenciam, as chamadas sociedades complexas. Assim, como ocorre com as outras ciências, a antropologia passou ao longo dos anos por etapas, o que significa dizer que se em determinada época criou-se e defendeu-se

uma teoria, com o advento de novas comprovações, passou a defender outra. E assim sucessivamente, até chegar ao que entendem hoje. O que faz o desenvolvimento da antropologia é o estudo científico dos fenômenos sociais.

A antropologia é responsável por fazer entender melhor quem pensa de maneira diferente de nós. É a ciência que busca compreender o outro, onde o pesquisador se distancia ao máximo do senso comum e das ideias que sua própria cultura valoriza. Daí a importância dessa ciência no presente trabalho, para tentar desmistificar o senso comum produzido e reproduzido até hoje nas escolas, jornais, revistas e tribunais brasileiros a respeito dos índios. Ainda há muito preconceito por desconhecimento e desinformação.

A primeira escola antropológica foi o evolucionismo (1871-1908). Um dos pressupostos era a preocupação com as origens, por isso os chamados “selvagens” eram interpretados como amostras de como os povos civilizados foram no passado. Buscavam-se leis gerais que supostamente regulam a história humana, isso resultava na reconstrução dos diferentes estágios do processo evolutivo geral através do uso do “método comparativo”.

No entanto, os evolucionistas não faziam trabalho de campo, eram antropólogos de gabinete, pois as informações coletadas sobre os “selvagens” vinham de missionários, viajantes e agentes da administração colonial.

A ideia central era de que existia uma espécie humana idêntica, mas que se desenvolve em ritmos desiguais de acordo com as populações. Estas, passam pelas mesmas “etapas” até que alcancem a mais avançada, que no caso seria a civilização (ASSIS, 2011, p.65). O contexto histórico é a expansão da conquista colonial, cuja a teoria do evolucionismo biológico de Darwin estava em alta, e o objeto de estudo central dos antropólogos eram as sociedades “primitivas”.

O evolucionismo é, no entanto, uma visão eurocêntrica do mundo, isto é, que têm como centro de referência a Europa. A sociedade capitalista da segunda metade do século XIX era tomada como modelo para entender outras sociedades, na medida em que estas últimas representariam estágios anteriores vivenciados pela “civilização européia”.

Autores como Franz Boas (1858-1942) e Bronislaw Malinowski (1884-1942), Radcliffe-Brown (1881-1955) e outros, introduzem ao estudo do antropólogo a etnografia, que é a pesquisa de campo ou trabalho de campo antes realizado somente por viajantes.

Assim, a etnografia passou a ser parte inseparável da antropologia, agora que o próprio pesquisador toma para si a tarefa de colher informações (ASSIS, 2011).

A crítica aos estágios começam aparecer com a nova geração de antropólogos através da criação de teorias conclusivas de seus estudos etnográficos. Fraz Boas se pergunta “qual a história própria de cada uma dessas sociedades indígenas?”, identificado como particularismo histórico, onde se interessa por cada história de cada grupo, não situando o grupo em uma história geral. É conhecer o passado para entender o presente.

Bronislaw Malinowski e Alfred Radcliffe-Brown, influenciados por Émile Durkheim, iniciaram suas pesquisas com a seguinte pergunta: “que papel cada instituição desempenha na manutenção da sociedade indígena como um todo?”, criando o funcionalismo, que é o estudo sincrônico das sociedades enquanto totalidades funcionais.

Em ambos os casos o centro de referência do antropólogo se desloca da Europa para as sociedades indígenas. Daí uma nova fase da antropologia, onde o relativismo é evidenciado nas pesquisas, que significa quando, a partir do contato com o diferente, o antropólogo relativiza seu olhar, entendimento e interpretação sobre o outro, se deslocando para aquele ponto de referência. A antropologia é um modo não-etnocêntrico de entender quem pensa diferente de nós.

2.1 Do Evolucionismo ao Relativismo

A antropologia do século XIX foi marcada pelo chamado “Darwinismo Social”, que considerava a sociedade europeia da época como o apogeu de um processo evolutivo, onde as sociedades aborígenes eram tidas como os exemplares mais “primitivos”. O evolucionismo acreditava numa linha cronológica de avanço das culturas, classificando-as em patamares mais ou menos evoluídos. As que eram consideradas “menos” estavam em um processo civilizatório, no avanço para um estágio acima daquele. Fora estabelecido então, um padrão de civilização moderna, que classificava um patamar mais elevado a ser alcançado por todas as sociedades, onde incluía não só o modo cultural de expressão, como toda forma de se darem as relações sociais. Essa visão foi usada para fundamentar e, futuramente justificar, o domínio do homem europeu sobre outros povos.

A mentalidade proposta por essa teoria encontrou solo fértil nas Américas. Como podemos observar em toda história, o conceito de “processo civilizatório” foi, e é até hoje, difundido para os povos submetidos à colonização, como o nosso. A teoria criada por mãos européias tomou forma ao chocar com realidades tão diferentes e distantes daquela. Realidade essa onde a identidade era outra, os costumes outros, as crenças distintas e principalmente, o modo de vida inteiramente estranho àquela. O choque com outras dinâmicas de vivência deu força ainda maior à teoria, pois para os apoiadores dela ficava cada vez mais claro que eles estavam em um estágio “avançado”.

