

DIREITO INDÍGENA, DIREITO COLETIVO E MULTICULTURALISMO

Paulo Thadeu Gomes da Silva, Especialista em Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos pelo *Institut International d'Administration Publique/Paris*, Mestre em Direito pela PUC/RJ, Doutor em Direito pela PUC/SP, Pesquisador, inverno/2002, junto ao *Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte-Frankfurt am Main*, Procurador Regional da República em São Paulo e Professor da UNIFMU.

SUMÁRIO:

I. Introdução.....	2
II. Mundialização.....	5
a) diferenciação, e não discriminação	6
b) a Convenção n. 169, da OIT	10
III. Conceitos antecedentes das aproximações adequadas do tema	11
a) pluralismo	12
a.1) distinção entre pluralismo e relativismo	14
b) multiculturalismo	16
c) etnia	20
d) direito coletivo	21
IV. Aproximações adequadas do tema	25
a) abordagem antropológica.....	26
b) abordagem sociológica.....	27
c) abordagem dogmático-jurídica	28
V. Questões da dogmática jurídica relativas ao tema.....	29
VI. Conclusões.....	38

I. Introdução

Este artigo nasceu de uma reflexão levada a cabo por ocasião de debate a respeito do tema direito indígena nas hostes da Escola de Magistratura Federal da 3ª. Região¹. O debate demandou leitura de livros e artigos pertinentes ao tema. Daí surgiu a constatação de que, quase sem exceção, trata-se dele, tema, sob a perspectiva de um problema: o problema indígena. Pronto: a fantasia foi criada. A partir disso quem quiser se informar de maneira mais adequada tem que, necessariamente, recorrer à psicanálise, ciência mais afeta ao desmascaramento das fantasias.

O propósito deste artigo, então, traduz-se em dois objetivos: a) indicar o falso tratamento dispensado ao tema como se fosse ele um problema; b) indicar, e tentar suprir, a falta de doutrina específica sobre o tema.

A preocupação toma corpo se se pensar que mesmo um autor clássico da antropologia como Darcy Ribeiro tratou do tema sob o epíteto de “problema”. Em seu livro *Os Índios e a Civilização*, ademais de em várias passagens o autor descrever o tema como problema, há um capítulo específico intitulado *O Problema Indígena*. Por certo que o objetivo do autor não foi o de criar uma espécie de estigma para as sociedades indígenas² ao tratar de descrevê-las sob o pálio de “problema”. Em realidade a sua preocupação parecia ser mesmo a de chamar a atenção para as especificidades que faziam das sociedades tradicionais sociedades distintas da envolvente, as quais deveriam ser tomadas em conta quando da ocorrência das chamadas fricções interétnicas.

Tanto isso é correto que, após descrever a interação das duas sociedades como problema representado pelas abordagens que dele são feitas, quais sejam, a etnocêntrica, a romântica e a absenteísta, afirma: “O dogmatismo etnocêntrico da primeira corrente e o absenteísmo da última levam à concepção de que não existe um problema específico a exigir tratamento especializado”³. Portanto, o apelo era dirigido à constatação da existência de especificidades que marcavam as sociedades tradicionais.

A postura assumida neste artigo não quer negar as lições de Darcy Ribeiro. Primeiro porque seria expressão de desconhecimento do valor da obra do autor, tendo

¹ I Jornada de Reflexões de Direito Federal em Mato Grosso do Sul, Ponta Porã, maio de 2006.

² Neste artigo não há a preocupação em se diferenciar sociedade (Gesellschaft) de comunidade (Gemeinschaft), distinção essa gravada por Ferdinand Tönnies (1887), *Community and Society*, Dover, New York, 2002, portanto, neste texto, sociedade indígena e comunidade indígena são utilizadas como sinônimas.

³ Darcy Ribeiro, *Os índios e a civilização*, Companhia das Letras, SP, 2004, pp. 213-215.

em vista ter sido ele um dos maiores pensadores do tema indígena, e segundo porque, ao menos até onde se consegue compreender, ao tempo em que foi escrito o livro havia ainda a necessidade de se tratar do tema pela palavra “problema”.

Não se quer também, com o que vem de ser escrito, negar, atualmente, a existência de “problemas” que envolvem a interação entre sociedades tradicionais e sociedade envolvente. Todavia, parece mais adequado descrever o tema pela palavra “direito indígena”, e assim o que era problema passa a ser denominado de conflito. Sim, porque tanto a interação entre as sociedades tradicionais e a envolvente, quanto a que ocorre no interior das sociedades tradicionais são passíveis de gerar conflitos, e não apenas “problemas”. Preserva-se, de igual efeito, a idéia factível de manifestação de especificidades das sociedades tradicionais, o que, trocando em miúdos e trazendo a descrição para os dias atuais, constitui-se na já conhecida diferenciação das sociedades tradicionais.

O fato de se tratar do tema do direito indígena como um problema traz consigo uma enorme carga de preconceito, o que impede sua espontânea abordagem como um tema do direito, seja do constitucional, seja do infraconstitucional. Vez ou outra o tema vem tratado sob o título de “questão indígena”, como se fosse um assunto especial. Essa desfocada abordagem não dá margem à interpretação e à construção do tema como um *continuum*, pois trata dele como problema estrutural do Estado brasileiro a ser ou não resolvido. Primeiro é de se destacar que não há “solução” para os problemas da sociedade moderna; quando muito, mitigam-se os efeitos das políticas erráticas e devastadoras, por exemplo, do meio ambiente. Na visão aqui assumida como argumento não há a preocupação de tratar do tema como se fosse ele um problema, mas sim e apenas como um tema do direito, e que só por isso merece ser objeto de observação do jurista nessa condição, passível de construção teórico-doutrinária e jurisprudencial.

Isto põe de manifesto que os conflitos oriundos do e no direito indígena são conflitos do direito, assim como todo o material jurídico construído sobre as bases de todos os temas do direito. O direito indígena, sendo um desses temas e ao se auto-construir, permite, de igual efeito, contribuir para a formação do arcabouço jurídico existente no país e no mundo. Daí o próprio título deste artigo ser grafado como direito indígena.

A insuficiência e a inadequação da linguagem empregada para se descrever o tema do direito indígena não param aí, pois continua o direito indígena a demonstrar sua

ambigüidade quando mal comparado com seu antípoda, qual seja, o direito agrário, de vez que este nem mesmo se constitui em ramo do direito antagônico àquele.

A designação então encontrada na produção teórica e mesmo na coloquial não dá conta de descrever o evento quando, por exemplo, em comparação com seu suposto antagonista, ao menos no que diz com o aspecto da retomada de territórios, que é o direito agrário com seus institutos tipicamente civilistas: não há, portanto, direito dos fazendeiros ou mesmo esse direito nunca vem tratado sob a forma de problema.

A carência da produção teórica, no campo jurídico, é tanto mais constatada quanto mais se informe a respeito. A menção aos sistemas jurídicos da sociedade mundial, se para comparação visando ao aperfeiçoamento do sistema nacional, não existe. Decisões proferidas em casos jurídicos levados ao conhecimento dos diversos Tribunais que ocupam o centro dos sistemas jurídicos da sociedade mundial e repletas de material jurídico-antropológico para a reflexão e construção de uma teoria não são sequer lançadas de forma passageira.

O que se encontra é uma produção teórica produzida em campos do conhecimento distintos do direito, mais especificamente, na antropologia. Talvez não seja conferida tanta relevância ao tema pelo fato de ele não se inserir dentre aqueles que, uma vez formulados, possam ser convertidos em tema de interesse da maioria, de vez que atinente à minoria, o que não deixa de demonstrar o estado de comodismo que toma conta da doutrina.

A breve descrição do tema no panorama mundial produz uma valiosa conseqüência na compreensão que se deva dele ter no Brasil e que é representada pelo tratamento dispensado a ele não como problema, mas sim como um tema do direito, da política, da economia, portanto, da sociedade.

E aqui bem já poder-se-ia começar a problematização pela indagação do significado que se queira atribuir ao direito indígena, se direito de uma sociedade tradicional ou se direito como ramo do direito oficial. A abordagem aqui empreendida parece caminhar para um meio-termo entre esses dois extremos, vale dizer, direito indígena tanto como a possibilidade de se descrever o direito das sociedades tradicionais, quanto como a possibilidade de se descrevê-lo em comparação com o direito oficial. Na consecução de se alcançar essa objetivada descrição impõe-se o lançar mão de uma abordagem adequada.

De igual efeito, não se está desavisado da armadilha que pode existir na tentativa de se traduzir juridicamente os temas pertinentes às sociedades tradicionais, o que pode,

por exemplo, transformar costume em lei e, conforme escreve Margarida Maria MOURA, favor em contrato⁴. Entretanto, aqui a armadilha pode ser “driblada” se não se perder de vista que: a) a abordagem é interdisciplinar, e não apenas jurídica; b) há a preocupação com a preservação dos significados dos direitos das sociedades tradicionais, v.g., a forma de posse dos indígenas que resiste à transformação em propriedade⁵.

II. Mundialização

Ao se dissertar sobre o tema indígena tem-se que, obrigatoriamente, levar em conta que ele, o tema, se encontra presente em várias sociedades da sociedade mundial⁶. Portanto, ele não é um tema exclusivo do Brasil. São trezentos milhões de nativos, membros de cinco mil e quinhentas etnias e que habitam mais de setenta países. Dez por cento da população latino-americana pertencem às comunidades indígenas⁷.

O tema indígena, no mundo, apresenta um grau bastante alto de complexidade. Essa complexidade é como que aumentada pelo fenômeno da mundialização, quando então o desconhecimento a respeito das legislações nacionais sobre o tema torna-se quase que inexistente, permitindo, com isso, tanto a difusão dos conhecimentos jurídicos locais para o mundo, quanto a formalização, na ordem internacional, se não de preceitos jurídicos providos de sanção, ao menos de declarações com conteúdos primeiros que, depois, podem tornar-se tratados ou convenções⁸: esse o lado bom.

O lado ruim fica por conta da força desse movimento nomeado de mundialização direcionada ao prevalecimento de uma cultura sobre a outra, fazendo com que a cultura mais fraca, ou minoritária, tenda a desaparecer.

A reflexão que pode ser feita sobre o tema, então, como que ganha um acréscimo de sentido, pois é alimentada por teorias nacionais e internacionais a seu

⁴ Os Deserdados da Terra, Bertrand Brasil, RJ, 1988.

⁵ Conforme escreveu o Ministro Victor Nunes Leal: “Não está em jogo, propriamente, um conceito de posse, coisa de domínio, no sentido civilista dos vocábulos; trata-se do habitat de um povo”, grifo original, Recurso Extraordinário n. 44.535, Supremo Tribunal Federal, 30 de agosto de 1961.

⁶ Existe uma discussão teórica a respeito de qual o marco temporal pode ser considerado como o início da formação da sociedade-mundo, se a partir de 1492 ou se antes dessa data, bem assim, sobre se o acúmulo de capital sempre foi a característica principal desse processo ou se a política e a ideologia comandaram, em alguma época, o mesmo processo, conforme André Gunder FRANK e Barry K. GILLS (ed.), *The World System – five hundred years or five thousand?*, Routledge, London and New York, 1996.

⁷ Cletus Gregor Barié, *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México, 2003, pp. 22-24.

⁸ Sobre a emergência das populações indígenas na ordem internacional, ver Marco Antonio BARBOSA, *Autodeterminação – Direito à Diferença*, Plêiade, SP, 2001.

respeito. A mundialização é responsável por isso. Atrela-se, de sua vez, à concepção política de direitos humanos e à concepção jurídica de direitos fundamentais: no primeiro caso oferece novas possibilidades de organização dos movimentos sociais indígenas em sua luta pelo reconhecimento de seus direitos, e no segundo caso fornece instrumentos jurídicos positivados em normas constitucionais e infra-constitucionais para garantia desses direitos.

a) diferenciação, e não discriminação

Nesse pano de fundo sobressaem as normatizações internacionais a respeito do direito indígena. Vernon VAN DYKE parece ter sido o autor a inaugurar a discussão sobre o tema. Em seu livro intitulado *Human Rights, Ethnicity, and Discrimination* centra sua descrição sobre a diferenciação inerente às diversas etnias que compõem a sociedade mundial: essa palavra constitui-se, nesse livro, no alicerce para a construção de sua teoria.