Não contavam que mais tarde iria se identificar o processo de proliferação da teoria evolucionista com o conceito de etnocentrismo.

Essa teoria evolucionista, no entanto, foi rebatida ao longo dos estudos e de anos, pelo chamado “relativismo”. Através de pesquisas científicas, experiências como trabalho de campo com povos geograficamente distantes, onde apresentavam modo de vida extremamente distinto da do europeu, restou comprovado que não existe um processo evolutivo, ou estágios culturais, observaram a funcionalidade das sociedades estudadas, constatando que tinham um modo próprio de vida, considerada completa, harmônica e funcional. Ou seja, as culturas existem por si só, não estão em estágio de desenvolvimento, elas se desenvolvem por elas mesmas, não existem categorias distribuídas em nível superior ou inferior.

Foi observado então, a existência de uma harmonia social nesses outros tipos de comunidades. Assim, os indivíduos que habitam em determinado local, se relacionam de maneira completa e funcional, sendo os requisitos básicos para sua sobrevivência, não só física, mas social e moral estão presentes naquela dinâmica.

Começou-se a pensar no conceito de alteridade. É a concepção de que só é possível compreender o outro se tivermos contato, aproximação, tentando nos colocar no lugar dele, enxergar o mundo como ele enxerga. Esse é o principal ganho do relativismo, pois nos faz perceber a incongruência de supormos uma superioridade a ponto de julgar, a partir de um ponto de vista externo, os padrões e valores de uma determinada cultura. Existe portanto, uma incompatibilidade fundamental entre os sistemas de valores de diferentes culturas, posto que não há critérios objetivos que permitam classificar as culturas entre superiores e inferiores, pois todas as culturas devem ser vistas como igualmente aptas a suprir as necessidades de seus

integrantes. Não deixa de ser uma teoria emancipadora, visto que possibilita dar voz às culturas marginalizadas.

Essa perspectiva de entender as diferenças culturais é nova e inovadora, é uma forma de atitude tolerante em relação à outra cultura. A Constituição Federal de 1988 aderiu essa nova percepção, no sentido de reconhecer a cultura indígena em sua autenticidade. Pelos princípios que norteiam a Carta Magna, incluindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, entre outros tratados internacionais em que o Brasil se propôs em acordar, foi preciso uma reformulação estrutural das normas brasileiras.

2.2 Interpretação das culturas

A recente antropologia, passando pelo estruturalismo de Claude Lévi-Strauss (1908-2009), até a nova antropologia americana de Clifford Geertz (1926-2006) tem muito a contribuir para os rumos do direito moderno, principalmente no que tange ao pluralismo jurídico e democracia, conceito de multiculturalidade e não mais a hegemonia cultural clássica. “Assim como a navegação, a jardinagem e a poesia, o direito e a etnografia também são artesanatos locais: funcionam à luz do saber local.” (GEERTZ, 1998)

Geertz menciona que para entendermos os fenômenos da vida social é preciso conhecer o local, porque é ali que se cria e reproduz os saberes daquela sociedade. Interpretar a cultura significa distanciar-se dos valores pessoais e conceitos pré-estabelecidos para entrar em um mundo cultural cujas normas, conceitos e valores são completamente distintos dos nossos. Caso contrário, não saberemos lidar com litígios que surgirem, e interpretaremos o outro sempre como destoante, errante, fora do padrão hegemônico, e por isso a reação será sempre, ou tentar corrigi-lo, ou destruí-lo.

Uma visão geral de que as coisas deste mundo, e entre elas os seres humanos, estão dispostas em categorias, algumas hierárquicas, outras coordenadas, mas todas claramente distintas, e qualquer assunto que não

esteja incluído nessas categorias perturbam toda a estrutura e, portanto, tem que ser corrigido ou destruído. (GEERTZ, 1998)

O autor também traz reflexões acerca do direito, por entender ser também um saber local, construído conforme as relações sociais que vão acontecendo na sociedade, por isso não tem caráter universal e nem pode tê-lo, pois, se construído de acordo com valores e normas de um grupo, não poderá servir para todos os outros. Assim, o direito faz-se em cada sociedade sob julgo de cada indivíduo que ali participe.

O direito, como venho afirmando um pouco em oposição às pretensões encobertas pela retórica acadêmica – é saber local; local não só com respeito ao lugar, à época, à categoria e variedade de seus temas, mas também com relação a sua nota característica – caracterizações vernáculas do que acontece ligadas a suposições vernáculas sobre o que é possível. É a esse complexo de caracterizações e suposições, estórias sobre ocorrências reais, apresentadas através de imagens relacionadas a princípios abstratos, que venho dando o nome de sensibilidade jurídica.

[...]

Sejam quais forem as conclusões a que cheguem esses estudos, estas devem ter como referência o gerenciamento da diferença e não sua eliminação. Aconteça o que acontecer no futuro distante – o domínio universal da justiça gulag ou a vitória final da mentalidade de mercado – o futuro próximo não apresentará uma curva ascendente de uma uniformidade jurídica que se sobreponha às tradições (algo que, até o momento, fui forçado a ignorar neste ensaio) ou que as torne internamente iguais, e sim verá uma maior particularização dessas tradições. O universo jurídico não está sendo comprimido em uma bola, e sim, expandindo-se e multiplicando-se. (GEERTZ, 1998)

O direito passa a ser interpretado não como uma abstração a qual os homens devem perseguir, mas, ao contrário, o homem é que faz o direito e seus conceitos, agora, multiplicando e expandido, uma vez que a visão clássica abstrata do direito não abre espaço às mudanças sociais, não alcançando as demandas reais.

Essas duas proposições, que o direito é saber local e não um princípio abstrato e que ele constrói a vida social em vez de refleti-la, ou, melhor dito, de meramente refleti-la, leva-nos a uma visão pouco ortodoxa sobre a metodologia de um estudo comparativo: a tradução cultural. (GEERTZ, 1998)

Ou seja, as diferenças culturais na sociedade moderna se esbarram cada vez mais, e o direito, sendo instituição posta para resolução de conflitos, muitas vezes não consegue alcançar uma solução justa, uma vez que concebendo o direito na visão clássica, os aplicadores, que fazem parte da cultura hegemônica nacional, não conseguem perceber ou sequer conciliar as diferenças culturais em igualdade. Daí desfavorecem as minorias étnicas com a legitimidade do direito.

Lévi-Strauss na obra “O Pensamento Selvagem” nos leva a refletir sobre a o valor da ciência em que se pautam muitos conceitos e valores da sociedade ocidental moderna. A valorização da ciência e suas técnicas fizeram com que desqualificássemos qualquer outro saber. A ciência tem mais valor que um mito, por exemplo, para a nossa sociedade. Isso por conta do positivismo, que é a recusa de qualquer metafísica, restringindo o conhecimento à descrição dos fatos pela lei natural.

Em lugar de opor magia e ciência, seria melhor colocá-las em paralelo, como dois modos de conhecimento desiguais quanto aos resultados teóricos e práticos. (STRAUSS, 2005, p.28)

Isto porque, Lévi-Strauss ao estudar grupos e tribos por todo o mundo, percebeu que os valores morais se distinguem e isso reflete na coletividade em suas vivências e normas, e que, o nosso modo cultural, moral e legal, é só nosso.

Sabemos o que fazem os animais, quais são as necessidades do castor, do urso, do salmão e das outras criaturas, porque outrora os homens se casavam com ele e adquiriram esse saber de suas esposas animais... Os brancos viveram pouco tempo neste país e não conhecem muita coisa a respeito de animais; nós estamos aqui há milhares de anos e há muito tempo que os próprios animais nos instruíram. Os brancos anotam tudo num livro, para não esquecer; mas nossos ancestrais desposaram os animais, aprenderam

todos os seus costumes e fizeram com que esses conhecimentos passassem de geração em geração. (STRAUSS, 2005, p.53)

Quer dizer, Levi Strauss nos atenta através desse relato que um significado para um determinado grupo sobre determinado assunto, para outro, poderá ter um significado totalmente diferente, e nem por isso um terá mais valor do que o outro.

O saber teórico não é incompatível com o sentimento, o conhecimento pode ser objetivo e subjetivo ao mesmo tempo, enfim, as relações concretas entre o homem e os seres vivos colorem às vezes com matizes afetivos o universo inteiro do conhecimento científico, sobretudo nas civilizações em que a ciência é integralmente 'natural'. (STRAUSS, 2005, p.54)

O fato do cientificismo ter influenciado nossos valores culturais atuais, nos fez perder a sensibilidade de aceitar outras formas de interpretação da realidade. Só cremos no que vemos. E tudo o que for fora isso é desacreditado, tem um descrédito, não merece atribuição de ciência.

Os índios omaha vêem uma das maiores diferenças entre os brancos e eles no fato de que 'os índios não colhem as flores', é preciso entender: por prazer; com efeito, 'as plantas têm usos sagrados conhecidos somente por seus senhores secretos'. Mesmo a saponária, usada em banhos de vapor, para tratar dor de dentes, das orelhas ou reumatismo, era colhida como se fosse uma raiz sagrada. (STRAUSS, 2005, p.59)

A diferença que o autor se refere está relacionada ao sentido que é colocado nas ações dos brancos e dos índios omaha. O branco ao olhar uma flor e constatar suas propriedades naturais através de estudos científicos, simplesmente a colhe para beneficiar-se dela e utilizar de suas propriedades. Diferente do olhar e do sentido que um índio omaha coloca sobre essa atitude. Ainda que ele colha para tirar proveito da natureza (porque preservar é utilizar com responsabilidade), colher a flor tem um significado bem maior, é sagrado, porque o valor que se dá à planta excede a racionalidade do branco.

Ainda sobre grupos étnicos diferenciados do hegemônico ocidental, Levi Strauss observa que a tradição ali praticada perdura por muito tempo, porque de fato, são as características dos ritos e costumes que conectam uma coletividade em convivência harmônica e funcional.