Lança a idéia de que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 12 1948, em seu artigo II, ao preceituar que “toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”, conferiu o significado de discriminação à palavra distinção, e não o de diferenciação⁹. Vai daí que distinção e discriminação, proibidas pela Carta, são sinônimas, enquanto diferenciação delas se distingue.

Exemplo típico da permissão de existência da diferenciação é o artigo 1º, inciso 4, da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, 1965, que preceitua: “Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar progresso adequado de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos”.

⁹ Human Rights, Ethnicity, and Discrimination, Greenwood Press, Connecticut, 1985, pp. 4-6.

Como reforço à sua idéia, VAN DYKE cita, ainda, a mesma redação empregada no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966, e na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, ambas da Organização das Nações Unidas.

O problema que o autor detecta¹⁰ é o de que em muitos países as diferentes etnias reivindicam para si uma identidade separada, e a análise que deve ser feita, nesse pano de fundo, é se o reconhecimento de direitos a essas etnias ou a esses grupos pode ser justificado pela diferenciação ou se, ao contrário, esse reconhecimento viola o direito dos indivíduos a um tratamento igual.

A chave para uma mais adequada compreensão do dilema que se coloca reside, na idéia do autor, exatamente na interpretação que se atribua ao conceito de “povos”, expresso no artigo 1º, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966: “Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural”.

VAN DYKE indica três possibilidades de interpretação à palavra “povos”: a) a palavra se aplica à população inteira de um estado soberano; b) a palavra se aplica à inteira população de uma dependência política; c) a palavra se aplica, no caso de estados multinacionais ou multiétnicos, às subdivisões étnicas ou nacionais. O autor argumenta que é possível a manifestação da terceira interpretação, e aí o problema deslocar-se-ia para o conceito de autodeterminação. Ainda em sua visão, autodeterminação implicaria não o direito de secessão, pois a sua interpretação deveria ocorrer respeitando-se outros direitos e interesses em jogo¹¹.

Essas premissas levantadas pelo autor trazem para o debate, ainda segundo ele, a afirmação de que os grupos étnicos podem ter interesses e legítima reivindicação a *status* e direitos. Para tanto, o autor assevera que em algumas circunstâncias as comunidades étnicas devem ser consideradas como unidades com direitos morais¹². Isso levaria à aceitação de direitos coletivos, não mais individuais e sociais. A partir desses pressupostos o autor descreve a possibilidade de instituição de tratamento diferenciado aos grupos étnicos, aí incluídos os indígenas, no que diz com o direito à linguagem, à religião e à raça.

¹⁰ Human Rights, op. cit., p. 6.

¹¹ Idem, pp. 8-12.

¹² Idem, pp. 14-16.

O livro, publicado em 1985, ainda se encontra impregnado de conceitos que não mais teriam validade científica, tal qual faz exemplo o conceito de raça. Contudo, ainda é um ponto de partida que proporciona as condições de possibilidade de compreensão do tema do direito indígena.

Trazendo a discussão para o ordenamento jurídico brasileiro, o escrito por VAN DYKE a respeito da distinção que se tem de fazer entre discriminação e diferenciação também pode ser obtido mediante uma interpretação do disposto na norma do artigo 3º, inciso IV, da Constituição, que preceitua ser objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Pode-se afirmar, de uma interpretação dessa norma, que o legislador constituinte atribuiu um real sentido negativo à palavra discriminação, desde que se contraponha ela à promoção do bem de todos: a discriminação, tomada nessa conta, teria a ver com não promover o bem ou mesmo com promover o mal de todos. Vai daí que, na construção de um sentido possível do conteúdo normativo aí positivado, a diferenciação seria admitida desde que promovesse o bem de todos¹³.

O mesmo se pode escrever a respeito da autodeterminação dos povos, ao menos tomando-se como parâmetro a interpretação construída por VAN DYKE. A Constituição brasileira dispõe, em seu artigo 4º, inciso III, que o Brasil se rege, nas relações internacionais, pelo princípio da autodeterminação dos povos. Uma primeira interpretação poderia dar a entender que esse princípio aplicar-se-ia apenas às relações internacionais, mas não às relações internas. Essa interpretação, de fato, não parece inadequada. Contudo, há outras normas constitucionais positivadas pelo mesmo legislador constituinte e que, uma vez trazidas à comparação com a que vem de ser escrita para eventual interpretação podem produzir resultados valiosos à compreensão do tema.

No que diz com as sociedades tradicionais, a Constituição emprega as seguintes palavras: a) índios; b) populações indígenas; c) comunidades e organizações indígenas; d) grupos indígenas; e) culturas indígenas. Como se percebe, não há menção expressa a povos indígenas. Sobre o mesmo tema, a própria Constituição preceitua que o Estado

¹³ É o que, com outras palavras, escreve Fábio Konder COMPARATO: “Mas o reconhecimento desse direito fundamental à própria identidade, no campo sócio-cultural, não significa, como é óbvio, que a isonomia deva ser abolida ou restringida. Muito pelo contrário, é indispensável entender que todos os grupos sociais têm *igual direito* à preservação de suas características culturais, sem privilégios de

deve proteger a cultura, os costumes e as práticas das sociedades indígenas. Essa redação expressa um inabalável significado de reconhecimento de ordens plurais, sejam elas de caráter cultural, sejam de índole jurídica, o que, de sua vez, permite inferir, com segurança, que a Constituição não preceitua, por suas normas, qualquer medida que vise a assimilação, portanto, reconhece e protege as vicissitudes, idiosincrasias e os direitos dos povos indígenas, fazendo com que essa designação despregue-se da designação de minorias.

Nesse quadro parece não haver dificuldade em concordar com VAN DYKE quando ele afirma não implicar a autodeterminação um direito à secessão, pois que, da análise em conjunto das normas constitucionais brasileiras o que se pode afirmar é a existência, no plano normativo-constitucional, de reconhecimento de um estado de autonomia ou quase-soberania às sociedades tradicionais, linha de interpretação essa que, ao menos na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana já vem se desenhando desde o século XIX¹⁴, conforme se depreende da decisão proferida no caso *Worcester v. Georgia* (1832)¹⁵.

Esse caso tratou de um recurso interposto por *Samuel A. Worcester*, junto à Suprema Corte, contra a decisão proferida pelo Judiciário do Estado da Geórgia que condenou o recorrente à pena de quatro anos de trabalhos forçados porque residia ele, em julho de 1831, no território indígena *Cherokee*, sem licença para tanto, o que, segundo a Lei do mesmo Estado, aprovada em 22 de dezembro de 1830, era considerada alta contravenção – *high misdemeanour* –, desde que a residência na área indígena se prolongasse para depois do primeiro dia do mês de março de 1831 sem a licença do Governador do Estado. A Suprema Corte decidiu que a lei era inconstitucional, pois o Estado somente poderia editar lei com validade para a área indígena com o consentimento do Congresso Federal, o que não teria ocorrido.

nenhuma espécie”, grifo original Igualdade, Desigualdades, Revista Trimestral de Direito Público, Malheiros, SP, n. 1, 1993, pp. 69-78 (78). Portanto, a unidade da sociedade moderna reside na distinção.

¹⁴ Na época da colonização do território americano pelos europeus estes firmaram acordos, quase sempre fraudulentos, com as etnias que lá viviam, o que não passou despercebido por Alexis de TOCQUEVILLE: “Os espanhóis foram incapazes de exterminar a raça indígena, ou mesmo de impedi-la de dividir os seus direitos, mercê de monstruosidades sem precedentes, cobrindo-se de uma vergonha indelével; mas os americanos dos Estados Unidos alcançaram esse duplo resultado com uma facilidade admirável, tranqüila, legal, filantropicamente, sem derramar sangue, sem violar um só dos grandes princípios da moral aos olhos do mundo. Não seria possível destruir os homens respeitando mais as leis da humanidade”, *A Democracia na América*, Itatiaia, SP, 1987, p. 261, descrição rememorada por Noam CHOMSKY, *Failed States*, Metropolitan Books, New York, 2006, p. 4.

¹⁵ 31 U. S. 515 (1832).

Essa decisão, na pena de Stephen L. PEVAR¹⁶, é tomada na conta de afirmação da autodeterminação e do auto-governo reconhecidos às comunidades indígenas, e ainda de acordo com o mesmo autor, a Suprema Corte, quinze anos após, começou a esvaziar o conteúdo dessa decisão, ao permitir que o Estado pudesse, mesmo sem a autorização do Congresso Federal, a) acusar não-índios que cometessem crimes contra outros não-índios no interior da área indígena, e b) taxar a propriedade pessoal vendida por não-índios na terra indígena¹⁷, caso *Utah and No. Ry. v. Fisher*¹⁸.

A diferença básica entre o Brasil e os Estados Unidos é que nos Estados Unidos as populações indígenas dispõem de um Estatuto próprio no qual é reconhecida, por exemplo, a jurisdição indígena, o que ainda não existe no Brasil, mas que se constitui em hipótese perfeitamente factível.

b) a Convenção n. 169, da OIT

Aqui neste tópico pode ser incluída, também, a descrição a ser feita a respeito da Convenção n. 169/89, da Organização Internacional do Trabalho –OIT, órgão da Organização das Nações Unidas. Essa Convenção substituiu a de n. 107 e dispensou tratamento mais adequado às sociedades tradicionais do que fazia o primeiro documento internacional. No Brasil foi promulgada pelo Decreto n. 5051, de 19.04.2004.

Uma primeira problematização que se pode fazer a respeito desse documento normativo é se ele possui estatura hierárquica constitucional, tendo em vista o que dispõe a norma do artigo 5º, § 3º, da Constituição, segundo a qual os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que foram aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. Essa norma foi positivada pela Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004.

Por mais plena de boa intenção que uma interpretação positiva para o caso possa conter e significar, não parece adequado considerar-se a Convenção n. 169 no mesmo nível hierárquico formal da emenda constitucional, e isso porque a redação conferida ao artigo 5º, § 3º, da Constituição emprega os termos “que forem”, o que significa um mandamento prospectivo ou *ex nunc*. Como a Convenção n. 169 foi promulgada em abril de 2004 e a norma do artigo 5º, § 3º foi positivada no texto constitucional em

¹⁶ The Rights of Indian and Tribes, New York University Press, New York, 2004, p. 86.

¹⁷ *Idem*, p. 129.

¹⁸ 116 U. S. 28 (1885).

dezembro de 2004, não parece adequado conferir a ela, Convenção, a qualificação comparativa à emenda constitucional, o que poderia ser alcançado, sem embargo, com o cumprimento dos requisitos formais elencados na mesma norma constitucional.

A Convenção n. 169, a par de demonstrar a força com que a normativa internacional impacta a normativa nacional, constitui-se de quarenta e três artigos distribuídos em dez seções: política geral, terras, contratação e condições de emprego, indústrias rurais, seguridade social e saúde, educação e meios de comunicação, contratos e cooperação por fronteiras, administração e disposições finais e transitórias¹⁹.

A eficácia social de seu texto depende do regular e sistemático monitoramento por parte dos órgãos encarregados, quais sejam, o Comitê de Peritos e a Conferência do Comitê sobre a Aplicação das Convenções e das Recomendações²⁰. No campo político os efeitos da Convenção n. 169 são sensíveis, pois além de permitir a nacionalização de demandas que tenham por base o seu texto, produz a internacionalização da discussão sobre os direitos indígenas. Contudo, ainda há temas que não figuram em seu texto, tais como a prestação do serviço militar pelo índio, o registro civil, o direito de família e a questão das drogas.