Mesmo se a base demográfica se esboroa, essa perturbação não repercute instantaneamente sobre todos os planos. Os mitos e os ritos mudarão, mas com um certo atraso e como se fossem dotados de uma persistência que, durante um tempo, preservasse neles toda ou parte da orientação primitiva. Então, através deles, esta permanecerá agindo indiretamente para manter as novas soluções estruturais na linha aproximativa da estrutura anterior.(STRAUSS, 2005, p.85)

Quer dizer, os grupos se modificam pelo tempo, espaço, história e contexto. O desenvolvimento dos grupos sociais acontece conforme as relações sociais vão mudando e se refazendo, não alterando no entanto, a estrutura, que é mantida pela tradição. Nenhum grupo social é estático.

Por fim, ainda como contribuição da antropologia no direito, Pierre Clastres em sua obra “A sociedade contra o Estado”, leciona a respeito das sociedades chamadas primitivas e a ausência do Estado nelas.

Ausência do Estado nas chamadas sociedades primitivas não deriva, como se costuma imaginar, de seu baixo nível de desenvolvimento ou de sua suposta incompletude, mas de uma atitude ativa de recusa do Estado, enquanto poder coercitivo separado da sociedade. ‘Contra Estado’, portanto, mais que ‘sem Estado’. (CLASTRES, 2012, p.18)

Trata-se, portanto, de uma interpretação diferente do senso comum, com maior profundidade de conhecimento, autores que com propriedade tratam do tema e contribuem para os estudos sociais. Vejamos, portanto, que por desconhecimento julgamos erroneamente o desconhecido ou o marginalizado.

Cada sistema cultural está sempre em mudança. Entender esta dinâmica é importante para atenuar o choque entre gerações e evitar comportamentos preconceituosos. Da mesma forma que é fundamental para a humanidade a compreensão das diferenças entre povos de culturas diferentes, é necessário saber entender as diferenças que ocorrem dentro do mesmo sistema. Este é o único procedimento que prepara o homem para enfrentar serenamente este constante e admirável mundo novo do porvir. (LARAIA, 2004, p. 101).

2.3 Antropologia jurídica

Como já visto, o etnocentrismo é um modo único de enxergar o mundo, aquele em que sua etnia está no centro e você vê o diferente através da sua “lente cultural”, o seu referencial é o centro. Por isso, uma visão etnocêntrica das sociedades indígenas despreza o papel da diversidade cultural, sedimenta uma visão negativa desses povos, porque a postura ideológica dominante considera os índios um atraso para a sociedade, posto que sempre foram marcados sob uma perspectiva arcaica, de extinção, acreditando que as sociedades indígenas não contribuem para o nosso futuro.

Este problema não é exclusivo de determinada época nem de uma única sociedade. O pano de fundo onde se inscreve esta questão vai bem longe na história humana. É um problema que nasce talvez da constatação das diferenças. De um lado vemos um *eu* que come igual, veste igual conhece o mesmo tipo de coisas, acredita nos mesmos Deuses, casa igual, distribui o poder da mesma forma e procede, por muitas maneiras semelhante. E no polo oposto, percebemos um *outro* que não faz nada disso ou faz completamente diferente. E, ousadia maior: é capaz de viver à sua maneira. Isto o torna ameaçador, intratável, e selvagem. (ROCHA, 1996, p.50.)

No entanto, a sociedade ocidental tem que conviver com tais diferenças, tanto os índios quanto os quilombos e tantas outras sociedades tradicionais que resistem até hoje à cultura hegemônica. E o direito, em estágio de consagrar a democracia, tem de tratar e adequar essas realidades nas legislações, de uma forma a amenizar as contrariedades, posto que fazem parte do mesmo território e estão sob a mesma jurisdição.

Regras sociais são criações de grupos específicos. As sociedades modernas não constituem organização simples em que todos concordam quanto ao que são as regras e como elas devem ser aplicadas em situações específicas. São ao contrário, altamente diferenciadas ao longo de linhas de classe social, linhas étnicas, linhas ocupacionais e linhas culturais. Esses grupos não precisam compartilhar as mesmas regras e, de fato, frequentemente não o fazem. Os problemas que eles enfrentam ao lidar com o seu ambiente, a história e as tradições que carregam consigo, todos conduzem a evolução de diferentes conjuntos de regras. À medida que as regras de vários grupos se entrecrocaram e contradizem, haverá desacordo quanto ao tipo de comportamento apropriado em qualquer situação dada. (BECKER, 2008, p.27).

Quer dizer, sempre haverá conflito quando grupos étnicos que reproduzem determinadas práticas e leis em seu lugar habitat, entrecrocarem com outros que pratiquem outras regras. E, acredito que o direito é, ou melhor dito, possa ser, na sociedade moderna burocratizada uma alternativa de solucionar tais conflitos de maneira justa e igualitária (o que ainda não ocorre), ou alcance algo minimamente perto desse ideal. Não ocorre por diversos motivos, mas, principalmente porque o direito é produto de um grupo social específico. No entanto, como saldo positivo, com a contribuição de outras áreas do conhecimento, parece que o direito moderno caminha para uma futura ordem jurídica neutra, isenta de valores morais específicos.