De tudo o que foi descrito remanescem, como pontos relevantes a este ensaio, duas idéias básicas: a) a de etnicidade; b) a de direito coletivo. Ambas, frise-se, oriundas de normatização internacional.

III. Conceitos antecedentes das aproximações adequadas do tema

Antes de se iniciar a descrição das abordagens adequadas do tema, impõem-se alguns esclarecimentos sobre termos-chave à compreensão da discussão que se pretende neste ensaio e que de sua vez são utilizados massivamente em textos afins. São eles: pluralismo jurídico, multiculturalismo, etnicidade e direito coletivo.

¹⁹ Conforme Roberto Lemos dos SANTOS FILHO, Apontamentos sobre o Direito Indigenista, Juruá, Curitiba, 2006, p. 75.

²⁰ Cletus Gregor Barié, Pueblos Indígenas y derechos constitucionales, op. cit., p. 62.

a) pluralismo

Pluralismos há de vários tipos. Há o pluralismo, puro e simples, utilizado, muitas vezes ingenuamente, como arma para combater o fundamentalismo²¹. Existe, de igual efeito, o pluralismo político, positivado na Constituição brasileira nos artigos 1º, inciso V, e 17, “caput”, e que significa a possibilidade de existência de associações organizadas pelos indivíduos, com independência do Estado e das demais associações e participantes do processo de tomada de decisões políticas²². Há, também, o pluralismo de idéias referente à educação e previsto no artigo 206, inciso III, também da Constituição, e que significa a obrigatoriedade de o ensino ser ministrado com base na descrição das visões de mundo existentes.

A garantia que a teoria indica à preservação do pluralismo é o denominado princípio da não-identificação, já mencionado por ZIPPELIUS e pelo qual o Estado não se identifica, de forma exclusiva, com esta ou aquela cosmovisão positivada na Constituição²³.

No direito estrangeiro se encontram até mesmo revistas específicas e que tratam do tema do pluralismo jurídico, tal como a *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*.

Neste ponto, e antes de se avançar, é relevante destacar a compreensão que se tem de conceitos como pluralismo jurídico-antropológico e pluralismo jurídico.

Pluralismo jurídico²⁴:

1. Em direito: a) Existência simultânea, no seio de uma mesma ordem jurídica, de regras de direito diferentes aplicando-se a situações idênticas; b) Coexistência de ordens jurídicas distintas estabelecendo ou não relações de direito entre si.

²¹ Conforme Niklas LUHMANN, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 1999, v. I, p. 155. LUHMANN, ao mesmo tempo em que rejeita a idéia de uma ética do pluralismo, argumenta que o universalismo dos sistemas funcionais que operam na sociedade mundial não exclui particularismos de diferentes espécies, mas antes os estimulam, e que a facilidade com que as estruturas dessa mesma sociedade mundial mudam é compensada pelas autóctones e em cada caso fortemente delimitadas ligações ou compromissos, idem, p.170.

²² Conforme Antonio Gomes Moreira MAUÉS, *Poder e Democracia: O Pluralismo Político na Constituição de 1988*, Síntese, Porto Alegre, 1999, p. 15.

²³ Reinhold ZIPPELIUS, *Teoria Geral do Estado*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, pp. 301-304.

²⁴ Jean-Guy BELLEY, *Pluralismo Jurídico*, in André-Jean ARNAUD (ed.), *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*, Renovar, RJ, 1999, pp. 585-589 (585).

Pluralismo jurídico-antropológico²⁵:

1. Corrente doutrinária que insiste no fato de que à pluralidade dos grupos sociais correspondem sistemas jurídicos múltiplos compostos que seguem relações de colaboração, coexistência, competição ou negação; o indivíduo é um ator do pluralismo jurídico na medida em que ele se determina em função de suas vinculações múltiplas a essas redes sociais e jurídicas.

Por essas conceituações pode-se perceber que a teoria do pluralismo jurídico-antropológico possui um campo de incidência mais abrangente tendo em vista que se pretende albergadora do fenômeno do pluralismo jurídico como um todo, pesquisando, aceitando e discutindo a possibilidade de se relativizar o direito estatal como fonte de todo o direito. É essa mesma teoria que permite uma mais adequada compreensão dos eventos que ocorrem nas sociedades indígenas, como será descrito mais adiante.

Essa idéia é reforçada pela abordagem de John GRIFFITHS, que em seu artigo *What Is Legal Pluralism?*²⁶ propõe que se considere pluralismo jurídico como um atributo do campo social e não da lei ou de um sistema legal. Sua abordagem combate a ideologia que ele denomina de centralismo jurídico, e nesse diapasão ele não entende por pluralismo jurídico a situação na qual exista mais de uma regra aplicável à mesma situação, pois essa é uma assertiva normativa, e não empírica. O direito está presente em cada campo social autônomo, e desde que cada sociedade possui diversos campos, o pluralismo jurídico é um traço universal da organização social²⁷.

A concepção de pluralismo jurídico traçada por GRIFFITHS nesse artigo permite a compreensão do tema um pouco mais desligada da idéia que marca o raciocínio do jurista sempre representada pela lei ou mesmo pelo sistema legal. Pluralismo jurídico, na idéia lançada pelo autor, não significa a existência de mais de uma regra válida para o mesmo caso, porém, mais do que isso, a coexistência de diferentes direitos a informar a organização social. De seu artigo podem ser extraídas duas conclusões relevantes, sem prejuízo de outras que porventura possam se manifestar: a) o pluralismo jurídico é um fato, e o centralismo jurídico um mito²⁸; b) sua aposta é no empírico, antes que no normativo.

²⁵ Norbert ROULAND, *Pluralismo Jurídico (Teoria antropológica)*, Idem, pp. 589-590 (589).

²⁶ *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n. 24, 1986, pp. 1-54.

²⁷ Idem, pp. 38-39.

²⁸ Idem, p. 4.

a.1) distinção entre pluralismo e relativismo

Uma outra possibilidade de problematização de conceitos existentes a respeito do tema é a não-identificação do pluralismo com o relativismo. Sobre o relativismo são necessários, de igual efeito, alguns esclarecimentos²⁹. Comumente se trata do relativismo cultural, todavia, há várias formas de relativismos. Uma obra bastante iluminadora do tema é o livro de Maria BAGHRAMIAN, intitulado *Relativism*, e no qual é como que traçado um panorama completo sobre as espécies de relativismos existentes. Há o relativismo sobre a verdade, o relativismo relacionado à racionalidade, o relativismo epistêmico, o relativismo conceitual e o relativismo moral³⁰.

O relativismo cultural constitui-se, segundo a autora, em fonte contemporânea do próprio relativismo. Foi difundido pela antropologia social, especialmente por Herskovits, Benedict e Mead, e se funda em três asserções: a) a asserção descritiva: observações empíricas mostram que existe uma multiplicidade de visões de mundo e sistemas de valores incompatíveis e irreconciliáveis; b) a asserção epistêmica demonstra que não existe critério singular ou método confiável para se adjudicar entre visões de mundo e sistemas de valores contrastantes e incomensuráveis; c) a asserção normativa: tolerância e respeito por outras visões de mundo são mais desejáveis do que tentar impor nossas visões para os outros³¹.

Dentre as críticas que foram endereçadas à idéia de relativismo cultural³², tal como aqui exposta, está a de que as culturas possuem fronteiras fluidas e raramente são ilhas isoladas, e por isso não podem operar como se fossem uma completa unidade integrada, de vez que haverá sempre dissenso e oposição no interior delas mesmas, como é o caso das mulheres, das crianças, etc³³.

Depois de descrever que o relativismo cultural das primeiras gerações de antropólogos sociais está sendo substituído pelo relativismo da “diferença”, BAGHRAMIAN argumenta que se deve distinguir relativismo de pluralismo, pois este

²⁹ Nas Grandes Antilhas, alguns anos após a descoberta da América, enquanto os espanhóis enviavam comissões de pesquisa para se saber se os indígenas possuíam alma, imergiam os brancos prisioneiros a fim de verificar por uma vigilância prolongada se seus cadáveres eram, ou não, sujeitos à putrefação. Essa anedota barroca e trágica, contada por Claude Lévi-Strauss, ilustra o paradoxo do relativismo cultural: “c’est dans la mesure même où l’on prétend établir une discrimination entre les cultures et les coutumes que l’on s’identifie le plus complètement avec celles qu’on essaye de nier”, *Race et histoire*, Folio/Gallimard, Paris, 1987, pp. 21-22.

³⁰ Maria BAGHRAMIAN, *Relativism*, Routledge, London and New York, 2004.

³¹ *Idem*, p. 89.

³² *Idem*, p. 97.

³³ Crítica, de sua vez, já presente em Rita Laura SEGATO, *Antropologia e Direitos Humanos: Alteridade e Ética no Movimento de Expansão dos Direitos Universais*, artigo a ser publicado em MANA.

é a reivindicação de que para muitas questões nos domínios da metafísica, estética, ética e mesmo da ciência poderia haver mais do que uma resposta correta ou apropriada. O pluralista, como o relativista, rejeita o absolutismo e o monismo, porém não aceita a asserção dos relativistas segundo a qual temas da verdade, do certo e do errado podem ser arbitrados apenas relativamente ao seu contexto cultural ou conceitual. Para os pluralistas, em muitas situações pode haver mais de uma correta avaliação e descrição independente do contexto³⁴.

Se se fizer uma comparação entre o que escreve BAGHRAMIAN e GRIFFITHS pode-se perceber que o conceito atribuído por ambos ao pluralismo é um conceito de maior abrangência: a) primeiro porque diferencia pluralismo de pluralismo jurídico; b) segundo porque diferencia pluralismo de relativismo cultural.

No primeiro caso o conceito mais amplo de pluralismo funciona como mais adequado, pois combate o reducionismo que o conceito de pluralismo jurídico opera, ao querer significar a si próprio apenas como a situação na qual mais de uma regra se aplica ao mesmo evento³⁵; no segundo funciona como combatente do reducionismo operado pelo relativismo cultural, produzindo a valiosa contribuição para a formulação de esboço de teoria que possa solucionar os conflitos manifestados sem o apelo a uma forma “pura” de relativismo cultural, o que, traduzido para o direito indígena, bem pode ser considerado como elemento de contribuição para a formatação de uma teoria, ainda que casuística, da interpretação que não apele ao essencialismo étnico. Em ambos os casos, o que se combate é o *anything goes* do relativismo cultural.

De fato, os conflitos étnicos e interétnicos, atualmente, ainda que reclamem o reconhecimento de um certo grau de pluralismo, demandam também a ponderação dos interesses atinentes à minoria da minoria, o que, de sua vez, demonstra a força com que a reflexividade atinge a sociedade moderna.

Nesse pano de fundo o direito de cada sociedade tradicional, aqui considerada como campo social semi-autônomo, pode ser tomado na conta de produto de cada cultura, e se existem muitas delas inseridas na sociedade oficial, então se pode imaginar uma sociedade multicultural.

³⁴ Relativism, op. cit., p. 9.

³⁵ No mesmo sentido, ver Antonio Carlos WOLKMER, Pluralismo Jurídico, Alfa-Omega, SP, 2001, e Marcos Augusto Maliska, Pluralismo Jurídico e Direito Moderno, Juruá, Curitiba, 2001.

b) multiculturalismo

Dado por assente que pluralismo não é sinônimo de relativismo cultural, poder-se-ia pensar na substituição da palavra multiculturalismo por multipluralismo. Ocorre que essa nova palavra seria um pleonasmo, pois pluralismo já implica, em si mesmo, a existência de diversos direitos. A nova palavra, então, pecaria pelo excesso de significado, pois indicaria a multidão de pluralismos, além de demonstrar, mais uma vez, a manifestação da reflexividade. Portanto, continua a ter validade a palavra multiculturalismo.