A contribuição que o antropólogo pode dar ao estudo das leis decorre do seu modo de focalizá-las, enquadrando-as não enquanto princípios normativos que prescrevem certas condutas e estabelecem punições para as infrações, mas sim como parte integrante de processos sociais. Isso significa buscar os valores e os projetos ideológicos que se expressam e se consolidam nas leis; determinar a que interesses sociais efetivos essas leis correspondem e quais as suas reais implicações para os grupos sociais envolvidos; indicar como e em que medida esse conjunto abstrato de prescrições se atualiza na prática social. (PACHECO, 1985, p.18)

Com isso, busca-se questionar as normas aplicadas a toda população brasileira, mesmo após a Constituição Federal de 1988 que consagrou direitos fundamentais às comunidades tradicionais, ainda assim, as legislações esparsas que efetivamente são aplicadas nos casos concretos de conflitos, não teve a participação de tais populações no processo de

criação, muito menos reproduzem seus interesses, mas, ao contrário, legitimam o interesse das classes dominantes.

Quase todas as reservas indígenas, estão invadidas por fazendeiros, garimpeiros ou posseiros, sem que o órgão oficial disponha sequer de um levantamento dessas intrusões e de algum plano para a sua retirada. Por outro lado, os contratos de arrendamentos, habitualmente um negócio muito lucrativo para os brancos que o obtêm, permanecem, apoiando-se em exceções permitidas pelo próprio Estatuto (art. 6º, parágrafo 2º e 3º caso a sua extinção acarrete graves problemas sociais (o que será quase sempre o caso...)) (PACHECO, 1985, p.23)

A atualidade dessa citação é inquestionável. Hoje a maior luta indígena em todo o território é por demarcação de terras. Milhares de índios morrem todos os anos, e o índice só aumenta, porque mesmo consagrado seus direitos, não existe uma política efetiva de demarcação de terras, o principal e, o direito básico dos índios. A terra para o índio tem valor sagrado, são milhares de anos e de tradição vividas nesse lugar. Não se trata de uma simples divisão de território entre brancos e índios, trata-se de atribuir o direito maior usurpado dessas populações desde a colonização.

O desaparecimento das culturas indígenas não é uma fatalidade ou necessidade histórica, o relacionamento com outros grupos sociais e o estabelecimento de solidariedades mais amplas (de classe, nacional, regional, etc.) não implica automaticamente da desestruturação do grupo indígena. Esperar, portanto, que a mudança cultural, lenta e progressivamente, vá minando as bases de resistência indígena, através de um processo de 'aculturação espontânea', é uma esperança vã e sem qualquer apoio teórico ou empírico. Povos como Guarani, Ticuna ou Macuxi mantêm a sua identidade étnica apesar de três séculos de contato com o homem branco, da absorção de muitas técnicas e costumes, do aprendizado de uma outra língua. (PACHECO, 1985, p.27)

Ainda sobre a convivência de índios e brancos no mesmo território, podemos considerar o direito como parte integrante dessa relação. Por isso, desconstruir o senso comum no que diz respeito a essas populações é fundamental para conhecermos a realidade e entender as reivindicações. Vejamos o que diz a professora de direito penal da Universidade de São Paulo, Janaina Conceição Paschoal:

O desenvolvimento mental do índio, independente de seu estágio de interação à sociedade ‘branca’, é completo. Tanto que ele é plenamente capaz de apreender as artes da caça, da pesca, de educar seus filhos nos termos da cultura de seu povo, bem como de internalizar os rituais referentes às suas crenças religiosas, sem contar as avançadas técnicas de curas das chamadas, de forma grosseira, sociedades primitivas. O diferente não é retardado. Não é melhor, ou pior. O diferente é diferente, só isso. Eventual inculpabilidade do índio não deve residir em uma suposição de inimputabilidade (...) deve residir na verificação, também concreta, da internalização dos valores tutelados pela norma penal supostamente desrespeitada e, mais, na verificação da intenção deliberada de ferir o valor protegido pela norma. (PASCHOAL, 2010, p.84)

Para finalizar, em entrevista a revista Prisma Jurídico, intitulada “A indianidade é um projeto de futuro, não uma memória do passado”, o etnólogo Eduardo Viveiros de Castro faz considerações aos progressos que a nova Constituição Federal instituiu, alertando que a realidade, no entanto, esbarra nos interesses socioeconômicos dominantes.

No meu entender, no Brasil avançamos bastante ao passarmos da figura individual do ‘índio’ (o Estatuto do Índio) para a figura coletiva da ‘comunidade indígena’ como sujeito (ainda algo instável) de direito – em suma, a consagração, na Constituição de 1988, dos direitos coletivos e difusos. Mas penso que, enquanto o Brasil não reconhecer às coletividades indígenas a condição de entidades territoriais autônomas de direito público, partes federadas da nação com (*inter alia*) representação parlamentar específica, ainda não teremos feito justiça à injustiça multissecular que cometemos contra esses povos. No meu entender, que não é o de vários de meus colegas, diga-se de passagem, o Brasil poderia mirar-se na recente *reconstituição ontológica* da Bolívia, agora transformada em “*Estado Plurinacional de Bolívia*”. Não que isso fosse uma solução milagrosa (...), mas não vejo outra solução *justa*, no sentido mais amplo do termo. A noção de Estado-nação (isto é, de Estado=nação) cada vez menos se adequa ao mundo que temos pela frente. (CASTRO, 2011, p,261)

Enfim, a antropologia nos faz enxergar a funcionalidade das sociedades indígenas, por isso sujeito de direito, que dialoga com outros povos e tem autonomia para saber escolher o que é melhor para o grupo. Entender que os povos indígenas, em primeiro lugar, não pensa no singular como os brancos, pensa no coletivo. Por isso que em muitas etnias se quer existe na sua língua a palavra “eu”, porque “eu” só “sou” se “nós somos”. Alertar a princípios

básicos que nos permitam caminhar ao alcance uma democracia de fato, que dê voz às coletividades tradicionais que resistem e sobrevivem em território nacional, acabando com as reações que insistem prevalecer, ou de ódio, ou de dó pelo genocídio marcado no passado e que por isso devemos hoje ter compaixão e consagrar alguns direitos. Não, o caminho deve ser outro, o de reconhecer a autonomia das populações indígenas e sua identidade cultural criando espaço para que elas mesmas falem por si, decidam por si mesmas.

CAPÍTULO 3 – ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Antes de tratarmos da democracia, é preciso explanar alguns pontos importantes no caminho. Um deles é adotar como pressuposto lógico a teoria filosófica de Immanuel Kant (1724-1804), sobre a razão. Na obra intitulada “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, Kant admite a universalidade da racionalidade nos seres humanos, ou seja, cada indivíduo *conhece* por si mesmo, pensa por si mesmo, considerando que o que determina sua ação é a razão e a moral de cada grupo.

A todo o ser racional que tem uma vontade temos que atribuir-lhe necessariamente também a ideia de liberdade, sob a qual ele unicamente pode agir. Pois num tal ser pensamos nós uma razão que é prática, quer dizer, que possui causalidade em relação ao seus objetos. (KANT, p. 244)

Para Kant a liberdade consiste em ter uma vontade. E não há razão fora da liberdade, como não há liberdade fora da razão. Todo ser só pode ser racional se for livre. Não é preciso ninguém para dizer o que é certo. O que é certo? É a liberdade de escolher agir de tal forma que todos possam agir da mesma maneira ao mesmo tempo e não prejudique ninguém. A ideia do que seja certo não está fora, mas sim dentro de nós. Universalidade para Kant é simultaneidade. Não basta ser todos, tem que ser ao mesmo tempo. Assim, a noção de dever não está atrelada a nenhum impacto sensorial com ninguém, não fazendo com que a pessoa aja de uma forma com um e de outra com um diferente ou menor, o respeito deve ser de maneira igual para todos.

Partindo do pressuposto universal da razão, descartamos qualquer ideia de irracionalidade dos indígenas, posto que são da espécie humana. Descartando também qualquer relação com infantilidade ou selvagerismo. Assim, toda pessoa age com racionalidade, conceito básico que nos distingue dos animais.

3.1 A Luta pelo Reconhecimento da Diversidade Cultural

Os termos classe e *status* denotam ordens de subordinação ligadas e legitimadas socialmente. Dizer que a sociedade possui uma estrutura de classes é dizer que ela institucionaliza mecanismos econômicos que sistematicamente negam a alguns de seus membros oportunidades necessárias para que eles participem junto com os outros da vida social. Ao passo que uma estrutura que cria hierarquias de *status* institucionaliza padrões de cultura que negam a alguns de seus membros o reconhecimento necessário para que eles participem da vida social.(MATTOS, 2004, p. 152)

Patrícia Mattos nesse ensaio alerta para uma nova configuração da ordem mundial, o multiculturalismo. Sendo uma fase que se inicia na era pós-socialista, as lutas por redistribuição são paulatinamente substituídas por reconhecimento, ou seja, os conflitos de classe são suplantados por conflitos de *status* social, decorrentes da dominação cultural (MATTOS, 2004).

Ela observa que a injustiça econômica está ligada à injustiça cultural e vice-versa, assim sendo, analisando as lutas de minorias étnicas se pode constatar que estas sofrem tanto de injustiça econômica quanto de injustiça cultural. Ressaltando ainda que é o não-reconhecimento que está na base dos sentimentos de sofrimento, humilhação e privação. Ou seja, toda a dinâmica da luta pelo reconhecimento parte da relação entre não-reconhecimento e posterior reconhecimento legal, uma experiência de “desrespeito” como estando na base de todo conflito social (MATTOS, 2004). “Será que uma teoria dos direitos de orientação tão *individualista* pode dar conta de lutas por reconhecimento nas quais parece tratar-se sobretudo da articulação e afirmação de identidades *coletivas*?” (HABERMAS, p.237)

É com essa pergunta logo no início do capítulo “A luta por reconhecimento no Estado democrático de direito”, da obra “A inclusão do outro”, que Jurgen Habermas, filósofo e sociólogo alemão, passa a discutir a democracia.

O esforço de Habermas é o de ver constituir-se uma esfera pública: comunicativa, dialogada, legítima e validada pelo reconhecimento da intersubjetividade. Encarar o direito como parte do poder social e não só como recurso instrumental do poder funcional do Estado. Considera que as lutas sociais se configuram e reconfiguram no território nacional em função da concretização de direitos e também da obtenção de reconhecimento da diferença cultural. Trata-se de consagrar igualdade de direitos para formas de vida culturais, reconhecendo identidades coletivas.