A sociedade moderna é multicultural porque formada por diversas culturas. Essa formação é produto tanto das culturas dos povos já existentes nas sociedades então descobertas quanto dos movimentos migratórios caracterizados por uma diáspora sem fim e calcada em razões econômicas, políticas e religiosas, portanto, sociais. Esse fato não deixa de ser paradoxal, pois a plena realização do multiculturalismo significa o ativo interesse e envolvimento nas diferentes culturas, o que pode proporcionar, por exemplo, uniões interculturais, fazendo com que uma pessoa tenha a mesma possibilidade de ser membro de outros grupos culturais como do próprio grupo ao qual pertence³⁶.

Um outro aspecto envolvendo o significado da palavra multiculturalismo é aquele ligado ao fato de que a preservação, de maneira solipsística, de cada cultura pode levar ao recrudescimento das identidades tribais e coletivas, as quais, de sua vez, podem ofuscar as identidades individuais, quase que obrigando a pessoa a se auto-definir como sendo pertencente ou não a uma determinada sociedade³⁷. O evento produzido, então, pode ser nefasto, desde que se pense nas formas de luta que essas identidades podem lançar mão para fazer valer a sua própria *Weltanschauung*. Parece ser um risco que não se tem como não correr, pois o mundo é assim porque é assim, e a evolução, na sociedade moderna, é um processo cego, com pouca, ou quase nenhuma, condição de possibilidade de planejamento de um futuro que é aberto³⁸.

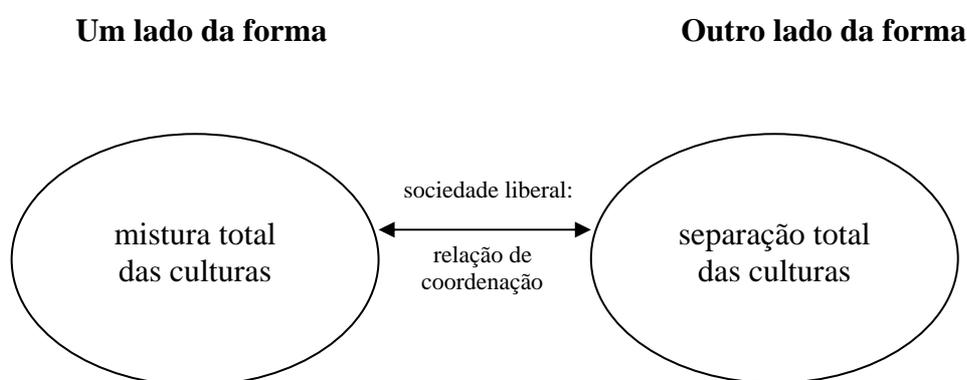
³⁶ Conforme Peter M. BLAU, Il paradosso del multiculturalismo, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, il Mulino, Bologna, n. 1, marzo 1995, pp. 53-63 (57-58).

³⁷ Essa é, em termos gerais, a idéia lançada por Amin MAALOUF, no livro *Les identités meurtrières*, Grasset, Paris, 1998.

³⁸ Risco esse já observado por Barbara OOMEN, mesmo numa sociedade como a sul-africana pós-apartheid e na qual o reconhecimento do direito de grupo ocorre em bases diferentes daquelas utilizadas pelo regime do apartheid, *Group Rights in Post-Apartheid South Africa: The Case of the Traditional Leaders*, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, n. 44, 1999, pp. 73-103.

Traduzido o dilema para a forma gráfica tem-se que o multiculturalismo é uma forma com dois lados: um lado da forma é representado pela mistura total das culturas, e o outro lado da forma o é pela separação total das culturas. Nesse quadro a sociedade liberal pode exercer a função de coordenação dos eventos que se manifestarem por meio de critérios tais quais os expostos por KYMLICKA e referentes à tolerância: restrições externas e não-restrições internas. Graficamente:

MULTICULTURALISMO



O multiculturalismo que marca a ferro e fogo a sociedade moderna é um dado da realidade, e ao que parece, não pode ser negado. Diversidade étnica, de gênero, de língua, etc. se manifesta com tamanha força que passa a ocupar o lugar da antiga, mas ainda não superada, idéia de divisão social por classes³⁹. Isso faz com que a sociedade moderna ganhe em complexidade, gerando, de sua vez, mais complexidade para a própria sociedade manejar. Exemplo sintomático dessa afirmação é o texto da Constituição brasileira positivado no artigo 215, pelo qual reconhece e protege a cultura indígena, o que, no plano do conhecimento específico significa colocar uma pá de cal sobre a distinção natureza / cultura.

³⁹ Por certo que uma questão envolvendo direito de determinada etnia possa também se qualificar não só como problema de reconhecimento cultural, mas como de redistribuição de recursos. É o que Nancy FRASER denomina de modo bivalente de coletividade, pois que ela, a coletividade, pode possuir demandas de reconhecimento e de redistribuição, as quais, de sua vez e respectivamente, podem levar ao objetivo de se reforçar as diferenças de grupo e de se eliminar essas mesmas diferenças, v.g., as demandas de gênero, de "raça", de etnia e de orientação sexual, From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a 'Post-Socialist' Age, *New Left Review*, 1/212, July-August, 1995; em outra abordagem sobre

Pode-se conceituar cultura com o que escreve Floresmilo SIMBAÑA:

“Hablar de cultura y de las culturas es hablar de ámbitos bastante complejos y de una multiplicidad de campos que comprenden desde los procesos económicos con todas sus dinámicas productivas, incluidos el conocimiento, la ciencia y la tecnología, hasta esferas que abarcan dimensiones estrictamente subjetivas de los seres humanos y de los pueblos tales como la cosmovisión, la espiritualidad, la sensibilidad, la conciencia, el lenguaje, etc.; es decir que, cuando nos referimos a la cultura, estamos hablando de todas las formas humanas de producción individual y reproducción social”⁴⁰.

TAYLOR atribui a Rousseau a nova maneira de se pensar sobre a dignidade, a qual, de seu turno, seria produto do colapso da sociedade hierarquizada: *dignité* no lugar de *préférence*. Rousseau, segundo TAYLOR, teria pensado sobre o respeito igual como indispensável à liberdade, e por isso pode ser colocado na origem do discurso sobre o reconhecimento⁴¹.

A aceitação, então, da premissa de que a sociedade moderna é multicultural leva à reflexão sobre o reconhecimento, que de sua vez forja a própria identidade e uma suposta cidadania multicultural. O reconhecimento pode ser objeto de políticas respectivas e de casos jurídicos a serem julgados. E parece ser aí que reside o problema, pois cada vez que uma política de reconhecimento for editada e uma decisão jurídica sobre o reconhecimento for proferida, ao menos no quadro de uma sociedade liberal, manifestar-se-á a questão sobre se o direito de uma coletividade deve se sobrepor ao de um indivíduo.

Para a sociedade liberal cujo funcionamento reside no rígido padrão procedimental o problema é de grande monta. A sociedade americana é pródiga em fornecer exemplos do político, do jurídico e da ciência. DWORKIN e RAWLS são apenas dois exemplos.

quase os mesmos temas, Will KYMLICKA os denomina de politização da etnicidade, *Liberalism and the Politicization of Ethnicity*, Canadian Journal of Law and Jurisprudence, n. 4, 1991, pp. 239-256.

⁴⁰ Plurinacionalidad y Derechos Colectivos – El Caso Ecuatoriano, in Pablo DÁVALOS (org.), *Pueblos Indígenas, Estado y Democracia*, CLACSO, Buenos Aires, 2005.

⁴¹ Charles TAYLOR, *The Politics of Recognition*, in Amy GUTMANN (ed.), *Multiculturalism*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1994, pp. 25-73.

O debate vai desaguar nas fortes distinções que marcam a discussão – universalismo/particularismo, relativismo/pluralismo, essencialismo/ocidentalização –, e para as quais não parece haver resposta suficiente e nem mesmo condições de possibilidade de formulação de uma teoria geral. E aí parece mesmo impossível a construção de uma teoria geral. Todavia, isso não impede a formulação de idéias que possam contribuir para o debate.

Uma delas vem da pena de POLANCO⁴², para quem não se pode descrever o conflito apelando-se ao liberalismo duro ou ao relativismo absoluto⁴³. Argumenta ser a perspectiva das identidades múltiplas o ambiente fértil ao desenvolvimento de uma política própria sobre a diversidade, rechaçando, ao mesmo tempo, qualquer política fundada nas identidades como se fossem essências, entes estáticos ou invariáveis, únicos e irreduzíveis entre si⁴⁴. No mesmo sentido escreve ARIAS-SCHREIBER, para quem os costumes arraigados culturalmente e que violam os direitos humanos não podem ser tolerados, pois a tolerância não deve ser confundida com a aceitação passiva do eticamente intolerável. Propõe ele a idéia de interculturalidade, o que seria uma espécie de culturalizar o multiculturalismo e que poderia se efetivar mediante o diálogo e a negociação entre as partes, tudo com o objetivo de manejar razoavelmente o conflito das identidades⁴⁵.

De todo modo, a distinção universalismo / relativismo é um dado da realidade. Portanto, produz efeitos na sociedade. Pode ser descrita como uma tautologia: existe por causa das culturas diferentes e do multiculturalismo ou, antes, é causa de surgimento do último.

Contudo, não parece ser esse o ponto fulcral da questão. Ele parece residir na inexorável marca que distingue a sociedade moderna, isto é, o só-fato de existir uma sociedade com diferentes culturas – fenômeno reforçado pela própria mundialização – implica a manifestação da tensão universalismo / relativismo. É impossível um viver sem o outro. O manejo de eventuais conflitos gerados pela coexistência de culturas diferentes dar-se-á nos moldes da doutrina aqui citada.

⁴² Héctor Diaz POLANCO, Los Dilemas del Pluralismo, in Pablo DÁVALOS, Pueblos Indígenas, Estado y Democracia, idem, pp. 43-66.

⁴³ Idem, p. 44.

⁴⁴ Idem, p. 53.

⁴⁵ Fidel Tubino ARIAS-SCHREIBER, Interculturalizando el Multiculturalismo, Bibliothèque de la Méditerranée, www.cidob.es.

O debate pode ser, ainda, alimentado por conceito como o de etnia.

c) etnia

No atual campo das idéias da sociologia política o debate é marcado pelo abandono das teorias primordialista/essencialista e instrumentalista/nominalista a respeito da etnicidade e que estiveram em voga até os anos oitenta do século passado. Em seu lugar assume a teoria construtivista, que também possui diferentes formas, e que muda o foco da análise centrada na asserção de que a etnicidade é sempre em si mesma o ponto central na organização da identidade para uma pluralização que se dirige a outras formas de identificação, sejam elas raciais, sexuais, nacionais ou de gênero, isto é, o que vige atualmente é uma preocupação teórica com a diferença⁴⁶. Nesse sentido, as novas teorizações dispensam tratamento aos problemas contemporâneos representados pela diáspora, pelos refugiados e pelas políticas de diferença cultural.

O conceito mais aceito e utilizado pela Antropologia para descrever as sociedades indígenas tradicionais é o de etnia. Cada sociedade tradicional representa uma etnia. Roberto Cardoso de OLIVEIRA propõe uma definição do campo semântico de etnia como se esta abrangesse duas séries, uma envolvendo identidades, e outra, padrões culturais. Por identidade entende o autor que ela contém duas dimensões: a pessoal (ou individual) e a social (ou coletiva)⁴⁷.

Na série que envolve identidades classificam-se dois tipos diferentes de mecanismos de identificação: a) o primeiro de identidades assumidas por membros de grupos minoritários (índios, negros, etc.) inseridos em sistemas globais (como as sociedades nacionais); b) o segundo de identidades anfitriãs, portanto majoritários em situações de contato com identidades do primeiro tipo⁴⁸.

Na série cultural a classificação é por padrões de conduta (social, religiosa, econômica, etc.) que sejam solidários ao que se convencionou chamar de sociedade simples e sociedade complexa.

A etnia, sendo conceito que exprime uma relação, permite a manifestação da denominada identidade contrastiva, o que implica a afirmação do *nós* diante dos

⁴⁶ Tudo conforme Aletta J. NORVAL, *The Politics of Ethnicity and Identity*, in Kate NASH e Alan SCOTT (ed.), *The Blackwell Companion to Political Sociology*, Blackwell Publishing, Oxford, 2004, pp. 271-280.

⁴⁷ *Identidade, Etnia e Estrutura Social*, Pioneira, SP, 1976, p. 4.

⁴⁸ *Idem*, p. 102.

*outros*⁴⁹, portanto, é identidade que surge por oposição e que indica, sempre, uma diferenciação daquele que se manifesta com relação a outro.

A identidade ou etnia indígena, então, se afirma, pessoal e socialmente, por diferenciação da identidade do não-indígena, e ao menos no Brasil, minoritária que é, contrasta com a majoritária. Também ela é, dessa maneira, marcada pela diferença, pois o índio, o outro, é diferente.

Firmadas essas idéias a respeito do que pode ser compreendido por pluralismo, multiculturalismo e etnicidade, pode-se iniciar, agora, a tentativa de compreensão de como essas mesmas idéias podem materializar-se no jurídico, vale dizer, de que modo podem ser traduzidas juridicamente: o meio para essa tradução parece ser a idéia de direito coletivo.

d) direito coletivo

No campo filosófico está instaurada uma discussão a respeito da justificação do direito coletivo, se pode ele conviver com o direito individual e se, em caso positivo, qual a teoria que seria aplicável a ele como direito subjetivo, se a da vontade ou se a do interesse, embora, na América Latina, seja quase inexistente o debate a respeito do tema.

De antemão é necessário frisar que a idéia de direito coletivo aqui trabalhada não se identifica com a figura do direito coletivo oriunda do direito processual brasileiro, de vez que seu conceito é, além de mais amplo, albergador de fatores desconhecidos da ciência processual.

A distinção direito coletivo / direito individual remete ao debate de idéias que sempre perpassou pela filosofia política, tendo encontrado mais adversários do que adeptos. Stuart MILL, um liberal, se posicionou contrário à idéia de existência de direito coletivo –“As instituições livres são quase impossíveis em um país formado de diferentes nacionalidades” –⁵⁰; ENGELS, de sua vez, também se manifestou no mesmo sentido, conforme se deduz do que escreveu no *Neue Rheinische Zeitung*⁵¹, em 1849, sobre o Paneslavismo Democrático. HOBBSAWM argumenta que esse sentimento anti-

⁴⁹ Idem, p. 5.

⁵⁰ O Governo Representativo, IBRASA, SP, 1995, p. 199.

⁵¹ Der demokratische Panslawismus, Neue Rheinische Zeitung n. 222 vom 15 Februar 1849, disponível em <http://gutenberg.spiegel.de>.

grupo era geral àquela época⁵² e ele mesmo, em artigo recente, escreveu que o projeto da esquerda, por ser universalizante, colocar-se-ia contra as atuais políticas de identidade⁵³. NOZICK, de seu turno, chega a afirmar que o relativismo é igualitário⁵⁴. PIERUCCI primeiro demonstra para depois afirmar que apontar as diferenças para após rejeitá-las são atitude e pensamento da direita⁵⁵. Michael LÖWY argumenta que os movimentos nacionais possuem dois lados: o melhor, representado pelo despertar das nações com a redescoberta de suas línguas e culturas, e o pior, representado pelos nacionalismos chauvinistas, pela intolerância e pelas xenofobias⁵⁶.

Dessa breve descrição pode-se concluir, com um mínimo de certeza, que nenhum pensamento ideológico-político toma para si o monopólio da afirmação de existência do direito coletivo; antes, problematizam-na. Seria o caso mesmo de se perguntar se alguma validade possui essa descrição baseada na distinção direito individual / direito coletivo, pois que até em sociedades liberais, conforme escreve Leslie GREEN, alguma organização se manifesta, v.g., família, etc. A suposta atonicidade, então, daria lugar ao molecularismo⁵⁷: o debate individual / coletivo, para ela, está errado.

Na filosofia norte-americana encontram-se posições favoráveis e contrárias à existência do direito coletivo. Peter JONES, em artigo intitulado *Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights*⁵⁸ descreve quem é contra e quem é a favor. Argumenta que um direito de grupo é apenas aquele que nasce para o grupo como grupo, ou seja, que possua um conteúdo relacionado à coletividade. Indica a existência de dois conceitos de direitos de grupo: a) o coletivo; b) o corporativo. No primeiro, tomando emprestada de RAZ a idéia de interesse-obrigação a fundamentar um direito, no caso, para ser um direito coletivo há a necessidade de que, no grupo, a união de interesses de um número

⁵² Eric J. HOBBSBAWM, *Nations and Nationalism since 1780 – Programme, Myth, Reality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, p. 35.

⁵³ Identity Politics and the Left, *New Left Review* I/217, May-June, 1996, pp. 38-47.

⁵⁴ “If truth is relative to, for instance, anthropological culture, then different cultures can consistently coexist, and they (and their standards of truth) are held to be equally good. Relativism is egalitarian”, Robert NOZICK, *Invariances – The Structure of the Objective World*, Belknap Harvard, Cambridge, 2001, p. 19.

⁵⁵ Antônio Flávio PIERUCCI, *Ciladas da Diferença*, Editora 34, SP, 2000.

⁵⁶ Nacionalismo e a Nova Desordem Mundial, *in* Adauto NOVAES (org.), *A Crise do Estado-Nação, Civilização Brasileira*, RJ, 2003, pp. 259-280 (262).

⁵⁷ Leslie GREEN: “The struggles to secure civil liberties, limit the powers of government, and the like were motivated less by social atomism than by what we might call molecularism – acknowledgement that among the most significant constituents of civil society are overlapping social groups”, *Internal Minorities and their Rights*, *in* Will KYMLICKA (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford University Press, Oxford, 1995, pp. 257-272 (258).

⁵⁸ *Human Rights Quarterly*, n. 21, 1999, pp. 80-107.

de indivíduos ofereça suficiente justificação para impor obrigações aos outros – pense-se, por exemplo, no caso das minorias culturais que têm o direito, como grupo, de que a maioria da sociedade acomode e proteja essa mesma cultura minoritária –; no segundo, a descrição pode ser feita com base na diferença existente entre o direito coletivo e o corporativo, sendo que o primeiro atribui uma posição moral apenas aos indivíduos que juntos usufruem o direito de grupo, enquanto que o segundo atribui posição moral ao grupo como tal. O que diferencia um do outro, portanto, é o *locus* da posição moral. E é por isso que o direito coletivo, ao atribuir a posição moral aos indivíduos que formam o grupo, pode ser representado como um direito humano, ao contrário do direito corporativo, cuja posição moral é endereçada à entidade, e não à pessoa⁵⁹.

As idéias de JONES são de enorme valia para a compreensão do tema. Por primeiro elas esclarecem as dúvidas lançadas, por exemplo, por Nicolas López CALERA em seu livro *Hay derechos colectivos?*⁶⁰. É que CALERA ainda se encontra preso à necessidade ontológica de justificação do direito coletivo, embora reconheça, de partida, a sua existência. Tome-se essa justificação como interesse, na linha esposada por RAZ, também presente nesse livro, e a dúvida desaparece. Demais disso, a distinção feita por JONES a respeito do direito coletivo e do direito corporativo ajuda a compreender quando se aplica um e quando se aplica outro. No caso das universidades, que são pessoas jurídicas autônomas e, portanto, possuem direito de grupo, esse direito é nitidamente de caráter corporativo.

Por fim, e ainda na esteira do que escreveu JONES, se o direito coletivo pode ser um direito humano, e se este é universal, então o direito coletivo não pode avocar para si uma pretensa relatividade absoluta, pois estaria, de um lado, se beneficiando daqueles significados que a teoria dos direitos humanos oferece, ao mesmo tempo em que, por outro lado, estaria negando a mesma teoria quando não fosse de seu “interesse”.

Cindy L. HOLDER e Jeff J. CORNTASSEL⁶¹, de seu turno, identificam a descrição de direito coletivo de JONES com a concepção liberal-individualista presente

⁵⁹ Neste momento da argumentação fica evidente que o direito coletivo parece ser indispensável à promoção e fruição dos direitos humanos, os quais, para o caso do direito indígena, se qualificam por um espectro que vai desde o direito individual, passa pelos direitos sociais e desemboca nos direitos culturais, como que numa interdependência de um para com o outro, o que, de sua vez, torna sem utilidade qualquer teoria que tente deles tratar de forma a inseri-los nesta ou naquela geração, ou que tente descrevê-los de forma a separar um do outro, ainda que possuam eles estruturas normativas diferenciadas.

⁶⁰ *Hay derechos colectivos? – Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Ariel, Barcelona, 2000.

⁶¹ *Indigenous People and Multicultural Citizenship: Bridging Collective and Individual Rights*, *Human Rights Quarterly*, n. 24, 2002, pp. 126-151.

mesmo em KYMLICKA⁶². Argumentam que o problema está em que tanto essa concepção quanto a de direito corporativo apresentam uma utilidade limitada na análise das atuais demandas de direitos de grupos. É que, segundo os autores, tanto a concepção coletiva quanto a corporativa dos direitos de grupo descrevem o significado do pertencimento ao grupo para o bem-estar individual em termos primariamente psicológicos. Conseqüentemente, os interesses que os indivíduos têm na comunidade e as condições necessárias para que esses interesses se realizem parecem ser os mesmos para todas as pessoas, a despeito de os grupos aos quais essas pessoas pertençam e das próprias características de seu pertencimento⁶³. Essa visão impede, por exemplo, a afirmação de direitos das minorias da própria minoria, pois que sempre será argumentado como princípio que está em jogo a continuação da comunidade.

Esse tratamento conferido ao direito coletivo está em desacordo com os objetivos e a práxis dos grupos indígenas⁶⁴. Os autores, então, propõem a descrição da prática como alternativa. O objetivo é construir um discurso mais compreensivo entre a teoria existente e a prática⁶⁵. Três perspectivas indígenas sobre cidadania comunal são lançadas, não sem antes se esclarecer que as visões de mundo indígenas não são fixas ou estáticas, mas sim flexíveis e adaptáveis às circunstâncias que mudam⁶⁶: a) a práxis indígena demonstra a existência de interdependência entre os direitos coletivos e individuais, sendo eles, portanto, mutuamente interativos, e não excludentes; b) a práxis indígena se relaciona às orientações de parentesco que podem ir além dos membros do grupo para outras espécies e objetos; c) a práxis indígena destaca a importância das comunidades na estruturação completa da vida pessoal.

A práxis indígena, ainda segundo os autores, ocorre dentro dos limites daquilo que eles denominam de Estado hospedeiro, e é nesse contexto que a interdependência entre direitos coletivos e individuais se traduz pela posição dual dos direitos coletivos, vale dizer, como exemplo, o poder descentralizado das lideranças indígenas na

⁶² De fato, parece que a razão está com os autores que escrevem ser a teoria de KYMLICKA liberal-individualista, o que pode ser concluído após a leitura de seu livro *Multicultural Citizenship*, Oxford University Press, Oxford, 1995, especialmente o Capítulo intitulado *Toleration and its Limits*, no qual argumenta que a sociedade liberal condiciona a aprovação de certos direitos de grupo a minorias étnicas à imposição de duas ordens de limites: a) uma concepção liberal de direitos da minoria não justifica, a não ser em casos extremos, restrições internas (liberdade nos grupos minoritários); b) os princípios liberais são mais simpáticos às demandas por proteções externas, as quais reduzem a vulnerabilidade da minoria das decisões da sociedade majoritária (igualdade entre os grupos minoritário e majoritário), pp. 152-153.