Essa exigência não visa em primeira linha ao igualamento das condições sociais de vida, mas sim à defesa da integridade de formas de vida e tradições com as quais os membros de grupos discriminados possam identificar-se. Normalmente ocorre que o não-reconhecimento cultural coincide com condições rudes de demérito social, de modo que as duas coisas se fortalecem de maneira cumulativa. (HABERMAS, p. 240)

A teoria de Habermas ilustra o processo de colonização ocorrido em diversos países do mundo, e se adequa também à realidade brasileira. Ele estuda a democracia observando os conflitos sociais decorrentes da dominação cultural, revendo conceitos jurídicos para que se ajustem ao contexto atual considerando uma nova forma de fazer direito, o pluralismo jurídico.

Liberais da grandeza de Rawls ou Dworkin propugnam por uma ordem jurídica eticamente neutra que deve assegurar chances iguais a todos, de modo que cada um possa orientar-se por uma concepção própria do que seja bom. Em face disso, comunitaristas como Taylor e Walzer contestam que haja neutralidade ética do direito e permitem-se, portanto, esperar também do Estado de direito a fomentação ativa de determinadas concepções do bem viver, caso isso se faça necessário. (HABERMAS, p. 241)

A reflexão de Habermas depõe em favor de uma política de respeito por todas as diferenças, por um lado, e de uma política de universalização de direitos subjetivos, por outro. Devendo ser uma política que compense as desvantagens do universalismo uniformizante que a outra política ocasionou. Se se quer tornar o sistema de direitos efetivo por via democrática, é preciso que se considerem as diferenças culturais sempre com uma sensibilidade maior (HABERMAS, 2007).

O autor considera o feminismo, multiculturalismo, nacionalismo e a luta contra a herança eurocêntrica do colonialismo, como fenômenos aparentados entre si, consistindo que as mulheres, minorias étnicas e culturais, todas elas se defendem da opressão, marginalização e desprezo, e lutam por reconhecimento de identidades coletivas. São movimentos de emancipação (HABERMAS, 2004).

Destaca que o direito positivo em só exigir comportamentos *legais*, precisa ser legítimo.

Uma ordem jurídica é legítima quando assegura por igual a autonomia de todos os cidadãos. E os cidadãos só são autônomos quando os destinatários do direito podem ao mesmo tempo entender-se a si mesmos como autores do direito. E tais autores só são livres como participantes de processos legislativos regrados de tal maneira e cumpridos sob tais formas de comunicação que todos possam supor que regras firmadas desse modo mereçam concordância geral e motivada pela razão. (HABERMAS, 2004, p. 250).

Habermas excede ao significado formal da democracia, transcendendo a sua essência, ou seja, um processo legislativo que contemple as identidades coletivas de um território será legítimo à medida que todos concordem com a norma criada e a respeitem por identificar-se nela.

O processo de efetivação de direitos está justamente envolvido em contextos que exigem discursos de auto-entendimento como importante elemento da política – discussões sobre uma concepção comum do que seja bom e sobre qual a forma de vida desejada e reconhecida como autêntica. Eis aí controvérsias nas quais os participantes ganham, por exemplo, um maior nível de consciência sobre de que forma pretendem compreender-se como cidadãos de determinada república, habitantes de determinada região, herdeiros de determinada cultura, sobre quais tradições pretender perpetuar ou interromper, sobre a maneira como pretendem lidar com seu destino histórico, com a natureza, uns com os outros etc. E é natural que a escolha da língua oficial ou a decisão sobre o currículo das escolas públicas também seja concernente à autocompreensão ética de uma nação. Já que questões ético-políticas são um componente inevitável da política, e já que as respectivas regulamentações dão expressão à identidade coletiva da nação de cidadãos do estado, é muito plausível que a partir delas desencadeiem batalhas culturais nas quais minorias desprezadas passem a defender-se contra a cultura majoritária e insensível. O elemento propulsor dessas batalhas não é a neutralidade ética da ordem jurídica estatal, mas sim a inevitável impregnação ética da ordem jurídica estatal, mas sim a inevitável impregnação ética de cada comunidade jurídica e de cada processo democrático de efetivação dos direitos fundamentais. Disso dão testemunho, por exemplo, as garantias institucionais de que usufruem as igrejas cristãs em Estados como a República Federal da Alemanha – apesar da liberdade religiosa –, ou então a recentemente discutida garantia de status diferenciado

que a Constituição alemã conceda à família, diversamente do que ocorre com outras parcerias similares ao casamento. (HABERMAS, 2004, p.254).

Semelhante situação acontece no Brasil, que apesar de consagrado estado laico, abre prerrogativas e privilégios, como isenção de impostos, às igrejas cristãs. A política contagiada por determinada ética minimiza os processos de lutas reivindicatórios de direitos das minorias, porque estas, por não se identificarem com tal ética, sofrem discriminação institucionalizada.