⁶³ *Indigenous People and Multicultural Citizenship*, cit., p. 135.

⁶⁴ *Idem*, p. 139.

⁶⁵ *Idem*, pp. 139-142.

⁶⁶ *Idem*, pp. 143-149.

comunidade baseado no consenso e não na autoridade formal do líder, além do que as tradições orais de muitos grupos indígenas enfatizam que a posição do índio é inteiramente dependente da virtude privada⁶⁷.

O tópico b⁶⁸ pode ser descrito pela relação de sacralidade que o índio tem com a terra, relação essa orientada pela crença no parentesco universal. A terra, para o índio, não se relaciona a aspectos de regulação, mas sim a aspectos de ligação com seus ancestrais e uma mais ampla organização espiritual. O item c⁶⁹ pode ser descrito pela ligação existente entre os benefícios materiais e imateriais de uma vida comunal saudável, o que é escondida pela compreensão unidimensional dos direitos coletivos encontrada na teoria existente; basta pensar-se, para tanto, em que o acesso à terra, por parte do índio, implica o acesso às práticas espirituais e de suas cerimônias⁷⁰.

Para os autores, essas idéias podem indicar que as holísticas visões de mundo dos indígenas vão além das descrições liberal-individualista e corporativa, as quais tendem a moldar o debate direitos coletivos / direitos individuais em termos de uma saúde mental-psicológica do indivíduo como sendo contingente para a filiação ao grupo, esquecendo-se da presença de interesses físicos e econômicos. É uma visão, portanto, que interage em múltiplos níveis –Estado, grupo e indivíduo⁷¹.

As idéias aqui descritas servirão como base teórica quando da descrição de problemas afetos à dogmática jurídica a ser feita mais adiante.

IV. Aproximações adequadas do tema

Se a abordagem aqui assumida for considerada adequada, então há a possibilidade de, no direito indígena, lançar-se mão de três aproximações para se descrever esse direito: a) antropológica; b) sociológica; c) dogmático-jurídica.

Essas três aproximações não são levadas a cabo de forma isolada, como que de forma solipsística, mas sim de maneira interdisciplinar, de modo que cada uma possa

⁶⁷ Idem, pp. 143-147.

⁶⁸ Idem, pp. 147-148.

⁶⁹ Idem, pp. 148-149.

⁷⁰ A Constituição Federal brasileira, em seu artigo 232, preceitua expressamente o reconhecimento processual do direito coletivo das comunidades indígenas, ainda que estas não possuam território demarcado, podendo, portanto, objetivar seu próprio direito à terra. Não é demais lembrar que foi apenas a partir de 1953, após os esforços de Darcy Ribeiro e Eduardo Galvão, que o conceito de terra indígena foi ampliado para significar perambulação tradicional, imemorialidade, integridade ecológica e crescimento demográfico, conforme Mércio Pereira GOMES, *O Caminho Brasileiro para a Cidadania Indígena*, in Jaime PINSKY e Carla Bassanesi PINSKY (org.), *História da Cidadania*, Contexto, SP, 2005, pp. 419-445 (434).

⁷¹ *Indigenous People and Multicultural Citizenship*, cit., pp. 149-151.

contribuir para com a outra, tudo na consecução de se permitir uma decisão jurídica mais adequada para o caso jurídico apresentado, desde que se pense que o direito não pode se dar ao luxo de trabalhar com qualquer manifestação de incompreensão do observador, isto é, há a obrigatoriedade de decidir.

Uma primeira perplexidade que se manifesta é com relação à denominação direito indígena, pois se é direito não é antropologia ou mesmo sociologia ou, por outras palavras, pode-se imaginar que todo aspecto referente ao tema indígena tenha que, necessariamente, ser levado ao sistema jurídico e, portanto, ser objeto de uma decisão jurídica. Por certo não se chega a tanto, de vez que parece haver inúmeros conflitos de interesses manifestados nas comunidades indígenas e lá mesmo resolvidos, sem que se tenha conhecimento deles, conflitos caracterizados como, no dizer de ROULAND, *les droits cachés*. O recurso ao direito oficial é feito como última medida a ser tomada.

Contudo, uma realidade é inegável: o direito indígena existe, e como tal serve, num primeiro momento, a desmascarar o tema indígena como sendo apenas um problema ou uma questão, e num segundo momento a tentar regular, direta e/ou indiretamente, alguns aspectos, e não todos, das relações travadas nas áreas indígenas.

Vai daí que quando a Constituição brasileira positiva em seu texto normas referentes ao direito indígena já está formalizando um processo de ocidentalização desse mesmo direito, ainda que seja para reconhecer, e proteger, a cultura dos povos indígenas, seja por meio do reconhecimento da pluriethnicidade como componente do multiculturalismo que forma a sociedade brasileira, seja por meio da garantia de um certo grau de pluralismo jurídico, aferido pela auto-determinação conferida, aos povos indígenas, pelo texto constitucional.

a) abordagem antropológica

A abordagem antropológica, em geral, é pensada no direito como ligada à produção da prova no processo, o qual, também em geral trata de demanda referente ao reconhecimento da terra como sendo indígena. De fato, essa prova é essencial à solução do caso jurídico, especialmente se se tratar de demanda envolvendo o direito à terra, e ela mesma tem se denominado de prova etno-histórico-antropológica. A reconstituição dos laços parentais e de todos os aspectos possíveis relacionados à auto-reprodução de determinada etnia obtida, via de regra, mediante depoimentos orais, é a prova talvez a

mais forte em processo dessa natureza⁷². Em processo de natureza criminal a abordagem antropológica também serve a esclarecer pontos essenciais à decisão a ser proferida, v.g., a determinação da inimputabilidade do acusado índio⁷³.

Todavia, essa abordagem, indicada como antropológica, não esgota as possibilidades de manifestação da própria abordagem como um todo. Ela pode ainda se manifestar, para a compreensão da matéria que o jurista está tratando, como descritiva da diferença existente entre direito tradicional e direito moderno e da factibilidade de coexistência desses dois ordenamentos.

Para ROULAND⁷⁴ a distinção entre sociedade tradicional e moderna reside em que a moderna se organiza com base na identificação do direito com o Estado, enquanto que, na tradicional a forma de organização do poder político é diferenciada, manifestando-se correlativamente à moderna. Nesse pano de fundo, o direito tradicional também será diferente do moderno/oficial, entretanto, há campo fértil para a coexistência dos dois sistemas.

b) abordagem sociológica

A abordagem sociológica oferece valiosas contribuições para uma compreensão mais adequada do direito indígena. Um conceito central nesse contexto é o de reflexividade. A sociedade moderna é reflexiva, de modo que cabe falar da sociedade da sociedade. Sua por assim dizer característica principal é auto-reproduzir-se mediante processos de reflexividade. Para o caso do direito indígena esse conceito consegue descrever a possibilidade de coexistência dos sistemas jurídicos tradicional e moderno ao traduzir essa mesma coexistência na idéia do direito do direito.

⁷² Ver, nesse sentido, Maria Luiza GRABNER, Terra Indígena: Demarcação, *in* Dicionário de Direitos Humanos, hipertexto, site www.esmpu.gov.br.

⁷³ Sobre a defesa da inimputabilidade por diversidade sócio-cultural expressa na idéia de um erro de compreensão culturalmente condicionado, ver Carlos Vladimir ZAMBRANO, Constitucionalidad, Inimputabilidad e Inculpabilidad, *in* Interculturalidad, Humanizar, Bogotá, 2004; nos Estados Unidos a suposta inimputabilidade criminal do acusado, em casos específicos, é traduzida na expressão “culture defense”, ou defesa baseada na cultura, conforme William I. TORRY, Multicultural Jurisprudence and the Culture Defense, *Legal Pluralism and Unofficial Law*, n. 44, 1999, pp. 127-161.

⁷⁴ Norbert ROULAND, *L'Anthropologie Juridique*, PUF, Paris, 1990, p. 48.

O pluralismo jurídico, então, é resultado da reflexividade da sociedade moderna, a qual, embora sendo moderna, possui espaço destinado à manifestação de sociedades ainda tradicionais. Esses processos, circulares por si mesmos, conferem condições de possibilidade de manifestação de outros processos reflexivos, por exemplo, dentro do direito do direito, o direito da minoria da minoria, o direito do direito a ter direitos, etc.

A compreensão dessa auto-reprodução reflexiva por parte do jurista é tanto mais relevante quanto se pense na possibilidade de manifestação de conflitos de interesses nos quais seja adequado apelar, para a construção do caso e para a sua decisão, à idéia mesma do que venha a ser o pluralismo jurídico, sua positivação no ordenamento constitucional e os limites de sua aplicação. Nesses casos, que não são raros, o jurista pode recolher material pertinente para uma construção doutrinária e jurisprudencial multicultural. A fonte parece ser inesgotável.

c) abordagem dogmático-jurídica

A terceira, mas nem por isso menos importante, abordagem é a dogmático-jurídica propriamente dita. Aqui o caso jurídico já está como que construído e preparado para decisão, tudo dentro dos procedimentos formais atinentes ao desenvolvimento do processo.

O fato de se judicializar os conflitos, em geral, não impede o aparecimento da exceção, representada seja pela resolução dos conflitos nas próprias áreas indígenas, sem que deles a sociedade envolvente tenha conhecimento, seja pela resolução dos conflitos na fase pré-judicial, quando então pode arranjar-se a composição desses mesmos conflitos com a intervenção do Ministério Público Federal.

Tanto em uma quanto em outra possibilidade de composição dos conflitos serve-se o jurista do banquete de conceitos proporcionado pela antropologia e pela sociologia, ambas jurídicas. É de suma relevância notar que sem o permissivo de consulta a essas áreas do conhecimento o jurista não pode compor o conflito apresentado, adjudicando-o ou não, de forma mais adequada. Há como que uma interdependência entre essas áreas do conhecimento. Quando essa interdisciplinaridade não é observada, a composição alcançada pode padecer de vício insanável, o que vai produzir a incompreensão do observador, que é, no caso, todo aquele que lida com o tema. Daí a obrigatoriedade de a abordagem do tema ocorrer na forma aqui desenvolvida.

V. Questões da dogmática jurídica relativas ao tema

Feitas essas primeiras observações, pode-se, neste momento, passar a aplicá-las ao caso jurídico concreto, não sem antes destacar que o direito indígena desafia a aplicação de um método construtivista na sua interpretação. O sistema jurídico, ao observar um caso jurídico, o faz em segunda ordem, pois que esse caso já foi observado ao menos pelas partes envolvidas na demanda. Quando opera observando, o sistema jurídico indica distinção, a qual, para o caso do direito indígena, e ao menos como um exemplo de sua manifestação pode ser representada pela dupla *direito oficial/direito tradicional*.

É nessa distinção que se localiza a foz alimentadora das idéias e conceitos que podem servir ao jurista como facilitadores na compreensão e na composição dos conflitos de interesses inerentes ao direito indígena. E ela remete, compulsoriamente, à idéia de pluralismo jurídico e, portanto, ao conceito de reflexividade.

Quando, então, se estiver diante de um caso envolvendo direito indígena, estar-se-á diante, também, de um caso que envolve a obrigatória análise de mais de um ordenamento jurídico: o ordenamento ocidental e o tradicional. Como bem se pode observar há dois ordenamentos jurídicos, e que se auto-identificam pela distinção que fazem um do outro enquanto sistema: são, portanto, reflexivos. Essa forma de observação, denominada de segundo grau, é concretizada sem que o observador tenha consciência disso, pois em geral o processo de análise de um caso jurídico ocorre espontaneamente. Contudo, é dessa maneira que se efetiva o processo de interpretação jurídica.

No ordenamento constitucional brasileiro a admissibilidade de existência de mais de um ordenamento jurídico é expressa em normas específicas, tais quais fazem exemplo os artigos 215, 216 e 231. Os usos, costumes e tradições indígenas são reconhecidos e protegidos pelo Estado, o que, se por um lado confere uma caracterização multiétnica à sociedade brasileira, por outro reconhece e permite a possibilidade de resolução dos conflitos de interesses indígenas pelas próprias comunidades.

A Constituição brasileira vai além, pois reconhece até mesmo a capacidade postulatória às comunidades indígenas, de modo a fazer com que caia por terra eventual idéia de tutela do indígena.

Na interpretação desses dispositivos pode-se extrair a *ratio* de que as comunidades indígenas são autônomas ou quase soberanas, mas não soberanas, pois não possuem o direito à secessão; esse, aliás e conforme já escrito neste artigo é o atual entendimento da Suprema Corte norte-americana a respeito das comunidades indígenas lá existentes. Todavia, um alto grau de autonomia é a elas conferido, pois que a sua cultura, usos, costumes e tradições são reconhecidos e protegidos.

O direito tradicional se insere na forma de auto-reprodução das comunidades indígenas, e ainda que não trabalhem elas com as codificações, pois não têm na escrita a maneira por excelência de preservar sua história e sua memória, mas sim na oralidade, seus costumes comprovam a prática de composição de conflitos de interesses.

A existência desse direito tradicional não impede o recurso ao direito oficial, e é exatamente aí que se manifesta talvez o mais relevante dilema referente ao direito indígena e representado pela indagação pelos limites de intervenção do direito oficial no direito tradicional. Note-se que a recíproca não é verdadeira, de modo que, enquanto o direito oficial pode prevalecer sobre o tradicional, este não prevalece sobre aquele, quando muito se aplica de forma isolada, mas não em confronto com o direito estatal.

Teoricamente a produção doutrinária brasileira a respeito desse dilema real é bastante incipiente. Na literatura estrangeira, ao contrário, a produção é forte e solidificada. Há um profícuo debate de idéias a respeito dos direitos de grupos e de minorias.

Em um artigo intitulado *Internal Minorities and their Rights* Leslie GREEN⁷⁵ descreve a existência de direitos das minorias inseridas nos grupos minoritários da sociedade e as possibilidades de esses direitos terem vigência. Quer ela explorar, portanto, a posição moral de tais minorias internas. Argumenta que os direitos são os fundamentos das obrigações, e não apenas correlatos destas. Há dois argumentos pelos quais se nega o reconhecimento de direitos às minorias dos grupos minoritários⁷⁶: a) saída/banimento; b) poder relacional. Pelo primeiro, aquele que não acatasse as decisões

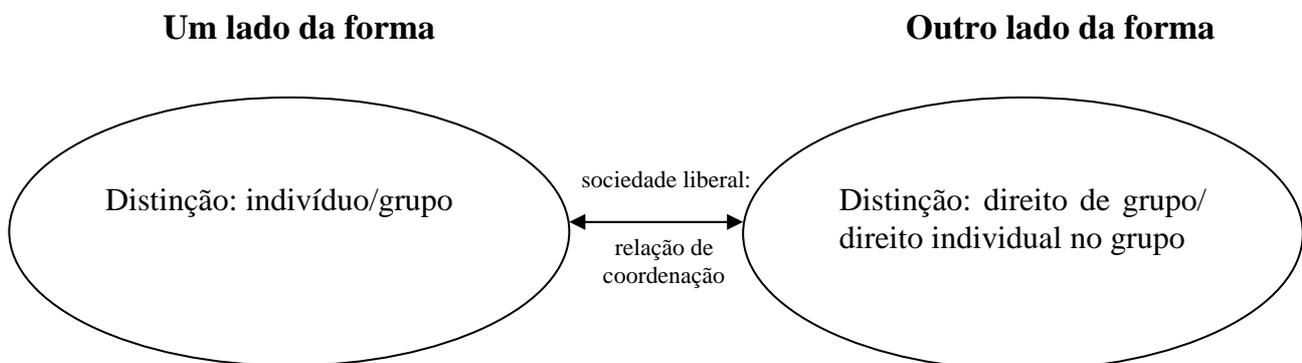
⁷⁵ In Will KYMLICKA (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, op. cit., pp. 257-272.

⁷⁶ No caso *Santa Clara Pueblo et al. v. Martinez et al.*, 436 U. S. 49 (1978), a Suprema Corte norte-americana entendeu que, de acordo com o Estatuto dos Povos Indígenas, lá denominado de *Indian Civil Rights Act* (ICRA), o único remédio jurídico do qual um indivíduo poderia lançar mão contra uma decisão proferida no âmbito da área indígena era o *habeas corpus*, o que pressupunha estar o requerente preso ou custodiado; outros numerosos casos não mais são aceitos pelo Judiciário norte-americano após essa decisão, tais como: confisco ilegal de propriedade, denegação ilegal de reconhecimento do pertencimento para fins de candidatura eleitoral, remoção ilegal das funções de administração e demissão ilegal de emprego na administração da área indígena, tudo conforme Stephen L. PREVAR, *The Rights of Indian and Tribes*, op. cit., pp. 283-284.

dos grupos minoritários e que compusesse esses mesmos grupos poderia deixar os grupos; pelo segundo, exigir dos grupos minoritários, já enfraquecidos na relação maioria/minoria, enfraqueceria ainda mais o mesmo grupo, vez que as minorias são relativamente menos poderosas para proteger a si próprias. GREEN refuta esses dois argumentos, pois os considera inadequados para a solução dos conflitos gerados no interior dos grupos minoritários, sempre tendo em mira que a sociedade liberal protege os direitos individuais das minorias – v.g., a mulher aborígine, duplamente discriminada, pela maioria e pelo próprio grupo minoritário⁷⁷ –, o que permite concluir que haverá a possibilidade de que se operem mudanças na cultura, e não mudanças de uma cultura, baseadas em ações de pessoas supostamente livres para escolher sua própria concepção de bem.

O debate pode, então, ser resumido aos dois lados da forma representada pelo direito de grupo: a) a distinção indivíduo/grupo na sociedade liberal – e não parece haver outra –; b) a distinção direito de grupo/direito individual no grupo. Graficamente:

DIREITO DE GRUPO



⁷⁷ Evento esse que gera a reflexividade da própria discriminação, de sua vez já bem observado por Mércio Pereira GOMES: “Considerando, por sua vez, que o Brasil continua submetido a um domínio multifacetado neocolonialista, e que o sistema social brasileiro é extremamente desigual e opressor das camadas sociais populares, à margem das quais se situam os povos indígenas, podemos aquilatar a dupla opressão que sofre o índio como indivíduo, em seus direitos políticos, sociais e culturais. Assim, perante a humanidade, o índio desponta, na atualidade, como vítima da vítima”, grifou-se, O Caminho Brasileiro para a Cidadania Indígena, in Jaime PINSKY e Carla Bassanesi PINSKY, História da Cidadania, op. cit., p. 419.

Em geral o direito de grupo é identificado com direito individual ou social. Na doutrina brasileira o exemplo cabal dessa identificação é o livro de João Mendes Junior, cujo título fala por si: Os Indígenas do Brasil, seus direitos individuais e políticos (sic)⁷⁸, onde se descreve, em conferência, uma comparação entre os índios brasileiros e norte-americanos e a concessão de certos direitos individuais aos índios brasileiros. Essa concepção afigura-se, atualmente, ultrapassada, pois não dá conta de descrever o conteúdo dos denominados direitos de grupo. A só-existência – e reconhecimento –, do direito de grupo permite dispensar tratamento adequado ao próprio grupo e assim compreender seus direitos, os quais, para o caso indígena podem ser indicados no tripé: território, governo e jurisdição como cimentos da auto-determinação⁷⁹. O contrário significa negar o grupo como existente e impedir a adequada compreensão do tema.

O outro lado da forma do direito de grupo é representado pela necessidade de se reconhecer o grupo do grupo ou a minoria da minoria como titular de direitos. Aqui não se está mais diante da distinção grupo/sociedade envolvente, mas sim da distinção entre o direito de grupo e o direito individual da minoria que existe no interior do grupo.

Essa distinção é bastante valiosa para a descrição dos casos jurídicos em que se demande, do direito oficial, o reconhecimento de um direito que supostamente estaria sendo violado pela maioria do grupo: por exemplo, pena de banimento, impossibilidade de ser processado pelo mesmo crime mais de uma vez, reconhecimento de pertencimento à determinada etnia, etc.

Neste específico caso os autores não se aventuram a formular uma teoria geral ou mesmo principiológica – pense-se, por exemplo, na insuficiência de significado do princípio das nacionalidades –, legando a solução dos conflitos à ponderação de interesses em jogo, o que vai dar, inexoravelmente, na formulação – ou tentativa – de uma jurisprudência multicultural.

No plano jurisprudencial o tema se constrói sob variadas formas. Essa determinante confirma o pensamento de que as possibilidades de surgimento de eventos ligados ao tema são, de fato, infinitas. Demonstra, no limite, a complexidade das sociedades tradicionais, as quais se fazem ainda mais complexas quando subsistem às sociedades modernas, estas sim hiper-complexas.

⁷⁸ Typografia Hennies Irmãos, SP, 1912, edição fac-similar.

⁷⁹ Conforme Willem ASSIES, Gemma Van der HAAR e André J. HOEKEMA, Los Pueblos Indígenas y la reforma del Estado em América Latina, Papeles de Población, Universidad Autónoma del Estado de México, enero-marzo, n. 031, 2002.

No Habeas Corpus n. 80.240-1, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 20/06/2001, a questão posta se traduziu na impossibilidade de uma Comissão Parlamentar de Inquérito intimar um índio para depor, como testemunha, fora dos limites territoriais de sua área indígena. A petição inicial, por certo uma das mais belas peças já produzidas no Brasil com referência ao tema, da lavra do Ministério Público Federal, invocou como fundamentos constitucionais do direito do paciente as normas dos artigos 215, 216 e 231, da Constituição Federal.

O artigo 215 da Constituição brasileira dispensa tratamento protetivo às manifestações culturais indígenas e o artigo 216 reconhece os bens de natureza material e imaterial das etnias formadoras da sociedade brasileira como constitutivos do patrimônio cultural brasileiro. Essa é uma clara opção do legislador constituinte originário pelo reconhecimento e proteção das formas de auto-reprodução, portanto, auto-referentes, das diversas etnias que compõem o mosaico indicador da população brasileira. Aí se inclui, por certo, a auto-reprodução indígena. De sua parte o artigo 231, § 5º, também da Constituição Federal veda a remoção dos povos indígenas de suas terras. Com base nessa argumentação o Supremo Tribunal Federal deferiu a ordem em favor do paciente, desobrigando-o de atender à intimação expedida.

Algumas observações podem ser extraídas desse julgamento. A primeira é a de que, por mais que o STF tenha reconhecido um direito individual, este se refere ao grupo, pois o que possibilitou a concessão da ordem de *habeas corpus* foi o paciente ser pertencente à determinada etnia indígena. A segunda é relacionada à aplicação do direito oficial, pois o *habeas corpus* é uma garantia atinente a esse direito. A terceira é referente à jurisdição que proferiu a última palavra, também ela oficial. Como bem se pode perceber há como que uma interdependência dos direitos tradicional e oficial. Essa interdependência impede a formulação de uma teoria geral a respeito da solução de conflitos de interesses surgidos nas sociedades indígenas e, por conseqüência, produz a necessidade de construção de uma casuística referente e aplicável a cada caso jurídico que se apresentar.