A neutralidade do direito em face das diferenciações éticas no interior do Estado pode ser explicada pelo fato de que, em sociedades complexas, não se pode mais manter coesa a totalidade dos cidadãos por meio de um consenso substancial acerca dos valores, mas tão-somente mediante um consenso quanto ao procedimento relativo a ações jurígenas legítimas e ao exercício de poder. (HABERMAS, 2004, p. 262)

Assim, o direito moderno traz exigências quanto à pluralidade de valores éticos conviventes no mesmo território. Valores que constituem os cidadãos, e estes, fazendo parte de um Estado democrático, devem sentir-se identificados com o direito positivo. Ou seja, a democracia, que é o governo exercido pelo povo, só se consolidará efetivamente quando as minorias tiverem voz e acesso aos processos políticos. Porque o direito só faz sentido quando for direito da minoria, o majoritário e dominante já detém o poder, não necessita lutar por direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi visto até agora, uma das conclusões que podemos chegar é que os dispositivos normativos visam atender valores específicos de uma cultura. Os povos tradicionais no Brasil sempre foram alvo de discriminação por conta de sua cultura, pois a diversidade cultural só foi “aceita” e reconhecida formalmente em 1988. Assim, minorias como os indígenas foram ao longo da história tratados como invisíveis ou como criminosos. Se invisíveis, não reconhecidos; se criminosos, não têm direitos.

No entanto, uma nova ordem mundial está sendo constituída, o padrão de relação política está em questão, criando-se uma nova ideia de relação política com os movimentos que contraditam o poder. O tradicional não é mais o passado. É forma do tempo presente.

Tão presente que são alvos das grandes obras de impacto ambiental, que, previamente planejadas, escolhem a quem vão atingir. Também denominado de racismo ambiental, o poder hegemônico se utiliza da fragilidade (determinada por uma questão de imposição histórica de uma classe sobre a outra), da invisibilidade, vulnerabilidade, não-empoderamento, para se aproveitar e explorar essa determinada classe ou povo. A questão é, quem é atingido pela ação do capital no território? O deslocamento de população é uma sistemática no Brasil. Mas quem são essas populações? Passa novamente por uma escolha. Desconsidera os povos e comunidades tradicionais a ponto de dizer que não existem.

Porém, apesar de milhares de mortes de indígenas recorrentes no país, os últimos censos demográficos têm mostrado o aumento das populações indígenas no território nacional. Quer dizer que em extinção eles não estão. Ao contrário, cada vez mais estão articulados buscando espaço no poder para reivindicar e garantir seus direitos. Assim, o que resta são perguntas diante da reflexão explanada, e não respostas. O direito brasileiro tem condições de alcançar essas demandas sociais?

REFERÊNCIAS

ASSIS, Olney Queiroz. **Manual de antropologia jurídica** / Olney Queiroz Assis, Vitor Frederico Kumpel – São Paulo: Saraiva, 2011.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. **APELAÇÃO CIVEL AC 14647 MT 2006.36.00.014647-0 (TRF-1)**. Desembargadora Federal: Monica Sifuentes. 2013

CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado** – pesquisas de antropologia política: Pierre Clastres. Título original: *La Société contre l'État: recherches d'anthropologie politique*. Tradução: Theu Santiago. 1ª edição. São Paulo: Cosac Naify, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Argumento Antropológico e Linguagem Jurídica**. In: SILVA, Orlando Sampaio; LUZ, Lídia; VIEIRA, Cecília Maria. A perícia antropológica em processos judiciais. Organização: Florianópolis: Editora da UFSC, 1994.

GARCIA LINERA, Alvaro. **Bolivia: A constituição política do Viver Bem**. 2012. In: <http://www.servicioskoinonia.org/agenda/archivo/portugues/obra.php?ncodigo=374>

GEERTZ, Clifford. **O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparada**. In: *O saber local*. Tradução Vera Mello Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 1998

KAISER, Harmut-Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas no Brasil: Desenvolvimento histórico e estágio atual**. Tradução: Maria da Glória Lacerda Rurack e Klaus-Peter Rurack. Porto Algere, SAFE/2010.

HABERMAS, Jürgen. **A luta por reconhecimento no Estado Democrático de Direito**. In: *A inclusão do outro*. 1929. Edição 2007.

OLIVEIRA, João Pacheco de; et. al. **Sociedades indígenas e o direito: uma questão de direitos humanos – ensaios santa catarina: ufsc – 1985**.

LEVI-STRAUSS, Claude. **O pensamento selvagem**. São Paulo: Papirus, 2005.

LARAIA, Roque de Barros. **Cultura: um conceito antropológico**. 14 ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2004.

MATTOS, Patrícia. **O Reconhecimento, entre a Justiça e a Identidade**. Revista Lua Nova – n. 63, 2004.

ROCHA, Everardo. **Jogo de espelhos: ensaios de cultura brasileira**. 2.ed. Rio de Janeiro: Mauad, 1996, p.50

Prisma Jur., São Paulo, v. 10, n. 2, p. 257-268, jul./dez. 2011.

Povos Indígenas do Brasil. In: <http://pib.socioambiental.org/pt/c/politicas-indigenistas/orgao-indigenista-oficial/o-servico-de-protecao-aos-indios-%28spi%29>).