O quadro formado, então, será o de que há a possibilidade de se tratar teoricamente e de forma geral os conflitos de interesses indígenas ao nível do reconhecimento de várias ordens jurídicas, o que já significa, de per si, reconhecer a existência do pluralismo jurídico e antropológico, contudo, para a solução específica de cada caso jurídico impõe-se a análise das condições que o envolvem como *conditio sine qua* para que haja uma composição adequada. A impossibilidade de formulação de uma

teoria geral para a decisão desse tipo de conflito decorre da própria existência do pluralismo jurídico, o que, de sua vez, em nada contraria a idéia de que o direito positivo é o direito da sociedade moderna. Pode, no limite, contribuir para a afirmação de que não é mais possível serem construídas as Grandes Narrativas.

A casuística a ser construída dependerá diretamente da descrição do conflito existente e levado ao conhecimento do direito oficial. O Ministério Público Federal, legitimado constitucionalmente para tratar do tema, conforme preceitua a norma do artigo 129, inciso V, da Constituição, faz um trabalho pioneiro e valioso com respeito à construção de métodos de composição de conflitos indígenas por meio de um corpo de antropólogos encarregados de avaliar cada situação e produzir laudo competente sobre o conflito.

Funciona como que um mecanismo que permite a juridicização das etnicidades⁸⁰, pois atua no sistema jurídico tanto como fiscal da lei, e não como tutor das populações indígenas, quanto como tradutor jurídico das reivindicações dos movimentos sociais indígenas, estes sim responsáveis pela politização das etnicidades.

Na execução dessa tarefa pode ser citado como exemplo o caso dos *Kaingang*, na cidade de Pato Branco, no Estado do Paraná, cuja liderança aplicou a pena de banimento/transferência a um ex-cacique e membros de sua parentela mais próxima daquela sociedade indígena. O caso consistiu, em síntese, na desastrosa gestão do ex-cacique frente à comunidade respectiva, tendo praticado atos contrários àquela sociedade, tais como venda de bens coletivos representados por gado e compra de carros velhos. A Assembléia da área indígena decidiu por transferir todos da família para outras áreas, decisão essa que foi roborada pelo Conselho de Caciques da Região de Chapecó; contra essa decisão foi protocolada ação de reintegração de posse junto à jurisdição oficial.

Na análise e conclusão da Antropóloga responsável, Elaine de Amorim Carreira⁸¹, destacou-se que a autoridade indígena da área é soberana e que sua decisão

⁸⁰ Aqui seria valioso pensar-se que, numa tradução processual-constitucional do significado da distinção direito de grupo/direito no grupo, a norma do artigo 129, inciso V, da Constituição Federal legitima o Ministério Público Federal à defesa do direito de grupo, enquanto que a norma do artigo 127, "caput", da mesma Constituição, o faz para a defesa do direito individual manifestado no grupo. Ao menos para esta última afirmação parece se encaminhar a jurisprudência nacional, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 395.904, Relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, no qual ficou assentada a legitimidade do Ministério Público Federal para pleitear direito à pensão por morte para beneficiário que viveu em união homoafetiva estável com o *de cuius*.

⁸¹ Laudo Pericial Antropológico de novembro de 2005 emitido para a Ação de Reintegração de Posse n. 2005.70120005372, Justiça Federal de Pato Branco, PR.

deve ser respeitada, pois está respaldada pela tradição dos antigos e pelo consenso da comunidade. Daí que eventual intervenção do direito oficial poderia acarretar a anulação da autoridade indígena.

O problema que o caso apresenta não é de pequena monta. E isso porque a própria Constituição, em seu artigo 5º, inciso XLVII, determina que não pode haver pena de banimento. Todavia, a compreensão do caso parece demandar o apelo a outras normas constitucionais que não essa que vem de ser escrita. A razão dessa afirmação reside em que a pena de banimento tratada na norma antecitada se refere ao banimento de um nacional para além dos limites territoriais do país. Já no caso ora analisado a pena aplicada é passível de revisão pela própria comunidade, além de ser negociada com caciques de outras áreas para que recebam os “banidos” em condições adequadas de vida.

A Corte Constitucional da Colômbia decidiu caso similar envolvendo a pessoa de um índio que teria sido apenado com desterro pela Comunidade Indígena *El Tambo*⁸². Considerou a Corte que as normas legais imperativas da República primam sobre os usos e costumes das comunidades indígenas, sempre e quando protejam diretamente um valor constitucional superior ao princípio da diversidade étnica e cultural, sendo que a plena vigência dos direitos fundamentais constitucionais nos territórios indígenas se constitui em limite ao mesmo princípio antecitado. Arrimados nesses fundamentos, decidiram os juízes pela aplicação do princípio do devido processo legal ao caso do recorrente, o que lhe havia sido negado até então, além do que a penalidade de desterro aplicada o foi também aos familiares do acusado.

A interpretação foi reforçada no caso da Comunidade Indígena *Páez*⁸³, cuja Assembléia aplicou a pena a um índio que consistia em chibatadas aplicadas na parte inferior da perna e também a de desterro. Aqui ficou expresso que o intérprete, ao ponderar os interesses que possam enfrentar-se em um caso concreto, tem que atender à regra da maximização da autonomia das comunidades indígenas e da minimização das restrições indispensáveis para salvaguardar interesses de superior hierarquia, isso em um contexto que expresse um consenso intercultural sobre o que verdadeiramente resulta intolerável por atentar contra os bens mais valiosos da pessoa. Nesse pano de fundo ficou assentado que o açoite é considerado, naquela comunidade, como elemento purificador, necessário para que o sujeito a quem se imputa a falta se sinta liberado,

⁸² T-349/96.

⁸³ T-523/97.

portanto, a pena não se caracterizava como cruel e nem como tortura. Com relação à pena de desterro a mesma Corte entendeu ser ela possível, pois que o acusado havia caluniado e desautorizado a liderança da comunidade, e as penas para essas faltas eram as aplicadas, portanto, previsíveis, aliado a que nenhuma das penas afrontou o direito à vida, a proibição da escravidão e a proibição da tortura.

Outro não foi o teor da decisão proferida no caso *Thomas v. Norris*, 1992, pela *Supreme Court of British Columbia*. O caso tratou da violação do direito individual de David Thomas, membro da *Lyackson Indian Band* na Columbia Britânica. Ele foi forçado, portanto, contra sua vontade, a ser iniciado na cerimônia da “dança espiritual”. Seus alzozes fundamentaram suas ações nas tradições daquela sociedade indígena. Thomas argumentou que o seu direito individual à segurança pessoal havia sido violado. Foi declarado vencedor do caso e a Corte declarou que ele era livre para acreditar em, e praticar, qualquer religião ou tradição, uma vez que ele escolha fazer isso. Ele não pode ser coagido ou forçado a participar de uma cerimônia por qualquer grupo que esteja no exercício de um direito coletivo⁸⁴.

Nos Estados Unidos⁸⁵ a Suprema Corte teve oportunidade de julgar diversos casos jurídicos envolvendo direito indígena. No caso *United States v. Mazurie*, entendeu a Corte que o Congresso poderia validamente delegar a autoridade de regulação da distribuição de bebidas alcoólicas por estabelecimentos ao Conselho Tribal da reserva indígena, pois que as tribos indígenas são as únicas agregações que possuem atributos de soberania sobre seus membros e seus territórios, e por isso podem ser consideradas como algo mais do que simples organizações voluntárias e privadas⁸⁶. De todo modo, o reconhecimento judicial indica um tratamento que considera as comunidades indígenas como soberanias menores ou diminuídas.

No caso *Bowen, Secretary of Health and Human Services, et al. v. Roy et al.*, a Suprema Corte decidiu que a lei que exige o preenchimento de requerimento endereçado a uma agência estatal e nele se escreva o número da inscrição na

⁸⁴ Em sentido contrário, privilegiando o direito de grupo em detrimento do individual, mas tratando de casos jurídicos que envolvem comunidades religiosas, ver *Hofer v. Hofer*, 1992, Suprema Corte do Canadá, e *Wisconsin v. Yoder*, 1972, Suprema Corte dos Estados Unidos da América.

⁸⁵ País que, sob a falsa idéia de soberania conferida aos povos indígenas, se utilizou dessa mesma idéia para fazer valer atos de remoção supostamente ratificados por tratado assinado entre os Estados Unidos e os Cherokee, intitulado Treaty of New Echota, 1835, no qual houve a manifestação de poucos índios e sem qualquer capacidade oficial no governo da Nação Cherokee, conforme Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law*, The Foundation Press, New York, 1988, pp. 1467-1468.

⁸⁶ 419 U. S. 544 (1975). Uma boa descrição do caso pode ser encontrada em Laurence H. TRIBE, *idem*, p. 369.

previdência social não fere a Primeira Emenda, vez que nada tem a ver com a liberdade de religião. É que, segundo os autores da ação, a exigência de inscrição na previdência social para sua filha de dois anos de idade – de nome *Little Bird of the Snow* –, como requisito para que eles pudessem receber os benefícios dos programas Ajuda às Famílias com Crianças Dependentes e Cupons de Alimentos, viola suas crenças religiosas nativas⁸⁷.

Em *New Mexico v. Mescalero Apache Tribe* a decisão judicial suprema foi no sentido de entender que a comunidade indígena detém poder de regular a caça e a pesca em seu território seja com referência aos membros, seja com relação aos não-membros da mesma comunidade, fazendo valer, para o caso, a regulação proferida pela sociedade tradicional, a despeito de existir legislação do Estado do Novo México contrária à primeira⁸⁸.

Essas decisões que vêm de ser descritas, a par de demonstrar o quão institucionalizado se encontra o direito indígena no sistema jurídico da sociedade mundial, permite inferir a refutação, pelo sistema jurídico, de um relativismo cultural que desemboque num essencialismo étnico ou mesmo numa reificação da identidade comunal, o que, no dizer de HELLER⁸⁹, significa que “o senso de justiça protesta contra o extremo relativismo cultural”.

⁸⁷ 476 U. S. 693 (1985).

⁸⁸ 462 U. S. 325 (1982).

⁸⁹ Agnes HELLER, *Além da Justiça, Civilização Brasileira*, RJ, 1998, p. 70.

VI. Conclusões

Algumas conclusões podem ser destacadas neste final da empreitada.

a) não se deve desprezar a contribuição que a mundialização pode trazer para se descrever o tema aqui abordado.

b) a eventual defesa da existência de direitos coletivos não pode ser atrelada a esta ou àquela corrente ideológica de pensamento, se de direita ou de esquerda, pois que existe uma confusão teórica a respeito do tema;

c) não é possível formular uma teoria geral que dê conta de descrever e propor soluções normativas a todos os conflitos que possam se manifestar como exemplos de casos envolvendo a dupla universalismo/normativismo e direito de grupo/direito individual no grupo, tendo em vista a complexidade e a contingência da sociedade moderna.

d) uma vez sendo adequada a premissa anterior, impõe-se construir uma casuística a ser adotada em concreto, utilizando-se como ferramentas auxiliares à solução do conflito as idéias ou teorias ligadas à antropologia, à sociologia e à dogmática. No exercício dessa atribuição o Ministério Público Federal desempenha papel relevante como formulador jurídico das demandas oriundas dos movimentos sociais indígenas;

e) nessa construção não se deve apelar a um idealizado essencialismo étnico, pois que ele é a própria negação do pluralismo; entretanto, é premissa da qual se deve partir o reconhecimento de direitos tanto ao grupo quanto aos indivíduos que pertencem a ele;

f) todavia, a análise de cada caso tem que levar em consideração as conseqüências da decisão a ser proferida, v.g., se pode ela levar a uma desestruturação da sociedade tradicional envolvida pelo comprometimento do funcionamento de suas instituições representadas por suas próprias práticas e seus próprios costumes, isto é, se pode ela provocar mudanças na cultura ou mudanças de uma cultura.